

## AUFSÄTZE

OTTO ANDREAS BINIOK

**Erörterung wesentlicher Auswirkungen des Legal-Tech-Gesetzes**

LENA BITZ

**Zurückstecken für die Zukunft?**

**Wie die intertemporale Freiheitsicherung schon heute vor späteren Eingriffen schützt**

KUBILAY YALÇIN

**Paritätsgesetze –**

**Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der verpflichtenden Quotierung von Wahllisten nach Geschlecht**

SABINE JÜLICH

**Die Diskussion um die Risikoerhöhungslehre**

CHARLOTTE WAßER

**Der Föderalismus kleiner Republiken bei Rousseau**

CHRISTOPH SCHUCH

**Rückkehr nach Lemberg und die Geburtsstunde des Völkerstrafrechts**

## FALLBEARBEITUNGEN

MATTIS BIEBERLE-AUMANN

**Miete, Arbeit und Corona**

MALTE GUTT UND JONAS BACKHAUS

**Die Gastronomie in der Pandemie – geschlossene Gesellschaft**

JOHANNA KRAMER

**Alles eine Frage der Verwertbarkeit**

## STUDIUM UND DIDAKTIK

TIMO MARCEL ALBRECHT UND CASPAR BAUMEISTER

**Die juristische Promotion – Überblick und Erfahrungsbericht**

PROF. DR. JOACHIM MÜNCH

**Ein kleiner Dekalog für Promovierende**

## VARIA

JOSEFA BIRR UND LISA BLUME

**Rudolf von Jhering (1818-1892) –**

**Die Geschichte seines Kampfes mit dem Recht**



**GRZ** | Göttinger  
Rechtszeitschrift

## Impressum



Göttinger  
Rechtszeitschrift e. V.

Platz der Göttinger Sieben 6  
37073 Göttingen

Registergericht: Amtsgericht Göttingen  
Registernummer: VR 201862

Vorstandsvorsitzende: Denise Wenzl  
Schriftführer: Jakob Schünemann  
Kassenwartin: Carlotta Schümann

Mail: [kontakt@g-rz.de](mailto:kontakt@g-rz.de)  
Web: <https://www.goettinger-rechtszeitschrift.de>

*Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek*  
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie. Detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <https://portal.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Seine Nutzung ist im Rahmen der Creative Commons Lizenz "CC BY-ND 3.0 DE" gestattet. Das Werk darf daher unter angemessener Namensnennung und ohne Bearbeitung oder Veränderung zu beliebigen Zwecken in jedwedem Format oder Medium verbreitet oder vervielfältigt werden. Weitere Informationen: <https://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/d>

Ausgabe 1/2022, 5. Jahrgang, 1. Auflage, Juni 2022

© 2022 Göttinger Rechtszeitschrift e. V.

*Satz* Nils Kretzmer  
*Druck* esf-print Friedrichs, Berlin  
*Schrift* Equity und Concourse von MB Type

ISSN 2627-3721

Printed in Germany

## Informationen

### Erscheinungsweise

Die Göttinger Rechtszeitschrift erscheint halbjährlich.

### Autor:in werden

Für kommende Ausgaben suchen wir stets Autor:innen, die Interesse an der Veröffentlichung von wissenschaftlichen Beiträgen sowie Klausuren, Seminararbeiten, Studienarbeiten oder Erfahrungsberichten haben. Für weitere Informationen wenden Sie sich bitte an [redaktion@g-rz.de](mailto:redaktion@g-rz.de).

### Zitiervorschlag

*Autor:in*, GRZ 2022, Seite

## Mitwirkende

### Redaktionsleitung

Niklas Middelbeck, Zivilrecht  
Anna Sophia Peuser, Öffentliches Recht  
Louisa Lingner, Strafrecht  
Meret Unruh, Grundlagen des Rechts  
Leonard Hoffmann, Studium und Didaktik

### Schriftkoordination

Tim Becker

### Ressort für Zivilrecht

Tim Konrad Becker, Carlotta Schümann, Niklas Middelbeck, Sven Neubert

### Ressort für Öffentliches Recht

Jonas Backhaus, Vera Bahlmann, Johanna Gärtner, Julian Jansen, Erik Meyer, Jana Müser, Sophie Norbeck, Jakob Schünemann, Sven Wedemeyer

### Ressort für Strafrecht

Tom Hendrik Becker, Katharina Reisch, Ole Timm, Hendrik Uken, Denise Wenzl

### Ressort für Grundlagen des Rechts

Victor Loxen, Theresa Möller, Jennifer Reh, Meret Unruh

### Ressort für Studium und Didaktik

Lena John, Lea Gottschalk, Christian Maggaard

### Öffentlichkeitsarbeit

Fides Lisei Richter

### Publikationsdirektor

Nils Kretzmer

### Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Martin Ahrens  
Prof. Dr. Stefanie Bock  
Prof. Dr. Gunnar Duttge  
Priv.-Doz. Dr. Sina Fontana, MLE  
Dr. Simon Gerdemann, LL. M. (Berkeley)  
Prof. Dr. Stefan Harrendorf  
Prof. Dr. Hans Michael Heinig  
Dr. Alexander Heinze, LL. M. (TCD)  
Prof. Dr. Rüdiger Krause  
Prof. Dr. Inge Hanewinkel  
Priv.-Doz. Dr. Roman Lehner  
Prof. Dr. Gerhard Lingelbach  
Prof. Dr. Thomas Mann  
Prof. Dr. Joachim Münch  
Dr. Nikolaus Linder  
Prof. Dr. Dr. Dietmar von der Pfordten  
Prof. Dr. Philipp M. Reuß, MJur (Oxon)  
Prof. Dr. Marcus Schladebach, LL. M.  
Prof. Dr. Angela Schwerdtfeger  
Prof. Dr. Alexander Thiele  
Prof. Dr. Meik Thöne, M. Jur. (Oxford)  
Prof. Dr. Peter Unruh

## Vorwort

Sehr geehrte Leserinnen und Leser, liebe Studierende,

wir blicken auf ein erlebnisreiches Semester zurück, das neben der Arbeit an der Zeitschrift durch eine schrittweise Rückkehr des Vereinslebens zur Präsenz als auch durch viele Veranstaltungen geprägt war.

Neben unserer sehr erfolgreichen und daher in Zukunft wieder stattfindenden Online-Veranstaltung »Wie schreibe ich eine Hausarbeit?«, mit mehr als 100 Teilnehmer:innen, widmeten wir uns in der hybriden Veranstaltung »Karriererisiko Psychotherapie?« mit Prof. Dr. *Ulrich Battis*, Dr. *Volker Heimeshoff* und Dr. *Jördis Janssen-Ischebeck* der Frage, welchen Einfluss eine Psychotherapie auf eine spätere Verbeamtung hat. Die Veranstaltung stieß auf große und positive Resonanz. Sie zeigte die große Relevanz dieses Themas für viele Studierende auf, auch wenn die Diskussionsteilnehmer:innen übereinstimmend die Meinung vertraten, dass eine Psychotherapie heute nur in absoluten Ausnahmefällen ein Hindernis ist und alle Studierenden ermunterten, bei Bedarf professionelle Hilfe zu suchen. Die Aufzeichnung der von *Anna Peuser* moderierten Veranstaltung ist auf unserem YouTube-Kanal verfügbar.

In der Mitte des Sommersemesters fand die mittlerweile vierte Veranstaltung unserer mit dem Alumniverein der Studienstiftung organisierten Veranstaltungsreihe »Recht interdisziplinär« statt. Dieses Mal diskutierten Prof. Dr. *Gunmar Duttge* und Prof. Dr. *Alfred Simon* die Patientenautonomie aus rechtlicher und ethischer Sicht. Wir bedanken uns recht herzlich für die spannende Diskussion. Ein Veranstaltungsbericht findet sich auch in dieser Ausgabe.

Wie gewohnt beinhaltet auch diese Ausgabe darüber hinaus spannende und abwechslungsreiche Fragestellungen, die nicht nur für die rechtswissenschaftliche Ausbildung von Interesse sind. Diese Beiträge wären ohne das herausragende und konstruktive Engagement der Mitglieder unseres Wissenschaftlichen Beirates nicht möglich gewesen. Für die Begutachtung der zahlreichen Beitragseinreichungen gebührt unser herzlicher Dank!

In der Aufsatzrubrik beleuchtet *Otto Andreas Biniok* die Auswirkungen des Legal-Tech-Gesetzes. *Lena Bitz* stellt die intertemporale Freiheitssicherung vor und ordnet

diese ein. *Kubilay Yalçın* thematisiert die Zulässigkeit von paritätisch besetzten Wahllisten. *Sabine Jülich* diskutiert die Risikoerhöhungslehre. *Charlotte Waßer* stellt die Ansichten Rousseaus zum Föderalismus kleiner Republiken dar und fragt sich, welche Auswirkungen diese auf die gegenwärtigen, internationalen Beziehungen haben könnte.

Im Zivilrecht ermöglicht die Fallbearbeitung für Fortgeschrittene von *Mattis Bieberle-Aumann* das Trainieren grundlegender zivilrechtlicher Fragestellungen. Im öffentlichen Recht beschäftigt sich die Anmerkungslösung von *Malte Gutt* und *Jonas Backhaus* mit staatshaftungsrechtlichen Fragen rund um die Covid-Pandemie.

Zur Übung strafprozessrechtlicher Probleme findet sich in dieser Ausgabe die Originalklausur der Vorlesung Strafrecht, welche von *Johanna Kramer* bearbeitet wurde.

In der Rubrik Studium und Didaktik teilen *Timo Marcel Albrecht* und *Caspar Baumeister* ihre Erfahrung in Bezug auf die juristische Promotion und bieten einen entsprechenden Überblick. Diesen Beitrag rundet Prof. Dr. *Joachim Münch* mit seinem Dekalog zur juristischen Promotion ab.

*Josefa Birr* und *Lisa Blume* bringen uns in der Rubrik Grundlagen des Rechts die Lebensgeschichte von Rudolf von Jhering näher. Die Ausgabe vollenden die Rechtsprechungsübersichten von *Tim Becker*, *Julian Jansen*, *Sven Wedemeyer* sowie von *Tom Hendrick Becker*, die wie gewohnt dem Überblick über wichtige aktuelle Gerichtsentscheidungen dienen.

Die Redaktion der GRZ wünscht ein schönes Semesterende und freut sich, wenn Sie, liebe Leserinnen und Leser, die neue Ausgabe der GRZ als angenehme und lehrreiche Lektüre empfinden. Ihre Zuschriften und Anregungen, sehr geehrte Leserinnen und Leser, sind stets willkommen!

Im Namen der Redaktion

Der Vorstand der Göttinger Rechtszeitschrift e.V.

*Denise Wenzl*, *Carlotta Schümann* und *Jakob Schünemann*

## Inhaltsverzeichnis

### Aufsätze

Otto Andreas Biniok

**ZivilR** Erörterung wesentlicher Auswirkungen des Legal-Tech-Gesetzes → 1

Lena Bitz

**ÖffR** Zurückstecken für die Zukunft? Wie die intertemporale Freiheitssicherung schon heute vor späteren Eingriffen schützt → 11

Kubilay Yalçın

**ÖffR** Paritätsgesetze – Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der verpflichtenden Quotierung von Wahllisten nach Geschlecht → 19

Sabine Jülich

**StrafR** Die Diskussion um die Risikoerhöhungslehre → 29

Charlotte Waßer

**GdR** Der Föderalismus kleiner Republiken bei Rousseau → 38

Christoph Schuch

**GdR** Rückkehr nach Lemberg und die Geburtsstunde des Völkerstrafrechts → 47

### Fallbearbeitungen

Mattis Bieberle-Aumann

**ZivilR** Miete, Arbeit und Corona  
Fallbearbeitung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene → 58

Malte Gutt und Jonas Backhaus

**ÖffR** Die Gastronomie in der Pandemie – geschlossene Gesellschaft → 65

Johanna Kramer

**StrafR** Alles eine Frage der Verwertbarkeit  
Fallbearbeitung im Strafprozessrecht → 78

### Studium und Didaktik

Timo Marcel Albrecht und Caspar Baumeister

**StuDi** Die juristische Promotion – Ein Überblick und Erfahrungsbericht → 84

Prof Dr. Joachim Münch

**StuDi** Ein kleiner Dekalog für Promovierende → 95

### Varia

Josefa Birr und Lisa Blume

**GdR** Rudolf von Jhering (1818-1892): Die Geschichte seines Kampfes mit dem Recht → 97

Timo Marcel Albrecht, Christian Maggaard und Jakob Schünemann

**Aktuelles** Veranstaltungsbericht: Mein Wille, eure Moral – Patientenautonomie aus rechtlicher und ethischer Sicht → 104

Tim Becker

**ZivilR** Rechtsprechungsübersicht Zivilrecht → 109

Julian Jansen und Sven Wedemeyer

**ÖffR** Rechtsprechungsübersicht Öffentliches Recht → 111

Tom Hendrik Becker

**StrafR** Rechtsprechungsübersicht Strafrecht → 114

**ZivilR** Aufsatz

Otto Andreas Biniok\*

# Erörterung wesentlicher Auswirkungen des Legal-Tech-Gesetzes

*Im Koalitionsvertrag wird angedeutet, dass eine Initiative für ein zweites Legal-Tech-Gesetz in den Bundestag eingebracht werden wird. Diesbezüglich kann vorliegende Erörterung wesentlicher Auswirkungen des ersten Legal-Tech-Gesetzes Orientierung bieten und kann unter anderem für (künftige) Rechtsdienstleister interessant sein.*

## A. Einleitung

Bereits seit vielen Jahrhunderten werden öffentlich Debatten darüber geführt, wie *advocati* Rechtsrat erteilen dürfen.<sup>1</sup> Angesichts der seit einigen Jahren enorm gestiegenen Relevanz<sup>2</sup> von als Legal-Tech bezeichneter IT<sup>3</sup> ist das Erfordernis offenkundig, sich damit zu befassen, wie dieses im Vergleich zu den Debatten um die *advocati* neue Phänomen zur Fortführung von Rechtsdienstleistungen genutzt wird. Mit dem noch jungen Legal-Tech-Gesetz<sup>4</sup> könnte der Gesetzgeber

\* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaften an der Universität Göttingen. Er war studentische Hilfskraft am dortigen Lehrstuhl von Prof. Dr. Gerald Spindler. Zudem hat er den Informatikkurs "CS50 for Lawyers" der Harvard University (Cambridge) absolviert.

1 Bei *Jordan*, Siegeslohn, AcP 1829, 191 (197 f.) und *Kilian*, Der Erfolg und die Vergütung des Rechtsanwalts (2003), S. 8–11 werden insb. Geldzahlungen an *advocati* (zu diesem Terminus ebd. S. 9 Fn. 18) in der römischen Republik und das später noch in der Republik 204 v. Chr. eingeführte Verbot dieser Zahlungen erläutert. Zudem wird dort von deren in der römischen Kaiserzeit 50 n. Chr. wiederum erfolgten Legalisierung berichtet sowie auch bei *Kupisch*, FS Sandrock (2000), S. 559 (559–563) von deren anschließender Regulierung und von anderen bereits damals debattierten Aspekten der Tätigkeit von *advocati*.

2 Diese seit einigen Jahren enorm gestiegene Relevanz wird u. a. gesehen bei *Hellwig/Ewer*, Keine Angst vor Legal-Tech, NJW 2020, 1783 (1783); *Fries*, De minimis curat mercator: Legal-Tech wird Gesetz, NJW 2021, 2537 (2537 Rn. 1). Auch *Remmert*, in: Hamm (Hrsg.), Beck'sches Rechtsanwalts-handbuch, 12. Auflage (2022), § 64 Rn. 1 erläutert dies bzgl. der Zeitspanne ab 2017. Seitdem ist ferner der BGH vermehrt mit Legal-Tech-basiert tätigen Rechtsdienstleistern befasst: BGH NJW 2021, 3046; BGH NJW 2021, 3125; BGH ZMR 2020, 737; BGH WM 2020, 991; BGH DB 2019, 2799; BGH RRa 2018, 122.

3 IT steht hier für elektronische Informationstechnologie.

4 Das Gesetz zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt ist am 01.10.2021 in Kraft getreten, BGBl. S. 3415 (Nr. 53). Da die Gesetzesbegründung angibt, es handle sich um eine Reaktion auf neue, »Legal-Tech«-basierte Tätigkeiten (RegE, BT-Drucks. 19/27673, S. 1, 13 f., 18, 21, 34, 39), hat sich die Kurzform Legal-Tech-Gesetz etabliert, wie zu sehen bei: *Günther*, Das neue Legal-Tech-Gesetz, MMR 2021, 764 (764); *Skupin*, Das Legal-Tech-Gesetz: Überblick über die Neuerungen, jM 2021, 40 (404); *Lemke*, Legal-Tech-Gesetz: Vom Ansatz verfehlt und nicht verbrauchergerecht, RD 2021, 224 (224); *Feiter/Schlender*, Lockerungen beim Erfolgshonorar durch das sog. Legal-Tech-Gesetz, DStR 2021, 1725 (1725); *Römermann*, Legal-Tech-Gesetz: Ein (allzu) kleiner Schritt in die richtige Richtung, RD 2021, 217 (217 Rn. 1). Der Aufsatz ist

dazu beitragen, dieser und konnexen Herausforderungen hinsichtlich des Rechtsdienstleistungssektors abzuwehren. Mein Aufsatz umreißt zunächst in dieser Hinsicht wesentliche Ausschnitte aus dem Rechtsdienstleistungssektor vor Inkrafttreten des Legal-Tech-Gesetzes (B). Sodann geht es unmittelbar um die wesentlichen, seit Inkrafttreten möglichen Auswirkungen des Legal-Tech-Gesetzes (C). Letztlich wird ein Fazit gezogen (D).

## B. Ausschnitte aus dem Rechtsdienstleistungssektor vor Inkrafttreten des Legal-Tech-Gesetzes

Zur Erörterung der Auswirkungen des Legal-Tech-Gesetzes bedarf es zunächst einer Beleuchtung der Ausgangslage, vor allem der bisherigen Erscheinungsformen von Legal-Tech, die Kurzform für Legal-Technologies. Mangels Legaldefinition kommen unterschiedliche Definitionen dieses Terminus in Betracht. Diese haben gemein, dass IT zwecks Umgangs mit Recht zum Einsatz kommt.<sup>5</sup> Als Kriterium wird zudem treffend angebracht, bei Legal-Tech im engeren Sinne handele es sich um IT, die die juristische Leistungserbringung unmittelbar berührt;<sup>6</sup> durch grundsätzliche Einschränkung der Verwendung des Begriffs auf letztere Erscheinungen kann zur präziseren Verständigung beigetragen werden. Um eine noch plastischere Vorstellung zu vermitteln, sei hier eine Typisierung der verschiedenen Qualitäten dessen dargeboten, was gängigerweise als Legal-Tech bezeichnet wird. So lässt sich kategorisieren nach Produkten zur standardisierten Beratung wie Hartz4Widerspruch und Geblitz.de, Produkten zum Kanzleimanagement wie Advolux und Annotext, Produkten, die originär zum erstmaligen Zusammenfinden und Kommunizieren mit

auf folgende Inhalte des Legal-Tech-Gesetzes fokussiert: Das Gesetz modifiziert die Inkassodefinition, erweitert für Anwälte die Erlaubnis, Erfolgshonorare zu vereinbaren und erlegt Inkassodienstleistern erhöhte Registrierungs- sowie Transparenzpflichten auf.

5 *Hartung*, in: ders./Bues/Halbleib (Hrsg.), Legal-Tech, Die Digitalisierung des Rechtsmarkts, 1. Auflage (2018), Rn. 18; *Remmert* (Fn. 2), § 64 Rn. 6; *Fiedler/Grupp*, Legal Technologies: Digitalisierungsstrategien für Rechtsabteilungen und Wirtschaftskanzleien, DB 2017, 1071 (1071); *Wagner*, Legal Tech und Legal Robots in Unternehmen und den diese beratenden Kanzleien, BB 2017, 898 (898); *Schoss*, »Legal-Tech« - Begriffsfindung und Klassifizierung, DSRITB 2020, 54 (54 f.).

6 *Hartung* (Fn. 5), Rn. 23 – in Rn. 24 sodann aufzeigend, dass auch aufgrund der schnellen Fortentwicklung trotz dieser zunehmend konsentierten Präzisierung noch gelegentlich diskutiert werden wird, welche Produkte darunterfallen; *Fiedler/Grupp* (Fn. 5), DB 2017, 1071 (f.); vgl. *Wagner* (Fn. 5), BB 2017, 898 (898) – dort bezeichnet als Kategorien 2 bis 4; vgl. *Remmert* (Fn. 2), § 64 Rn. 6; vgl. *Hähnchen/Schrader/Weiler/Wischmeyer*, Legal-Tech. Rechtsanwendung durch Menschen als Auslaufmodell?, JuS 2020, 625 (f.) – dort als »Legal-Tech 2.0« und »3.0«.

passenden Rechtsdienstleistern entwickelt worden sind wie Jusmeum und Anwalt.de, Produkten zur Recherche in Rechtsprechung und juristischen Publikationen wie Westlaw und Beck-online, Produkten zur teilautomatisierten Generierung von Verträgen wie Smartlaw und Lawlift, sowie Produkten zur Unterstützung von Legal Due Diligence<sup>7</sup> und Produkten zur generellen Teilautomatisierung der Arbeit vornehmlich von Juristen wie Bryter.<sup>8</sup> Zur erstgenannten Kategorie, der standardisierten Beratung, kann neben den beiden o.g. Beispielen für standardisierte Beratung gegen Hoheitsträger insbesondere standardisierte Beratung zur Geltendmachung privatrechtlicher Forderungen gezählt werden. Inwieweit letztere Beratung Teil von Inkassodienstleistungen i.S.v. § 2 II 1 RDG sein kann, wurde bereits vor Beginn des Gesetzgebungsverfahrens zum Legal-Tech-Gesetz intensiv diskutiert.<sup>9</sup> Obwohl nur wenige Prozent der deutschen Inkassodienstleister solche Legal-Tech-basierten Leistungen erbringen,<sup>10</sup> wird befunden, dass diese eine wichtige Erscheinung sind.<sup>11</sup> Dies lässt sich zum einen mit deren schneller Entwicklung begründen und zum anderen mit den erheblichen Gesamtbeträgen an Forderungen, die einige von ihnen aufgrund ihrer Vielzahl von Kunden gebündelt geltend machen. Gerade bei vielfach in ähnlicher Weise aufgrund nicht allzu komplex strukturierter und nicht allzu stark auslegungsbedürftiger Anspruchsgrundlagen entstehender und

7 Dieser Begriff bezeichnet primär die sorgfältige rechtliche Analyse von Zielunternehmen bei Anbahnung von Unternehmenstransaktionen, *Hellwig/Ewer* (Fn. 2), NJW 2020, 1783 (1783). Zu nennen ist hier das Produkt »Drooms« zum Ersatz physischer Datenräume, <https://drooms.com>, zuletzt abgerufen am 10.12.2021, die künstliche Intelligenz (KI) »Evana«, <https://evana.ai>, zuletzt abgerufen am 10.12.2021, und die KI »Kira«, <https://kirasystems.com>, zuletzt abgerufen am 10.12.2021. Der Kernaspekt, der generell zur Definition von KI neben bislang wenig konsentierten anderen Kriterien bei BeckOGK/*Spindler*, Stand 01.09.2021, § 823 Rn. 741; *Kirn/Müller-Hengstenberg*, Intelligente (Software-)Agenten, MMR 2014 (225 f.); *Lorse* (Fn. 98), NVwZ 2021 (1657 f.); *Steege*, Künstliche Intelligenz und Mobilität, SVR 2021, 1 f. und *Herberger*, Künstliche Intelligenz und Recht, NJW 2018, 2825 (f.) genannt wird, ist, dass es sich um IT handelt, die mittels der sie vornehmlich ergebenden Algorithmen zielorientiert Probleme löst. Algorithmen lassen sich definieren als in Einzelschritte zerlegbare Handlungsanweisungen zur Problemlösung (*Buchholtz*, Legal-Tech, JuS 2017, 955 (955) und *Lewinski/de Barros Fritz*, Haftung bei Einsatz von Algorithmen, NZA 2018, 620 (620)). BeckOGK/*Spindler* (Fn. 7), § 823 Rn. 741 sowie *Steege* (Fn. 7), SVR 2021, 1 (f.) und *Herberger* (Fn. 7), NJW 2018, 2825 (f.) weisen darauf hin, dass als KI bezeichnete IT nur einen Ausschnitt dessen darstellen kann, was in anderen Kontexten mit dem Begriff »Intelligenz« konnotiert wird.

8 Vgl. ähnliche Typisierung mit leichten Unterschieden bei *Hartung*, (Fn. 5), Rn. 27-32 und in Grundzügen bei *Fiedler/Grupp* (Fn. 5), DB 2017, 1071 (1071). Direkt zu den einzelnen bisher genannten Produkten s. <https://hartz4widerrspruch.de>; <https://www.geblitz.de>; <https://www.wolterskluwer.de/solutions/annotext>; <https://www.advolut.de>; <https://www.jusmeum.de>; <https://www.anwalt.de>; <https://legal.thomsonreuters.com/en/westlaw>; <https://www.beck-online.de/home>; <https://www.smartlaw.de>; <https://www.law-lift.de>; je zuletzt abgerufen am 10.12.2021.

9 BGH RRA 2018, 122; BGH DB 2019, 2799; BGH ZMR 2020, 737; BGH WM 2020, 991; BGH NJW 2021, 3046.

10 *Kilian*, Verbrauchergerechte Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt, AnwBl Online 2021, 102 (107): Es handelt sich um wenige Dutzend von über 2000 Inkassodienstleistern.

11 *Römermann* (Fn. 4), RD i 2021, 217 (221 f. Rn. 36 f.); *Fries* (Fn. 2), NJW 2021, 2537 (2537 Rn. 1, 2); RegE, BT-Drs. 19/27673, S. 1, 13 f., 18, 21, 34, 39.

mangels sonderlich hohen Werts vom durchschnittlichen Rechtssuchenden mit nur geringem Zeitaufwand verfolgten Forderungen wird derzeit die Standardisierung sowie teilweise Automatisierung von Rechtsberatung nachgefragt und angeboten; so liegt es insbesondere bei Ansprüchen aufgrund der europäischen Fluggastrechteverordnung, der Mietpreisbremse und der Diesellaffäre.<sup>12</sup> Anwälte wurden vor Inkrafttreten des Legal-Tech-Gesetzes im Vergleich zu Inkassodienstleistern seltener wegen solch geringwertiger Verbraucherforderungen mandatiert, weshalb darauf bezogene Legal-Tech-basierte Rechtsdienstleistungen primär von Inkassodienstleistern erbracht wurden,<sup>13</sup> vor allem von solchen, die zuvor als Anwälte tätig waren<sup>14</sup>. Dem liegt vorwiegend das bisher strengere Erfolgshonorarverbot für Anwälte zugrunde, wegen dem sich Mandanten dem Risiko gegenübersehen, bei Obsiegen des Gegners den Forderungswert übersteigende Anwaltskosten ohne Regressmöglichkeit zahlen zu müssen.<sup>15</sup>

### C. Die einzelnen wesentlichen Auswirkungen seit Inkrafttreten des Legal-Tech-Gesetzes

#### I. Wirkung der Novellierung des § 2 II 1 RDG

Laut Gesetzesbegründung sollte zur Stärkung der Rechtssicherheit der Begriff der Inkassodienstleistung in § 2 II 1 RDG klarer gefasst werden.<sup>16</sup> Denn die dargelegten, Legal-Tech-basierten Rechtsdienstleistungen wurden bei ursprünglicher Normierung des Inkassobegriffs nicht bedacht.<sup>17</sup> Bisher besagte § 2 II 1 RDG, dass eine Inkassodienstleistung eine Einziehung fremder Forderungen ist oder eine Einziehung von Forderungen, die abgetreten wurden, damit sie auf fremde Rechnung eingezogen werden, wenn die Forderungseinziehung als eigenständiges Geschäft betrieben wird. Inkassodienstleistungen sind eine Teilmenge der Rechtsdienstleistungen. Angesichts der bereits erwähnten Streitigkeit hinsichtlich standardisierter Beratungsprodukte ist es grundsätzlich zwecks Rechtssicherheit zu goutieren, dass der Gesetzgeber einen Präzisierungsversuch unternimmt. Trotz besagter Gesetzesbegründung ist jedoch das Einzige, was das Legal-Tech-Gesetz an der Legaldefinition in § 2 II 1 RDG geändert hat, dass die recht-

12 *Hoch/Hendricks*, Das RDG und die Legal Tech-Debatte, VuR 2020, 254 (254-256); *Hartung*, Legal Tech Sandboxes, RD i 2021, 421 (f. Rn. 3, 5); *Hähnchen/Schrader/Weiler/Wischmeyer* (Fn. 6), JuS 2020, 625 (627, 631); RegE, BT-Drs. 19/27673, S. 15.

13 *Römermann* (Fn. 4), RD i 2021, 217 (221 f., Rn. 36 f.); *Fries* (Fn. 2), NJW 2021, 2537 (2539 Rn. 11); *Singer*, Durchsetzung von Verbraucherrechten durch Inkassounternehmen, BRAK-Mitt. 2019, 211 (215 f.); *Hellwig/Ewer* (Fn. 2), NJW 2020, 1783 f.; *Hoch/Hendricks* (Fn. 12), VuR 2020, 254 (254-256); RegE, BT-Drs. 19/27673, S. 35.

14 S. z.B. <https://www.flightright.de/ueber-uns>; <https://conny.de/ueber-uns>; <https://airberlin-regress.de/wer.html>; <https://www.myright.de/ueber-uns>, jeweils zuletzt abgerufen am 10.12.2021.

15 *Hoch/Hendricks* (Fn. 12), VuR 2020, 254 (256); *Römermann* (Fn. 4), RD i 2021, 217 (221 Rn. 36 f.); *Fries* (Fn. 2), NJW 2021, 2537 (2539 Rn. 11); *Singer* (Fn. 13), BRAK-Mitt. 2019, 211 (215 f.); *Hellwig/Ewer* (Fn. 2), NJW 2020, 1783 f.; RegE, BT-Drs. 19/27673, S. 35.

16 RegE, BT-Drs. 19/27673, S. 2.

17 ebd. S. 1.

liche Prüfung und Beratung rund um die Forderungseinziehung nach dem Wortlaut nun explizit Teil des Inkassogeschäfts sind. Lässt eine Rechtsnorm etwas Raum für gelegentliche Einzelfallerwägungen, ist dies nicht per se zu bemängeln.<sup>18</sup> Inzwischen wurde und wird es jedoch als alljährliche Tradition am BGH gepflegt, den Begriff des zulässigen Inkassos gerichtlich auszufeuchten.<sup>19</sup> Wie da eine solch marginale Präzisierung genügen soll, ist auch insofern fraglich, als dass diese BGH-Fälle sich nicht nur darauf beziehen, ob die rechtliche Prüfung und Beratung zum Inkasso gehören, sondern auch darauf, ob durch Legal-Tech ermöglichte Neuerungen, wie die in herausragenden Mengen akkumulierte Geltendmachung von Forderungen unterschiedlicher Rechtsuchender, zum Inkassogeschäft gehören.<sup>20</sup> Eine stärkere Präzisierung des Inkassobegriffs mit ausdrücklicher Bezugnahme auf Legal-Tech-basierte, gebündelte Geltendmachung vieler Forderungen unterschiedlicher Rechtsuchender wäre mithin an der Zeit gewesen. Zudem ist zu bemängeln, dass sich in diesem Zuge ebenfalls nicht der konnexen Notwendigkeit<sup>21</sup> angenommen wurde, im Kontext der Rechtsdienstleistungsdefinition in § 2 I RDG ausdrücklichen Bezug auf Legal-Tech-basierte Vorgänge zu nehmen, die keine Inkassolizenz erforderlich machen und für die nach BGH-Auffassung auch keine Anwaltszulassung erforderlich ist. So musste vor kurzem der Inhaber der Vertragsgenerierungsplattform Smartlaw bis vor den BGH ziehen, um dahingehend Recht zu erhalten, keine unerlaubte Rechtsdienstleistung zu erbringen.<sup>22</sup> Mithin erreicht der Gesetzgeber sein Ziel erheblicher Erhöhung der Rechtssicherheit hinsichtlich der Inkassodefinition nur in Ansätzen<sup>23</sup> und lässt konnexen Reglungbedarf offen.<sup>24</sup> Wäre dieser so gefüllt worden, das derzeitige Akteure im Rechtsdienstleistungssektor wie bisher, aber mit verstärkter Rechtssicherheit fortfahren könnten, bestünde ebenso wie nach der nunmehrigen Gesetzeslage, bei der sie ohne verstärkte Rechtssicherheit fortfahren werden wie bisher, jedenfalls folgende Erkenntnis: Tätigkeiten wichtiger Inkassodienstleister sind in Form besagter, zunehmend aufkommender, vom BGH gebilligter Beratungstätigkeiten etwas anders und umfänglicher ausgeprägt als früher üblich.<sup>25</sup> Um den Verbraucherschutz dementsprechend weiter zu stärken, bietet es sich an, die grundsätzlich<sup>26</sup> gleichgebliebenen

Qualifikationen zur Inkassolizenz etwas zu erhöhen und so hinreichende Fachkunde bei den inzwischen regelmäßig von Inkassodienstleistern vorgenommenen Tätigkeiten sicherzustellen.<sup>27</sup>

## II. Gestaltung des Wesens des Anwaltsberufs im Hinblick auf Erfolgshonorare

Fraglich ist, ob das Legal-Tech-Gesetz bewirkt, dass die sich auf Erfolgshonorare beziehenden, einfachen Bundesgesetze, die das Wesen des Anwaltsberufs mitgestalten, mit höher-rangigem Recht vereinbar sind. Dies könnte das Legal-Tech-Gesetz durch Erweiterung der bisher in § 4a I RVG<sup>28</sup> enger gefassten Erlaubnis anwaltlicher Erfolgshonorare erreichen oder verfehlen. Zur Zulässigkeit des Erfolgshonorars reicht es gem. § 4a I 1 RVG nun, wenn sich das Mandat auf eine Geldforderung von höchstens 2000 Euro bezieht oder wenn der Anwalt eine Inkassodienstleistung außergerichtlich oder in einem in § 79 II 2 Nr. 4 ZPO genannten Verfahren erbringt oder der Auftraggeber im Einzelfall bei verständiger Betrachtung ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abgehalten würde. Bei der zweiten dieser Varianten darf der Anwalt seinen Mandanten wegen Novellierung des § 49b II 2 BRAO nun zudem für den Fall des Misserfolgs von Prozesskosten der Gegenseite freistellen.

### 1. Zu weit?

Die Erfolgshonorarvereinbarung und Prozessfinanzierung erhöhen die Parallelität der Interessen der Vertragsparteien, da der Anwalt durch diese meist vermehrt am Erfolg des Mandanten interessiert ist.<sup>29</sup> Dem kann kaum entgegnet werden, der Anwalt würde trotz guter Erfolgsaussicht einen Vergleich schließen, sobald sein Aufwand das Erfolgshonorar zu übersteigen drohe.<sup>30</sup> Umgekehrt ließe sich, wenn

kation hat das Legal-Tech-Gesetz in § 2 I der Rechtsdienstleistungsverordnung ergänzt.

<sup>27</sup> *Fries* (Fn. 2), NJW 2021, 2537 (2537 Rn. 9). Dem kann auch nicht entgegnet werden, dass Legal-Tech-basierte Inkassounternehmen ohnehin oft von Volljuristen betrieben werden. Denn dies muss de lege lata nicht so bleiben.

<sup>28</sup> Diese bisher enger gefasste Erlaubnis war 2008 in Kraft getreten. Anlass war, dass es in BVerfGE 117, 163 (163) für verfassungswidrig beurteilt worden war, dass es zuvor keine Ausnahme vom Verbot gem. des 1994 in Kraft getretenen § 49b I 2 BRAO gegeben hatte. Vor ausdrücklicher gesetzlicher Normierung des Verbots hatten das Ehrengericht des Deutschen Reichs (EGH 3, 146 ff.; EGH 3, 244 ff., das Reichsgericht (RGZ 115, 141 (142); RGZ 142, 70 (70); RGZ 144, 242 (245)) und der BGH (BGH NJW 1963, 1147 (1147); BGH NJW 1961, 313 (315)) anwaltliche Erfolgshonorare bereits für verboten gehalten. Kein Erfolgshonorar i.S.v. §§ 49 I 2 BRAO, 4a RVG liegt vor, wenn der Anwalt nach der Vertragsnatur zur Herbeiführung des Erfolgs verpflichtet ist, insb. bei Gutachtenerstellung, s. *Winkler/Teubel*, in: *Hinne/Klees/Müllerschön* (Hrsg.), *Vereinbarungen mit Mandanten*, 4. Auflage (2019), § 1 Rn. 92.

<sup>29</sup> Bzgl. des Erfolgshonorars: BGH NJW 2020, 208 (232 Rn. 196); *Tolkendorf*, *Sammelklagen von registrierten Inkassodienstleistern*, ZIP 2019, 1401 (1409); *Stadler*, *Verbraucherschutz durch die erneute Reform des Rechtsdienstleistungsgesetzes*, VuR 2021, 123 (f.); *Römermann/Günther*, *Legal Tech als berufsrechtliche Herausforderung*, NJW 2019, 551 (554 f.).

<sup>30</sup> A.A. *Henssler*, *Prozessfinanzierende Inkassodienstleister*, NJW 2019, 545 (549 f.); *Singer* (Fn. 13), BRAK-Mitt. 2019, 211 (214).

<sup>18</sup> *Fries* (Fn. 2), NJW 2021, 2537 (2537 Rn. 6).

<sup>19</sup> BGH RRA 2018, 122; BGH DB 2019, 2799; BGH ZMR 2020, 737; BGH WM 2020, 991; BGH NJW 2021, 3046.

<sup>20</sup> Zuletzt BGH NJW 2021, 3046.

<sup>21</sup> Ebenfalls *Fries*, *Staatsexamen für Roboteranwälte*, ZRP 2018, 161 (165 f.) sieht auch bzgl. solcher Vorgänge die Notwendigkeit stärkerer Präzisierung des RDG; auch *Kuhlmann*, *Legal Tech in einer smarten Welt – Ermöglichungs- und Beschränkungspotenzial*, DSRITB 2016, 1039 (1044) hält § 2 I RDG diesbezüglich für besonders unklar.

<sup>22</sup> BGH NJW 2021, 3125.

<sup>23</sup> *Lemke* (Fn. 4), RD 2021, 224 (f. Rn. 16-19); vgl. *Kilian*, *Die Regulierung von Erfolgshonorar und Inkassodienstleistung*, AnwBl Online 2021, 213 (216, 218 f.); vgl. *Fries* (Fn. 2), NJW 2021, 2537 (2537 Rn. 5 f., 9).

<sup>24</sup> Vgl. *Fries* (Fn. 21), ZRP 2018, 161 (165 f.); vgl. *Kuhlmann* (Fn. 21), DSRITB 2016, 1039 (1044).

<sup>25</sup> *Lemke* (Fn. 4), RD 2021, 224 (f. Rn. 16-19); *Kilian* (Fn. 23), AnwBl Online 2021, 213 (218 f.).

<sup>26</sup> Eine geringfügige, nur ausnahmsweise zum Zuge kommende, Modifi-

man ernstlich derlei unrealistisch von solch regelmäßigem Desinteresse seitens Anwälten hinsichtlich Reputation, Rechtsfindung und -durchsetzung ausgehen würde, vielmehr als Argument gegen die geltende Erlaubnis erfolgsunabhängiger und stattdessen zeitabhängiger Entgelte anführen, dass sie in deren Falle objektiv attraktiven Vergleichen ausweichen könnten,<sup>31</sup> zumal die gütliche Einigung das Leitbild des Zivilverfahrens ist, § 278 I ZPO. Fraglich ist hingegen, ob andere Rechtsgüter als jene der das Erfolgshonorar Versprechenden durch die Lockerung verletzt werden. In Betracht kommt eine Verletzung des Art. 20 III GG. Dieser normiert das Rechtsstaatsprinzip. Anwälte werden vom Staat in § 1 BRAO als Organe der Rechtspflege benannt.<sup>32</sup> Der Gesetzgeber könnte das Rechtsstaatsprinzip durch Statuierung der §§ 1 BRAO, 4a I RVG mithin insofern verletzen, als dass diese Anwälte dazu verleiten könnten, der Rechtspflege als deren Organ abträglich zu sein. Aus dem Umstand, dass Anwälte Mandanten im Klageverfahren unmittelbar vor Gericht vertreten dürfen, könnte die Besorgnis erwachsen, Anwälte könnten durch unlautere Beeinflussung von Gerichtsprozessen rechtswidrige und für weite Teile der Bevölkerung relevante, höchstrichterliche Urteile erwirken. Derlei wurde bereits höchstrichterlich geäußert. So könne befürchtet werden, dass mit finanziellen Erfolgsanreizen, jedenfalls ab gewissem Maße, zugleich ein Anreiz für Anwälte geschaffen werde, den Erfolg um jeden Preis auch durch Einsatz unlauterer Mittel anzustreben.<sup>33</sup> Ihnen könne u.U. der freiberufliche, nicht allzu gewinnorientierte Charakter der Anwaltschaft, gebotene kritische Distanz zum Mandanten sowie Unabhängigkeit vom Mandanten und mithin nötiges Vertrauen in der Gesamtbevölkerung abspenstig werden.<sup>34</sup> Eine Erhöhung finanzieller Motivation führt jedoch nicht gleich dazu, dass diese übersteigert bewusstseinsdominant wird. Die Ausmalung solcher Szenarien kann mithin jedenfalls nicht alleiniger Maßstab sein. Außerdem unterliegt ein Anwalt, wenn er von besagtem Privileg der unmittelbaren Prozessvertretung Gebrauch macht, grundsätzlich nach wie vor dem Erfolgshonorar- und Prozessfinanzierungsverbot. Vorliegende Lockerung ist weder sonderlich außergewöhnlich<sup>35</sup> noch greift sie auf wesentliche

sonstige Einschränkungen<sup>36</sup> über Art. 20 III GG ist auch angesichts des Umstands, dass die lange juristische Schulung nicht ganz ohne Einfluss auf die Rechtstreue von Anwälten sein kann, noch nicht verletzt.<sup>37</sup>

## 2. Zu restriktiv?

Nach einer Sichtweise muss die Lockerung des Erfolgshonorars noch weitergehen.<sup>38</sup> Es sei nicht mit dem vom EuGH<sup>39</sup> aus der Verhältnismäßigkeit abgeleiteten Kohärenzgebot vereinbar, dass Anwälte, wenn sie als Anwälte Inkassodienstleistungen erbringen, nicht wie Inkassodienstleister vom Erfolgshonorarverbot befreit seien.<sup>40</sup> Dass dies mit dem Kohärenzgebot unvereinbar wäre, mag sein. Doch Anwälte sind, wenn sie als Anwälte Inkassodienstleistungen erbringen, durchaus wie Inkassodienstleister vom Erfolgshonorarverbot befreit: Ein Anwalt tut, sobald er anderweitig Rechtsdienstleistungen erbringt als in § 4a I 1 Nr. 2 RVG beschrieben, nichts was ein Inkassodienstleister darf. Für solch eine Tätigkeit dürfte sich auch kein Inkassodienstleister ein Erfolgshonorar versprechen lassen. Denn dieser darf sie nicht einmal vornehmen. Dem steht auch nicht entgegen, dass Inkassodienstleister sich Erfolgshonorare versprechen lassen dürfen, wenn sie Forderungen klageweise geltend machen.<sup>41</sup> Denn laut Gesetzesbegründung

(213) und *Kleine-Cosack*, Vom regulierten zum frei vereinbarten (Erfolgs-) Honorar, NJW 2007, 1405 (1405 f.), letzterer mit dem Hinweis auf dadurch entstandene Wettbewerbsnachteile deutscher, international tätiger Anwälte gegenüber ausländischen Anwälten und Anwaltskanzleien. Besagte Staaten sind z.B. England, Wales, Schottland, Australien, Südafrika, Frankreich, die Niederlande, Ungarn, Tschechien, Slowenien, Slowakei, Litauen, Kroatien, (*Kilian* (Fn. 1), S. 454, 459-461, 466 f., 469, 481 f., 485 f.; *ders.*, AnwBl Online 2021, 213 (213)); *Kleine-Cosack* (s. o.), NJW 2007, 1405 (f.) und Japan (*Henderson*, in: Baum (Hrsg.), Japan: Economic success and legal system (1997), S. 27, 51 f.).

<sup>36</sup> Gemeint ist damit das Umfeld des gelockerten § 49b I 2, II 2 BRAO, also §§ 43-43b, 44 f., 49-51a BRAO, 27 S. 1 BORA. Falls Sorgen bez. der das Erfolgshonorar Versprechenden oben nicht restlos beschwichtigt wurden: Diese werden durch einige dieser Rechtsnormen ebenfalls geschützt.

<sup>37</sup> *Galen*, Interessenkollision in der Rechtsberatungswelt, BRAK-Mitt. 2020, 4 (5) prognostiziert ebenfalls auch nach Lockerung genügende Lauterkeit. Zudem erwähnt sie Anwälten gem. § 263 StGB ohnehin drohende Konsequenzen.

<sup>38</sup> *Römermann* (Fn. 4), RD 2021, 217 (217 f., 221 f. Rn. 4-7, 10 f., 36-38). Insb. schreibt *Römermann* in Rn. 10 f., das Legal-Tech-Gesetz verbiete es Anwälten weiterhin stärker als Inkassodienstleistern Erfolgshonorare zu vereinbaren. Der Vergleich dieser beiden Gruppen trägt jedoch nicht, soweit Inkassodienstleister Rechtsdienstleistungen, wie sie Anwälte erbringen dürfen, nicht erbringen dürfen.

<sup>39</sup> EuGH NJW 2019, 2529.

<sup>40</sup> Auf diese Weise vor dem Gesetzgebungsverfahren argumentierend *Hellwig/Ewer* (Fn. 2), NJW 2020, 1783 (f.); vgl. *Kilian* (Fn. 10), AnwBl Online 2021, 102 (106 f.), jedoch offenbar erkennend, dass das Legal-Tech-Gesetz (hier bzgl. eines älteren, aber insofern gleichen Entwurfs) den Gleichlauf bzgl. des Erfolgshonorars bereits weitgehend herstellt; vgl. *Römermann* (Fn. 4), RD 2021, 217 (217 f.; 221 f. Rn. 4-7, 10 f., 36-38) - die Herstellung des Gleichlaufs bzgl. des Erfolgshonorars durch das Legal-Tech-Gesetz wie gesagt in Rn. 10 f. verneinend und auf das Grundgesetz abstellend.

<sup>41</sup> Zur trotz laufendem Klageverfahren zulässigen Tätigkeit von Inkassodienstleistern, s. *Hartung*, Stellungnahme zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 5. Mai 2021, <https://www.bundestag.de/dokumente/>

<sup>31</sup> Die insofern durch Erfolgshonorarvereinbarungen erhöhte Interessenparallelität überwiegt gegenüber den Bedenken der in Fn. 30 genannten Autoren auch nach *Stadler* (Fn. 29), VuR 2021 (123 f.); *Tolksdorf* (Fn. 29), ZIP 2019, 1401 (1409 f.); *Römermann/Günther* (Fn. 29), NJW 2019, 551 (554 f.).

<sup>32</sup> Als Argument gegen noch weiter als das Legal-Tech-Gesetz gehende Lockerung angedeutet in RegE, BT-Drs. 19/27673, S. 16 f.

<sup>33</sup> BVerfGE 117, 163 (Abs. 66 f.); BGH NJW 1963, 1147 (1147); BGH NJW 1961, 313 (315). Ähnlich zudem RegE, BT-Drs. 19/27673, S. 16 f.

<sup>34</sup> BVerfGE 117, 163 (Abs. 66 f.); RegE, BT-Drs. 19/27673, S. 16 f.

<sup>35</sup> Schon im antiken Rom geschahen Zuwendungen an *advocati* nicht per se erfolgsunabhängig, s. *Jordan* (Fn. 1), AcP 1829, 191, (192 f., 197 f.); *Kilian* (Fn. 1), S. 18 sowie *Cuber*, Formen anwaltlicher Zusammenarbeit unter besonderer Berücksichtigung der Anwalts-EEG (1996), S. 14. Wenden wir den Blick in die letzten Dekaden, ist bemerkenswert, dass Anwälte in den USA seit 1974 bzgl. Erfolgshonoraren kaum eingeschränkt sind, s. *Kilian* (s. o.), S. 148 f.; vgl. *ders.* (Fn. 23), AnwBl Online 2021, 213 (213) und vgl. *Zuck*, Das Erfolgshonorar des Rechtsanwalts, ZRP 2000, 450 (450). Danach nahm der internationale Trend Fahrt auf, dass Staaten Anwälten diesbezüglich mehr Freiheit gewährten, was sich bis heute gehalten hat, s. *Mayer/Kroiß*, RVG, 8. Auflage (2021), § 1 Rn. 233 sowie *Kilian* (Fn. 23), AnwBl Online 2021, 213

sollte hinsichtlich der Erfolgshonorare der »Gleichlauf«<sup>42</sup> hergestellt werden, was hier auch das Telos ist. Mithin erbringt ein erfolgsabhängig vergüteter Anwalt eine Inkassodienstleistung auch trotz laufendem Klageverfahren noch »außergerichtlich« i.S.v. § 4a I Nr. 2 RVG, wenn er sich bei Vertretung seines Mandanten wiederum selbst durch einen prozessbevollmächtigten anderen Anwalt vertreten lässt. Den Wortlaut überschreitet dies angesichts der entfernteren Stellung des zwischengeschalteten Anwalts zum Gericht im Vergleich zum Vorgeschalteten nicht. Letztens findet ferner die in § 4a I 2 RVG statuierte Einschränkung auf pfändbare Forderungen ihre Entsprechung in § 13c IV RDG. Mithin dürfen sich Anwälte gem. § 4a I 1 Nr. 2 RVG für alle Tätigkeiten ein Erfolgshonorar versprechen lassen, die auch ein Inkassodienstleister vornehmen darf. Somit hätte das Verbot nicht noch weiter gelockert werden müssen, um Kohärenz und folglich Unionsrechts- sowie Verfassungsgemäßheit der Erfolgshonorarregelung herzustellen.

### III. Gestaltung des Wesens des Anwaltsberufs im Hinblick auf andere Einschränkungen

Anderen Einschränkungen<sup>43</sup> hingegen unterliegen Anwälte weiterhin auch dann, wenn sie als Anwälte Inkassodienstleistungen erbringen, obwohl Inkassodienstleister diesen nicht unterliegen. Die Gesetzesbegründung entgegnet, einige vergleichbare Einschränkungen könnten für Inkassodienstleister annäherungsweise aus allgemeineren Rechtsnormen wie § 4 RDG abgeleitet werden.<sup>44</sup> Dies ist jedoch eine inkohärente Differenz dazu, dass und wie sie für Anwälte, auch soweit sie Inkassodienstleistungen erbringen, explizit normiert sind.<sup>45</sup> Nun könnte man auf die Idee kommen, diese Einschränkungen für Fälle des Tatbestands des § 4a I 1 Nr. 2 RVG aufzuheben.<sup>46</sup> Wegen des o.g. Lauterkeitserfordernisses, das in vorliegendem Aufsatz nur hinsichtlich des Erfolgshonorars lediglich als noch gewahrt eingestuft wird, kann dieser Idee jedoch höchstens bezüglich weniger dieser Einschränkungen gefolgt werden.<sup>47</sup> Im Blick auf die übrigen bisher nur die Anwaltschaft treffenden Einschränkungen empfiehlt es sich, die entsprechende

textarchiv/2021/kw18-pa-recht-dienstleistungsmarkt-837660, rechts unter Stellungnahmen, S. 19, zuletzt abgerufen am 10.12.2021. Der Inkassodienstleister muss sich dann gem. § 79 I 2 ZPO durch einen prozessbevollmächtigten Anwalt vertreten lassen. Ein Erfolgshonorarverbot für einen solch zwischengeschalteten Inkassodienstleister besteht nicht.

<sup>42</sup> RegE, BT-Drs. 19/27673, S. 18.

<sup>43</sup> Fn. 36.

<sup>44</sup> RegE BT-Drs. 19/27673, S. 63.

<sup>45</sup> Ring, Erfolgshonorar und Prozessfinanzierung, NJ 2021, 525 (532); Kilian (Fn. 23), AnwBl Online 2021, 213 (221); Römermann (Fn. 4), RD 2021, 217 (222 Rn. 38).

<sup>46</sup> Römermann (Fn. 4), RD 2021, 217 (221 f. Rn. 36-38) deutet Derlei an oder sogar Lockerung über Fälle des Tatbestands des § 4a I 1 Nr. 2 RVG hinaus – letzteres würde kaum die hier im Kapitel »zu weit?« aufgezeigte Erhöhung abträglichen Potentials durch das Privileg der Prozessvertretung berücksichtigen; Hartung (Fn. 12), RD 2021, 421 (424 f. Rn. 17-20) regt an, Derlei probenhalber zu normieren.

<sup>47</sup> Pohl, Unionsrechtliches Kohärenzgebot, BRAK-Mitt. 2020, 258 (259 f.) weist darauf hin, dass auch unionsrechtliche Kohärenz dieses Lauterkeitserfordernis voraussetzt.

Anwendung auf Inkassodienstleister zu normieren. Die Erweiterung solcher Einschränkungen auf Inkassodienstleister würde das »wie« und nicht das »ob« von deren Berufsausübung i.S.v. Art. 12 I GG und Niederlassung i.S.v. Art. 49 I AEUV einschränken. Zudem, da ausnahmslos alle Inkassodienstleister und Anwälte dem jeweiligen Eingriff unterliegen würden und da die dargelegten Beratungstätigkeiten Legal-Tech-basiert tätiger Inkassodienstleister sich inzwischen etwas anders und umfänglicher ausprägen als früher üblich,<sup>48</sup> dürfte dieser Eingriff hier hinsichtlich weiter Teile besagter Einschränkungen mittels des Grundes der Kohärenz verhältnismäßig sein.<sup>49</sup>

### IV. Bewirkung von Verbraucherschutz und Rechtssicherheit durch §§ 13 II, V, 13b, 13c RDG?

Die Gesetzesbegründung teilt den Ansatz, dass hinsichtlich Inkassodienstleistern Verbraucherschutz und Rechtssicherheit angesichts der neuen Entwicklungen etwas erhöht werden sollten.<sup>50</sup> Erstens versucht der Gesetzgeber diese Erhöhung jedoch durch überraschend drastische Einschränkungen zu verfolgen. Zweitens erfolgen diese Einschränkungen hinsichtlich anderer Aspekte als jener, die sich aufdrängen, nämlich hinsichtlich der Registrierung und, da das Zivilrecht dies vermeintlich ungenügend beleuchtete, der Vertragsanbahnung sowie -schließung. So hat der Gesetzgeber, statt die grundsätzlichen Qualifikationen zur Inkassolizenz und die Übertragung einiger bisher der Anwaltschaft vorbehaltenen Einschränkungen in den Blick zu nehmen,<sup>51</sup> §§ 13 II, V, 13b, 13c RDG statuiert.

#### 1. § 13 II, V RDG

Inkassodienstleister müssen der Registrierungsbehörde nun gem. § 13 II, V RDG inhaltlich die künftigen Tätigkeiten inklusive aller Nebenleistungen darstellen und spätere Änderungen stets unverzüglich anzeigen. Anwälte unter-

<sup>48</sup> Lemke (Fn. 4), RD 2021, 224 (228 Rn. 16-19); vgl. Fries (Fn. 2), NJW 2021, 2537 (2537 Rn. 5 f.).

<sup>49</sup> Kilian (Fn. 23), AnwBl Online 2021, 213 (221) regt bzgl. einiger Einschränkungen ebenfalls andeutungsweise an, diese auf Inkassodienstleister zu übertragen und der Gesetzgeber gibt teils bereits zu erkennen, dass er dies nicht für abwegig hält, s. BT-Drs. 19/30495, 7 f. Da die Gesetzesbegründung dies jedoch weitgehend außen vor lässt und es in der allgemeinen Debatte bzgl. der Auswirkungen vorliegender Gesetzesnovellierung primär um Inkohärenz bez. des Erfolgshonorars geht, sei es, um nicht abzuschweifen, hier bzgl. der anderen rein Anwälten auferlegten Einschränkungen dabei belassen, anzuempfehlen, bei weitergehendem Interesse die beiden vorgenannten Quellen zu lesen und zudem Wolf, Zugang zum Recht, BRAK-Mitt. 2020, 250 (258) zu lesen sowie konträr dazu Hufeld/Bürkle/Ebert/Petrat/Kalb/Becker/Wainry, Reformbedarf im anwaltlichen Berufsrecht, AnwBl Online 2020, 28 (f.).

<sup>50</sup> RegE, BT-Drs. 19/27673, S. 2.

<sup>51</sup> Um diesen beiden hypothetischen Novellierungen gerecht zu werden, hätten Inkassodienstleister grds. nicht ständig aktiv werden müssen und hätten, da auch Anwälte solchen Regeln unterliegen, keine Wettbewerbsnachteile erlitten. Diese beiden hypothetischen Novellierungen wären mithin vergleichsweise wenig eingriffsintensiv. Für eine Erhöhung der grundsätzlichen Inkassoqualifikationen plädiert, wie oben erläutert, auch Fries (Fn. 2), NJW 2021, 2537 (2537 Rn. 9).

liegen dieser Pflicht nicht. Durch diese neue Pflicht erlangen Inkassodienstleister kaum Rechtssicherheit. Denn die Registrierung verpflichtet Zivilgerichte nicht, § 2 II 1 RDG als einschlägig zu beurteilen.<sup>52</sup> Und den Registrierungsbehörden fehlt mangels erheblicher Präzisierung des § 2 II 1 RDG, die noch<sup>53</sup> ein milderes, effektiveres Mittel wäre, ein ausreichender Maßstab, an dem sie die neuen Informationen messen könnten.<sup>54</sup> Somit belastet § 13 II, V RDG die ohnehin unter Effizienzproblemen<sup>55</sup> leidenden Behörden und Inkassodienstleister ohne Erforderlichkeit.

## 2. §§ 13b, c RDG

§§ 13b, 13c RDG<sup>56</sup> erlegen Inkassodienstleistern Informationspflichten vor und bei Vertragsschluss auf. Bei der Ablehnung eines Mandats müssen sie gem. § 13b II RDG eine Begründung und den Automatisierungsgrad der Prüfung angeben sowie die Information, dass die Ablehnung andere Möglichkeiten der Forderungsdurchsetzung unberührt lässt. Dies ist zu kritisieren. Es ist nämlich kaum realistisch, dass ein geschäftsfähiger Verbraucher ernsthaft denkt, der Inkassodienstleister habe es nun unmöglich gemacht, jemand anderen um Hilfe zu bitten oder selbst Maßnahmen zu ergreifen, nur weil er das Mandat ablehnt.<sup>57</sup> Gem. § 13b I RDG müssen sie nun außerdem spezielle Hinweispflichten erfüllen, wenn eine von drei dort genannten Vereinbarungen mit einem Verbraucher angebahnt wird, nämlich Vergleichsberechtigung, externe Prozessfinanzierung oder Erfolgshonorar. Es ist jedoch nicht ersichtlich, warum Hinweispflichten nicht einzelfallgerechter ohnehin in §§ 311 II, 241 II BGB zu erblicken gewesen sein sollten, soweit Inkassodienstleister für den konkreten Vertragsschluss wesentliches, aus der strukturellen Überlegenheit folgendes Wissen haben. Insbesondere, dass sie nun vor jeder Erfolgshonorarvereinbarung auf ausnahmslos jede Möglichkeit hinweisen müssen, wie man die Forderung theoretisch anderweitig geltend machen könnte, verkennt, dass nicht jede theoretisch denkbare Art gerichtlicher und außergerichtlicher Geltendmachung stets so zweckmäßig ist, dass sie

der Rede wert wäre. So nützt der Hinweis auf die Geltendmachung per Aufrechnung i.S.v. § 389 BGB höchstens in dem seltenen Falle etwas, in welchem es Anhaltspunkte dafür gibt, dass der Anspruchsgegner momentan oder in naher Zukunft eine zur Aufrechnungslage führende Gegenforderung hat. Dass Inkassodienstleister solch abstrakte, für den konkreten Fall z.T. belanglose Informationen angeben müssen, könnte sogar dazu führen, dass gerade Kunden von besonders auf die neuen Vorschriften bedachten, also besonders viele belanglose Informationen angehenden Inkassodienstleistern, wesentliche Informationen übersehen, weil sie in der Informationsflut untergehen. Dies gilt a minore ad maius, wenn Inkassodienstleister besonders sichergehen wollen, ihre neuen Hinweispflichten zu erfüllen und daher schon vor Vertragsschluss zusätzlich jene Informationen angeben, die sie später im Vertrag angeben müssen. Letztere Pflicht, also auch im vertraglichen Dokument einer Erfolgshonorarvereinbarung einen abstrakten Informationskatalog zu implementieren, ist im dritten Absatz des neuen § 13c RDG normiert, hinter den, sich vor der Novelle noch, soweit nötig, aus dem (vor)vertraglichen Schuldverhältnis ergebenden Hinweispflichten in Abs. 1 und einer hier als letztes noch zu nennenden Preisanpassungsklausel in Abs. 2<sup>58</sup>. Insgesamt werden Verbraucher nun also weitaus mehr Informationen von Inkassodienstleistern erhalten als sie üblicherweise interessieren wird.<sup>59</sup> Dies wird von Experten mit dem Cookie-Einwilligungserfordernis verglichen.<sup>60</sup> Dieses Einwilligungserfordernis ist im Ansatz gutzuheißen. Jedoch gestalten Websitebetreiber Cookie-Banner nicht selten unzureichend. Geschuldet ist dies der bisher unklaren<sup>61</sup> Normierung, die auch durch den zum 1.12.2021 in Kraft getretenen § 25 TTDSG unzureichend<sup>62</sup> präzisiert wurde. Besagte Transparenzpflichten hingegen sind in §§ 13b, 13c RDG zwar hinreichend eindeutig normiert, werden voraussichtlich aber ebenfalls oft die Kapazitäten des Verbrauchers übersteigen. Repräsentativ ermittelte 43% der Internetnutzer geben an, wegen Cookie-Bannern »genervt«

52 BGH NJW 2020, 208 (208); Römermann (Fn. 4), RDt 2021, 217 (221 Rn. 31); Lemke (Fn. 4), RDt 2021, 224 (f. Rn. 17).

53 Neben jenen beiden bereits in Fn. 51 genannten Mitteln.

54 Mithin praxisfern die Darstellung bei RegE, BT-Drs. 19/27673, S. 22.

55 Zuständig ist entgegen Vorschlägen wie jenem des Bundesrats nicht die BaFin oder das BJMV, sondern die Präsidenten der OLG und LG. Dies führt zur Zersplitterung der behördlichen Beurteilung der, meist bundesweit oder darüber hinaus tätigen, Inkassodienstleister und fehlender Bündelung von Expertise, Henssler, Legal-Tech-Inkasso, AnwBl Online 2021, 180 (185); RegE BT-Drs. 19/20348, S. 85. Der Bundesratsvorschlag wurde zunächst mit dem lakonischen Hinweis abgelehnt, Länder könnten diesbezüglich Verwaltung auch landesintern bündeln (ebd. S. 85), wird in der neuen Legislaturperiode begrüßenswerter- und nicht unwahrscheinlicher Weise aber doch noch umgesetzt, vgl. BT-Drs. 19/30495, 7 f.

56 Um Verwirrung zu vermeiden: In RegE, BT-Drs. 19/27673 waren diese weitgehend inhaltsgleich noch als neuer § 13f RDG vorgesehen.

57 Goebel (Fn. 65), FMP 2021, 117 (123) hält diese dennoch statuierte Auskunftspflicht zutreffend für unvereinbar mit der Privatautonomie. Richtig ist daher auch die bei dieser Belehrung unter <https://www.flihtight.de/faq> unter Frage 9 gewählte Formulierung »selbstverständlich«, zuletzt abgerufen am 10.12.2021.

58 Nach Abs. 2 kann die vereinbarte Vergütung, wenn sie den Umständen nach unangemessen hoch ist, im Rechtsstreit auf »den angemessenen Betrag« herabgesetzt werden.

59 Ebenso Fries (Fn. 2), NJW 2021, 2537 (2540 Rn. 17); vgl. Lemke (Fn. 4), RDt 2021, 224 (228 Rn. 21).

60 Lemke (Fn. 4), RDt 2021, 224 (228 Rn. 21).

61 Zu vorherigen Unklarheiten *Durchholz*, Google Analytics rechtssicher einsetzen, LR 2021, 116 (123-125); *Haberer*, Anforderungen an Cookie-Banner, MMR 2020, 810 (813); *Spindler/Schmitz*, TMG, 2. Auflage (2018), Rn. 68, f.; *Spindler*, Anforderungen an Cookie-Banner, NJW 2020, 2513 (2517).

62 Zu fortbestehenden Unklarheiten *Sesing*, Cookie-Banner – Hilfe, das Internet ist kaputt!, MMR 2021, 544 (547 f.). Indes werden Nutzer, die einem gem. § 26 TTDSG anerkannten Einwilligungsverwalter eine generelle Einwilligung oder Weigerung mitteilen, bald voraussichtlich nicht mehr bei jedem Websitebesuch einzeln hinsichtlich der Cookies befragt. Eine grob ähnliche Regelung hätte hier zur Geeignetheit beitragen können. So hätte normiert werden können, dass der Inkassodienstleister die Aufsichtsbehörde nach Einwilligung des Rechtsuchenden über die erfolgte Belehrung so informieren darf, dass als Rechtsfolge, bis auf Äußerung des Rechtsuchenden der Begehr erneuter Auskunft, zumindest teilweise auch für etwaige erneute Verträge des Inkassodienstleisters und ähnlicher Inkassodienstleister mit demselben Rechtsuchenden die Auskunftspflicht als erfüllt gilt.

zu sein.<sup>63</sup> Jedenfalls wenn es sich um eine Kleinstforderung handelt, dürfte davon auszugehen sein, dass der durchschnittliche Verbraucher auf besagte Hinweise vor und bei Inkassovertragsschluss nicht allzu viel mehr Zeit verwenden möchte als auf einen Cookie-Banner. Dieser Vergleich wird voraussichtlich noch besser passen, je weiter die Automatisierung von Inkassodienstleistungen hinsichtlich geringwertiger Verbraucherforderungen voranschreiten wird. Besonders überrascht dabei § 13c III 3 RDG, demzufolge Inkassodienstleister Verbrauchern in Erfolgshonorarvereinbarungen nun u.a. ihren mit der Sache entstehenden Aufwand darstellen müssen. Hier könnte man dem Gesetzgeber mit der Argumentation zur Hilfe kommen, ausnahmslos alle Inkassodienstleister unterlägen nun dieser Pflicht. Mithin erleide niemand einen Wettbewerbsnachteil. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass innovativere Inkassodienstleister schwerer beeinträchtigt sind als Nachahmer. Außerdem unterliegen Anwälte dieser Pflicht nicht und können sie sich zu Nutze machen, wenn sie zu einem Inkassodienstleister in Konkurrenz treten.<sup>64</sup> Generell entbehrt es sachgerechter Gründe dafür, warum ausschließlich Inkassodienstleister §§ 13b, 13c RDG unterliegen.<sup>65</sup> Hinsichtlich Anwälten hingegen erkennt der Gesetzgeber offenbar, dass, auch soweit sie Inkassodienstleistungen erbringen, trotz Erfolgshonoraren das Zivilrecht bspw. mit c.i.c. und im Falle von AGB §§ 305 ff. BGB, bei Verbrauchern gestärkt gem. § 310 III BGB, einfallgerechten Schutz des Rechtsuchenden gegenüber dem Rechtsdienstleister gewähren, was den Vertragsschluss anbelangt. Dem fehlplatzierten und übersteigerten Ansatz bei Stärkung des Verbraucherschutzes liegt offenbar doch noch die unzureichend ausgeräumte Befürchtung<sup>66</sup> divergierender Interessen bei Vergleichsberechtigung, Prozessfinanzierung und Erfolgshonoraren zu Grunde. Diese Befürchtung entbehrt aufgrund der überwiegenden Erhöhung der Interessenparallelität jedoch, wie mit Blick auf die Anwälte gezeigt,<sup>67</sup> einer Grundlage. Und auch Prozessfinanzierer haben Interesse am Obsiegen, da ihr regelmäßiges Eingehen des Risikos der Kostenübernahme gerade durch den Erfolgsanteil<sup>68</sup> bei hinreichend häufigem Obsiegen ökonomisch tragfähig wird.<sup>69</sup> Auch diese werden also bei guter Erfolgsaussicht

in aller Regel auf keinen unattraktiven Vergleich drängen.<sup>70</sup> Sogar die Gesetzesbegründung gesteht ein, es sei »möglicherweise nur unwahrscheinlich«, dass die ohne diese Auskunftspflicht bestehende Gesetzeslage zu Interessenkonflikten führe.<sup>71</sup> Letztens erweckt auch die dargelegte Preisanpassungsnorm des § 13c II RDG den Eindruck fehlplatzierten Regulierungsdrangs und außerdem Übergehens, statt Abwägens, von Privatautonomie.<sup>72</sup> Denn es bleibt schwerlich überhaupt privatautonomer Entscheidungsspielraum zur Preisgestaltung übrig, wenn sogar bei Individualabreden kein grobes Missverhältnis zur Einschränkung der Privatautonomie nötig ist und eine Minimierung auf »den angemessenen Betrag« stattfindet.<sup>73</sup>

### 3. Die verfassungs- und unionsrechtliche Folge

Anhand dieser Kritik an §§ 13 II, V, 13b, 13c RDG könnte sich die Verfassungs- und Unionsrechtswidrigkeit dieser Rechtsnormen begründen lassen. Bei z.B. im Fluggastrecht tätigen Inkassodienstleistern handelt es sich um grenzüberschreitende Sachverhalte. Hinsichtlich solcher wird der Marktzugang durch die erörterte Erhöhung der Registrierungs- sowie Informationspflichten erschwert und mithin der Gewährleistungsgehalt der Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49 I AEUV eingeschränkt. Zwar kommt dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative zu. Wie erläutert wäre die Einschätzung, der höhere Registrierungsanfang sei erforderlich, um das Interesse an Rechtssicherheit und Verbraucherschutz zu fördern, jedoch gänzlich unhaltbar und die neuen Informationspflichten sind grundsätzlich ungeeignet, um Verbraucherschutz zu fördern. Für den Fall, dass doch einmal ein Verbraucher von den Informationspflichten profitiert, sei auf besagte weniger eingriffsintensive, mindestens gleich geeignete, hypothetische Novellierungen verwiesen.<sup>74</sup> Es fehlt also ebenfalls die Erforderlichkeit. Die Preisanpassungsregel entbehrt, wie ebenso aufgezeigt, der praktischen Konkordanz zur Privatautonomie, ist also unangemessen und mithin, wie schon die Erhöhung des Registrierungs- und Informationsaufwands, unverhältnismäßig. Dementsprechend lässt die Unverhältnismäßigkeit auch eine Rechtfertigung des zudem erfolgten Eingriffs in die Berufsfreiheit gem. Art. 12 I GG der Inkassodienstleister scheitern. Art. 12 I GG ist mithin kumulativ zu Art. 49 I AEUV verletzt.<sup>75</sup> Folglich bewirken §§ 13 II, V, 13b, 13c RDG,

sonstige Mandanten.

**70** ebd.

**71** RegE Bt-Drs. 19/27673 S. 46.

**72** *Goebel* (Fn. 65), FMP 2021, 117 (124). Im RegE (abrufbar als BT-Drs. 19/27673) war diese Preisanpassungsklausel nicht enthalten. Sie tauchte erst, ohne Begründung, im späteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens auf, nämlich in Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 9.6.2021, BT-Drs. 19/30495, S. 15.

**73** *Goebel* (Fn. 65), FMP 2021, 117 (124).

**74** Fn. 51, 55, 62 und zudem die Präzisierung der Inkassodefinition unter C.I.

**75** Mindestens bzgl. § 13c III 3 RDG deutet auch *Fries* (Fn. 2), NJW 2021, 2537 (2540 Rn. 16 f.) die Verletzung des Art. 12 I GG an. Bzgl. der übrigen §§ 13b, 13c RDG können Argumente für die Verletzung des Art. 12 I GG auch nachgelesen werden bei *Goebel* (Fn. 65), FMP 2021, 117 (122-124). Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor einfachgesetzlichem Rechts-

**63** *Sesing* (Fn. 62), MMR 2021, 544 (544).

**64** Vgl. *Fries* (Fn. 2), NJW 2021, 2537 (2540 Rn. 16 f.).

**65** *Goebel*, Legal Tech und Erfolgsvergütung schon vor dem Inkrafttreten wieder geändert, FMP 2021, 117 (122).

**66** Diese Befürchtung hegen *Henssler* (Fn. 30), NJW 2019, 545 (549) und *Singer* (Fn. 13), BRAK-Mitt. 2019, 211 (214), s. C.II.1.

**67** S. C.II.1.

**68** Der absolute Wert des an sie fließenden Vermögens bei Obsiegen wird in aller Regel jenen übersteigen, den sie sich nach § 138 BGB und ggf. §§ 305 ff. BGB für den Fall des Vergleichs ausbedingen können.

**69** Bzgl. interner Prozessfinanzierung *Römermann/Günther* (Fn. 29), NJW 2019, 551 (554 f.); *Hartung*, Noch mal: Klagen ohne Risiko, BB 2017, 2825 (2827); bzgl. externer Prozessfinanzierung *Hartung*, Stellungnahme zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 5. Mai 2021, <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw18-pa-recht-dienstleistungsmarkt-837660>, rechts unter Stellungnahmen, S. 19-21, zuletzt abgerufen am 10.12.2021. Letzterer hält externe Prozessfinanzierung für mandatierende Unternehmer treffend für in aller Regel ungefährlich und erstreckt dies etwas inkonsequenterweise indes nicht, zumindest nicht ausdrücklich, auf

bis auf den oben behandelten § 13c IV RDG,<sup>76</sup> keine rechtmäßige Förderung berechtigter Interessen.

## V. Schutz juristischer Methodik

Die hier stattdessen aufgezeigten mildereren Mittel wären nicht nur mindestens ebenso geeignet die leichte Gefahr unzureichend kompetenten Rechtsrats seitens Inkassodienstleistern einzudämmen. Sie hätten eventuell auch abträglichen Einfluss etwas Einhalt geboten, den Legal-Tech viel verwendende Inkassodienstleister auf die von anderen Juristen angewendete Rechtsmethodik haben könnten; Juristen, die Schuldner von Kunden solcher Inkassodienstleister vertreten und andere Juristen könnten sich ein Beispiel an solchen Inkassodienstleistern nehmen. Dieser Einfluss von solchen Inkassodienstleistern auf andere Juristen könnte allgemein zu einem Vernachlässigen von Wertungen bei der Anwendung von Recht führen. Die Hemmung dieses etwaigen abträglichen Einflusses hätte soeben mithin auch als legitimer Zweck zur Verhältnismäßigkeit von §§ 13 II, V, 13b, 13c RDG geprüft werden können, würde aber ebenso spätestens an der Erforderlichkeit scheitern.<sup>77</sup> Es liegt indes nicht fern, dass das Hemmnis, das solche Inkassodienstleister durch §§ 13 II, V, 13b, 13c RDG erleiden, diesen etwaigen abträglichen Einfluss solcher Inkassodienstleister hemmt. Dazu, ob dieser abträgliche Einfluss, dessen Hemmung das Legal-Tech-Gesetz bewirken könnte, existiert, möchte ich eine schlüssige Sichtweise anbieten. Im Rahmen von Auslegung bedarf es u.U. Wertungen.<sup>78</sup> Semantische Vielfältigkeit von Begriffen und Notwendigkeit von Wertungen zu ignorieren, waren Merkmale, die teils einer Ende des 19. Jh. aufgekommenen Strömung zugezählt werden, der sog. Begriffsjurisprudenz.<sup>79</sup> Zuzufolge der diesen Kritikpunkten etwas weniger ausgesetzten, ebenfalls neuzeitlichen Interessenjurisprudenz<sup>80</sup> ist die Aufgabe des Rechtsanwenders vornehmlich darauf eingeschränkt,

dienstleistungsrecht wird in ähnlichem Kontext erkannt bei *Hellwig/Ewer* (Fn. 2), NJW 2020, 1783 (f.).

<sup>76</sup> Redaktionell passt dieser Abs. nicht in §§ 13, 13b, 13c RDG. Denn er statuiert keine Registrierungs- oder Informationspflicht. Ich habe diesen Abs. daher bereits unter C.II.2. behandelt.

<sup>77</sup> Gleich geeignete, mildere Mittel wären z.B. aus den Ausführungen bei Fn. 51, 55 ersichtlich.

<sup>78</sup> MüKoBGB/*Schubert*, BGB Bd. 2, 8. Auflage (2019), § 242 Rn. 3-6; *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, (2018), S. 191; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin (1991), S. 119-125, 288-293; *Muthorst*, Auslegung: Eine Einführung, JA 2013, 721 (724 f.); *Möllers*, Wie Juristen denken und arbeiten, ZfPW 2019, 94 (117); *Kowalski*, Methodik, NJW 2020, 2229 (2232 Rn. 19); *Buchholtz* (Fn. 7), JuS 2017, 955 (958); *Zickgraf*, Wertungsjurisprudenz, ZfPW 2021, 482 (510-512).

<sup>79</sup> *Kowalski* (Fn. 78), NJW 2020, 2229 (2232 Rn. 19). Mehr zu dieser urspr. insb. von *Rudolph v. Jhering* verwendeten Bezeichnung bei *Rückert/Seinecke*, Methodik des Zivilrechts - von Savigny bis Teubner, 3. Auflage (2017), Rn. 1498 und bei *Jansen/Reimann*, Begriff und Zweck in der Jurisprudenz, ZEuP 2018, 89 (104).

<sup>80</sup> Dieser Strömung werden Publikationen von *Phillip Heck*, *Max Rümelin* und *Heinrich Stoll* Anfang des 20. Jh. zugezählt, s. *Rückert/Seinecke* (Fn. 79), Rn. 1500; *Muthorst* (Fn. 78), JA 2013, 721 (724); *Auer*, Methodenkritik und Interessenjurisprudenz, ZEuP 2008, 517 (517); *Jansen/Reimann* (Fn. 79), ZEuP 2018, 89 (114 f.).

die Interessen zu identifizieren, welche der Gesetzgeber, obgleich ggf. weit in der Vergangenheit liegend, bereits umfassend gewertet habe.<sup>81</sup> Nach der ideengeschichtlich im Anschluss an diese Strömung entwickelten, wohl herrschenden<sup>82</sup> Wertungsjurisprudenz genießt die historische Auslegung nicht diese gegenüber anderen Auslegungskriterien besonders herausgehobene Rolle.<sup>83</sup> Dies passt etwas besser dazu, dass der Rechtsstaat im Lichte von Art. 1 I, 20 III GG um der Menschen willen da ist<sup>84</sup>. Denn menschliches Verständnis, das unter anderem mit zur jeweiligen Rechtsnorm konnexer, sich gegebenenfalls ändernder Gesetzessystematik zusammenhängt, kann sich mit einiger Zeit ändern und kann zu zuweilen weitgehend objektiv erkennbarer Zweckrichtung von Begriffen leiten.<sup>85</sup> Soweit der Wortlaut einer Rechtsnorm auslegungsbedürftig ist, um den jeweiligen Sachverhalt darunter zu subsumieren, wird die Rechtsnorm im Wege der Auslegung nach historischen Kriterien sowie auch nach weiteren grammatischen, objektiv-teleologischen und systematischen Kriterien untersucht.<sup>86</sup> Es gelingt bis zu gewissem Maße, IT so zu programmieren, dass durch ihren Ablauf teilweise Deckungsverhältnisse von Aussagen mit anderen Aussagen aus Quellen wie Gesetzen, Literatur, Rechtsprechung und Sachverhaltsangaben erfasst werden; dabei unterliegt IT

<sup>81</sup> *Muthorst* (Fn. 78), JA 2013, 721 (724); vgl. *Rückert/Seinecke* (Fn. 79), Rn. 1500.

<sup>82</sup> *Scharpf*, Vertragsgestaltung im Zivilrecht, JuS 2002, 878 (878): »heute wohl herrschend«; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1982), S. 123: »heute vorherrschend«; *Hassold*, FS Larenz (1983), S. 211 (235): »Zeitalter der Wertungsjurisprudenz«; *Larenz* (Fn. 78), S. 120 »nahezu unbestritten und besonders in der Rechtsprechung anerkannt«; *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Band 3 (1976), S. 415: »heute [...] vorherrschend«; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (1967), S. 574 f.: »größter praktischer Einfluss«; vgl. *Kowalski* (Fn. 78), NJW 2020, 2229 (2232 Rn. 19).

<sup>83</sup> *Kowalski* (Fn. 78), NJW 2020, 2229 (2232 Rn. 19). Als kleine gemeinsame Nenner unter Vertretern der Wertungsjurisprudenz dürften an dieser Stelle zumindest noch Aspekte zur Abgrenzung zu Anfang des 20. Jahrhunderts erschienenen Publikationen von Vertretern der Freirechtslehre zu nennen sein. In diesen Publikationen, wie von *Ernst Fuchs* und *Hermann Kantorowicz*, wurde es kaum ernstlich als gewichtig behandelt, ob Rechtsanwendung mit Gesetzen in Einklang steht. Gesetze wurden in diesen Publikationen grundsätzlich nicht als hochbedeutsam erachtet. Die Freirechtslehre umfassend zu befürworten, wäre Zeichen mangelnder Besinnung auf nötige Rechtssicherheit, wie heute zudem auch Zeichen von Vernachlässigung nunmehrigen Demokratieprinzips, vgl. *Larenz* (Fn. 78), S. 59-62; *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz (1983), S. 33 Rn. 75; *Jansen/Reimann* (Fn. 79), ZEuP 2018, 89 (114); *Engisch* (Fn. 78), S. 191; *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 4. Auflage (2021), § 1 Rn. 71, f.; nicht der Wertungsjurisprudenz zuzuordnen ist *Landsberg*, Das entgegengesetzte Extrem?, DJZ 1905, 921 (925) richtete sich indes als Zeitgenosse der Freirechtsschule gegen dieselbe und stützte dies auch auf die nötige Rechtssicherheit.

<sup>84</sup> *Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen*, Art. 1 I Rn. 1, 95. EL (Juli 2021) und *Albers*, Carl Schmitts staatsrechtliches Werk in der Weimarer Republik, GRZ 2019, 102 (111) (jeweils auch mit Hinweis auf die Formulierung des Art. 1 I HerrenCHE); vgl. *Kowalski* (Fn. 78), NJW 2020, 2229 (2232 Rn. 19).

<sup>85</sup> *Kowalski* (Fn. 78), NJW 2020, 2229 (2232 Rn. 19). *Muthorst* (Fn. 78), JA 2013, 721 (724) denkt daher an, es sei tendenziell vom Alter der Rechtsnorm abhängig, deren Normtext (teils) auslegungsbedürftig sei, inwieweit die historische Auslegung zu gewichten sei.

<sup>86</sup> *Muthorst* (Fn. 78), JA 2013, 721 (724 f.); vgl. *Kowalski* (Fn. 78), NJW 2020, 2229 (2232 Rn. 19).

jedoch mindestens dem, in einem vom Reglungsansatz her anthropozentrisch<sup>87</sup> ausgerichteten Rechtsstaat vornehmlich als Defizit einzuschätzenden Umstand, dass sie beim Verfahren, die Informationen der unterschiedlichen Quellen miteinander in Bezug zu setzen, nicht jenem gänzlich entsprechen kann, was Menschen hinsichtlich Wertungen möglich ist.<sup>88</sup> Dies ist auch mit Blick auf IT der Fall, welche mit dem Begriff »KI« bezeichnet wird.<sup>89</sup> Der zur Auslegung und ggf. außerdem zur Rechtsfortbildung nicht selten zumindest mittelbar und partiell nötige menschliche Einfluss kann vor, bei und nach Erstellung, Modifizierung und Ablauf von IT geschehen. Inwieweit und -fern er nötig ist, hängt von der Bestimmtheit und Komplexität der jeweils auszulegenden und u.U. fortzubildenden Rechtsnormen ab.<sup>90</sup> Geschieht mangels hinreichenden menschlichen Einflusses rechtsfehlerhafte Subsumtion bei Anbahnung oder als Basis der Erteilung von Rechtsrat, ist dies nicht immer eine (vor)vertragliche Pflichtverletzung, also nicht immer ein Zurückbleiben hinter einem Pflichtenprogramm.<sup>91</sup> Grundsätzlich ist es dies nämlich mangels Entstehung einer dahingehenden Pflicht dann nicht, wenn dem Rechtssuchenden aus objektivem Empfängerhorizont zu verstehen gegeben wird, dass hier insoweit kein gänzlich rechtsfehlerfreies Subsumtionsverfahren geschehe, obgleich das Ergebnis gelegentlich zum Ergebnis eines hypothetischen, rechtsfehlerfreien Subsumtionsverfahrens passen könnte. Mangels Behauptung, die juristische Methodik werde hier fehlerfrei angewendet, wäre dann grundsätzlich auch schwerlich der eingangs dieses Kapitels in Betracht gezogene, abträgliche Einfluss von Legal-Tech viel verwendenden Inkassodienstleistern auf die im Rechtsdienstleistungssektor und darüber hinaus verwendete juristische Methodik anzunehmen. Fraglich ist, in welcher Relation diese Gedankengänge zu in Rede stehenden Rechtsdienstleistern stehen. Auf [flightright.de](https://flightright.de) finden sich exemplarisch folgende Hinweise: »In unserem Entschädigungsrechner analysieren Algorithmen, die regelmäßig aktualisiert werden, den Fall. Er führt Sie Schritt für Schritt durch Fragen, die Ihren Fall auf die Anwendbarkeit der EU-Fluggastrechtverordnung hin abklopfen. So werden systematisch alle<sup>92</sup> zur Bewertung Ihres Falles not-

wendigen Daten abgefragt und nach erfolgreicher Eingabe unverzüglich an unser Serviceteam übermittelt.«<sup>93</sup> Obgleich die Voraussetzungen des hier geprüften verschuldensunabhängigen, pauschalierten Entschädigungsanspruchs gem. Art. 7, 4 III, 5 I lit. c Fluggastrechte-VO keinen allzu geringen Bestimmtheits- oder hohen Komplexitätsgrad aufweisen,<sup>94</sup> wird gewarnt, bei der nach Eingabe ohne anschließendes Zutun eines Menschen angegebenen Wahrscheinlichkeit der Erfolgsaussicht handele es sich um »keine verbindliche Rechtsberatung«<sup>95</sup>. Zudem subsumiert der Nutzer beim Bedienen dieses Entschädigungsrechners nicht selten selbst oder versucht dies zumindest.<sup>96</sup> Die zitierte Information, dass die Algorithmen regelmäßig aktualisiert werden, deutet zwar darauf hin, dass von Menschen vorgenommene Auslegung der Anspruchsgrundlage bezüglich ähnlicher Fälle die Subsumtion hier determiniert, indem die Algorithmen häufig an die von Menschen vorgenommene Auslegung angepasst werden. Über die Details solcher Algorithmen und Anpassungen wird seitens der Inkassounternehmen aber geschwiegen. Mindestens jedoch, soweit von Seiten des Inkassounternehmens aus objektivem Empfängerhorizont, anders als in Hinsicht auf die von o.g. Warnung umfassten Abläufe, überhaupt einmal der Eindruck vermittelt wird, es würde zu rechtsfehlerfreier Rechtsfortbildung beigetragen oder es geschehe zum Zwecke der Rechtsdienstleistung rechtsfehlerfreie Auslegung, dürfte nach alledem festzuhalten sein, dass diese Subsumtion nicht von IT determiniert ist, sondern IT lediglich zur teilweisen Basis hat.<sup>97</sup> Der

zu verstehen gegeben, dass Menschen aufgrund einer Eingabe bzgl. dieser abstrakten Frage weitere Nachfragen stellen könnten. Mithin ist der oben zitierte Begriff »alle« im hiesigen Kontext aus objektivem Empfängerhorizont als »grundsätzlich alle« auszulegen und nicht als konkludente Behauptung, es geschehe in Form der bloßen Datenverarbeitung des Entschädigungsrechners umfassend rechtsfehlerfreie Subsumtion.

<sup>93</sup> <https://www.flightright.de/faq>, Frage 8, zuletzt abgerufen am 10.12.2021.

<sup>94</sup> So auch *Hähnchen/Schrader/Weiler/Wischmeyer* (Fn. 6), JuS 2020, 625 (627, 631) und *Hoch/Hendricks* (Fn. 12), VuR 2020, 254 (f.) sowie RegE, BT-Drs. 19/27673, S. 15.

<sup>95</sup> <https://www.flightright.de/faq>, Frage 9, zuletzt abgerufen am 10.12.2021.

<sup>96</sup> <https://www.flightright.de>, zuletzt abgerufen am 10.12.2021. Nachdem etwa zwei Drittel der Felder ausgefüllt sind, ist der Nutzer insofern aufgefordert zu subsumieren, als dass er nicht fortfahren kann, ohne einzugeben, ob er bereits »entschädigt« wurde. Er erhält als Hilfe drei bspw. angeführte Sachverhaltsvarianten, die nicht unter den Rechtsbegriff »Entschädigung« fallen, nämlich Verpflegung, Unterkunft und Ticketpreiserstattung. *Fries* verortet Derlei als Subsumtion des Nutzers und verortet solche IT in dieser Hinsicht als Rechtserklärungsautomat, nicht Subsumtionsautomat, [https://youtu.be/kc\\_XP79sPhk?t=3593,00:59:53-01:01:08](https://youtu.be/kc_XP79sPhk?t=3593,00:59:53-01:01:08), zuletzt abgerufen am 10.12.2021.

<sup>97</sup> Zur Differenzierung zwischen Determinieren und Basieren, vgl. *Lorse*, Entscheidungsfindung durch künstliche Intelligenz, NVwZ 2021, 1657 (f.). Bspw. gibt der Nutzer ebenfalls auf <https://www.myright.de/abgasskandal>, zuletzt abgerufen am 10.12.2021, einige Tatsachen und auch Ergebnisse von bereits selbst vorgenommener Subsumtion bzw. Subsumtionsversuche (»Fahrzeug bereits weiterverkauft?«, »Rechtsschutzversicherung vorhanden?«) ein. Auch dort erhält er ohne anschließendes Zutun eines Menschen ggf. die Aussage, es bestehe mit hoher Wahrscheinlichkeit ein dort bezifferter Anspruch. Direkt darunter wird aus objektivem Empfängerhorizont kenntlich gemacht, dass es sich bei dieser Wahrscheinlichkeitsangabe nicht

<sup>87</sup> Vgl. Fn. 84.

<sup>88</sup> *Hähnchen/Schrader/Weiler/Wischmeyer* (Fn. 6), JuS 2020, 625 (627); vgl. *Engel*, Algorithmisierte Rechtsfindung als juristische Arbeitshilfe, JZ 2014, 1096 (f., 1100).

<sup>89</sup> *Hähnchen/Schrader/Weiler/Wischmeyer* (Fn. 6), JuS 2020, 625 (627).

<sup>90</sup> ebd.; vgl. *Engel* (Fn. 88), JZ 2014, 1096 (f., 1100); vgl. *Buchholtz* (Fn. 7), JuS 2017, 955 (959).

<sup>91</sup> Zur Definition von Pflichtverletzung s. *Dauner-Lieb/Langen*, BGB, Band 2, 4. Auflage (2012), § 280 Rn. 27 und vgl. *Jauernig/Stadler*, BGB, 18. Auflage (2021), § 280 Rn. 8.

<sup>92</sup> Im vor Vertragsschluss auszufüllenden Formular (s. <https://www.flightright.de>, zuletzt abgerufen am 10.12.2021) ist, nachdem etwa 90% der Felder ausgefüllt sind, die abstrakte Frage enthalten: »Haben Sie weitere Details zu Ihrem Fall, die uns bei der Durchsetzung Ihrer Entschädigung helfen können?« Damit macht der Inkassodienstleister aus objektivem Empfängerhorizont kenntlich, dass Sachverhaltsinformationen möglich sind, deren Relevanz nicht schon originär aus dem Formular hervorgeht, sondern erst durch weiteres Zutun von Menschen erkannt werden kann. In Kombination mit der ebenfalls zitierten Angabe, dass die Daten, also auch die Eingabe in besagtes Feld, an das Serviceteam übermittelt werden, wird dem Nutzer

eingangs dieses Kapitels in Betracht gezogene, abträgliche Einfluss von solchen Inkassodienstleistern binnen des Rechtsdienstleistungssektors oder darüber hinaus und eine Hemmung desselben durch das Legal-Tech-Gesetz sind derzeit grundsätzlich nicht anzunehmen.

#### D. Fazit

Nach der nur geringfügigen Präzisierung der Inkassodefinition in § 2 II 1 RDG und der unterlassenen Präzisierung der Rechtsdienstleistungsdefinition in § 2 I RDG bedarf es noch immer gesetzgeberischer Präzisierung dieser beiden Rechtsnormen. Dies liegt zuvörderst am Fehlen einer mithin nach wie vor als *lege ferenda* in den Blick zu nehmenden, ausdrücklichen Bezugnahme auf Legal-Tech-basierte, gebündelte Geltendmachung vieler Forderungen unterschiedlicher Rechtsuchender. Die Lockerung des Erfolgshonorarverbots bewirkt, dass die sich auf Erfolgshonorare beziehenden, einfachen Bundesgesetze, die das Wesen des

Anwaltsberufs mitgestalten, mit höherrangigem Recht vereinbar sind. Diese Lockerung hindert aber nicht andere Inkohärenzen zwischen Anwälten und Inkassodienstleistern. Daher besteht mancher Nachbesserungsbedarf.<sup>98</sup> Auf diesen wären weitere Lockerungen kaum eine rechtmäßige Antwort. Der nach §§ 13 II, V, 13b, 13c RDG erhöhte Registrierungs- und Informationsaufwand lässt einige Gesichtspunkte unbedacht, wegen derer er keine rechtmäßige Förderung von Verbraucherschutz und Rechtssicherheit bewirkt. Der Verbraucherschutz könnte hingegen durch eine leichte künftige Erhöhung von grundsätzlichen Qualifikationen zur Inkassolizenz und durch die Übertragung einiger bisher Anwälten vorbehaltenen Einschränkungen gestärkt werden. Letztens ist noch festzuhalten, dass das Legal-Tech-Gesetz voraussichtlich keinen starken Einfluss auf die ambivalenten Potenziale von Legal-Tech hinsichtlich grundlegender juristischer Methodik im Rechtsdienstleistungssektor und darüber hinaus haben wird.

---

bereits um das Ergebnis insgesamt rechtsfehlerfreier Subsumtion handle. Vielmehr wird dort explizit empfohlen, den Fall künftig »auf Basis Ihrer Unterlagen [... durch für das Inkassounternehmen beschäftigte] Experten prüfen [zu lassen].« Ferner wiederum auf <https://www.wenigermiete.de/mietpreisbremse>, zuletzt abgerufen am 10.12.2021, erhält der Nutzer nach Eingabe einiger Tatsachen und auch Ergebnissen selbst vorgenommener Subsumtion bzw. Subsumtionsversuche (»Art der Mietkaution: I. Überweisung (Barkaution) / II. Verpfändung Konto / III. Bürgschaft / IV. Mietkautionsversicherung«), in das dortige Formular u. a. die Information: »Wir prüfen Ihren Fall bevor wir loslegen und melden uns bei eventuellen Rückfragen.« Auch für andere bspw. untersuchte Inkassodienstleister lässt sich mithin oben erläuteter Schluss ziehen, dass, soweit seitens dieser überhaupt einmal aus objektivem Empfängerhorizont der Eindruck vermittelt wird, es werde zu Rechtsfortbildung beigetragen oder es geschehe rechtsfehlerfreie Auslegung, IT dabei allenfalls eine Basis darstellt, vgl. *Timmermann/Hundertmark*, Smartlaw und der Rechtsdienstleistungsbegriff, RD 2021, 269 (274 Rn. 33).

---

<sup>98</sup> Es liegt nahe, dass einigem Nachbesserungsbedarf in der neuen Legislaturperiode abgeholfen werden wird. Denn der Bundestag hat sich neben seiner Abstimmung für das Legal-Tech-Gesetz sogleich mit der Entschließung an die Bundesregierung gerichtet, diese solle Nachbesserungsbedarf prüfen und einen erneuten Gesetzesentwurf einbringen, s. BT-Drs. 19/30495, 7 f. und *Günther* (Fn. 4), MMR 2021, 764 (769). Diese Aufgabe findet auch im aktuellen Koalitionsvertrags Ausdruck, s. <https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/gesetzesvorhaben/koalitionsvertrag-2021-1990800>, S. 112, zuletzt abgerufen am 10.12.2021.

 **Aufsatz**

Lena Bitz\*

# Zurückstecken für die Zukunft?

Wie die intertemporale Freiheitssicherung schon heute vor späteren Eingriffen schützt

*Das BVerfG hat im sogenannten »Klimabeschluss« vom 24. März 2021 eine neue Grundrechtsdimension hergeleitet, die intertemporale Freiheitssicherung. Diese wird im Beitrag vorgestellt, dogmatisch eingeordnet und kritisch beleuchtet. Dabei wird gezeigt, wie und unter welchen Voraussetzungen sie Wirkung entfaltet.*

## A. Einleitung

Am 24. März 2021 hat der Erste Senat des BVerfG den Gesetzgeber dazu verpflichtet, die Minderungsziele für den Verbrauch von CO<sub>2</sub> näher zu regeln: Bisher waren nur Grenzwerte für CO<sub>2</sub>-Emissionen bis zum Jahre 2030 vorgesehen; weiter in die Zukunft reichende Regeln fehlten jedoch.<sup>1</sup> Diese Regeln musste der Gesetzgeber nun einführen.<sup>2</sup> Im Zentrum der Entscheidung des BVerfG standen insbesondere die Fragen, inwieweit man mögliche verfassungsrechtliche Klimaziele für einzelne Bürger:innen fruchtbar machen kann<sup>3</sup> und welche Rolle dabei die Belange heutiger und künftiger Generationen spielen sollen.<sup>4</sup>

Schon allein die Zulässigkeitserklärung der Verfassungsbeschwerden zur Entscheidung kam für viele unerwartet,<sup>5</sup> denn das BVerfG wählte einen außergewöhnlichen Weg, um sich für Fragen von Generationengerechtigkeit und Freiheitsverteilung zuständig zu erklären: die Herleitung einer neuen Grundrechtsdimension. Das BVerfG sah eine Grund-

rechtsverletzung darin, dass die Beschwerdeführenden durch eine eingriffsähnliche Vorwirkung in ihren Grundrechten verletzt seien.<sup>6</sup> Den möglichen Schutz vor dieser eingriffsähnlichen Vorwirkung bezeichnete das BVerfG als intertemporale Freiheitssicherung.

Diesem neuen Institut widmete sich das BVerfG erneut mit dem Beschluss vom 18. Januar 2022: Die 1. Kammer des Ersten Senats des BVerfG hat eine Reihe von Verfassungsbeschwerden gegen (fehlende) Landesregelungen zur Begrenzung des CO<sub>2</sub>-Verbrauches in den jeweiligen Bundesländern abgewiesen, weil hier gerade keine Verletzung der intertemporalen Freiheitssicherung möglich erschien.<sup>7</sup>

In diesem Beitrag wird die neue Dimension anhand des Klimabeschlusses<sup>8</sup> hergeleitet (B.), dogmatisch neben Schutz- und Abwehrdimension eingeordnet (C.), hinsichtlich ihrer Voraussetzungen untersucht (D.) und mit Blick auf die Gewaltenteilung kritisch analysiert (E.).

## B. Herleitung der intertemporalen Freiheitssicherung

Die intertemporale Freiheitssicherung ist ein dogmatisches Werkzeug, das den Schutz vor ungerechtfertigten Eingriffen des Staates in die Grundrechte nicht nur in der Gegenwart, sondern auch in der Zukunft garantiert. Sie ist kein neues Grundrecht, sondern vielmehr eine neu entwickelte Grundrechtsdimension und schützt vor der einseitigen Verlagerung von Belastungen in die Zukunft<sup>9</sup>.

Damit die intertemporale Freiheitssicherung als solche greifen und möglicherweise verletzt sein kann, müssen spätere, gerechtfertigte Eingriffe in ein oder verschiedene Grundrechte durch den Staat denkbar sein. Abweichend von der bisherigen Schutzbereichs- und Eingriffsdogmatik eröffnet das BVerfG hier die Kategorie der eingriffsähnlichen Vorwirkung,<sup>10</sup> also eine Vorwirkung auf die künftige Freiheit.<sup>11</sup>

Laut Klimabeschluss setzt Art. 20a GG einen verfassungsrechtlichen Rahmen für ein nationales CO<sub>2</sub>-Gesamtbudget, das bis zum Erreichen der Klimaneutralität noch

\* Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaft im 9. Fachsemester (Universität Bayreuth) und studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschafts- und Technikrecht (Prof. Dr. Michael Grünberger). Der Beitrag ist aus einer Oberseminararbeit vom 30.8.2021 im Schwerpunktbereich Öffentliches Wirtschaftsrecht (Wahlsegment: Umweltrecht) bei Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff hervorgegangen. Ein herzlicher Dank gebührt Johannes Herb, Wiss. Mit. am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschafts- und Technikrecht (Prof. Dr. Michael Grünberger), für seine zahlreichen wertvollen Anmerkungen zum Beitrag.

<sup>1</sup> BVerfG BeckRS 2021, 8946.

<sup>2</sup> BVerfG BeckRS 2021, 8946, aus dem Tenor: »4. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, spätestens bis zum 31. Dezember 2022 die Fortschreibung der Minderungsziele für Zeiträume ab dem Jahr 2031 nach Maßgabe der Gründe zu regeln.«; die Umsetzung erfolgte bereits im August 2021: BGBl. 2021 I S. 3905.

<sup>3</sup> BVerfG BeckRS 2021, 8946, Rn. 169 ff.

<sup>4</sup> BVerfG BeckRS 2021, 8946, Rn. 116 ff., 182 ff.

<sup>5</sup> Z.B. Frenz, Klimaschutz nach BVerfG-Beschluss und EU-Klimagesetz, EnWZ 2021, 201; Gelinsky/Fuchs, Bitte noch mehr: Rechtsprechungsdiallog im Karlsruher Klimabeschluss, 26.5.2021, <https://verfassungsblog.de/bitte-noch-mehr/>, zuletzt abgerufen am 8.2.2022; Saiger, The Constitution Speaks in the Future Tense: On the Constitutional Complaints Against the Federal Climate Change Act, 29.4.2021, <https://verfassungsblog.de/the-constitution-speaks-in-the-future-tense/>, zuletzt abgerufen am 8.2.2022.

<sup>6</sup> BVerfG BeckRS 2021, 8946.

<sup>7</sup> BVerfG BeckRS 2022, 795.

<sup>8</sup> Mit Klimabeschluss ist in diesem Beitrag der Beschluss vom 24.3.2021 gemeint, BVerfG BeckRS 2021, 8946.

<sup>9</sup> BVerfG BeckRS 2021, 8946, Leitsatz 4.

<sup>10</sup> Franzius, Die Rolle von Gerichten im Klimaschutzrecht, FEU Research Paper No. 11, 9.

<sup>11</sup> BVerfG BeckRS 2021, 8946, Rn. 116 ff.

aufgebraucht werden darf. In diesem Rahmen wird die eingriffsähnliche Vorwirkung begründet.<sup>12</sup> Das CO<sub>2</sub>-Gesamtbudget orientiere sich an der Erwärmung der Erde, die auf deutlich unter 2 °C und möglichst auf 1,5 °C gegenüber dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen sei. Da dieses Ziel justiziabel sei und den Gesetzgeber binde,<sup>13</sup> müsse es in zukünftigen Entscheidungen der Legislative mitbedacht werden: »Das Grundgesetz [lässt] die tatenlose Hinnahme eines ad infinitum fortschreitenden Klimawandels durch den Staat nicht zu [...]«. <sup>14</sup>

Nach § 3 I 2 und § 4 I 3 Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG) darf bis 2030 ein bestimmter Teil an Treibhausgasemissionen ausgestoßen werden. Dieser Teil, der bis dahin zugelassen wird und wohl entsprechend verbraucht werden würde, mindert das gesamte nationale CO<sub>2</sub>-Budget, sodass in der Zeit danach weniger CO<sub>2</sub>-Emissionen zugelassen und verbraucht werden können. Wenn später weniger CO<sub>2</sub>-Emissionen zugelassen werden, kann es dazu kommen, dass Freiheiten eingeschränkt werden, weil »nahezu alle Bereiche menschlichen Lebens mit der Emission von Treibhausgasen verbunden sind«. <sup>15</sup> Weil damit praktisch jedes Freiheitsrecht betroffen sein kann, stellt das BVerfG jedenfalls auf die zukünftige Dimension der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG ab. <sup>16</sup>

In Bezug auf die intertemporale Freiheitssicherung bedeutet dies: Die aktuelle Minderungslast bestimmt »schon jetzt (...) über künftige Grundrechtsrestriktionen«. <sup>17</sup> Oder umgekehrt: Die künftigen Eingriffe, die dadurch drohen, dass CO<sub>2</sub>-Emissionen in der Zukunft eingespart werden müssen, müssen bereits in der heutigen Gesetzgebung mitbedacht und abgewogen werden.

## C. Dogmatische Einordnung

### I. Bewusste Umgehung der Schutzpflichtenlehre?

Es wird kritisiert, dass das BVerfG die Schutzpflichtendogmatik umgeht, indem es die zukünftige Dimension des Grundrechtsschutzes explizit in einem neuen dogmatischen Modell verankert. <sup>18</sup>

Laut BVerfG folgt aus der Pflicht, die Menschenwürde zu achten und zu schützen (Art. 1 I 2 GG), die Pflicht, gesetzliche Regelungen so zu gestalten, »daß auch die Gefahr von Grundrechtsverletzungen eingedämmt bleibt.« <sup>19</sup> In Abgrenzung zu Abwehrrechten, die vor Beeinträchtigungen des Staates schützen <sup>20</sup> und ihn zum Unterlassen auffordern, besteht in Schutzkonstellationen eine Verpflichtung des Staates zum Handeln. <sup>21</sup> Dabei ist die Überprüfbarkeit durch das BVerfG sehr begrenzt, weil dem Gesetzgeber schon aufgrund der Gewaltenteilung ein weiter Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum zusteht. <sup>22</sup>

Die intertemporale Freiheitssicherung passt weder in die eine noch in die andere Kategorie: Auf der einen Seite fordert sie ein Handeln in der Gegenwart, auf der anderen Seite ein Unterlassen von Eingriffen in der Zukunft. Dabei ist das gegenwärtige Handeln rechtliche Folge der Verpflichtung eines Unterlassens in der Zukunft und das Unterlassen kann nur durch ein Handeln in der Gegenwart ermöglicht werden. Der Schwerpunkt einer möglichen Grundrechtsverletzung liegt, je nachdem, ob der Staat handelt, in der Schutz- oder in der Abwehrdimension. Ein (weiteres) Unterlassen in der Gegenwart führt zu Eingriffen in der Zukunft, also zur Belastung durch den Staat (= Abwehrdimension). Ein Handeln in der Gegenwart (= Schutzdimension) verhindert spätere Eingriffe. Die intertemporale Freiheitssicherung setzt beide Dimensionen miteinander in Einklang.

*Breuer* beschreibt, dass man in den künftigen klimaschützenden Maßnahmen des Staates zwar eine Freiheitsbeschränkung sehen könne, trotzdem aber eine Schutzpflicht angenommen werden müsse. <sup>23</sup> Die Freiheitsbeschränkung sei nur deswegen notwendig, weil der Staat aus seiner Schutzverpflichtung aus anderen Grundrechten handeln müsse. <sup>24</sup> Die Einschränkungen seien schließlich »verstärkt durch gleichgelagerte Schutzgebote aus den Grundrechten«. <sup>25</sup> Diese Ansicht überzeugt jedoch aus drei Gründen nicht: Zum einen ignoriert sie die Verpflichtung zum Klimaschutz aus Art. 20a GG, die keine grundrechtliche ist. Zum anderen nimmt der Staat durch seine Gesetzgebung regelmäßig Eingriffe in Grundrechte Einzelner vor, damit er seiner Pflicht zum Schutz der Grundrechte anderer nachkommen kann. Außerdem kann aus den Schutzpflichten der anderen Grundrechte keine *alleinige* Schutzpflichtendimension angenommen werden: Auch wenn es später zu Eingriffen in die allgemeine Handlungsfreiheit aufgrund der Schutzpflichten anderer Grundrechte kommen sollte, ist es letztendlich der Eingriff des Staates, der den Bürger:innen ihre Freiheit nimmt. Es wird nicht vor einer externen Gefahr geschützt, sondern vielmehr müssen die künftigen, sehr wahr-

<sup>12</sup> BVerfG BeckRS 2021, 8946, Rn. 117.

<sup>13</sup> Str., Zweifel äußert z.B. *Beckmann*, Das Bundesverfassungsgericht, der Klimawandel und der »intertemporale Freiheitsschutz«, UPR 2021, 241 (245 f.).

<sup>14</sup> BVerfG BeckRS 2021, 8946, Rn. 118.

<sup>15</sup> BVerfG BeckRS 2021, 8946, Rn. 117.

<sup>16</sup> Ebd.

<sup>17</sup> BVerfG BeckRS 2021, 8946, Rn. 118.

<sup>18</sup> *Breuer*, Die Freiheit der Anderen, 18.5.2021, <https://verfassungsblog.de/die-freiheit-der-anderen/>, zuletzt abgerufen am 8.2.2022; *Buser*, Die Freiheit der Zukunft: Zum Klima-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, 30.4.2021, <https://verfassungsblog.de/die-freiheit-der-zukunft/>, zuletzt abgerufen am: 8.2.2022; *Callies*, Das »Klimaurteil« des Bundesverfassungsgerichts: »Versubjektivierung« des Art. 20 a GG?, ZUR 2021, 355 (357); *ders.*, »Elfes« Revisited?: Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts, 25.5.2021, <https://verfassungsblog.de/elfes-revisited/>, zuletzt abgerufen am 8.2.2022; *Faßbender*, Der Klima-Beschluss des BVerfG – Inhalte, Folgen und offene Fragen, NJW 2021, 2085 (2088).

<sup>19</sup> BVerfG NJW 1979, 359 (363).

<sup>20</sup> BeckOK-GG/Lang, 15.11.2021, Art. 2 Rn. 42 ff.

<sup>21</sup> Dürig/Herzog/Scholz/Remmert, Grundgesetz-Kommentar, 95. EL (2021), Art. 19 Abs. 2 Rn. 45.

<sup>22</sup> *Neuner*, Das BVerfG im Labyrinth der Drittwirkungen, NJW 2020, 1851 (1852).

<sup>23</sup> *Breuer*, (Fn. 18).

<sup>24</sup> Ebd.

<sup>25</sup> BVerfG BeckRS 2021, 8946, Rn. 117.

scheinlich drohenden Eingriffe durch den Staat abgewehrt werden.<sup>26</sup> Insofern dient die allgemeine Handlungsfreiheit in ihrer intertemporalen Dimension auch der Abwehr gegen grundrechtsbeeinträchtigendes Handeln der öffentlichen Gewalt. Die intertemporale Freiheitssicherung fordert die Abwägung von gegenwärtigen Eingriffen mit künftigen Eingriffen, die es wahrscheinlich geben wird und die notwendig sein werden.<sup>27</sup>

Im Ergebnis ist eine mögliche Grundrechtsverletzung nicht nur der Schutzpflichtendimension zuzuordnen, weshalb die dogmatische Figur der intertemporalen Freiheitssicherung die Schutzpflichtenlehre nicht umgeht.

## II. Verhältnis zu den Schutzpflichten

Daher stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis die beiden Dimensionen zueinander stehen. Schließen sie sich gegenseitig aus, sind sie notwendigerweise miteinander verbunden oder können sie voneinander unabhängig auftreten?

### 1. Ausschließlichkeitsverhältnis

Um das Verhältnis zwischen den Dimensionen im Sinne einer Ausschließlichkeit bestimmen zu können, ist ein Blick auf ihre Gemeinsamkeiten und Unterschiede notwendig. Erst wenn sich entlang von Vergleichskriterien ein Mehr oder Weniger der einen Dimension gegenüber der anderen feststellen lässt, kann ein Vorrang sinnvoll bestimmt werden.

#### a) Grundrechtsgeltung

Bei einer grundrechtlichen Schutzpflicht wird der Gesetzgeber dazu verpflichtet, die notwendigen Maßnahmen zu treffen, um externe Gefahren z.B. durch höhere Gewalt und Eingriffe Privater in die Grundrechte anderer Privater abzuwenden.<sup>28</sup> Indem er solche Maßnahmen trifft, greift er wiederum automatisch in die Grundrechte anderer ein. Es entsteht ein Dreiecksverhältnis. Bei einem Abwehrrecht stehen sich hingegen Staat und Private gegenüber; geschützt wird vor einer Beeinträchtigung durch das Handeln des Staates.<sup>29</sup> Andere Private müssen in diesem Verhältnis in der Regel nicht in Anspruch genommen werden, müssen also ihrerseits nicht auf Freiheiten verzichten.<sup>30</sup> Sobald Privaten in ihrer Grundrechtsverletzung im gleichen Maße durch Schutz vor privaten und Schutz vor staatlichen Aktivitäten geholfen werden kann, muss der Schutz vor staatlichen

Aktivitäten (Abwehr) Vorrang erhalten.<sup>31</sup> Nur so kommt es zur größtmöglichen Grundrechtsgeltung.

Dass sich die Privaten bei der intertemporalen Freiheitssicherung im Kern ebenso vor staatlicher Aktivität schützen, also vor zukünftigen Eingriffen, spricht für eine vorrangige Inanspruchnahme der intertemporalen Freiheitssicherung gegenüber den Schutzpflichten. Allerdings führt die intertemporale Freiheitssicherung in Abgrenzung zu den Abwehrrechten nicht nur dazu, dass staatliche Eingriffe unterlassen werden – sondern in der Konsequenz immer dazu, dass der Staat zum Handeln aufgerufen wird und Grundrechte (anderer) Privater beschneiden muss.<sup>32</sup> Eine größtmögliche Grundrechtsgeltung lässt sich gegenüber den Schutzpflichten somit nicht zwingend bestimmen. Deswegen kann kein Vorrang von intertemporaler Freiheitssicherung gegenüber den Schutzpflichten angenommen werden.

#### b) Zugrundeliegende Gefahren

Auf den ersten Blick scheinen sich grundrechtliche Schutzpflichten und intertemporale Freiheitssicherung in Hinblick auf eine Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines schädigenden Ereignisses zu unterscheiden: Während es bei den Schutzpflichten ausgeschlossen sein muss, dass ihnen nicht Genüge getan wurde (Schutzvorkehrungen dürfen nicht fehlen oder offensichtlich ungeeignet sein)<sup>33</sup>, reicht es für einen Verstoß gegen die intertemporale Freiheitssicherung, dass »unverhältnismäßige Gefahren der Beeinträchtigung künftiger grundrechtlicher Freiheit«<sup>34</sup> begründet werden. Allerdings ist auch bei den grundrechtlichen Schutzpflichten keine absolute Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts notwendig: Es können sich verfassungsrechtliche Schutzpflichten ergeben, die es gebieten, Gefahren von Grundrechtsverletzungen einzudämmen – abhängig von Art, Nähe und Ausmaß der Gefahren.<sup>35</sup> Diese allgemeine Wertung zur Risikobegrenzung hat das BVerfG nun für die intertemporale Freiheitssicherung wiederverwendet.<sup>36</sup> Damit ist nicht schon aufgrund der Struktur von grundrechtlichen Schutzpflichten ein höheres Risiko des Eintritts der Gefahr als bei der intertemporalen Freiheitssicherung notwendig. Dasselbe gilt für die Art und das Ausmaß der Gefahren.

#### c) Zwischenergebnis

Es besteht kein Vorrangigkeits- bzw. Exklusivitätsverhältnis zwischen den beiden Grundrechtsdimensionen.

<sup>26</sup> Ähnlich: *Möllers/Weinberg*, Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2021, 1069 (1072); *Schlacke*, Klimaschutzrecht – Ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung, NVwZ 2021, 912 (915).

<sup>27</sup> Vgl. oben.

<sup>28</sup> *Kahl*, Klimaschutz und Grundrechte, JURA 2021, 117 (120).

<sup>29</sup> BeckOK-GG/Lang (Fn. 20) Art. 2, Rn. 27.

<sup>30</sup> Anders bei Rechtsakten mit Drittwirkung (*Krebs*, Rechtliche und reale Freiheit, in: Merthen/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band II, 2006, § 31 Rn. 81), wenn beispielsweise ein Nachbar gegen eine Baugenehmigung vorgeht.

<sup>31</sup> Freilich ist das mit Vorsicht zu genießen. So wirkt der Rechtsstaat durch die Gesamtheit an Regelungen und Einschränkungen als Garant individueller Freiheit, dazu *Hesse*, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: ders. (Hrsg.), Festgabe für Smend, 1962, S. 71 (85 f.).

<sup>32</sup> Siehe oben.

<sup>33</sup> St. Rspr. vgl. etwa BVerfGE 142, 313 (337 f.), m.w.N.

<sup>34</sup> BVerfG BeckRS 2021, 8946, Rn. 183.

<sup>35</sup> Grundlegend: BVerfGE 49, 89 (141 f.).

<sup>36</sup> BVerfG BeckRS 2021, 8946, Rn. 194.

## 2. Notwendige Verbundenheit

Eine notwendige Voraussetzung für das gleichzeitige Vorliegen von Schutzpflichten neben der intertemporalen Freiheitssicherung wäre, dass die Handlungen Privater direkt (und nicht über den rechtlichen »Umweg« zukünftiger Eingriffe) Wirkung gegenüber dem betroffenen Grundrecht erlangen. Im Falle des Klimabeschlusses müsste dies also bedeuten, dass die Freiheit der Beschwerdeführenden durch die CO<sub>2</sub>-Emissionen von Dritten beschränkt werden würde. Das ist aber gerade nicht der Fall, denn erst durch das Handeln des Staates kommt es (z.B. durch Verbote) zu dieser Freiheitseinschränkung. Eine notwendige Verbundenheit von intertemporaler Freiheitssicherung und Schutzpflichten ist daher nicht zwingend.

Im Klimabeschluss führte jedenfalls die intertemporale Freiheitssicherung zum Erfolg der Verfassungsbeschwerde, während die Schutzpflichten aus den Grundrechten aus Art. 2 II 1 GG und Art. 14 I GG noch nicht greifen konnten, weil die Schutzvorkehrungen des deutschen Gesetzgebers nicht offensichtlich ungeeignet sind.<sup>37</sup>

## 3. Unabhängigkeit der beiden Dimensionen

Da die beiden Dimensionen sich weder ausschließen noch notwendigerweise miteinander verbunden sind, sind sie voneinander unabhängig: Sie können, aber müssen nicht, nebeneinander auftreten. Dem entspricht auch das Vorgehen des BVerfG. In der Beschwerdebefugnis des Klimabeschlusses nimmt es sowohl eine mögliche Schutzpflichtenverletzung aufgrund von Art. 2 II 1 und Art. 14 I GG als auch eine mögliche Verletzung der intertemporalen Freiheitssicherung von zumindest Art. 2 I GG an.<sup>38</sup>

## III. Verhältnis zu den Abwehrrechten

Es besteht jedoch eine notwendige Verbundenheit mit den Abwehrrechten, wenn der Staat nicht zugunsten der intertemporalen Freiheitssicherung handelt. Zu einem bestimmten Zeitpunkt treten die Eingriffe, die über die intertemporale Freiheitssicherung bisher prognostiziert wurden, tatsächlich ein. Die intertemporale Freiheitssicherung erstarkt dann zum Abwehrrecht und die bisher drohenden, zukünftigen Eingriffe werden zu gegenwärtigen Eingriffen. Allerdings werden diese Eingriffe zu diesem Zeitpunkt grundsätzlich gerechtfertigt sein; ansonsten bräuchte es von vornherein keinen Schutz gegen zukünftige Eingriffe.<sup>39</sup> Denn Freiheit, die in der Zukunft nicht beschnitten werden darf, muss nicht vorab geschont werden.

Handelt der Staat jedoch zugunsten der intertemporalen Freiheitssicherung, kommt es nicht zu zukünftigen Ein-

griffen. Eine Erstarkung zur Abwehrdimension findet dementsprechend nicht statt.

## D. Voraussetzungen der intertemporalen Freiheitssicherung

Im Anschluss an den Klimabeschluss wurden zahlreiche Stimmen laut, die die intertemporale Freiheitssicherung mit einer allgemeinen Pflicht zur Generationengerechtigkeit gleichsetzten.<sup>40</sup> Die neue dogmatische Figur sollte über die Beschwerdebefugnis in zahlreichen, zukunftssträchtigen Konstellationen hinweghelfen: über Fragen der Rente, der Sozialversicherung, der Fiskalpolitik etc. Genau in diesem – vermeintlich grenzenlosen – Freiheitsschutz sahen andere<sup>41</sup> eine Gefahr. »Das BVerfG [würde] zu einem ‚Hüter der Generationengerechtigkeit‘, der – ohne konkreten verfassungsrechtlichen Rahmen, allein auf Basis einer intertemporalen Verhältnismäßigkeitsprüfung – die vom Gesetzgeber vorgenommene ‚Freiheitsverteilung‘ überprüft.«<sup>42</sup> Indem Auswirkungen auf die künftigen Freiheitsrechte beim Gebrauch heutiger Freiheitsrechte immer mitbeachtet werden müssten, würden Grundrechte zu Grundpflichten umfunktioniert.<sup>43</sup> Allerdings liegen sowohl die Kritiker:innen als auch die Befürworter:innen falsch, weil sie von einer fehlerhaften Grundprämisse ausgehen. Die intertemporale Freiheitssicherung wird nicht ohne Weiteres auf andere Fallkonstellationen anwendbar sein und die Zulässigkeit von allerlei Beschwerden möglich machen. Zwar wurde der Grundrechtsschutz *aller* Grundrechte weiter gedacht als bisher, jedoch nicht, ohne daran Anforderungen zu stellen.<sup>44</sup>

Zum einen wird eine ungerechtfertigte Verletzung künftiger Freiheit nur deshalb bereits für möglich gehalten, weil der Klimawandel irreversibel ist und die durch ihn drohenden

<sup>40</sup> Rath/Benner, Ein Grundrecht auf Generationengerechtigkeit? Die Relevanz des Klimaschutz-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts für andere Rechtsgebiete mit intergenerationaler Bedeutung, 7.5.2021, <https://verfassungsblog.de/ein-grundrecht-auf-generationengerechtigkeit/>, zuletzt abgerufen am 28.2.2021; Gillmann et al., Auf welche Bereiche das Karlsruhe Urteil zum Klimaschutz auch Auswirkungen haben könnte, 1.5.2021, <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/generationengerechtigkeit-auf-welche-bereiche-das-karlsruher-urteil-zum-klimaschutz-auch-auswirkungen-haben-koennte/27148914.html>, zuletzt abgerufen am 28.2.2021; wohl auch Präsident des BSG Schlegel, vgl. Budras, 18.5.2021, <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/karlsruher-beben-klimaschutz-17347353.html>, zuletzt abgerufen am 28.2.2021.

<sup>41</sup> Beckmann (Fn. 13), UPR 2021, 241 (251); Calliess (Fn. 18); Sachs, Grundrechte: Klimawandel, DRiZ 2021, 228 (231); ähnl. Wagner, Klimaschutz durch Gerichte, NJW 2021, 2256 (2259).

<sup>42</sup> Calliess (Fn. 18).

<sup>43</sup> Breuer (Fn. 18).

<sup>44</sup> Vgl. Leitsatz 4 des Beschlusses: »Das Grundgesetz verpflichtet unter bestimmten Voraussetzungen zur Sicherung grundrechtsgeschützter Freiheit«, BVerfG BeckRS 2021, 8946, Hervorhebung hinzugefügt; Möllers/Weinberg (Fn. 26), JZ 1069 (1077); Kirchhof, Intertemporale Freiheitssicherung. Zu den Folgen der Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts für die Sozialversicherungen und die Staatsverschuldung, S. 3, 9 ff., [https://www.familienunternehmer.eu/fileadmin/familienunternehmer/positionen/haushalt/dateien/famu\\_intertemporale\\_freiheitssicherung.pdf](https://www.familienunternehmer.eu/fileadmin/familienunternehmer/positionen/haushalt/dateien/famu_intertemporale_freiheitssicherung.pdf), zuletzt abgerufen am 14.3.2022; vorsichtig auch Muckel, Pflicht des Gesetzgebers zu effektivem Klimaschutz, JA 2021, 610 (613).

<sup>37</sup> BVerfG BeckRS 2021, 8946, Rn. 153 ff.

<sup>38</sup> BVerfG BeckRS 2021, 8946, Rn. 96 ff.

<sup>39</sup> Es kann dann zu ungerechtfertigten Eingriffen kommen, wenn sich die vergangenen Annahmen über die Eingriffe nicht mit den Eingriffen als solche decken. Schließlich ist jede Voraussage über die Zukunft mit einem gewissen Grad an Unsicherheit verbunden.

Gefahren von schwerem Gewicht sind.<sup>45</sup> Ebenso spricht auch das Demokratieprinzip für eine vorsichtige und restriktive Anwendung der intertemporalen Freiheitssicherung: Es ist sowohl Recht als auch Aufgabe des Gesetzgebers, in seinen politischen Entscheidungen zukünftige Grundrechtsverletzungen mit zu beachten und abzuwägen. Im Sinne seiner Einschätzungsprärogative wird sich das BVerfG nur solcher Beschwerden inhaltlich annehmen dürfen, bei denen es möglich erscheint, dass der Gesetzgeber fehlende hinreichende Vorkehrungen mit Blick auf künftige Belange getroffen bzw. zu wenig Rücksicht genommen hat.<sup>46</sup> Bereits in der Beschwerdebefugnis des Klimabeschlusses hat das BVerfG herausgearbeitet, dass es wahrscheinlich zukünftige Freiheitseinschränkungen geben wird und dass diese wesentlich einschneidender ausfallen könnten.<sup>47</sup> Hinzu kommt, dass das Klimaschutzgebot aus Art. 20a GG, verstärkt durch weitere gleichgelagerte Schutzgebote aus den Grundrechten, weitergehende Freiheitseinschränkungen rechtfertigen wird.<sup>48</sup>

Das BVerfG beschreibt sein juristisch-methodisches Vorgehen nicht weiter; es lassen sich im Klimabeschluss aber jedenfalls drei Voraussetzungen ausmachen, die zur Überprüfung der intertemporalen Freiheitssicherung erfüllt sein müssen: (I.) die wissenschaftliche Klarheit über irreversible Folgen und schwere drohende Gefahren; (II.) verfassungsrechtliche Gebote, die weitergehende Freiheitseinschränkungen als heute erfordern und rechtfertigen sowie (III.) die Möglichkeit unzureichender gesetzgeberischer Rücksicht auf künftige Belange. In der jüngeren Entscheidung zu den Landesklimaschutzgesetzen hat das BVerfG eine weitere Voraussetzung (IV.) nachgeschoben: Sobald verschiedene Eingriffe in der Zukunft drohen könnten, muss sich eine Verfassungsbeschwerde gegen die Gesamtheit dieser und nicht gegen punktuelle Maßnahmen richten.<sup>49</sup>

### I. Wissenschaftliche Klarheit über irreversible Folgen und schwere drohende Gefahren

Bereits an der ersten Voraussetzung werden die meisten Beschwerden scheitern. Unter wissenschaftlicher Klarheit darf zwar keine einhundertprozentige Sicherheit über die Prognosen verstanden werden, da immer ein gewisser Grad an Unsicherheit verbleiben wird.<sup>50</sup> Auch muss nicht sichergestellt sein, dass die prognostizierten Folgen tatsächlich eintreten. Vielmehr muss das Risiko gravierender Belastungen hoch sein, da der Gesetzgeber verpflichtet ist, Gefahren erheblicher Grundrechtseingriffe einzudämmen.<sup>51</sup> Außerdem muss eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit des Standes der Wissenschaft bestehen. Beim Klimabeschluss legte das BVerfG die Ein-

schätzungen des IPCC Klimaberichtes zugrunde, dessen Autor:innen Ergebnisse der diesbezüglichen weltweiten wissenschaftlichen Literatur zusammentrugen, ordneten und bewerteten.<sup>52</sup> Dies wurde wiederum von unabhängigen Expert:innen bewertet.<sup>53</sup> Daneben bezog sich das BVerfG etwa auf das Umweltgutachten des Sachverständigenrates für Umweltfragen,<sup>54</sup> Berichte und Gutachten des Umweltbundesamts<sup>55</sup> und viele weitere<sup>56</sup>. Die genutzten Gutachten legen ihrerseits konträre Ansichten, Risikoeinschätzungen und Unsicherheiten offen.<sup>57</sup> Diese Unsicherheiten wurden durch das BVerfG mitbedacht und offengelegt.<sup>58</sup> Das gilt beispielsweise für hypothetische Bestszenarien: Die Klimaerwärmung ließe sich dadurch begrenzen, dass Private von sich aus weniger CO<sub>2</sub> verbrauchen würden, z.B. wenn sich dies durch klimafreundliche Innovationen als unattraktiv erweisen würde. Denkbar wäre auch, dass der Staat selbst zukünftigen Eingriffen entgegenwirkt, wenn hierfür die entsprechenden Mittel entwickelt würden. Wenn wissenschaftlicher Fortschritt dazu führen würde, dass man genug CO<sub>2</sub> aus der Atmosphäre entnehmen könnte, wäre der staatliche Einsatz dieser Techniken ein milderes Mittel gegenüber Grundrechtseingriffen. Allerdings reichen die bisherigen Techniken, z.B. Wiederaufforstung von Wäldern, Filteranlagen oder Wiedervernässung von trockengelegten Mooren, hierfür bislang nicht aus.<sup>59</sup> Es wäre daher zu riskant, von solchen Bestszenarien auszugehen.

Selbst wenn sich in einer fernen Zukunft herausstellen sollte, dass sich die vielen Klimaforscher:innen »geirrt« haben sollten – die Prognosen also fehlerhaft sind – so bietet die Menge und Qualität der wissenschaftlichen Belege trotzdem die einzige vernünftige Basis, um aus heutiger Sicht die Klimaerkenntnisse einzuordnen.

<sup>52</sup> IPCC, Guidance Note for Lead Authors of the IPCC Fifth Assessment Report on Consistent Treatment of Uncertainties, 2010; IPCC, 1,5 °C Globale Erwärmung. Ein IPCC-Sonderbericht über die Folgen einer globalen Erwärmung um 1,5 °C gegenüber vorindustriellem Niveau und die damit verbundenen globalen Treibhausgasemissionspfade im Zusammenhang mit einer Stärkung der weltweiten Reaktion auf die Bedrohung durch den Klimawandel, nachhaltiger Entwicklung und Anstrengungen zur Beseitigung von Armut, 2018, S. 8.

<sup>53</sup> Ebd.

<sup>54</sup> SRU, Für eine entschlossene Umweltpolitik in Deutschland und Europa, Umweltgutachten 2020.

<sup>55</sup> Exemplarisch: UBA, Monitoringbericht 2019 zur Deutschen Anpassungsstrategie an den Klimawandel, 2019; UBA, Vulnerabilität Deutschlands gegenüber dem Klimawandel, 2015.

<sup>56</sup> Exemplarisch: Basseur/Jacob/Schuck-Zöllner (Hrsg.), Klimawandel in Deutschland, 2017; Deutscher Wetterdienst, Nationaler Klimareport, 2017.

<sup>57</sup> Näher: IPCC, Guidance Note (Fn. 52); exemplarisch: IPCC, Special Report, Global Warming of 1.5 °C, 2018, Chapter 3, S. 257 f., 3.5.2.5; SRU (Fn. 54), S. 44.

<sup>58</sup> BVerfG BeckRS 2021, 8946, Rn. 17, 36, 162, 211, 220 ff.

<sup>59</sup> BVerfG BeckRS 2021, 8946, Rn. 33 m.w.N.: »Zugleich gilt der Einsatz von Negativemissionstechnologien derzeit als, jedenfalls in größerem Umfang, schwer realisierbar; er unterliegt erheblichen Beschränkungen und Bedenken bezüglich wirtschaftlicher Rentabilität, technischer Machbarkeit, internationaler Koordinierbarkeit sowie sozialer Folgen und vor allem neuerlicher ökologischer Risiken.«

<sup>45</sup> BVerfG, BeckRS 2021, 8946, Rn. 118, 130.

<sup>46</sup> Vgl. BVerfG BeckRS 2021, 8946, Rn. 122.

<sup>47</sup> BVerfG BeckRS 2021, 8946, Rn. 126.

<sup>48</sup> BVerfG BeckRS 2021, 8946, Rn. 117.

<sup>49</sup> BVerfG BeckRS 2022, 795, Rn. 4.

<sup>50</sup> Generell: vgl. Engel, Rationale Rechtspolitik und ihre Grenzen, JZ 2005, 581 (586); in Bezug auf den Klimabeschluss: Kirchhof (Rn. 44), S. 18.

<sup>51</sup> BVerfG BeckRS 2021, 8946, Rn. 245.

Eine vergleichbare wissenschaftliche Klarheit in anderen Bereichen ist nicht ohne Weiteres sicherzustellen. Für die Schuldenpolitik, unsere Rente und Sozialversicherungen gibt es zwar verschiedenste Gutachten und Studien, oft jedoch keine allgemeingültigen Aussagen, die ohne Wertungen und Theorien auskommen.<sup>60</sup> In Gebieten mit naturwissenschaftlichem oder technischem Hintergrund kann viel eher wissenschaftliche Klarheit gewonnen werden, als bei Problemen, die nicht allein durch einen empirischen, sondern auch durch einen normativen Hintergrund geprägt sind. Da viele der angesprochenen Problemstellungen ökonomischer, soziologischer und auch politikwissenschaftlicher Natur sind, wird gerade diese Wertungsebene eine wissenschaftliche Klarheit verhindern, auf die das BVerfG aufbauen könnte. Damit wird oft eine gesicherte Prognose (inklusive Risikoabschätzung) für Auswirkungen auf die Zukunft fehlen. Das bedeutet nicht, dass es zwingend außerhalb von Klimafragen *nie* zu einer möglichen eingriffsähnlichen Vorwirkung kommen kann – es ist aber nicht so ohne Weiteres möglich, wie es viele Autor:innen nahelegen.<sup>61</sup> Eine Verallgemeinerung der intertemporalen Freiheitssicherung als Türöffner für diverse Belange, die in die Zukunft hineinwirken, ist daher nicht möglich.<sup>62</sup> Das zeigt sich auch darin, dass das BVerfG für § 4 III 2 KSG i.V.m. Art. 5 der Klimaschutzverordnung (Übertragung von Emissionszuweisungen) die Beschwerdebefugnis abgelehnt hat, weil eine globale Gesamtwirkung für den Klimawandel nicht deutlich gemacht wurde bzw. nicht auf der Hand lag.<sup>63</sup>

## II. Verfassungsrechtliche Gebote, die weitergehende Freiheitseinschränkungen als heute erfordern und rechtfertigen

Auch die zweite Voraussetzung wird viele Klagen herausfiltern. Die Klimaverfassungsbeschwerde konnte nur aus dem Grund erfolgreich sein, da bereits abzusehen ist, dass es mit einer hohen Wahrscheinlichkeit zu Grundrechtseingriffen aufgrund der verfassungsrechtlich konkretisierten Zielvorgaben aus Art. 20a GG und gleichgelagerten Schutzpflichten kommen muss.

Nur wegen der Zielvorgaben hinsichtlich des CO<sub>2</sub>-Budgets konnten die gewählten Mittel überprüfbar gemacht werden.<sup>64</sup> Die Voraussetzung verfassungsrechtlich konkretisierter Zielvorgaben, die zumindest grob erkennbar sind und

<sup>60</sup> Exemplarisch: SRW, Staatsverschuldung wirksam begrenzen. Expertise im Auftrag des Bundesministers für Wirtschaft und Technologie, 2007, S. 40: »Für sich genommen haben Niveau und Entwicklung von Schuldenstandsquote und Defizit- oder Kreditaufnahmekquote nur eine begrenzte Aussagekraft. Von vornherein ist beispielsweise keineswegs klar, ob eine Schuldenstandsquote von 30 vH 'besser' oder 'schlechter' ist als eine von 70 vH, oder ob eine Kreditaufnahmekquote von 3 vH zu 'hoch' oder zu 'niedrig' ist. [...] Erst in Verbindung mit ökonomischen Theorien und darauf gründenden empirischen Untersuchungen lassen sich Aussagen über die Wirkungen und in Verbindung mit Werturteilen dann auch eine Beurteilung der Staatsverschuldung ableiten.«, sowie S. 55: »Ein wissenschaftlicher Konsens ist über Verteilungsfragen von vornherein nicht zu erwarten.«

<sup>61</sup> Siehe Fn. 41 und Fn. 20.

<sup>62</sup> Im Ergebnis auch: *Sachs* (Fn. 41), DRiZ 2021, 228 (231).

<sup>63</sup> BVerfG BeckRS 2021, 8946, Rn. 104.

<sup>64</sup> *Möllers/Weinberg* (Fn. 26), JZ 2021, 1069 (1077).

damit einen messbaren Rahmen schaffen, hat das BVerfG im Beschluss zu den (teilweise fehlenden) Landesklimaschutzgesetzen bestätigt.<sup>65</sup> Da es für die Landesgesetzgeber (bisher noch) keine solche Zielvorgaben gibt, können sie nicht an diesen gemessen werden und die diesbezüglichen Verfassungsbeschwerden wurden nicht zu Entscheidung angenommen.<sup>66</sup> Denn nur, wenn der Gesetzgeber einem konkreten Rahmen unterliegt »kommt es im Anschluss (...) rechtlich zwangsläufig (...) [zu] Freiheitsbeschränkungen.«<sup>67</sup>

Das BVerfG stützt sich in beiden Klimaentscheidungen aber nicht nur auf Art. 20a GG und den damit verbundenen konkretisierten Rahmen, sondern betont auch grundrechtliche Schutzpflichten,<sup>68</sup> genauer Schutzpflichten aus Art. 2 II 1 und Art. 14 I GG.<sup>69</sup> Das erscheint seltsam: Entweder sieht es das CO<sub>2</sub>-Restbudget auch als Verfassungskonkretisierung der grundrechtlichen Schutzpflichten gegen Klimawandelfolgen an oder es betrachtet das Greifen der Schutzpflichten selbst als festen Rahmen, aufgrund dessen es zu Freiheitsbeschränkungen kommen wird. Leider stellt das BVerfG nicht klar, inwieweit die grundrechtlichen Schutzpflichten mit in die intertemporale Freiheitssicherung hineinwirken. Gegen Ersteres spricht jedenfalls der Umweg, die Verfassungskonkretisierung in Art. 20a GG zu verankern. Konsequenter ist es, auch das sichere Greifen von Schutzpflichten als rechtliche Messgröße zu betrachten. Denn wenn Schutzpflichten künftig derart Wirkung entfalten, dass es »rechtlich zwangsläufig« zu Freiheitsbeschränkungen kommen muss, ist die künftige Freiheit in gleichem Maße bedroht wie bei dem Vorliegen ausdrücklicher Messgrößen aus Staatszielbestimmungen. In der Praxis dürfte es allerdings schwierig sein, nachzuweisen, dass es zum Greifen von zukünftigen grundrechtlichen Schutzpflichten kommen wird.

Die zweite Voraussetzung spitzt die Überprüfbarkeit der intertemporalen Freiheitssicherung damit auf wenige Konstellationen zu.

## III. Die Möglichkeit unzureichender gesetzgeberischer Rücksicht auf künftige Belange

Die dritte Voraussetzung, die Möglichkeit unzureichender Rücksicht auf künftige Belange, wird sich aus dem jeweils zu prüfenden Gesetz und dessen Gesetzgebungsunterlagen feststellen lassen. Gerade mit Blick auf das geltende Umweltrecht wird dieser Prüfungspunkt einfach anzunehmen sein, weil in vielen Bereichen gar keine Abwägung mit künftigen Belangen vorgenommen wurde.<sup>70</sup>

<sup>65</sup> BVerfG BeckRS 2022, 795, Rn. 4, 6, 10.

<sup>66</sup> BVerfG BeckRS 2022, 795.

<sup>67</sup> BVerfG BeckRS 2022, 795, Rn. 10.

<sup>68</sup> Noch unbestimmt: BVerfG BeckRS 2021, 8946, Rn. 117, 120, 185.

<sup>69</sup> BVerfG BeckRS 2022, 795, Rn. 5.

<sup>70</sup> *Sinner*, Zur Verfassungsmäßigkeit des Umweltrechts der EU und der Bundesrepublik im Lichte der Klimaschutz-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, UPR 2021, 281 (283).

#### IV. Rüge einer Gesamtheit an Regelungen

In der jüngeren Entscheidung zur intertemporalen Freiheitssicherung werden die Voraussetzungen um eine weitere ergänzt: »Zur Begründung der Rüge, künftige Freiheit werde unverhältnismäßig beschränkt, muss sich die Verfassungsbeschwerde außerdem grundsätzlich gegen die Regelung der Gesamtheit der gegenwärtig zugelassenen CO<sub>2</sub>-Emissionen und nicht gegen punktuell Tun oder Unterlassen des Staates richten.«<sup>71</sup>

Diese Voraussetzung ist allgemein dann übertragbar, sobald künftige Eingriffe abstrakt vorhergesagt werden können, aber die Art völlig unklar ist, weil so viele verschiedene Mittel zum Erfolg führen können. Der Gesetzgeber wäre ansonsten in seiner Mittelauswahl und damit dem ihm zustehenden Entscheidungsspielraum beschränkt, ohne dass hierfür eine Notwendigkeit bestünde.

#### V. Zwischenergebnis

Sollten die oben genannten Voraussetzungen vorliegen, ist eine mögliche Verletzung der intertemporalen Freiheitssicherung anzunehmen.

#### E. Intertemporale Freiheitssicherung vs. Gewaltenteilung

Für die intertemporale Freiheitssicherung findet sich keine explizite Verankerung in der Verfassung.<sup>72</sup> Das wirft im Lichte der Gewaltenteilung verschiedene Probleme auf: Sie beeinflusst den Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers (I.), nimmt Wertungen über zukünftiges Verfassungsrecht vorweg (II.) und lässt sich keinem Freiheitsrecht *konkret* zuordnen (III).

#### I. Verkürzung des Entscheidungsspielraums

Indem die intertemporale Freiheitssicherung im gesetzgeberischen Handeln zu beachten ist, verpflichtet sie den Gesetzgeber zu weitergehenden Abwägungen als bisher. Es wird daher bemängelt, dass durch die intertemporale Freiheitssicherung der einfachgesetzliche Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers verkürzt werde.<sup>73</sup> Diese Lesart lässt sich allerdings umkehren. Der faktische Handlungsspielraum zukünftiger Parlamente wird gerade durch die Inaktivität des aktuellen Gesetzgebers eingeschränkt. Zusätzlich misst das BVerfG den heutigen Gesetzgeber an seinen selbstgeschaffenen Regeln.<sup>74</sup> Insofern trägt die intertemporale Freiheitssicherung gerade zur Demokratiesicherung bei.

<sup>71</sup> BVerfG BeckRS 2022, 795, Rn. 4.

<sup>72</sup> Callies, »Elfes« revisited? (Fn. 18).

<sup>73</sup> Ruttloff/Freihoff, Intertemporale Freiheitssicherung oder doch besser »Intertemporale Systemgerechtigkeit«? – auf Konturensuche, NVwZ 2021, 917 (918).

<sup>74</sup> Zur Selbstdisziplinierung des Gesetzgebers: Dörtgöz, Hilft Karlsruhes Klimabeschluss der Demokratie?, 26.1.22, <https://www.faz.net/einspruch/exklusiv/klimabeschluss-17754079.html>, zuletzt abgerufen am 27.2.22.

#### II. Unbekanntes zukünftiges Verfassungsrecht

Aber darf das BVerfG überhaupt inhaltlich über zukünftiges Verfassungsrecht entscheiden, ohne es zu kennen? Ohne, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber die Chance hatte, es nach seiner Auffassung und seinem politischen Auftrag zu formen? Das BVerfG verschweigt im Klimabeschluss die logische Grundlage für zukünftige Eingriffe: die Beständigkeit von Art. 20a GG und die damit verknüpfte Beständigkeit der CO<sub>2</sub>-Messgrößen. Verfassungsrechtliche Prinzipien, die heute maßgeblich sind, sollen mit künftigen (unbekannten) verfassungsrechtlichen Prinzipien abgewogen werden. Allerdings kann das BVerfG nicht abschätzen, inwiefern der verfassungsändernde Gesetzgeber sich dazu entscheiden wird, die verfassungsrechtlichen Klimaziele in Zukunft beizubehalten oder zu ändern. Art. 20a GG wird nicht von der Ewigkeitgarantie aus Art. 79 III GG umfasst. Sollte der künftige Gesetzgeber die justiziable Bindungswirkung von Art. 20a GG im Wege der Verfassungsänderung abschaffen, so müsste nicht mehr aufgrund dieser Norm in künftige Grundrechte eingegriffen werden. Zwar könnte es dann zu weiteren CO<sub>2</sub>-Emissionen kommen, allerdings könnte der zukünftige verfassungsändernde Gesetzgeber politisch entscheiden, dass der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen für ein freiheitlicheres Leben aufzugeben oder abzuschwächen ist. Gerade wenn die deutsche Bevölkerung in der Zukunft größere Einschränkungen hinnehmen müsste – vielleicht sogar im Vergleich zur Bevölkerung aus anderen Ländern – scheint eine Abkehr vom verfassungsrechtlichen Klimaschutz nicht vollkommen abwegig. Sollte es so weit kommen, würde es keine Eingriffe mehr aufgrund von Art. 20a GG geben können. Darf das BVerfG die Beständigkeit von Art. 20a GG voraussetzen? Nimmt es damit nicht die politischen Entscheidungen eines verfassungsändernden Gesetzgebers vorweg?

Dieser Konflikt zwischen Verfassungsgericht und (verfassungsänderndem) Gesetzgeber wird als *counter majoritan difficulty* bezeichnet.<sup>75</sup> Das Verfassungsgericht greift gewissermaßen in die Gestaltungsfreiheit der Legislative ein,<sup>76</sup> bzw. im Falle der intertemporalen Freiheitssicherung auf Annahmen über die künftige Gestaltung vor. Allerdings ist die Grundannahme einer beständigen Verfassung der die Gewaltenteilung schonendere Weg. Keine Alternative wäre es, von einer sich ändernden Verfassung auszugehen und Wertungen zu »erfinden«, die noch nicht einmal der bisherige Verfassungsgeber bzw. verfassungsändernde Gesetzgeber vorgesehen hat.

#### III. Mangelnde Festlegung auf Freiheitsrechte

Weiterhin wird das Offenlassen, welche Freiheitsrechte *konkret* betroffen sein werden, als diffus kritisiert.<sup>77</sup> Allerdings kann das BVerfG gar nicht festmachen, welche Freiheiten im Einzelnen betroffen sein werden, denn es kann

<sup>75</sup> Maunz/Dürig/Walter, GG, 95. EL (2021), Art. 93, Rn. 102.

<sup>76</sup> Ebd.

<sup>77</sup> Breuer, (Fn. 18); ähnl. Bartone, »Karlsruhe for future?«: Der Klimabeschluss des BVerfG vom 24.03.2021, jM 2021, 326 (331).

potenziell jede Freiheit betroffen sein<sup>78</sup> – nur ist es Aufgabe des (zukünftigen) Gesetzgebers, zu entscheiden, in welche konkreten Freiheitsrechte er wie eingreifen will oder muss, um gegen den Klimawandel vorzugehen.

Da jedoch klar ist, dass es zu Freiheitseinschränkungen kommen wird,<sup>79</sup> kann das BVerfG nicht einfach von einer Entscheidung absehen, nur weil Art und Ausmaß der Einschränkungen der einzelnen Grundrechte noch unbekannt sind.<sup>80</sup> Auch wenn die künftige Grundrechtsdimension als solche nicht ausdrücklich in die Verfassung hineingeschrieben ist, so würden Betroffene möglicherweise ohne Rechtsschutz dastehen, da ein späteres Einschreiten womöglich zu spät käme. Das wäre wiederum nicht mit dem Gebot effektiven Rechtsschutzes als spezielle Ausprägung des Rechtsstaatsgebots<sup>81</sup> vereinbar, Art. 19 IV GG bzw. Art. 20 III i.V.m. 2 I, 92 GG. Außerdem trägt das BVerfG der Abstraktheit der Eingriffe insoweit Rechnung, dass es keine Rügen einzelner künftiger Maßnahmen (Tun oder Unterlassen) zulässt, sondern dass sich Beschwerdeführende bei einer Vielzahl von Mitteln gegen eben diese Gesamtheit richten müssen und dem Gesetzgeber in seiner Umsetzung ein weiter Entscheidungsspielraum bleibt.<sup>82</sup> Dies ist der Gewaltenteilung gerade zuträglich.

## F. Fazit

Die intertemporale Freiheitssicherung ist kein Türöffner für allerlei Verfassungsbeschwerden, deren Beschwerdegegenstände nur irgendwie mit Generationengerechtigkeit und zukünftigen Freiheitsrechten verknüpft sind. Durch ihr enges Netz an Voraussetzungen wird sie selten Anwendung finden können und gesteht dem Gesetzgeber einen, notwendigerweise begrenzten, aber dennoch weiten Entscheidungsspielraum zu. Die Herleitung der neuen Grundrechtsdimension durch das BVerfG war daher ein notwendiger, unumgänglicher Schritt, um den Grundrechtsschutz zu gewährleisten.

<sup>78</sup> Z.B. die Religionsfreiheit, wenn Osterfeuer aufgrund der CO<sub>2</sub>-Emissionen nicht mehr möglich sind.

<sup>79</sup> Siehe oben.

<sup>80</sup> Im Ergebnis gleich: *Kirchhof* (Fn. 44), S. 12 f.

<sup>81</sup> Maunz/Dürig/*Schmidt-Aßmann* (Fn. 75), Art. 19, Rn. 16 ff.

<sup>82</sup> Siehe oben.

## ÖffR Aufsatz

Kubilay Yalçın\*

# Paritätsgesetze

## Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der verpflichtenden Quotierung von Wahllisten nach Geschlecht

Sowohl im Bundestag als auch in allen Landesparlamenten sind Frauen im Vergleich zu ihrem Anteil an der Gesamtbevölkerung unterrepräsentiert. Diesem durch die historische und aber fortwährende strukturelle Benachteiligung von Frauen sowohl in der Politik als auch anderen Gesellschaftsbereichen erklärbar Phänomen wollen einige dadurch begegnen, dass Parteien gesetzlich dazu verpflichtet werden sollen, ihre Wahllisten jeweils zur Hälfte mit Männern und Frauen zu besetzen. Die Verfassungsmäßigkeit solcher Paritätsgesetze ist umstritten und Gegenstand vierer aktueller Verfassungsgerichtsentscheidungen.

Der Beitrag leitet in die rechtspolitische Diskussion um Paritätsgesetze (A.) ein, bevor ihre Verfassungsmäßigkeit an den Maßstäben des grundgesetzlichen Demokratieprinzips (B.), der Wahlgrundsätze (C.), der Rechte politischer Parteien (D.) sowie der Gleichheitsrechte (E.) untersucht wird.

### A. Einleitung

Gleichstellungsmaßnahmen in der Politik wie auch in Wirtschaft, Wissenschaft und im öffentlichen Dienst sind seit Jahrzehnten im Gespräch und etablierten sich mit fortschreitender Zeit. Auch die verpflichtende Quotierung von Wahllisten wird rege diskutiert.<sup>1</sup> Die zunächst theoretische Diskussion um Paritätsgesetze hat sich in den vergangenen Jahren zu Klagen sowie vorgeschlagenen oder sogar verabschiedeten Gesetzen verdichtet. Für *Elisabeth Selbert*, die als eine von nur vier weiblichen Mitgliedern des Parlamentarischen Rates (»Mütter des Grundgesetzes«) als Urheberin des Art. 3 II GG gilt, stellte »die mangelnde Heranziehung von Frauen zu öffentlichen Ämtern und ihre geringe Beteiligung in den Parlamenten« bereits im Jahr 1981 einen »schlicht[en] Verfassungsbruch in Permanenz« dar.<sup>2</sup> Diese Argumentation nahm das Aktionsbündnis »Parité in den Parlamenten« im November 2016 auf und reichte Popularklage beim Bayerischen Verfassungsgerichtshof ein;<sup>3</sup> diese scheiterte.<sup>4</sup> Zuletzt hat das Bundesverfassungs-

gericht eine gegen die Bundestagswahl 2017 eingelegte Wahlprüfungsbeschwerde mit vergleichbarer Stoßrichtung als unzulässig verworfen.<sup>5</sup> In der Zwischenzeit gewann die Forderung nach der verpflichtenden Quotierung von Wahllisten die Unterstützung wichtiger politischer Amtsträgerinnen.<sup>6</sup> Höhepunkt der Auseinandersetzung waren<sup>7</sup> zweifelsfrei die verabschiedeten Paritätsgesetze in Brandenburg<sup>8</sup> und Thüringen<sup>9</sup>. Sie wurden jedoch, ohne je zur Anwendung gekommen zu sein, durch das Verfassungsgericht des Landes Brandenburg<sup>10</sup> beziehungsweise den Thüringer Verfassungsgerichtshof<sup>11</sup> für verfassungswidrig erklärt. Trotz dieser Rückschläge wird die Forderung nach Paritégesetzen entschieden aufrechterhalten.<sup>12</sup>

### I. Unterrepräsentanz von Frauen in der Politik als Ausgangslage

Rund 42,1 Millionen Frauen stellen circa 50,7 Prozent der Bevölkerung Deutschlands.<sup>13</sup> Dennoch stieg der Anteil weiblicher Mandatsträgerinnen im Deutschen Bundestag seit 1998 auf circa ein Drittel und stagnierte dann für 15 Jahre.<sup>14</sup> Die Bundestagswahl am 26. September 2021, bei der neben 480 Männern nur 256 Frauen gewählt wurden, hatte einen Frauenanteil von 34,8 Prozent zur Folge. Im gesamt-europäischen Vergleich nimmt Deutschland eine durchschnittliche, im west- und nordeuropäischen Vergleich hingegen schwache Position ein.<sup>15</sup> Auch in allen deutschen

5 BVerfG, Beschl. v. 15.12.2020 – 2 BvC 46/19 = NVwZ 2021, 469.

6 *Butzer*, Diskussionsstand und Verfassungsfragen einer Paritégesetzgebung auf Bundes- und Landesebene, NdsVbl 2019, 10 (13).

7 Für die anderen Bundesländer vgl. *Geppert*, Parité-Gesetzentwürfe in den Bundesländern, djBZ 2019, 119.

8 Zweites Gesetz zur Änderung des Brandenburgischen Landeswahlgesetzes vom 12. Februar 2019 (GVBl. 2019, Teil I, Nr. 1, S. 1).

9 Siebtes Gesetz zur Änderung des Thüringer Landeswahlgesetzes vom 30. Juli 2019 (GVBl. 2019, S. 322).

10 VfGBbg, Urt. v. 23.10.2020 – 9/19, 55/19. Geklagt hatten NPD und AfD.

11 ThürVerfGH, Urt. v. 15.7.2020 – 2/20. Geklagt hatte die AfD.

12 Siehe z. B. *Rita Süßmuth* im Gespräch mit *Emundts*, <https://www.tagesschau.de/inland/innenpolitik/internationaler-frauentag-gleichberechtigung-suessmuth-101.html> (8.3.2021), zuletzt abgerufen am 17.1.2022.

13 Statistisches Bundesamt, Bevölkerung nach Nationalität und Geschlecht, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Bevoelkerungsstand/Tabellen/liste-zensus-geschlecht-staatsangehoerigkeit.html>, zuletzt abgerufen am 17.1.2022.

14 *Davidson-Schmich/Kürschner*, Stößt Frauenquote an ihre Grenzen? Eine Untersuchung der Bundestagswahl 2009, ZParl 2011, 25 (26); *Wiechmann*, Politische Repräsentanz und Geschlecht: Political Gender Gap, in: Kortendiek/Riegraf/Sabisch (Hrsg.), Handbuch Interdisziplinäre Geschlechterforschung (2019), S. 1245 (1248 f.).

15 Vgl. IPU Parline, Monthly ranking of women in national parliaments,

\* Der Autor promoviert bei Prof. *Christian Waldhoff* (Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Finanzrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin) zu einem parlaments- und demokratierechtlichen Thema.

1 Sie ist von Selbstverpflichtungen in Parteisatzungen zu unterscheiden, die mittlerweile zu Recht herrschend als zulässig angesehen werden. Die Quotierung von Kandidatenlisten für öffentliche Wahlen ist gedanklich von der Quotierung parteiinterner Funktionen zu differenzieren.

2 *Selbert* im Gespräch mit *Südholter*, in: Fabricius-Brand/Berghahn/Südholter (Hrsg.), Juristinnen – Berichte, Fakten, Interviews (1982), S. 187 (190).

3 Dazu *Laskowski*, Pro Parité, djBZ 2014, 93 (102).

4 BayVerfGH, Urt. v. 26.3.2018 – Vf. 15-VII-16.

Landesparlamenten sind Mandatsträgerinnen in der Minderheit.<sup>16</sup> Die Dominanz männlicher Mandatsträger setzt sich in kommunalen Vertretungskörperschaften fort.<sup>17</sup>

Mit Blick darauf, dass Kandidat:innen nicht unmittelbar aus der Bevölkerung rekrutiert, sondern von Parteien aufgestellt werden, wird angeführt, dass die relative Bezugsgröße zum Anteil weiblicher Mandatsträgerinnen nicht die Geschlechterverteilung in der Gesamtbevölkerung, sondern den Parteimitgliedschaften sein müsse.<sup>18</sup> Der Frauenanteil in den meisten Bundestagsfraktionen ist nämlich jeweils größer als der Anteil von Frauen an der respektiven Parteimitgliedschaft.<sup>19</sup> Dass die fehlende Parität unter Parteimitgliedern in den Mittelpunkt von Analysen gestellt wird,<sup>20</sup> ist nachvollziehbar. Indes muss der Frauenanteil an der Gesamtbevölkerung Vergleichsgröße bleiben:<sup>21</sup> Parteien spielen in der grundgesetzlichen Demokratie zwar zweifelsohne eine entscheidende Rolle, doch knüpft diese, wenn nach Art. 20 I 1 GG alle Staatsgewalt »vom Volke« ausgehen soll, gewiss nicht allein an in Parteien organisierte Staatsbürger:innen an. Die Gegenauffassung verleitet zum Trugschluss, dass innerhalb der Listenaufstellungsprozesse der Parteien »keine faktischen Nachteile ersichtlich« seien.<sup>22</sup>

Der geringe Frauenanteil in politischen Führungspositionen ist weder damit zu erklären, dass er biologisch determiniert sei,<sup>23</sup> noch basiert er auf »negativen Präferenzentscheidungen« von Frauen beispielsweise zugunsten der Kindererziehung.<sup>24</sup> Vielmehr werden zur Erklärung der politischen Beteiligung von Frauen sozioökonomische und institutionelle Faktoren sowie die politische Kultur und

Sozialisation eines Landes, insbesondere Genderstereotype,<sup>25</sup> relevant.<sup>26</sup>

## II. Wahlrechtliche Paritätsregelungen als Gegenmaßnahme

In mehreren Bundesländern gibt es zwar keine Paritätsgesetze,<sup>27</sup> aber wahlrechtliche Soll-Regelungen, die das Ziel der Förderung von Frauenkandidaturen haben.<sup>28</sup>

Das für verfassungswidrig erklärte Paritätsgesetz in Brandenburg fügte § 25 III des Landeswahlgesetzes (BbgLWahlG) die Sätze 2 bis 6 an: Nach Satz 3 sollten die Landesversammlungen der Parteien jeweils über die Reihenfolge der Nominierten auf den für Frauen sowie für Männer reservierten Listenplätzen der Landeswahlliste separat entscheiden sowie festlegen, aus welcher der beiden Listen der erste Platz der Landesliste besetzt wird. Die endgültige Landesliste wäre gemäß Satz 4 durch die abwechselnde Kombination der Frauen- und Männerliste entstanden, wobei, sobald eine der Listen erschöpft ist, nur eine weitere Person der anderen Liste hätte benannt werden können. Wahllisten, die diesem Prozedere nicht entsprechen, wären nach § 25 VIII 2 unzulässig gewesen und gemäß § 30 I 2 Nr. 2 durch den Landeswahlausschuss so bearbeitet worden, dass sie (weitestgehend) paritätisch sind.

Auch das ebenfalls für verfassungswidrig erklärte Paritätsgesetz in Thüringen tastete die direkte Wahl der Abgeordneten in den Wahlkreisen nicht an. Nach dem neuen § 29 V 1 des Landeswahlgesetzes (ThürLWahlG) sollten Wahllisten abwechselnd mit Frauen und Männern zu besetzen sein, wobei der erste Platz mit einer Frau oder einem Mann besetzt werden konnte. Dieser Vorgabe nicht entsprechende Listen sollten gemäß § 30 I 3 durch den Wahlausschuss zurückgewiesen oder nur bis zu dem Platz zugelassen werden, mit dessen Besetzung die Vorgaben noch erfüllt gewesen wären.

Ein rechtsvergleichender Blick<sup>29</sup> offenbart, dass die Diskussion um die Kompatibilität von Paritätsgesetzen mit einer

<https://data.ipu.org/women-ranking>, zuletzt abgerufen am 17.1.2022.

<sup>16</sup> *Dörr/Poirot/Ilg*, Frauen in den Länderparlamenten (Juni 2021), <https://www.lpb-bw.de/frauenanteil-laenderparlamenten#c8378>, zuletzt abgerufen am 17.1.2022; BMFSFJ, Vierter Atlas zur Gleichstellung von Frauen und Männern in Deutschland, 2. Aufl. (Juli 2020), S. 8 f.

<sup>17</sup> BMFSFJ (Rn. 16), 10. – Sie sind als Teil der Exekutive zwar keine Parlamente, doch trotzdem von großer Bedeutung, vgl. BVerfGE 79, 127 (149): die Gemeinde als »Keimzelle der Demokratie«.

<sup>18</sup> *Burmeister/Greve*, Parité-Gesetz und Demokratieprinzip: Verfassungsauftrag oder Identitätsverstoß, ZG 2019, 154 (161); *Morlok/Hobusch*, Ade parité? – Zur Verfassungswidrigkeit verpflichtender Quotenregelungen bei Landeslisten, DÖV 2019, 14 (18).

<sup>19</sup> Vgl. *Niedermayer*, Parteimitgliedschaften im Jahre 2019, ZParl 2020, 419 (429); *Morlok/Hobusch*, Kompromisse unerwünscht – zur Einführung eines Paritätsgesetzes in Thüringen, ThürVbl 2019, 282 (285 f.).

<sup>20</sup> So geschehen in *Butzer* (Fn. 6), NdsVbl 2019, 10 (11 f.); *Hecker*, Verfassungsrechtliche Fragen der neueren Paritätsgesetzgebung, ZRP 2020, 226 (227).

<sup>21</sup> So auch *Klafki*, Parität – Der deutsche Diskurs im globalen Kontext, DÖV 2020, 856 (861); *Meyer*, Verbotet das Grundgesetz eine paritätische Frauenquote bei Listenvahlen zu Parlamenten, NVwZ 2019, 1245 (1250).

<sup>22</sup> So *Morlok/Hobusch* (Fn. 18), DÖV 2019, 14 (18).

<sup>23</sup> So aber abenteuerlich *Quambusch*, Die Benachteiligung der Frau durch Gleichstellung, DÖD 1993, 193.

<sup>24</sup> So *Sachs*, Gleichberechtigung und Frauenquoten, NJW 1989, 553 (557); vgl. auch *Kempen*, Gleichberechtigung und Gleichstellung, ZRP 1989, 367 (369).

<sup>25</sup> *Hoecker*, Politische Repräsentation von Frauen in den Mitgliedsstaaten der EU im Vergleich, ZParl 2011, 50 (62 f.).

<sup>26</sup> *Fuchs*, in: *Hoecker* (Hrsg.), Politische Partizipation zwischen Konvention und Protest (2006), S. 235 (239 ff.). *Rosenbusch*, Der Weg zum Frauenwahlrecht in Deutschland (1998), S. 26: Die staatsbürgerliche Gleichberechtigung der Geschlechter ist auch in Deutschland »ein relativ neues Ergebnis der verfassungsgeschichtlichen Entwicklung«. Zum traditionell männlich geprägten Parteibetrieb *Kürschner*, Frauen in den Parteien, APuZ 50/2009, 16 (17), vgl. ThürVerfGH, Urt. v. 15.7.2020 – 2/20, Sondervotum *Licht/Petermann*, S. 54 f.

<sup>27</sup> Zur Typologie von Paritätsregelungen siehe von *Ungern-Sternberg*, Parité-Gesetzgebung auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts, JZ 2019, 525 (527); *Wapler*, Die Crux mit der Quote (2019), <https://www.kas.de/de/analysen-und-argumente/detail/-/content/die-crux-mit-der-quote>, zuletzt abgerufen am 17.1.2022, S. 5 f.

<sup>28</sup> Siehe § 15 IV KWG Rheinland-Pfalz (zur für verfassungswidrig erklärten Vorgängernorm *Bill*, Parité in den Parlamenten: Rheinland-Pfalz, djbZ 2014, 111 und VerfGHRP NVwZ 2014, 1089 bzw. 1319), § 9 VI KWG Baden-Württemberg, § 12 I 2 KWG Hessen.

<sup>29</sup> Paritätsregelungen existieren gegenwärtig in 82 Staaten: IDEA, Gender

liberalen Demokratie keine deutsche Eigenheit ist.<sup>30</sup> Überraschend insbesondere für ausländische Beobachter:innen ist aber, dass sie so spät geführt und noch von einer ablehnenden Meinung dominiert wird.<sup>31</sup>

## B. Paritätsgesetze<sup>32</sup> und das Demokratieprinzip

Paritätsgesetzgebung ist zunächst an dem demokratischen Prinzip (Art. 20 II GG) zu messen,<sup>33</sup> das sowohl von Befürworter:innen als auch Gegner:innen der Parité bemüht wird.

### I. Paritätsgesetze als Gebot des Demokratieprinzips

Ausgangspunkt der Popularklage in Bayern wie auch der Wahlprüfungsbeschwerde gegen die Bundestagswahl 2017 war die Auffassung, dass das Fehlen von Paritätsregelungen nicht mit dem Demokratieprinzip vereinbar sei. Die männliche Dominanz auf Wahllisten und die daraus folgende Unterrepräsentanz von Frauen in Parlamenten führten dazu, dass deren »Perspektiven und Prioritäten, Erfahrungen und Interessen« nicht ausreichend »gespiegelt« würden und keinen effektiven Einfluss<sup>34</sup> auf Parlamentsentscheidungen nehmen könnten; dies führe zu einem »Mangel an demokratischer Legitimation der aktuellen Herrschaftsverhältnisse«.<sup>35</sup> Der Gesetzgeber sei zur Einführung von Paritätsgesetzen verpflichtet.<sup>36</sup>

Handlungspflichten des Gesetzgebers, die sich aus verfassungsrechtlichen Aufträgen oder Schutzpflichten herleiten lassen sollen, müssen wegen seines »weite[n] Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsbereich[es]«

hohen Anforderungen unterliegen.<sup>37</sup> Soll der Zweck einer etwaigen Handlungspflicht die Förderung der Einbringung weiblicher Perspektiven in den Parlamentsdiskurs, also ihre *substanzielle* Repräsentation<sup>38</sup> sein, scheitert sie bereits daran, dass der Wirksamkeitsgrad von Paritéregelungen verschiedener Ausgestaltung nicht endgültig festgemacht werden kann: So beeinflusst jede verpflichtende Quotierung von Wahllisten zwar zweifelsohne den Frauenanteil unter den Abgeordneten, mithin die *deskriptive* Repräsentation. Doch ist der Zusammenhang zwischen deskriptiver und substanzieller Repräsentation höchst strittig:<sup>39</sup> Vertreten wird unter anderem eine »kritische Masse« von 30 Prozent Frauenanteil, ab dem dezidiert weibliche Interessen sichtbar werden. Andere beschreiben den Zusammenhang nur als »komplex«<sup>40</sup> oder verneinen ihn sogar gänzlich. Das Demokratieprinzip kann ein Handeln, dessen (Grad der) Wirksamkeit zu fraglich ist, nicht gebieten.

Erst recht kommt keine Handlungspflicht mit dem Ziel einer besseren allein deskriptiven Repräsentation von Frauen, also der schlichten parlamentarischen »Spiegelung« der weiblichen Gesamtbevölkerung ihrer selbst willen, in Frage. Die grundgesetzliche Demokratie sieht offensichtlich keine zwingende Identität von Herrschenden und Beherrschten vor;<sup>41</sup> es genügt die Lektüre des Art. 38 I GG.

Soll das Ziel in der Überwindung der strukturellen Benachteiligung von Frauen in der Politik und insbesondere politischen Parteien liegen, ist die nachhaltige und tiefgründige, auch soziologische Wirksamkeit von Paritätsgesetzen, insbesondere in Hinblick auf alternative Maßnahmen<sup>42</sup> ebenfalls zu strittig.

### II. Paritätsgesetze als Verstoß gegen das Demokratieprinzip

Das Demokratieprinzip gebietet Paritätsgesetze nicht. Damit noch unbeantwortet bleibt die Frage, ob Paritätsgesetze nicht gegen das demokratische Prinzip des Grundgesetzes verstoßen.

Quotas Database, <https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas/database>, zuletzt abgerufen am 17.1.2022.

<sup>30</sup> Zu Paritätsregelungen in Frankreich und ihrer Entwicklung siehe *Rodríguez Ruiz/Rubio-Marín*, The gender of representation: On democracy, equality, and parity, *International Journal of Constitutional Law* (ICON) 6 (2008), 287 (290 f.); *Steg*, Mehr Frauen braucht das Land – wie ein Paritätsgesetz zur Gleichberechtigung in der Politik beiträgt, in: FS Eckhard Jesse (2018), S. 345 (348); *Zimmermann*, Gleichheit und politische Repräsentation von Frauen – Anmerkungen zur Entscheidung des französischen Conseil constitutionnel vom 30. Mai 2000, *EuGRZ* 2000, 431 (431); für Italien und Spanien siehe Klafki (Fn. 21), 864.

<sup>31</sup> Vgl. *Hailbronner/Rubio Marín*, Parität in Deutschland und Europa (2020), <https://verfassungsblog.de/paritaet-in-deutschland-und-europa/>, zuletzt abgerufen am 17.1.2022.

<sup>32</sup> Die Untersuchung begrenzt sich auf die in Brandenburg und Thüringen verwirklichte Ausgestaltungsvariante.

<sup>33</sup> Für die Bundesländer sei auf das Homogenitätsprinzip (Art. 28 I 1 GG) hingewiesen. – Freilich sind die Wahlrechtsgrundsätze ein Aspekt des Demokratieprinzips. Es bietet sich dennoch an, Überlegungen zu vorgeschalteten Grundsatzfragen der repräsentativen Demokratie gesondert anzustellen; anders *Ebsen*, Quotierung politischer Entscheidungsgremien durch Gesetz, *JZ* 1989, 553 (556); *Morlok/Hobusch* (Fn. 18), *DÖV* 2019, 14 (17).

<sup>34</sup> Vgl. BVerfGE 83, 60 (71 f.).

<sup>35</sup> Aktionsbündnis, in: BayVerfGH, Urt. v. 26.3.2018 – Vf. 15-VII-16, Rn. 19 (Zitate); Beschwerdeführerinnen, in: BVerfG, Beschl. v. 15.12.2020 – 2 BvC 46/19, Rn. 9 ff. – Für ein Gebot wird nicht nur das Demokratieprinzip bemüht, ausf. *Röhner*, Ungleichheit und Verfassung (2019), 283 ff., 290 f.

<sup>36</sup> So auch *Laskowski*, Wann bekommt Deutschland ein Parité-Gesetz, *Streit* 2015, 51 (60).

<sup>37</sup> Vgl. BVerfGE 77, 170 (214 f., Zitat: 214).

<sup>38</sup> Zur Unterscheidung zwischen deskriptiver («standing for») und substanzieller («acting for») Repräsentation grundlegend *Pitkin*, The Concept of Representation (1967).

<sup>39</sup> Zum Folgenden *Sauer*, »Only paradoxes to offer?« – Feministische Demokratie- und Repräsentationstheorie in der »Postdemokratie«, *ÖZP* 2011, 125 (129).

<sup>40</sup> *Brunsbach*, Machen Frauen den Unterschied? Parlamentarierinnen als Repräsentantinnen frauenspezifischer Interessen im Deutschen Bundestag, *ZParl* 2011, 3.

<sup>41</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 15.12.2020 – 2 BvC 46/19, Rn. 70; BayVerfGH, Urt. v. 26.3.2018 – Vf. 15-VII-16, Rn. 110.

<sup>42</sup> Siehe dazu *Rixen*, Demokratieprinzip und Gleichberechtigungsgesetz: Verfassungsrechtliche Relationen, in: Eckertz-Höfer/Schuler-Harms (Hrsg.), Gleichberechtigung und Demokratie – Gleichberechtigung in der Demokratie: (Rechts-)Wissenschaftliche Annäherungen (2019), S. 59 (80 ff.).

## 1. Verstoß gegen die Menschenwürde

Es wird vereinzelt vertreten, dass Paritätsgesetze so tief in das demokratische Selbstbestimmungsrecht des Menschen eingreifen, dass eine Verletzung der Menschenwürde und Antastung des änderungsfesten (Art. 79 III GG) Kerns des Demokratieprinzips bewirkt werde.<sup>43</sup> Richtig ist, dass das demokratische Prinzip in den Grenzen des Art. 20 GG unantastbar und nicht abwägungsfähig ist. Doch muss dem Gesetzgeber im Lichte des Art. 38 III GG ein nicht nur symbolischer Spielraum bei der Ausgestaltung des Wahlrechts verbleiben. Die Wahlgrundsätze des Art. 38 I 1 GG sind gerade keine absoluten Differenzierungsverbote.<sup>44</sup> Selbst wenn Wahlgleichheit und -freiheit zur Verfassungsidentität des Grundgesetzes gehören, kann das nicht dazu führen, dass jede staatliche Maßnahme, die den Umfang ihres Gewährleistungsbereiches zeichnet und ihren Wortsin verkürzt, verfassungswidrig sein muss und dies nicht einmal durch Verfassungsänderung behoben werden kann: Die Wahlgrundsätze können sich nur im Rahmen des durch den Gesetzgeber vorgezeichneten Wahlrechtes verwirklichen und das Vorzeichnen ist zulässig, sofern es nicht gerade der Beschränkung eines Wahlgrundsatzes dient.<sup>45</sup> Außerdem sollte vor Fruchtbarmachung des Art. 79 III GG zu denken lassen, dass das Bundesverfassungsgericht<sup>46</sup> die Wahlrechtsgrundsätze sowie die Parteienfreiheit im Verhältnis zu Art. 3 II 2 GG als »gleichwertige Verfassungsgüter« bezeichnet hat.<sup>47</sup>

## 2. Rückkehr zur Ständegesellschaft

Das Grundgesetz kennt nur ein »Volk« und dieses besteht aus allen Deutschen im Sinne des Art. 116 I GG.<sup>48</sup> Nach einer Ansicht würden Paritätsgesetze allerdings eine Rückkehr vom modernen Parlamentarismus hin zur Ständeversammlung bewirken, da das Volk in zwei nebeneinander existierende Männer- und Frauenstände geteilt würde.<sup>49</sup> Nicht nur scheitert die Analogie zur frühneuzeitlichen Ständeordnung daran, dass Menschen jedweden Geschlechts weiterhin über dieselben paritätischen Wahlvorschläge entscheiden würden, die Einheit des Elektors also unangetastet bliebe.<sup>50</sup> Wenn man wollte, könnte man der Parité sogar den gegenteiligen Effekt zuschreiben, da Wahl-

listen, die allein aus Mitgliedern desselben Geschlechtes (»Standes«) bestehen, bei konsequenter Anwendung unmöglich würden: Die »Stände« müssten sich durchmischen und auflösen.

## 3. Verstoß gegen »das« Repräsentationsprinzip des Grundgesetzes

Die Debatte über die Verfassungsmäßigkeit von Paritätsgesetzen wird von der Frage dominiert, was unter »Repräsentation« im Sinne des Grundgesetzes, das diesen Begriff gar nicht kennt, zu verstehen ist. Es steht fest, dass in einer repräsentativen Demokratie, wie in Art. 20 II 2 GG konstituiert, das Volk nicht selbst, sondern durch von ihm bestellte Personen und Organe handelt, deren Entscheidungen ihm zugerechnet werden.<sup>51</sup> Dabei gibt es keinen latenten »Volkswillen«, sondern die Abgeordneten sind damit beauftragt, einen Mehrheitswillen zu konkreten Fragen erst zu bilden.<sup>52</sup> Dass Bundestagsabgeordnete nach Art. 38 I 2 GG »Vertreter des ganzen Volkes« sowie weder an Aufträge noch Weisungen gebunden, sondern nur ihrem Gewissen unterworfen sind (freies statt imperatives Mandat), ist Voraussetzung dafür.<sup>53</sup> Ein:e Abgeordnete:r steht nicht für eine konkrete Bevölkerungsgruppe, Partei oder einen Wahlkreis, sondern vergegenwärtigt gemeinsam mit allen anderen Abgeordneten (Prinzip der Kollektiv- statt Einzelrepräsentation) das gesamte Volk.<sup>54</sup>

Es herrscht die Meinung, dass Paritätsgesetze mit dem grundgesetzlichen Abgeordneten- und Repräsentationsverständnis jedenfalls ohne Verfassungsänderung nicht in Einklang zu bringen seien: Die moderne Repräsentation sei keine Vertretung, fordere daher gerade nicht die »Identität von Regierenden und Regierten«<sup>55</sup> und Parité untergrabe den »Transformationsprozess [der einzelnen Bürger:innen] zum Repräsentationsobjekt«.<sup>56</sup> Der Repräsentationsgedanke ist für das Verständnis und die Funktionsfähigkeit parlamentarischer Regierungssysteme zwar fundamental.<sup>57</sup> Dennoch kann nicht ausgeblendet werden, dass die skizzierte monistische Repräsentation auf einem »anspruchsvollen theoretischen Konzept«<sup>58</sup> fußt und der »gesamtschellschaftliche Werte- und Interessenpluralismus« daher »weder ignoriert noch lediglich als Störfaktor zur Kenntnis genommen«, sondern »als Vorzug bei der Organisation des politischen Gemeinwesens begriffen«<sup>59</sup> werden sollte.

<sup>43</sup> Kaum überzeugend *Burmeister/Greve* (Fn. 18), ZG 2019, 154 (165 ff.), vgl. dazu *Möllers*, Krise der demokratischen Repräsentation vor Gericht: zu den Parité-Urteilen der Landesverfassungsgerichte in Thüringen und Brandenburg, JZ 2021, 338 (347).

<sup>44</sup> Vgl. BVerfGE 99, 1 (9); ThürVerfGH, Urt. v. 15.7.2020 – 2/20, Sonderprotokoll *Heßelmann*, S. 47.

<sup>45</sup> *Meyer* (Fn. 21), NVwZ 2019, 1245 (1246).

<sup>46</sup> BVerfG, Beschl. v. 15.12.2020 – 2 BvC 46/19, Rn. 97, 99.

<sup>47</sup> Vgl. dazu *Valentiner*, Mit dem Bundesverfassungsgericht zur verfassungskonformen Regelung (2021), [https://verfassungsblog.de/how-to-paritaetsgesetz\\_zuletzt\\_abgerufen\\_am\\_17.1.2022](https://verfassungsblog.de/how-to-paritaetsgesetz_zuletzt_abgerufen_am_17.1.2022).

<sup>48</sup> Beck-OK GG/*Huster/Rux*, 46. Ed. (2021), Art. 20 Rn. 66.

<sup>49</sup> Vehement *Polzin*, Parité-Gesetz in Brandenburg – Kein Sieg für die Demokratie (2019), [https://verfassungsblog.de/parite-gesetz-in-brandenburg-kein-sieg-fuer-die-demokratie\\_zuletzt\\_abgerufen\\_am\\_17.1.2022](https://verfassungsblog.de/parite-gesetz-in-brandenburg-kein-sieg-fuer-die-demokratie_zuletzt_abgerufen_am_17.1.2022).

<sup>50</sup> *Meyer* (Fn. 21), NVwZ 2019, 1245 (1249); *Möllers* (Fn. 43), JZ 2021, 338 (344 f.).

<sup>51</sup> *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. (2018), § 10 Rn. 37 f.

<sup>52</sup> *Sydow/Wittreck*, Deutsches und Europäisches Verfassungsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. (2020), S. 97 f.

<sup>53</sup> *Klein*, Status des Abgeordneten, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 3. Aufl. (2005), § 51 Rn. 3 f.

<sup>54</sup> Beck-OK GG/*Butzer*, 46. Ed. (2021), Art. 20 Rn. 55.

<sup>55</sup> So noch *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, 11. Aufl. (2017), S. 257.

<sup>56</sup> Wiedergabe in *Wapler* (Fn. 27), 8.

<sup>57</sup> *Lepsius*, Die erkenntnistheoretische Notwendigkeit des Parlamentarismus, in: Bertschi u.a. (Hrsg.), Demokratie und Freiheit (1999), S. 123 (127 f.): In der Weimarer Republik ging sogar *Hugo Preuß* fatalerweise davon aus, das Parlament müsse den »wahren Volkswillen« wiedergeben.

<sup>58</sup> *Sydow/Wittreck* (Fn. 52), S. 98.

<sup>59</sup> *Dreier*, Das Problem der Volkssouveränität, in: *Stekeler-Weithofer/Za-*

Fälschlicherweise werden Paritätsgesetze oft allein mit einem spiegelbildlichen Repräsentationsverständnis in Verbindung gebracht.<sup>60</sup> Die Debatte konstruiert den Gegensatz der Konzepte als »unauflösbaren Grundkonflikt« und »gibt das theoretische Spektrum [...] nicht vollständig wieder«.<sup>61</sup> Zwischen streng monistischen und spiegelbildlichen Repräsentationstheorien existieren nämlich Abstufungen, mit denen sich Paritätsgesetze erklären lassen, selbst wenn man dem Grundgesetz ein zwingend monistisches Verständnis unterstellen wollte: pluralistisch-responsive Verständnisse von Repräsentation.<sup>62</sup> Das Volk ist plural und setzt sich aus Menschen unterschiedlicher Interessen und Erfahrungen zusammen. Die plurale (ungleich spiegelbildliche) Besetzung von Parlamenten erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass alle in der Gesellschaft vorherrschenden Interessen in den parlamentarischen Willensbildungsprozess gelangen und bei der Bildung des Gesamtwillens beachtet werden. Damit korrespondiert, dass das Parlament nicht nur Wahl-, Gesetzgebungs- und Kontrollfunktionen hat, sondern als »öffentliche Tribüne des Staates«<sup>63</sup> auch Ort zentraler gesellschaftlicher Debatten sein soll.<sup>64</sup> Hier knüpfen Paritätsgesetze an, indem sie ein Defizit bei der Äußerung dezidiert weiblicher Perspektiven in der parlamentarischen Deliberation identifizieren.<sup>65</sup>

Mit der monistischen Repräsentationsauffassung ist Parität vereinbar, da die Abgeordneten das Gemeinwohl nicht individuell, sondern in ihrer Gesamtheit verkörpern. Das freie Mandat ist »nicht getragen von der romantischen Idee eines in Einsamkeit und Freiheit dem Gemeinwohl nachsinnenden Abgeordneten, der von allen äußeren Einflüssen abgeschottet und aller konkreten Bande (seiner Partei, seines Wahlkreises, seiner Wähler, seiner eigenen Überzeugungen) ledig wäre«.<sup>66</sup> Dass Abgeordnete ihre Bindungen nicht leugnen müssen, ermöglicht erst die parlamentarische Deliberation und Kompromissfindung.<sup>67</sup> Weibliche Abgeordnete sollen nach dem Konzept der Paritätsgesetze weder deskriptiv noch substantiell ausschließlich Frauen repräsentieren noch zu irgendeinem spezifischen politischen Auftreten verpflichtet werden; die rechtlichen Freiheiten ihres Mandates werden ihnen nicht entzogen. Der Gesetzgeber, der die Demokratie zu verbessern oder optimieren versucht,<sup>68</sup> darf sich aber zu Nutze machen, dass weibliche Abgeordnete (wahrscheinlich) spezifische Frauen-

bel (Hrsg.), Philosophie der Republik (2018), S. 37 (42).

<sup>60</sup> Zugegebenermaßen haben Verfechter:innen eine vermeintlich gebotene »Spiegelung« von Bevölkerungsgruppen im Parlament überbetont. Dies hat, zumal argumentativ nicht vonnöten, Paritätsgesetze angreifbar gemacht.

<sup>61</sup> Wapler (Fn. 27), 10.

<sup>62</sup> Zum Folgenden ebd., 10 f.; zur Responsivität BVerfGE 20, 56 (98).

<sup>63</sup> Brenner, Das Prinzip Parlamentarismus, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 3. Aufl. (2005), § 44 Rn. 45.

<sup>64</sup> Vgl. Dreier, Vom Schwinden der Demokratie, in: Graf/Meier (Hrsg.), Die Zukunft der Demokratie (2018), S. 29 (70 f.).

<sup>65</sup> Vgl. Laskowski (Fn. 36), 55 z. B. mit Blick auf den Gender Pay Gap.

<sup>66</sup> Dreier (Fn. 59), S. 29 (53).

<sup>67</sup> Ebd., 54.

<sup>68</sup> Dazu Pünder, Wahlrecht und Parlamentsrecht als Gelingensbedingungen repräsentativer Demokratie, VVDStRL 72 (2013), 210.

erfahrungen und -belange haben, die ihre in den Diskurs entäußerte Meinung vorprägen, wodurch dieser fruchtbarer und die Kreation eines legitimen Gesamtwillens erleichtert werden soll.<sup>69</sup>

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes kann der Gesetzgeber »den ihm von der Verfassung erteilten Auftrag zur Schaffung eines Wahlsystems, das [...] teils gegenläufigen Zielen genügt, nur erfüllen, wenn ihm ein weiter Gestaltungsspielraum zukommt.«<sup>70</sup> Zu diesen Zielen zählt das Gericht das auch bei Paritätsgesetzen relevante Verhindern einer Situation, in der »gewichtige Anliegen im Volk von der Volksvertretung ausgeschlossen bleiben«.<sup>71</sup> Die Idee, dass der Gesetzgeber das Wahlrecht mit dem Ziel ausgestaltet, Parlamente pluraler zu machen, ist dem Bundesverfassungsgericht also nicht fremd.<sup>72</sup>

### III. Paritätsgesetze als zulässige Ausgestaltung der repräsentativen Demokratie

Die Diskussion um Parität vergegenwärtigt die Entwicklung, dass Gesetze aufgrund einer extensiven Auslegung von (vermeintlichen) Verfassungsprinzipien »in einer permanenten Defensive und einem dauernden Zwang zur Rechtfertigung an den Maßstäben der Verfassung«<sup>73</sup> stehen. Dies bringt wiederum die »Gefahr einer schleichenden Systemverschiebung in der Akzentuierung des Gewaltenteilungsfüges«<sup>74</sup> in Richtung der Verfassungsrechtsprechung<sup>75</sup> mit sich. Politik wird konstitutionalisiert und immer mehr zu Verfassungsvollzug; der freie politische Wettbewerb der Ideen weicht der Suche nach der richtigen Verfassungsinterpretation, die gewiss unter dem Primat der Verfassungsgerichte steht.<sup>76</sup> Dieser Tendenz ist damit zu begegnen, dass die Verfassung mit *Ernst-Wolfgang Böckenförde* als »ausgrenzend-konstituierende Rahmenordnung«<sup>77</sup> verstanden wird, die nicht den Inhalt, sondern die Grenzen der Gesetzgebung festlegt:<sup>78</sup> Was sie nicht verbietet, ist verfassungsmäßig.

<sup>69</sup> Vgl. Landtag Brandenburg (Antragsgegner), in: VfGBbG, Urt. v. 23.10.2020 – 9/19, Rn. 53.

<sup>70</sup> BVerfGE 131, 316 (335).

<sup>71</sup> Ebd.

<sup>72</sup> Das ThürVerfGH (Urt. v. 15.7.2020 – 2/20, S. 36) erwidert darauf, das Gericht meine die Integration politischer Kräfte, nicht die der Geschlechter. Das ist richtig. Doch führen die zu integrierenden Interessen und Erfahrungen von Frauen letztendlich zu politischen Standpunkten.

<sup>73</sup> Ossenbühl, Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, 3. Aufl. (2007), § 100 Rn. 36 f.

<sup>74</sup> Ebd.

<sup>75</sup> Dazu Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. (2019), Rn. 539 ff.

<sup>76</sup> Zum Verhältnis von Politik und (Verfassungs-) Recht grundlegend Grimm, Recht und Politik, JuS 1969, 501; vgl. auch Waldhoff, Das Gesetz zwischen Recht und Politik, ZfP 2019, 98 (108 ff.). – Praktisch äußert sich diese Entwicklung darin, dass auch in politischen Diskussionen vorschnell verfassungsrechtlich argumentiert wird.

<sup>77</sup> Böckenförde, Gesetz und Gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl. (1981), S. 402.

<sup>78</sup> Vgl. auch Hailbronner/Rubio Marin (Fn. 31).

Parité steht nicht in Widerspruch zur repräsentativen Demokratie des Grundgesetzes, sondern gestaltet sie aus. Sie kann sich in ein mit pluralistischen Gedankengängen angereichertes monistisches Repräsentationsverständnis fügen. Wird dem Gesetzgeber selbst dieser Spielraum abgesprochen,<sup>79</sup> ist dies kein Subsumtionsergebnis, sondern Ausdruck eines nicht zwangsläufigen Verfassungsverständnisses. Auch im Bewusstsein dessen, dass die Deutungshoheit über einen Verfassungstext eine ernst zu nehmende Machtposition ist,<sup>80</sup> erweist sich die Regelung des Demokratieprinzips im Grundgesetz als »allzu schillernd«,<sup>81</sup> um aus ihr eine Missbilligung von Paritätsregelungen zu ziehen.

Im Übrigen ist unschädlich, dass die insbesondere soziologische Effektivität von Parité nicht unumstritten ist. Es muss Teil des gesetzgeberischen Einschätzungsspielraumes sein, bei der Grundrechtsprüfung unsichere empirische Sätze als Prämisse festzusetzen.<sup>82</sup> Schließlich setzt der Gesetzgeber Recht immer zukunftsbezogen und kann empirische Uneindeutigkeiten nur durch politische Beurteilung und Gestaltung überwinden.<sup>83</sup>

#### IV. Zwischenergebnis

Weder gebietet noch verbietet das Demokratieprinzip die Verabschiedung eines Paritätsgesetzes. Vielmehr entspricht es dem Bild der Verfassung als bloße Rahmenordnung, dass es dem Gesetzgeber gestattet ist, die im Grundgesetz nicht näher bestimmten Einzelheiten der repräsentativen Demokratie durch Gesetz auszugestalten. Dabei müssen Paritätsgesetze nicht an eine vermeintlich gebotene »Spiegelung« von gesellschaftlichen Gruppen anknüpfen. Es genügt, die weiterhin als monistisch verstandene Repräsentation mit einem pluralistischen Verständnis anzureichern. Das Demokratieprinzip kommt als Beeinträchtigungen anderer Verfassungsgüter rechtfertigender Verfassungsinhalt in Betracht. Die Entscheidung darüber, ob er den Argumenten pro Parité folgt, liegt bei dem Gesetzgeber, dessen Entscheidungsspielraum durch das Bundesverfassungsgericht zu Recht unterstrichen worden ist.

#### C. Paritätsgesetze und die Wahlgrundsätze

Die innerparteiliche Wahlvorbereitung stellt die Nahtstelle zwischen der Parteienfreiheit und dem demokratischen Willensbildungsprozess dar; die Wahlgrundsätze gelten auch dort.<sup>84</sup>

#### I. Beeinträchtigung der Wahlfreiheit

Paritätsgesetze beeinträchtigen die Freiheit der Wahl, da sich das aktive beziehungsweise passive Wahlrecht der Einzelnen in der Partei je Geschlecht auf die Hälfte der Listenplätze beschränkt.<sup>85</sup> Die Beeinträchtigungsintensität ist gering, da das Wahl- beziehungsweise Wahlvorschlagsrecht für je die Hälfte der in Frage kommenden Kandidierenden in der Bevölkerung folgerichtig auf je die Hälfte der Listenplätze zugeschnitten wird, ein großer Spielraum für den Listenaufstellungsprozess verbleibt und der demokratische Diskurs nicht verkürzt wird. Mit monarchischen Beschränkungen, die die Forderung der Wahlfreiheit historisch zu überwinden beabsichtigte, sind Paritätsgesetze nicht vergleichbar. Sie haben keine unzulässige Willensbildung »von oben nach unten« zur Folge.<sup>86</sup> Mit Parité findet keine »Vorstukturierung der Wahlen nach inhaltlichen Kriterien«<sup>87</sup> statt, denn in die parlamentarische Deliberation entsandte Frauen sind weder politisch noch anderweitig gebunden: Der Gesetzgeber, der den Frauenanteil zu erhöhen versucht, tut dies nicht, um *konkreten* politischen Ansichten Vorschub zu leisten, sondern die Wahrscheinlichkeit dessen zu erhöhen, dass frauenspezifische Erfahrungen und Interessen in den Willensbildungsprozess Eingang finden. Die weibliche Bevölkerungshälfte ist politisch genauso heterogen wie die männliche.

#### II. Beeinträchtigung der Wahlgleichheit

Die passive Wahlgleichheit von Listenbewerber:innen könnte durch Paritätsgesetze beeinträchtigt werden, da sie sich nicht mehr auf beliebige, sondern nur ihrem Geschlecht zugewiesene Listenplätze bewerben können.<sup>88</sup> Dem kann entgegengehalten werden, dass sich Menschen jeden Geschlechts auf jeweils die gleiche Anzahl an Listenplätzen bewerben können und es nicht ersichtlich ist, aus welchem Verfassungsinhalt sich gerade ein Anspruch jeder Einzelperson auf eine Kandidatur auf einem bestimmten Platz ergibt.<sup>89</sup> Mit *Meyer* sei auf den »adjektivische[n] Charakter der Wahlgrundsätze« hingewiesen:<sup>90</sup> Dachte man das Verständnis der Gegenseite weiter, wäre jede konkrete Ausgestaltung des grundgesetzlich abstrakt abgesicherten Wahlrechts eine Beeinträchtigung der Wahlgrundsätze. Nimmt man mit dem herrschenden streng formellen Verständnis der Wahlgleichheit<sup>91</sup> hingegen eine Beeinträchtigung an, so ist ihre Intensität gering, denn es bleibt die Bewerbung auf den jeweils

<sup>79</sup> So VfGBbg, Urt. v. 23.10.2020 – 9/19, Rn. 140.

<sup>80</sup> Vgl. *Sydom/Wittrick* (Fn. 52), S. 58.

<sup>81</sup> So *Hailbronner/Rubio Marin* (Fn. 31); *Klafkei* (Fn. 21), DÖV 2020, 856 (864), Zitat; *Meyer* (Fn. 21), NVwZ 2019, 1245 (1250).

<sup>82</sup> *Raabe*, Grundrechte und Erkenntnis (1998), S. 53.

<sup>83</sup> *Hwang*, Einschätzungsspielräume aus den Grenzen der verfassungsgerichtlichen Rechtsanwendung, KritV 2009, 31 (48).

<sup>84</sup> BVerfGE 11, 266 (272).

<sup>85</sup> ThürVerfGH, Urt. v. 15.7.2020 – 2/20, S. 28.

<sup>86</sup> So aber BayVerfGH, Urt. v. 26.3.2018 – Vf. 15-VII-16, Rn. 138 ff.; VfGBbg, Urt. v. 23.10.2020 – 9/19, Rn. 137; zust. *Hecker*, Verfassungsgerichtliche Entscheidungen zu Landesparitätsgesetzen, NJW 2020, 3563 (3564).

<sup>87</sup> *Von Ungern-Sternberg* (Fn. 27), JZ 2019, 525 (533); vgl. *Danker*, Paritätische Aufstellung von Landeswahllisten – Beeinträchtigung der Wahlrechtsgrundsätze, NVwZ 2020, 1250 (1251).

<sup>88</sup> So ThürVerfGH, Urt. v. 15.7.2020 – 2/20, S. 30; *Burmeister/Greive* (Fn. 18), ZG 2019, 154 (157); *Morlok/Hobusch* (Fn. 18), DÖV 2019, 14 (15).

<sup>89</sup> *Klafkei* (Fn. 21), DÖV 2020, 856 (858); *Meyer* (Fn. 21), NVwZ 2019, 1245 (1246).

<sup>90</sup> *Meyer* (Fn. 21), NVwZ 2019, 1245 (1246).

<sup>91</sup> Vgl. BVerfGE 51, 222 (234).

nächsthöheren Listenplatz möglich und in vielen Ländern kann die Wahlliste verlängert werden.<sup>92</sup>

In Parteien, in denen das Geschlechterverhältnis unausgeglichen ist, aber je die Hälfte der Listenplätze für ein Geschlecht reserviert werden muss, entsteht eine Ungleichbehandlung von Bewerber:innen des überrepräsentierten Geschlechts, da diese trotz ihrer quantitativen Überlegenheit untereinander im Wettbewerb um die Besetzung nur der Hälfte der Listenplätze stehen müssen, während auf Bewerber:innen des unterrepräsentierten Geschlechts somit im Durchschnitt mehr Plätze fallen.<sup>93</sup>

Problematisch bleibt der Umgang mit Menschen, die divers<sup>94</sup> sind. Die in Thüringen und Brandenburg vorgesehenen Lösungen stellten Ungleichbehandlungen zu Lasten von Männern und Frauen dar, da diversen Menschen schlussendlich alle Listenplätze zur Verfügung stehen sollten: Während sie nach § 29 V 5 ThürLWahlG frei entscheiden dürfen sollten, ob sie sich um für Männer oder Frauen vorgesehene Listenplätze bewerben wollen, war in § 25 III 6 BbgLWahlG normiert, dass diverse Menschen »außerhalb der Reihe« kandidieren. Eine »nicht zu rechtfertigende Besserstellung«<sup>95</sup> sind sie trotzdem nicht. Vielmehr ist in dem Bewusstsein, dass das Problem kaum anders gelöst werden kann, zu sehen, dass diverse Menschen einen sehr kleinen Bevölkerungsanteil ausmachen und die Ungleichbehandlung im Wege der Typisierung<sup>96</sup> als unbeachtlich angesehen werden kann.<sup>97</sup>

### III. Beeinträchtigung der Allgemeinheit der Wahl

Das Wahlrecht muss allen Deutschen im Sinne des Art. 116 I GG gleichermaßen zustehen. *Friehe* und *Klenner* argumentieren, Paritätsgesetze würden das Wahlvolk in Teilektorate aufspalten, was im Ergebnis eine einer Rechtfertigung nicht zugängliche Beeinträchtigung der Allgemeinheit der Wahl hervorruft.<sup>98</sup> Doch ist daneben, dass auch die Allgemeinheit der Wahl keinem absoluten Differenzierungsverbot unterliegt, weder die Behauptung, Paritätsgesetze würden spezielle Wahlverfahren nach Wählergruppen installieren, zutreffend, noch tastet Parité die grundgesetzlich vorausgesetzte Einheit des Volkes an. *Von Ungern-Sternberg* will die Allgemeinheit einer Wahl jedenfalls »auf die Gesamtheit der [...] zu besetzenden Posten« bezogen wissen.<sup>99</sup> Setzt man die Hürde für eine Beeinträchtigung der

Allgemeinheit der Wahl tatsächlich so niedrig an, wird sie zu bejahen sein. Es gilt auch hier, dass sie keine intensive wäre.

### IV. Zur Beeinträchtigungsintensität und den Rechtfertigungsvoraussetzungen

Beeinträchtigungen von Wahlrechtsgrundsätzen sind gerechtfertigt, wenn sie auf einem »zwingenden Grund« fußen und verhältnismäßig sind.<sup>100</sup> Das Bundesverfassungsgericht relativiert diese Formel, indem es klarstellt, dass Differenzierungen nicht verfassungsrechtlich zwangsläufig oder notwendig sein müssten und solche Zwecke ausreichen, »die durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sind, das der Wahlrechtsgleichheit die Waage halten kann«, wobei gerade nicht erforderlich sei, dass die Verfassung diese Zwecke zu verwirklichen gebietet.<sup>101</sup> Das Demokratieprinzip muss die Quotierung von Wahllisten also nicht gebieten.<sup>102</sup>

Die durch das Verfassungsgericht Brandenburgs vorgenommene, künstlich anmutende Unterscheidung zwischen »wahlrechtsimmanenten« Regelungen, zu denen Sperrklauseln zählten, und solchen wie der Parité, die einen »wahlrechtsfremden Zweck« verfolgten,<sup>103</sup> verdient keinen Beifall.<sup>104</sup> Wenn es mit der grundgesetzlichen Demokratie vereinbar ist, mit der Fünf-Prozent-Sperrklausel Millionen abgegebener Stimmen zugunsten der politischen Funktionsfähigkeit des Parlaments unberücksichtigt zu lassen, ist die schon intuitiv weniger einschneidende Geschlechterquotierung von Listen zugunsten einer Bekämpfung der Frauenbenachteiligung in der Politik oder der Herbeiführung einer pluraleren Deliberation im parlamentarischen Willensbildungsprozess, die gleichermaßen der Optimierung der Demokratie dienen, jedenfalls nicht wahlrechtsfremd. Überzeugend listen *Licht* und *Petermann* die bislang in Thüringen als zulässig anerkannten Verkürzungen der Wahlgrundsätze auf und demonstrieren so, dass die in der herrschenden Literatur und Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen, an denen Paritätsgesetze scheitern sollen, unverhältnismäßig hoch sind.<sup>105</sup>

### V. Zwischenergebnis

Es kann nicht geleugnet werden, dass Parité in einem Konflikt mit dem herrschenden streng formellen Verständnis der Wahlgrundsätze steht. Sie beeinträchtigt, wenn man sich diesem denn anschließen möchte, die Freiheit, Gleichheit und Allgemeinheit der Wahl. Keine der Beeinträchtigungen ist intensiv.<sup>106</sup> Beeinträchtigungen der Wahlgrundsätze

<sup>92</sup> *Klafki* (Fn. 21), DÖV 2020, 856 (858).

<sup>93</sup> So auch *Ebsen* (Fn. 33), JZ 1989, 553 (555), JZ 1989, 553.

<sup>94</sup> Zur »dritten Option« grundlegend BVerfGE 147, 1.

<sup>95</sup> *Morlok/Hobusch*, Sinnvoll heißt nicht verfassungsgemäß – zu Meyers Kritik an der Paritätskritik, NVwZ 2019, 1734 (1736, Zitat); *dies.* (Fn. 19), ThürVbl 2019, 282 (287).

<sup>96</sup> Dazu BVerfGE 132, 39 (49).

<sup>97</sup> So ThürVerfGH, Urt. v. 15.7.2020 – 2/20, Sondervotum *Hefelmann*, S. 46. – Trotzdem bleibt problematisch, dass das binäre Geschlechterverständnis das Recht und seine Diskurse weiter dominiert.

<sup>98</sup> *Friehe/Klenner*, Wahlrechtsgrundsätze und Mandatsverständnis: Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Frauenquoten in der Politik, in: FS Christean Wagner (2013), S. 383 (395 ff.).

<sup>99</sup> *Von Ungern-Sternberg* (Fn. 27), JZ 2019, 525 (528).

<sup>100</sup> BVerfGE 95, 335 (349, 354).

<sup>101</sup> Ebd.

<sup>102</sup> So aber wohl von *Ungern-Sternberg* (Fn. 27), JZ 2019, 525 (533).

<sup>103</sup> So VfGBbg, Urt. v. 23.10.2020, 9/19, Rn. 128; zust. *Hecker* (Fn. 86), NJW 2020, 3563 (3565).

<sup>104</sup> So auch ThürVerfGH, Urt. v. 15.7.2020 – 2/20, S. 41.

<sup>105</sup> ThürVerfGH, Urt. v. 15.7.2020 – 2/20, Sondervotum *Licht/Petermann*, S. 60 f.

<sup>106</sup> Diese Einordnung kompensiert die Weite des Wortsinns der Wahlgrundsätze, die den Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers zu stark ein-

lassen sich durch zwingende Gründe rechtfertigen, wobei diesen keine unüberwindbare Hürden zugeschrieben werden sollten.

## D. Paritätsgesetze und die Rechte politischer Parteien

Nach Art. 21 I 1 GG wirken Parteien bei der politischen Willensbildung des Volkes mit. Als »frei gebildete, im gesellschaftlich-politischen Raum wurzelnde Gruppen«<sup>107</sup> sind sie frei in der Wahl ihrer Ziele, ihrer Organisation und Betätigung und auf Chancengleichheit angewiesen.

### I. Beeinträchtigung der Betätigungs- und Organisationsfreiheit

Die Betätigungsfreiheit der Parteien umfasst die freie Entscheidung darüber, mit welchem Personal sie in den Wettbewerb eintreten. Wie viele weibliche und männliche Menschen auf ihrer Wahlvorschlagsliste vertreten sind, können sie unter Paritätsgesetzen nicht mehr bestimmen.<sup>108</sup>

### II. Beeinträchtigung der Programmfreiheit

Teilweise wird in Paritätsgesetzen eine Beeinträchtigung der Programmfreiheit gesehen, da der Frage der Einführung einer Quote im innerparteilichen Kandidat:innenaufstellungsprozess auch eine inhaltlich-programmatische Bedeutung zukomme.<sup>109</sup> Doch hat das Vorhandensein oder Fehlen einzelner innerparteilicher Organisationsvorschriften für Wähler:innen regelmäßig keine überbordende Wichtigkeit. Die parlamentarische Deliberation bezieht sich auf Fragen des Gemeinwesens, auf deren politisch-inhaltliche Beeinflussung Parlamentswahlen zielen.

Problematisiert wird auch, dass Männer- oder Frauenparteien, die sich dezidiert nur einem bestimmten Geschlecht öffnen möchten und Mitglieder eines anderen Geschlechts satzungsmäßig ablehnen, gänzlich durch Paritätsgesetze abgeschafft würden.<sup>110</sup> Solche hat es in der über siebzig Jahre langen Geschichte der Bundesrepublik wiederum nie gegeben. Auch ist sehr fraglich, ob es unter dem Grundgesetz überhaupt zulässig wäre, einen Mitgliedschaftsantrag allein aufgrund des Geschlechts abzulehnen.<sup>111</sup> Dem faktischen »Verbot« reiner Männer- oder Frauenlisten war man im BbgLWahlG mit einer Ausnahmeregelung begegnet, wonach die Paritätsregelung auf sie keine Anwendung finden sollte (§ 25 III 7). In Thüringen war eine solche Ausnahme ausdrücklich nicht normiert worden.<sup>112</sup> Dass die Stimmen, die sich für

ein streng formelles Verständnis der Gleichheit aussprechen, im Falle der Parteiengleichheit unter Einbeziehung noch nie aufgetretener Parteiarten höchst materielle Maßstäbe ansetzen, ist irritierend.

Jedenfalls kann, wenn eine Partei weibliche Mitglieder hat, das grundsätzliche Nichtaufstellen von Kandidatinnen wohl kaum »programmatisch« begründet werden: Nicht nur macht es für die politisch-inhaltliche Vertretung einer Partei durch eine:n Mandatsträger:in aufgrund der Heterogenität aller Geschlechter keinen Unterschied, ob diese:r weiblich, männlich oder divers ist. Auch dürfte eine solche Praxis gegen die Gleichheit aller Bürger:innen und so die durch Art. 21 II GG geschützte freiheitlich-demokratische Grundordnung verstoßen.<sup>113</sup>

### III. Ungleichbehandlung der Parteien

Formal trifft Parité alle Parteien gleich. Personell und organisatorisch schwach aufgestellte und geschlechtermäßig unausgeglichene Parteien könnten sie aber intensiver beeinträchtigen, weil die Umstellung auf paritätische Wahl Listen für sie mühsamer wäre.<sup>114</sup> Zwar genügt für eine Beeinträchtigung der Parteiengleichheit, wenn sich aus der praktischen Anwendung eines in seinem Wortlaut keine Differenzierungen vornehmenden Gesetzes eine mittelbare Ungleichheit ergibt und die ungleiche Beeinträchtigung gerade auf die rechtliche Gestaltung zurückzuführen ist.<sup>115</sup> Ungeklärt bleibt aber die Erheblichkeitsschwelle für eine rechtfertigungsbedürftige Beeinträchtigung. Wird eine bejaht,<sup>116</sup> ist ihre Intensität in Anbetracht anerkannter Beeinträchtigungen mit größerer Eingriffsintensität<sup>117</sup> und der Zeit, die Parteien seit Einführung des Gleichberechtigungsgebots im Jahr 1994 hatten, um sich auf paritätische Geschlechterverhältnisse vorzubereiten,<sup>118</sup> zumindest gering. Ist man anderer Auffassung, bleibt möglich, die Verhältnismäßigkeit einer Paritätsregelung durch Übergangsvorschriften abzusichern.<sup>119</sup>

### IV. Zwischenergebnis

Paritätsgesetze beeinträchtigen die Betätigungs- und Organisationsfreiheit der Parteien. Eine Ungleichbehandlung der Parteien kann durch Übergangsvorschriften abgewendet werden.

zuschränken droht.

<sup>107</sup> BVerfGE 20, 56 (100 f.); 91, 276 (285 f.).

<sup>108</sup> ThürVerfGH, Urt. v. 15.7.2020 – Az. 2/20, S. 31.

<sup>109</sup> So BayVerfGH, Urt. v. 26.3.2018 – Vf. 15-VII-16, Rn. 143; *Morlok/Hobusch* (Fn. 18), DÖV 2019, 14 (16); vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Klein, GG, 95. EL (Juli 2021), Art. 21 Rn. 353.

<sup>110</sup> So *Ebsen* (Fn. 33), JZ 1989, 553 (557); *Morlok/Hobusch* (Fn. 18), DÖV 2019, 14 (16); *dies.* (Fn. 19), ThürVbl 2019, 282 (287).

<sup>111</sup> Vgl. ThürVerfGH, Urt. v. 15.7.2020 – 2/20, Sondervotum *Hefselmann*, S. 46; *Meyer* (Fn. 21), NVwZ 2019, 1245 (1248).

<sup>112</sup> Krit. *Morlok/Hobusch* (Fn. 19), ThürVbl 2019, 282 (287).

<sup>113</sup> *Klafki* (Fn. 21), DÖV 2020, 856 (859); vgl. BVerfGE 144, 20 (207 f.).

<sup>114</sup> So BayVerfGH, Urt. v. 26.3.2018 – Vf. 15-VII-16, Rn. 143; VfGBbg, Urt. v. 23.10.2020 – 9/19, Rn. 177 ff.; ThürVerfGH, Urt. v. 15.7.2020 – 2/20, S. 32 f.

<sup>115</sup> BVerfGE 8, 51 (64); 111, 382 (406 f.).

<sup>116</sup> Verneinend *Möllers* (Fn. 43), JZ 2021, 338 (341).

<sup>117</sup> *Klafki* (Fn. 21), DÖV 2020, 856 (859).

<sup>118</sup> *Meyer* (Fn. 21), NVwZ 2019, 1245 (1249).

<sup>119</sup> Vgl. ThürVerfGH, Urt. v. 15.7.2020 – 2/20, Sondervotum *Hefselmann*, S. 51.

## E. Paritätsgesetze und das Gleichberechtigungsgebot

Gemäß Art. 3 II 2 GG fördert der Staat die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin. Das bereits zuvor zu dem Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers und der Reichweite von Verfassungsprinzipien Ausgeführte muss auch an dieser Stelle gelten. Aus dem Gleichberechtigungsgebot lässt sich kein Gebot zur Einführung von Paritätsgesetzen ableiten.<sup>120</sup>

### I. Gleichberechtigungsgebot als Beeinträchtigungen rechtfertigendes Verfassungsgut

Umstritten ist, ob Gleichberechtigungsgebote etwaige Beeinträchtigungen der Wahlrechtsgrundsätze oder Parteienfreiheit im Wege der praktischen Konkordanz rechtfertigen können.

#### 1. Anwendbarkeit auf den Bereich der politischen Repräsentation

Teilweise wird schon die Anwendbarkeit des Art. 3 II 2 GG auf den Bereich der politischen Repräsentation verneint, da die anerkannte<sup>121</sup> Spezialität der Wahlrechtsgleichheit gegenüber den allgemeinen Gleichheitsgrundrechten durchschlagen solle und »die Chancengleichheit der Frauen [...] in der streng formalen Gleichheit aller Wahlbewerber bereits denklogisch mit enthalten« sei.<sup>122</sup> Doch ist nicht ersichtlich, warum Art. 3 II GG, der gerade spezieller als der allgemeine Gleichheitssatz ist, im Verhältnis zu einer anderen Gleichheitsverbürgung identisch behandelt werden muss. Für eine Idealkonkurrenz spricht vor allem, dass das Bundesverfassungsgericht<sup>123</sup> eine solche vor Kurzem zwischen der Allgemeinheit der Wahl und dem Verbot der Benachteiligung von Behinderten aus Art. 3 III 2 GG angenommen hat.<sup>124</sup>

#### 2. Verletzung und Rechtfertigung des Verbots der Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts

Nimmt man an, dass Art. 3 II 1 GG ein Abwehrrecht gegen schlichtweg jede an das Geschlecht anknüpfende rechtliche Differenzierung enthält,<sup>125</sup> so stehen Paritätsgesetze in einem grundsätzlichen Spannungsverhältnis dazu.<sup>126</sup> Es stellt sich die Frage, inwiefern das Gleichberechtigungsgebot dieses

auflösen kann. Eine restriktive Ansicht, nach der es sich bei Art. 3 II 2 GG um eine bloße Staatszielbestimmung handeln soll<sup>127</sup> und die das Gleichberechtigungsgebot »im Grunde zu so etwas wie einem Erinnerungsposten an den Gesetzgeber degradiert« und Fördermaßnahmen zugunsten nur eines Geschlechts unmöglich machte,<sup>128</sup> ist zu entgegnen, dass Art. 3 II 2 GG an die zuletzt extensive Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anknüpft, die in Satz 1 schon vor 1994 ein Gebot erblickte.<sup>129</sup> Die Formulierungen »Gleichberechtigung« und »tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung« können nicht dasselbe meinen.<sup>130</sup> Daher stellt Art. 3 II GG »ein Gleichberechtigungsgebot auf und erstreckt dieses« nicht nur auf das Formale, sondern »auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit«<sup>131</sup> und stellt ein vollwertiges Verfassungsgut dar, das den Ausgleich faktischer Nachteile für Frauen durch begünstigende Regelungen möglich macht.<sup>132</sup>

### 3. Gewährleistungsumfang des Art. 3 II 2 GG

Damit ist über den Gewährleistungsumfang noch nichts gesagt. Dieser hat sich insbesondere anhand von Quotenregelungen in der Privatwirtschaft sowie im öffentlichen Dienst herausgebildet. Nach ganz herrschender Literaturmeinung sowie deutscher und europäischer Rechtsprechung<sup>133</sup> sind starre, qualifikationsunabhängige Frauenquoten unzulässig.<sup>134</sup> Das Gleichberechtigungsgebot könne Chancen-, jedoch keine Ergebnisgleichheit rechtfertigen und dürfe »nicht in einen Zwang zur Egalität umschlagen, der dem Ziel chancengleicher Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung jedes Individuums diametral entgegengesetzt wäre.«<sup>135</sup> Eine »kollektiv-rechtliche« Deutung des Art. 3 II 2 GG widerspreche dem Grundrechtsverständnis des Grundgesetzes.<sup>136</sup> Zur Untermauerung wird der Wille des Gesetzgebers herangezogen.<sup>137</sup>

Die Schlussfolgerung, dass Art. 3 II 2 GG das Quotieren von Wahllisten erst recht nicht rechtfertigen könne,<sup>138</sup> überzeugt nicht. Seine Entstehung war von parteipolitischen Unter-

<sup>120</sup> BVerfG, Beschl. v. 15.12.2020 – 2 BvC 46/19, Rn. 98; vgl. *Butzer* (Fn. 6), NdsVbl 2019, 10 (19); BayVerfGH, Urt. v. 26.3.2018 – Vf. 15-VII-16, Rn. 124 ff.

<sup>121</sup> BVerfGE 99, 1 (8 ff.); vgl. BayVerfGH, Urt. v. 26.3.2018 – Vf. 15-VII-16, Rn. 100.

<sup>122</sup> *Morlok/Hobusch* (Fn. 95), NVwZ 2019, 1734 (1736), Zitat; von *Ungern-Sternberg* (Fn. 27), JZ 2019, 525 (533).

<sup>123</sup> BVerfGE 151, 1 (22 f.).

<sup>124</sup> Vgl. Landtag Brandenburg (Antragsgegner), in: VfGBbg, Urt. v. 23.10.2020 – 9/19, Rn. 52.

<sup>125</sup> BVerfGE 85, 191 (206); 114, 357 (364 ff.).

<sup>126</sup> Anders wenn man in Art. 3 II 1 GG ein materielles Hierarchisierungsverbot erblickt: *Baer*, Würde oder Gleichheit? (1995), S. 237 ff.

<sup>127</sup> *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, 73. EL (2014), Art. 3 II Rn. 62; so auch *Morlok/Hobusch* (Fn. 19), ThürVbl 2019, 282 (284).

<sup>128</sup> *Dürig/Herzog/Scholz/Langefeld*, GG, 95. EL (Juli 2021), Art. 3 II, Rn. 58.

<sup>129</sup> *Klafke* (Fn. 21), DÖV 2020, 856 (860); vgl. BVerfGE 85, 191 (206 f.).

<sup>130</sup> Vgl. *Meyer* (Fn. 21), NVwZ 2019, 1245 (1247).

<sup>131</sup> BVerfGE 109, 64 (89).

<sup>132</sup> BVerfGE 74, 163 (180).

<sup>133</sup> Beispielhaft EuGH, Rs. C-450/93, ECLI:EU:C:1995:322 – Kalanke (Europarechtswidrigkeit des Bremer Landesgleichstellungsgesetzes).

<sup>134</sup> *Dürig/Herzog/Scholz/Langefeld* (Fn. 128), Art. 3 II Rn. 90.

<sup>135</sup> *Sachs*, Besondere Gleichheitsgarantien, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 8, 3. Aufl. (2010), § 182 Rn. 147.

<sup>136</sup> Ebd.

<sup>137</sup> BT-Drs. 12/6000, S. 50: »Es bestand [in der Gemeinsamen Verfassungskommission] Übereinstimmung darüber, dass [die Norm] eine Frauenförderung in Gestalt sogenannter starrer Quoten nicht gestattet.«

<sup>138</sup> So z. B. *Burmeister/Greve* (Fn. 18), ZG 2019, 154 (161); *Ipsen*, in: Ipsen (Hrsg.), Parteiengesetz, 2. Aufl. (2018), § 17 Rn. 24; von *Ungern-Sternberg* (Fn. 27), JZ 2019, 525 (532).

schiedlichkeiten und Unklarheiten geprägt.<sup>139</sup> Ein gesetzgeberischer Wille kann jedoch allenfalls<sup>140</sup> dort in die Auslegung einfließen, wo er bestimmt genug ist. Auch ist dem Grundgesetz nicht jedes gruppenorientiertes Denken fremd, denn die Gleichheitsrechte müssen Menschen, um überhaupt eine Ungleichbehandlung attestieren zu können, als Mitglied von Gruppen behandeln.<sup>141</sup> Die Mehrheitsmeinung in der Quotendiskussion will die Gleichheitsrechte so verstehen, wie sie unter Art. 3 II 2 GG gerade nicht verstanden werden sollen: als Differenzierungsverbote.<sup>142</sup> Weshalb eine Rechtsprechung, die sich auf Regelungen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst bezieht, ohne Weiteres auf Paritätsgesetze übertragen werden können sollte, bleibt ebenfalls unklar.<sup>143</sup> Schlussendlich zielt Parité ohnehin nicht auf Ergebnisgleichheit.<sup>144</sup> Es wird ersichtlich, dass der Gewährleistungsumfang des Gleichberechtigungsggebots nicht so eingengt ist, dass er Parité nicht rechtfertigen könnte.

## II. Zur Vernachlässigung der Gleichstellungsgebote der Länder

Auffällig ist eine Nachlässigkeit der Landesverfassungsgerichte im Umgang mit den Gleichstellungsgeboten in Art. 12 III 2 BbgVerf und Art. 2 II 2 ThürVerf. Dass der Thüringer Gerichtshof darin eine bloße Staatszielbestimmung sieht und dies ganz überwiegend mit den Gesetzesmaterialien begründet,<sup>145</sup> wird zu Recht kritisiert, denn bei gebotener Anwendung anderer, die Norm zeitgemäß betrachtender

<sup>139</sup> Schweizer, Der Gleichberechtigungssatz – neue Form, alter Inhalt? (1998), S. 72 ff.; Wrase/Klose, Gleichheit unter dem Grundgesetz, in: Foljanty/Lembke (Hrsg.), Feministische Rechtswissenschaft, 2. Aufl. (2012), S. 89 (99 f.).

<sup>140</sup> Vgl. Walz, Das Ziel der Auslegung und die Rangfolge der Auslegungskriterien, ZJS 2010, 482.

<sup>141</sup> Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. (1996), S. 415 f.

<sup>142</sup> Ebd., 416 f.

<sup>143</sup> Es gibt geradezu entgegengesetzte Ansichten darüber, was der Meinungsstand der etablierten Quotendebatte für die Diskussion um Parité bedeuten soll: Von Ungern-Sternberg (Fn. 27), JZ 2019, 525 (532) will »bei den für die Demokratie fundamentalen Wahlrechtsgrundsätzen doch ebenfalls den strengen Maßstab« anlegen. Meyer (Fn. 21), NVwZ 2019, 1245 (1246) hingegen relativiert, da es »nur« um einen möglichen Verstoß gegen grundrechtsgleiche Rechte« gehe und Parité den »Kernbereich der Staatsorganisation« betreffe.

<sup>144</sup> Vgl. Klafki (Fn. 21), DÖV 2020, 856 (861).

<sup>145</sup> ThürVerfGH, Urt. v. 15.7.2020 – 2/20, S. 37 ff.; vgl. BT-Drs. 12/6633, S. 6.

Auslegungsmodi gibt es zahlreiche überzeugende Argumente für ein anderes Normverständnis.<sup>146</sup> Inkonsequent ist, dass die Mehrheitsmeinung<sup>147</sup> das Gleichstellungsgebot zwar »auf derselben Rangstufe« mit der Freiheit und Gleichheit der Wahl verortet, dann aber, strenger als die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, »erhöhte Anforderungen an die Klarheit und Aussagekraft des Wortlautes« stellt.<sup>148</sup>

## III. Zwischenergebnis

Zur Rechtfertigung von Beeinträchtigungen der Wahlgrundsätze und Parteienrechte kommen neben dem Demokratieprinzip auch die Gleichberechtigungsbegriffungsweise Gleichstellungsgebote in Frage. Die Ablehnung starrer Quoten in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst lässt sich auf die Paritätsdebatte nicht übertragen.

## F. Ergebnis

Trotz der Entscheidungen zweier Landesverfassungsgerichte, in denen jüngst verabschiedete Paritätsgesetze als landesverfassungswidrig verworfen werden, bleibt die Diskussion um Paritätsgesetzgebung aktuell, belebt und für Studierende prüfungsrelevant.<sup>149</sup>

Paritätsgesetze sind, eine die kollidierenden verfassungsrechtlich geschützten Güter in einen angemessenen Ausgleich bringende verhältnismäßige Ausgestaltung im Einzelfall vorausgesetzt,<sup>150</sup> weder verfassungs- noch verfassungsidentitätswidrig. Zu denken ist an Stellschrauben wie die Höhe der Quote, Ausnahmetatbestände, Übergangsregelungen, zeitliche Geltungsbegrenzungen, die Art der Sanktion sowie Härtefallklauseln für Einzelfälle.

<sup>146</sup> ThürVerfGH, Urt. v. 15.7.2020 – 2/20, Sondervotum Licht/Petermann, S. 60 f.; Gersdorf, Das Paritätsurteil des Thüringer Verfassungsgerichtshofes springt doppelt zu kurz, DÖV 2020, 779 (780 ff.); Wersig/Fontana, Auf dem Weg zu Parität in deutschen Parlamenten, djBZ 2020, 86 (87).

<sup>147</sup> ThürVerfGH, Urt. v. 15.7.2020 – 2/20, S. 39 f., 41 f.

<sup>148</sup> Danker (Fn. 87), NVwZ 2020, 1250 (1252); ähnlich VfGBbg, Urt. v. 23.10.2020 – 9/19, Rn. 170; vgl. Hong, Parität und historische Auslegung (2020), <https://verfassungsblog.de/paritat-und-historische-auslegung>, zuletzt abgerufen am 17.1.2022.

<sup>149</sup> Der h. M. folgende Falllösung von Gröpl/Becker/Heck in JuS 2020, 961.

<sup>150</sup> Vgl. BVerfGE 156, 224 (112).

**StrafR Aufsatz**

Sabine Jülich\*

# Die Diskussion um die Risikoerhöhungslehre

Dieser Beitrag setzt sich mit der Problematik und Diskussion um die Risikoerhöhungslehre als eines der meist diskutierten Themen im Rahmen der strafrechtlichen Zurechnung auseinander. Dabei wird untersucht, welche Anforderungen an die strafrechtliche Zurechnung von Erfolgen zu stellen sind.

## A. Einleitung

Die Diskussion um die Risikoerhöhungslehre wird in Fällen geführt, in denen der Erfolg möglicherweise auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten des Täters eingetreten wäre.<sup>1</sup>

### I. Darstellung der Grundproblematik

Im Zentrum der Auseinandersetzung steht die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Erfolg dem Täter zurechenbar ist.<sup>2</sup>

Paradebeispiel ist der sogenannte Lastzugfall.<sup>3</sup> Ein Lastzugfahrer überholte einen Radfahrer, der, wie im Nachhinein festgestellt wurde, einen Blutalkoholwert von 1,96 Promille aufwies. Bei diesem Überholvorgang, bei dem der Abstand zwischen Fahrradfahrer und Lastzug nur 75 cm anstelle der vorgeschriebenen 100 bis 150 cm betrug, geriet der Radfahrer unter die Hinterreifen des Anhängers. Er verstarb noch vor Ort. Ob der Unfall auch bei ordnungsgemäßem Abstand eingetreten wäre, ließ sich nicht feststellen. Diese Möglichkeit bestand jedoch, da ein alkoholisierter und fahruntüchtiger Radfahrer den Lastzug nicht wahrgenommen haben könnte und infolge seiner Überraschung sowie eines Verreißens des Lenkers ebenso mit diesem hätte kollidieren können. Ein solches Verhalten ist für stark alkoholisierte Radfahrer laut Gutachten des Sachverständigen keinesfalls atypisch.

Im Rahmen der Prüfung einer Strafbarkeit des Lastzugführers nach § 222 StGB ist fraglich, wie sich die Möglichkeit des Erfolgeintritts bei hypothetischem sorgfaltsgemäßigem Alternativverhalten, also eine Ungewissheit bezüglich eines gedachten Kausalverlaufs, auf die strafrechtliche Beurteilung auswirkt. Ein Großteil der problematischen Fälle liegt im

\* Die Autorin hat an der Georg-August-Universität Göttingen ihre Schwerpunktbereichsprüfung absolviert und ist momentan Rechtsreferendarin im Landgerichtsbezirk Mönchengladbach. Der Beitrag wurde als Seminararbeit im Seminar zum Allgemeinen Teil des Strafrechts sowie zum Wirtschafts- und Steuerstrafrecht bei Prof. Dr. *Murmann* im Wintersemester 2020/2021 verfasst.

1 Andere Problemkreise, in denen die Risikoerhöhungslehre ebenfalls diskutiert wird, wie beispielsweise die Frage nach den Anforderungen, die an eine Beihilfehandlung zu stellen sind (*Frister*, StrafR AT, 9. Auflage (2020), Kap. 28 Rn. 32; *Murmann*, GK StrafR, 5. Auflage (2020), § 27 Rn. 122 ff.), werden im Rahmen dieser Arbeit nicht behandelt.

2 *Prittwitz*, Strafrecht und Risiko (1991), S. 327; BGHSt 11, 1 (3).

3 BGHSt 11, 1 ff.

Fahrlässigkeitsbereich, wenn ein pflichtgemäßes Alternativverhalten und die Schaffung eines erlaubten Risikos in Betracht kommt.<sup>4</sup> Der Begriff des erlaubten Risikos beschreibt Verhaltensweisen, die zwar Risiken schaffen, aber generell erlaubt sind, sodass diese bereits nicht tatbestandsmäßig sind.<sup>5</sup> Ein Beispiel dafür ist die Teilnahme am Straßenverkehr. Diese ist mit Risiken behaftet, aber unter Einhaltung der Regelungen der StVO erlaubt.

### II. Anknüpfungspunkt der Diskussion im Prüfungsaufbau

Der Kern der Problematik liegt darin, welche Voraussetzungen gegeben sein müssen, damit man von einem zurechenbaren Erfolg sprechen kann.<sup>6</sup> Insoweit ist eine Verortung der Problematik im Tatbestand anerkannt.<sup>7</sup> Weitgehende Einigkeit besteht auch darüber, dass es sich keinesfalls um ein Problem der Kausalität handelt.<sup>8</sup> Der Überholvorgang kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Erfolg entfiel, sodass derselbe nach der *conditio-sine-quanon-Formel*<sup>9</sup> der Äquivalenztheorie<sup>10</sup> zurechenbar ist.

Der Grundgedanke einer objektiven Zurechnung ist im Schrifttum weitgehend anerkannt,<sup>11</sup> sodass zu prüfen ist, ob der Täter eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat, die sich im tatbestandlichen Erfolg realisiert hat.<sup>12</sup> In den dargestellten Fällen ist fraglich, ob der Pflichtwidrigkeitszusammenhang gegeben ist.<sup>13</sup> Folglich geht es um die Frage, ob sich das rechtlich missbilligte Risiko beziehungsweise die objektive Sorgfaltswidrigkeit, von der

4 *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, 49. Auflage (2019), Rn. 304; *Magnus*, Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang im Strafrecht, JuS 2015, 402 (404).

5 *Kindhäuser*, Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit, GA 1994, 197 (223); *Roxin*, StrafR AT I, 4. Auflage (2006), § 11 Rn. 66 ff.

6 *Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht (1974), S. 74; *Ulsenheimer*, Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei Fahrlässigkeitsdelikten (1965), S. 147.

7 *Ebert/Kühl*, Kausalität und objektive Zurechnung, Jura 1979, 561 (562); *Burgstaller* (Fn. 6), 70 f.

8 *Burgstaller* (Fn. 6), S. 132; *Erb*, Rechtmäßiges Alternativverhalten (1990), S. 54; *Roxin*, Strafrechtliche Grundlagenprobleme (1973), S. 147; *Kaufmann*, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, FS-Eb-Schmidt (1961), 200 (207); anders *Spendel*, Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, in: FS Eb. Schmidt (1961), S. 183 (185 ff.).

9 *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 232; *Jescheck/Weigend*, StrafR AT, 5. Auflage (1996), S. 279; BGHSt 2, 20 (24).

10 *Roxin* (Fn. 5), § 11 Rn. 6; *Murmann* (Fn. 1), § 23 Rn. 6; *Ebert/Kühl* (Fn. 7), Jura 1979, 561 (563).

11 *Erb*, Die Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht, JuS 1994, 449 (453); *MüKoStGB/Freund*, Münchener Kommentar zum StGB, 1. Bd., 4. Auflage (2020), Vor. § 13 Rn. 350.

12 *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 261; *Frister* (Fn. 1), Kap. 10 Rn. 4.

13 *Ebert/Kühl* (Fn. 7), Jura 1979, 561 (565); *Murmann* (Fn. 1), § 23 Rn. 102.

man in rein nomineller Abweichung im Rahmen von Fahrlässigkeitsdelikten spricht,<sup>14</sup> im Erfolg verwirklicht hat.<sup>15</sup>

Kurz anzumerken ist, dass das Vorliegen des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs von der Rechtsprechung nur im Rahmen von Fahrlässigkeitsdelikten geprüft wird.<sup>16</sup> Bei Vorsatztaten nimmt die Rechtsprechung eine Korrektur auf Ebene des subjektiven Tatbestandes über die Figur der völlig atypischen Kausalverläufe vor.<sup>17</sup> Im Gegensatz dazu wird der Pflichtwidrigkeitszusammenhang von der Lehre im Rahmen der objektiven Zurechnung auch beim Tatbestand eines vorsätzlichen Erfolgsdelikts geprüft.<sup>18</sup> Insoweit ist festzuhalten, dass die Rechtsprechung die Prüfung dieses Zusammenhangs im Rahmen der Kausalitätsprüfung vornimmt, obgleich sie zwischen normativer und empirischer Kausalität differenziert.<sup>19</sup> Neben der Kausalität im naturwissenschaftlichen Sinne, berücksichtigt die Rechtsprechung also auch wertende Aspekte. Inhaltlich nimmt diese die gleichen Differenzierungen wie weite Teile der Lehre vor und auch die Argumentation deckt sich, sodass dies im Rahmen einer Fallbearbeitung ohne Auswirkung bleibt.<sup>20</sup> Im weiteren Verlauf der Arbeit wird von einer Trennung zwischen Kausalität und objektiver Zurechnung ausgegangen.

Neben dem Standort der Problemerkörterung ist zu klären, woran anzuknüpfen ist. Einerseits könnte die Begehung der Tat durch ein sorgfaltswidriges Verhalten, andererseits das Unterlassen der Erfüllung einer Sorgfaltspflicht in Frage kommen. Die Vorwerfbarkeit liegt in dem aktiven Überholen und dieses erfordert auch einen Energieeinsatz, sodass sowohl aufgrund des Schwerpunktes der Vorwerfbarkeit<sup>21</sup> als auch nach dem Energieaufwand<sup>22</sup> von einer Handlung auszugehen ist. Dies erscheint auch vor dem Hintergrund schlüssig, dass sonst Delikte, in deren Zusammenhang Sorgfaltspflichten missachtet wurden, immer in unechte Unterlassungsdelikte<sup>23</sup> im Sinne des § 13 StGB umzukonstruieren sind, »indem man den Handlungssinn stets auf den Sorgfaltsmangel verleg[t].«<sup>24</sup>

## B. Hauptteil

Fraglich ist mithin, wie sich die Möglichkeit eines Erfolgseintritts bei rechtmäßigem Alternativverhalten im Rahmen einer strafrechtlichen Beurteilung auswirkt.

### I. Risikoerhöhungslehre

Einen Ansatz zur Lösung stellt die Risikoerhöhungslehre dar.<sup>25</sup> Danach wird die äußerste Grenze des hinnehmbaren Risikos durch den Gesetzgeber nach einer Abwägung von Verkehrserfordernissen und individuellen Schutzbelangen gezogen.<sup>26</sup> In dem Radfahrerfall ist diese Grenze der Mindestabstand, der nach § 5 I 4 StVO einzuhalten ist. Bei Überschreitung der Grenze schaffe der Täter das Risiko, den Erfolg in der geschehenen Art herbeizuführen.<sup>27</sup> Ein bloß möglicher, aber nicht sicherer Erfolgseintritt bei rechtmäßigem Alternativverhalten dürfe eine Strafbarkeit nicht ausschließen. Dies ergebe sich aus dem Schutzzweck der Sorgfaltsnormen, da sonst dort, wo die größte Umsicht geboten ist, ein Verzicht auf Sorgfaltsnormen erfolge und man bei erlaubten Handlungen jegliche Sorgfalt außer Acht lassen könnte.<sup>28</sup>

Ein Erfolg ist laut Risikoerhöhungslehre schon dann zu rechnenbar, wenn der Täter das Risiko des Erfolgseintritts erhöht hat.<sup>29</sup> Eine Zurechnung scheidet aus, wenn es zu keiner Steigerung des Risikos kommt, also wenn der Erfolg bei ordnungsgemäßigem Alternativverhalten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ebenfalls eingetreten wäre.<sup>30</sup> Eine Risikoerhöhung bedeutet danach die Feststellung des erforderlichen Zusammenhangs.<sup>31</sup> Mithin sei ein Erfolg objektiv zurechenbar, wenn der Täter das Risiko über das erlaubte Maß hinaus erhöht hat.<sup>32</sup>

Fraglich ist, wie eine Steigerung des Risikos zu ermitteln ist. Zunächst sei zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen ein Verhalten pflichtgemäß gewesen wäre. Dieses sei dann mit dem tatsächlichen Verhalten des Täters zu vergleichen und zu ermitteln, ob diese Handlung im Vergleich zum hypothetischen Verhalten eine Risikoerhöhung darstellt.<sup>33</sup> Dabei handele es sich nicht um eine Frage hypothetischer Kausalverläufe, sondern um ein nach wissenschaftlichen

**14** *Murmann* (Fn. 1), § 23 Rn. 35; NK-StGB/*Puppe*, 5. Auflage 2017, Vor. §§ 13 Rn. 154.

**15** *Roxin* (Fn. 5), § 11 Rn. 49; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 304.

**16** BGHSt 11, 1 (7).

**17** *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 263; BGHSt 14, 193 (194).

**18** *Schünemann*, Über die objektive Zurechnung, GA 1999, 207 (219 f.); *Frister* (Fn. 1), Kap. 9 Rn. 4; *Frister* (Fn. 1), Kap. 11 Rn. 1; *Jescheck/Weigend* (Fn. 9), S. 584.

**19** BGHSt 11, 1 (7); BGHSt 49, 1 (3 f.).

**20** *Ulsenheimer/Gaede/Ulsenheimer/Gaede*, Arztstrafrecht in der Praxis, 6. Auflage (2021) Rn. 508; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 305.

**21** BGHSt 6, 46 (59); *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 1160.

**22** *Roxin*, Strafr AT II, 1. Auflage (2003), § 31 Rn. 77 f.; LK-StGB/*Weigend*, 13. Auflage (2020), § 13 Rn. 6.

**23** *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 1155; SK-StGB/*Stein*, 9. Auflage (2017), Vor. § 13 StGB Rn. 10.

**24** *Roxin* (Fn. 8), S. 155.

**25** *Roxin*, Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, ZStW 74 (1962), 411 (411 ff.); *Roxin*, Gedanken zur Problematik der Zurechnung, in: FS Honig (1970), S. 133 (133 ff.); *Roxin* (Fn. 5), § 11 Rn. 88 ff.

**26** *Roxin* (Fn. 25), ZStW 74 (1962), 411 (433); *Roxin* (Fn. 8), S. 171.

**27** *Roxin* (Fn. 25), ZStW 74 (1962), 411 (431 f.); *Schünemann* (Fn. 18), GA 1999, 207 (226).

**28** *Roxin* (Fn. 25), S. 133 (139); *Roxin* (Fn. 8), S. 131.

**29** *Roxin* (Fn. 25), S. 133 (138); *Roxin* (Fn. 8), S. 129.

**30** *Roxin* (Fn. 25), S. 133 (139); *Roxin* (Fn. 5), § 11 Rn. 88; *Roxin* (Fn. 8), S. 131; *Küper*, Überlegungen zum sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang, in: FS Lackner (1987), S. 247 (283).

**31** *Stratenwerth*, Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, in: FS Galas (1973), S. 227 (229).

**32** *Gimbernat*, Das rechtmäßige Alternativverhalten, GA 2018, 127 (127); *Roxin* (Fn. 8), S. 129.

**33** *Roxin* (Fn. 25), ZStW 74 (1962), 411 (431f); *Roxin* (Fn. 8), S. 169.

Maßstäben zu erörterndes Problem.<sup>34</sup> Tatsächlich vergleicht jedoch die Risikoerhöhungslehre eine wirkliche mit einer hypothetischen Situation, sodass sie des Rückgriffs auf einen gedachten Verlauf bedarf.<sup>35</sup>

Weiter ist der für die Bewertung maßgebliche Zeitpunkt zu ermitteln. Ob der Täter tatsächlich eine Gefahr geschaffen hat, ist *ex ante* zu beurteilen<sup>36</sup> und auch das rechtmäßige Alternativverhalten ist mittels einer *ex-ante*-Betrachtung nach einem objektiv-individualisierenden Sorgfaltsmaßstab zu bestimmen.<sup>37</sup> Fraglich ist jedoch der Zeitpunkt für die Beurteilung der Risikoerhöhung. Betrachtet man die Handlung des Täters *ex ante*, muss immer von einer Risikoerhöhung auszugehen sein, was die Risikoerhöhung als Kriterium untauglich werden ließe.<sup>38</sup> Bei einem sorgfaltswidrigen Überholvorgang ist eine Gefährdung über das erlaubte Risiko hinaus stets anzunehmen. Eine Beurteilung der Frage, ob sich die Gefahr im Erfolg realisiert hat, hat *ex post* zu erfolgen.<sup>39</sup>

Umstritten ist außerdem, in welchem Maße der Täter das Risiko erhöht haben muss. Einige Stimmen sprechen von überwiegender Wahrscheinlichkeit.<sup>40</sup> Im Gegensatz dazu stellt Roxin geringere Anforderungen und möchte eine mögliche Risikoerhöhung ausreichen lassen.<sup>41</sup> Eine abstrakte Gefahrschaffung kann nicht ausreichen, weil bei einem nicht sorgfaltsgemäßen Verhalten immer generelle Gefahren verursacht werden.<sup>42</sup> Somit müsste das Täterverhalten konkrete erfolgsbegünstigende Umstände geschaffen haben, die das Risiko im Einzelfall erhöht haben.<sup>43</sup> Insofern kann dem Standpunkt Roxins nicht zuzustimmen sein, da eine Prüfung bei einem bloßen Möglichkeitserfordernis stets positiv verlief und lediglich für den Fall, dass der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten eingetreten wäre, eine Risikosteigerung zu verneinen wäre. Nur eine tatsächliche Verschlechterung kann eine Verantwortung des Täters begründen, eine andere Auffassung bedeutete eine nach Art. 103 II GG unzulässige Beweislastumkehr.<sup>44</sup> Doch auch dem gegenüber erhöhte An-

forderungen verursachen Schwierigkeiten, da das Grundrisiko, von dessen Basis aus eine Risikoerhöhung zu bestimmen ist, nur schwerlich feststellbar ist.<sup>45</sup>

Es zeigt sich, dass die Feststellung einer Risikoerhöhung problematisch ist. Im Weiteren wird von einer erheblichen Gefahrsteigerung ausgegangen. Somit wäre der Tod des Radfahrers dem Lastzugführer zurechenbar.

## II. Darstellung anderer Ansichten

Die Risikoerhöhungslehre stellt lediglich einen Ansatz zur Lösung des Problems dar.

### 1. Vermeidbarkeitstheorie

Man könnte die von ihr aufgestellten Voraussetzungen als zu niedrig bewerten. Dann bedürfte es eines anders ausgestalteten Nachweises des Zusammenhangs zwischen Pflichtwidrigkeit der Handlung und Erfolg. Insofern gibt es zahlreiche Ansätze, die auf eine Grundannahme zusammengebracht werden können. Diese besteht darin, dass der Erfolg gerade auf der Sorgfaltswidrigkeit zu beruhen habe.<sup>46</sup>

Wäre ein Erfolg bei pflichtgemäßem Alternativverhalten eingetreten, beruhte er nicht auf der Pflichtwidrigkeit, sodass eine Zurechnung ausscheiden müsste.<sup>47</sup> Mithin soll die Vermeidbarkeit des Erfolgs eine Zurechnung legitimieren. Die Pflichtwidrigkeit müsste für den Erfolg also »kausal« geworden sein, sodass sich der Erfolg als Verwirklichung der gesetzten Gefahr darstellt.<sup>48</sup> Die Ursächlichkeit des Sorgfaltspflichtverstoßes dürfe nur dann angenommen werden, »wenn sicher ist, daß es bei verkehrsgerechtem Verhalten nicht zum Erfolg gekommen wäre.«<sup>49</sup> Zur Feststellung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs sei zu fragen, ob der Erfolg auch bei sorgfaltsgemäßen Alternativverhalten eingetreten wäre.<sup>50</sup> Schon die ernstzunehmende Möglichkeit eines Erfolgeintritts bei pflichtgemäßem Verhalten, führe zu einer Nichtzurechenbarkeit.<sup>51</sup> Wenn Unsicherheiten bezüglich dessen, ob sich die geschaffene Gefahr verwirklicht hat, bestehen, müsse der Zweifelsatz *in dubio pro reo* greifen.<sup>52</sup>

Die Vermeidbarkeitstheorie begründet das Erfordernis dieser Ausgestaltung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs

(236).

<sup>45</sup> Krümpelmann, Zur Kritik der Lehre vom Risikovergleich, GA 1984, 491 (506 f.); Koriath, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung (1993), S. 491; LK-StGB/Vogel/Bülte (Fn. 22), § 15 Rn. 194.

<sup>46</sup> BGHSt 11, 1 (7); Magnus (Fn. 4), JuS 2015, 402 (402).

<sup>47</sup> Frisch, Objektive Zurechnung, JuS 2011, 205 (207); Ebert/Kühl (Fn. 7), Jura 1979, 561 (571).

<sup>48</sup> Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster (Fn. 36), § 15 Rn. 173; Frister (Fn. 1), Kap. 10 Rn. 34; Ulsenheimer (Fn. 6), S. 148; Schlüchter, Grundfälle zur Lehre der Kausalität, JuS 1977, 104 (104).

<sup>49</sup> BGHSt 11, 1 (1).

<sup>50</sup> Magnus (Fn. 4), JuS 2015, 402; Ebert/Kühl (Fn. 7), Jura 1979, 561 (571).

<sup>51</sup> Burgstaller (Fn. 6), S. 133.

<sup>52</sup> Ebert/Kühl (Fn. 7), Jura 1979, 561 (572); Schatz, Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang, NSTZ 2003, 581 (583).

<sup>34</sup> Roxin (Fn. 5), § 11 Rn. 99; Roxin (Fn. 25), ZStW 74 (1962), 411 (433).

<sup>35</sup> Toepel, Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt (1992), S. 150; Puppe, Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung, JuS 1982, 660 (664); Kahlo, Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei den unechten Unterlassungsdelikten (1988), S. 112.

<sup>36</sup> Schönke/Schröder/Eisele, 30. Auflage (2019), Vor § 13 Rn. 92a.

<sup>37</sup> Murmann (Fn. 1), § 23 Rn. 37 ff.; Kahlo (Fn. 35), 113.

<sup>38</sup> Ulsenheimer (Fn. 6), S. 134; Ulsenheimer, Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen, JZ 1969, 364 (366 f.); Schönemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik, JA 1975, 647 (649); Burgstaller (Fn. 6), S. 142.

<sup>39</sup> Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten (1988), S. 519 f.

<sup>40</sup> Kaufmann, Kritisches zur Risikoerhöhungslehre, in: FS Jescheck (1985), S. 273 (281).

<sup>41</sup> Roxin (Fn. 5), § 11 Rn. 96; Roxin, Literaturbericht Allgemeiner Teil zu Ulsenheimer, ZStW 78 (1966), 214 (219 Fn. 7).

<sup>42</sup> Toepel (Fn. 35), S. 146; Ulsenheimer (Fn. 6), S. 134 f.; Ulsenheimer (Fn. 38), JZ 1969, 364 (366 f.).

<sup>43</sup> Schönemann (Fn. 38), JA 1975, 647 (650); Burgstaller (Fn. 6), S. 142 f.; Stratenweth (Fn. 31), S. 227 (228 f.); Otto, Grundlagen der strafrechtlichen Haftung, in: GS Schlüchter (2002), S. 77 (88, 96); Kahlo (Fn. 35), S. 142 f.

<sup>44</sup> Ulsenheimer (Fn. 38), JZ 1969, 364 (367); Stratenwerth (Fn. 31), S. 227

damit, dass der Schutzzweck einer Sorgfaltsnorm nur dann erfüllt sei, wenn sich nachweisen lässt, dass die Einhaltung dieser den Erfolg im Einzelfall verhindert hätte.<sup>53</sup> Zweck der Erfolgsnormen sei es, Verletzungen vorzubeugen, also Erfolge zu verhindern.<sup>54</sup> Das Sorgfaltsgebot müsse seinen Zweck erfüllen können, damit es zu einer Zurechnung kommen könnte.<sup>55</sup> Bei Zweifeln, ob sich nicht ausschließlich das missbilligte Risiko des Fehlverhaltens, sondern auch ein bei rechtmäßigem Alternativverhalten bestehendes Risiko realisiert hat, entfele der Zurechnungszusammenhang.<sup>56</sup> Die Vermeidbarkeit des Erfolgs kann als das wesentliche Zurechnungskriterium verstanden werden.

Bezogen auf den Beispielfall bedeutete dies, dass eine Zurechnung nicht erfolgen kann. Es steht nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit fest, dass sich nur die vom Täter geschaffene Gefahr im Erfolg realisiert hat.

## 2. Kausalitätstheorie

Eine weitere Möglichkeit bestünde darin, einen spezifischen Pflichtwidrigkeitszusammenhang gar nicht erst für erforderlich zu erklären. Es käme auch zu einer Zurechnung des Erfolgs, wenn mit Sicherheit feststeht, dass dieser bei pflichtgemäßem Alternativverhalten eingetreten wäre.<sup>57</sup> Ein Kausalitätsnachweis im Sinne der *conditio-sine-qua-non*-Formel wäre mithin ausreichend.

Der Tod des Radfahrers wäre dem Lastzugführer danach zurechenbar.

## III. Diskussion der verschiedenen Positionen

Fraglich ist, welcher der Ansätze vorzuziehen ist.

### 1. Kriminalpolitische Überlegungen

Für die Risikoerhöhungslehre und die Kausalitätstheorie sprechen kriminalpolitische Erwägungen. Die Vermeidbarkeitstheorie führe wegen des praktisch kaum erfüllbaren Erfordernisses, dass die Möglichkeit zur Erfolgsverursachung durch pflichtgemäßes Alternativverhalten nicht ernstlich in Betracht kommen darf, zu Strafflosigkeiten und Strafbarkeitslücken.<sup>58</sup> Bei der Vermeidbarkeitstheorie bestünde »die Wahl zwischen einem theoretisch oder einem praktisch unhaltbaren Ergebnis«. <sup>59</sup> Dies sei damit zu begründen, dass bei Unsicherheiten entweder *in dubio pro reo* entschieden werden

müsste oder andererseits eine Beweislastumkehr zulasten des Angeklagten, wie sie das Reichsgericht im Novokain-Fall vorgenommen hat, erfolgen müsste.<sup>60</sup> Dieses kam in einem Fall, in dem ein Arzt versehentlich Kokain anstelle von Novokain verabreicht hatte, zu dem Schluss, dass eine Strafbarkeit erst auszuschließen sei, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststünde, dass der Erfolg auch bei pflichtgemäßem Alternativverhalten eingetreten wäre.<sup>61</sup> Diese Lösung ist in Hinblick auf Art. 103 II GG abzulehnen, da man sonst *in dubio contra reum* argumentierte.<sup>62</sup> Somit entstünden nicht hinnehmbare Strafbarkeitslücken.

Im Gegensatz dazu schwächt die Risikoerhöhungslehre das Erfordernis des Zurechnungszusammenhangs zur Stärkung des Rechtsgüterschutzes ab.<sup>63</sup> Dieser Standpunkt wird durch Aspekte des Opferschutzes weiter untermauert, da Sorgfaltpflichten auch dort greifen müssten, wo unsicher ist, ob sie überhaupt geeignet sind, die Gefahr für das Rechtsgut zu minimieren.<sup>64</sup> Nur so soll ein umfassender Rechtsgüterschutz zu gewährleisten sein. Auf Grundlage dieser Argumentation kann man die Risikoerhöhungslehre mitunter als unentbehrlich sehen, da sich kriminalpolitische Belange anders nicht befriedigen ließen.<sup>65</sup>

Dem gegenüber lässt sich einwenden, dass der Gesetzgeber keinesfalls auf die Einhaltung vorgeschriebener Sorgfaltpflichten verzichtet, da den Täter die sich aus der Sorgfaltsnorm ergebenden Sanktionen treffen.<sup>66</sup> Im Lastzugfall haftet der Fahrer nach §§ 1, 49 StVO. Die Frage nach der Zurechenbarkeit eines Erfolgs zur Begründung einer Strafbarkeit ist jedoch davon zu trennen.<sup>67</sup> Darüber hinaus muss man bedenken, dass jenes Verständnis der anderen Ansätzen zu einer enormen Ausweitung von Strafbarkeiten führt.<sup>68</sup> Eine solche ist angesichts dessen, dass das Strafrecht *ultima ratio*<sup>69</sup> zu sein hat, kritisch zu sehen. Insbesondere die Kausalitätstheorie führt zu einer extensiven Ausweitung, da sie auf weitere Zurechnungskriterien gänzlich verzichtet. Nur im direkten Vergleich dazu könnte man die Risikoerhöhungslehre als strafbarkeitseinschränkend verstehen.<sup>70</sup> Wenn man die Kausalität nicht als ausreichendes Kriterium der Zurechnung begreift, präsentiert sich die Risikoerhöhungslehre

<sup>53</sup> NK-StGB/Puppe (Fn. 14), Vor §§ 13 ff. Rn. 201; Ebert/Kühl (Fn.7), Jura 1979, 561 (571).

<sup>54</sup> Fincke, Arzneimittelprüfung (1977), S. 58; Ebert/Kühl (Fn.7), Jura 1979, 561 (572); Samson, Hypothetische Kausalverläufe (1972), S. 97 ff.

<sup>55</sup> Schlüchter, Zusammenhang Pflichtwidrigkeit und Erfolg, JA 1984, 673 (680); Ulsenheimer (Fn. 38), JZ 1969, 364 (368.)

<sup>56</sup> Frisch (Fn. 47), JuS 2011, 205 (207).

<sup>57</sup> Spindel *Conditio-sine-qua-non*-Gedanke, JuS 1964, 14 (18 f.); Spindel (Fn. 8), S. 183 (194 ff.).

<sup>58</sup> Rudolphi, Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm, JuS 1969, 549 (554); Roxin (Fn. 8), S. 159.

<sup>59</sup> Roxin (Fn. 8), S. 161.

<sup>60</sup> Roxin (Fn. 8), 160; Roxin (Fn. 25), ZStW 74 (1962), 411 (423).

<sup>61</sup> Unveröffentl. Entscheidung des RG v. 15.10.1926; mitgeteilt bei Exner, Frank-Festausgabe I, S. 587 f.

<sup>62</sup> Roxin (Fn. 8), S. 160 f.; Roxin (Fn. 25), ZStW 74 (1962), 411 (423 f.).

<sup>63</sup> Matt/Renzikowski/Gaede, StGB, 2. Auflage (2020) § 15 Rn. 57.

<sup>64</sup> Roxin (Fn. 5), § 11 Rn. 91; Magnus (Fn. 4), JuS 2015, 402 (406).

<sup>65</sup> Schünemann, GA 1985, 341 (356); Schünemann (Fn. 38), JA 1975, 647 (649).

<sup>66</sup> LK-StGB/Vogel/Bülte (Fn. 22), § 15 Rn. 191.

<sup>67</sup> Frisch (Fn. 39), S. 541.

<sup>68</sup> Kaufmann (Fn. 40), S. 273 (275 f.); Prittwitz (Fn. 2), S. 350.

<sup>69</sup> Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 4), Rn. 15; NK-StGB/Hassemer/Neumann (Fn. 14), Vor. § 1 Rn. 72.

<sup>70</sup> Schünemann (Fn. 65), GA 1985, 341 (355); Puppe, Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg, ZStW 99 (1987), 595 (604); Schaffstein, Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip, in: FS Honig (1970), S. 169 (170).

im direkten Vergleich mit der Vermeidbarkeitstheorie als strafbarkeitsausweitend.<sup>71</sup>

## 2. Erforderlichkeit des Nachweises des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs

Im Gegensatz zur Kausalitätstheorie gehen die anderen dargestellten Ansichten davon aus, dass zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg ein Zusammenhang bestehen müsse.<sup>72</sup> Zunächst zur Terminologie: Dieser Zusammenhang wird von der Rechtsprechung Kausalität der Sorgfaltswidrigkeit<sup>73</sup> genannt und in der Lehre als Pflichtwidrigkeits-<sup>74</sup> oder auch Rechtswidrigkeitszusammenhang<sup>75</sup> bezeichnet. Ungeachtet dieser nominellen Differenzen ist zumindest bezüglich der Fahrlässigkeitsdelikte anerkannt, dass die Tatbestandsverwirklichung gerade auf der objektiven Sorgfaltswidrigkeit beruhen muss.<sup>76</sup> Anknüpfungspunkt zur Feststellung des Zusammenhangs ist die Sorgfaltsnorm.<sup>77</sup>

Da dieses Merkmal insbesondere im Rahmen von Fahrlässigkeitsstrafbarkeiten eine wichtige Rolle spielt,<sup>78</sup> ist zunächst auf den Wortlaut fahrlässiger Erfolgsdelikte hinzuweisen. Die Gesetzesformulierung »durch Fahrlässigkeit«, die man bei den §§ 222, 229 StGB wiederfindet, lässt darauf schließen, dass ein spezifischer Zusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg zu fordern ist.<sup>79</sup> Eine schlichte Erfolgshaftung nach dem Prinzip des *versari in re illicita* ist abzulehnen, da eine fahrlässige Verursachung eines tatbestandlichen Erfolgs nicht der Addition von Fahrlässigkeit und Erfolg entspricht.<sup>80</sup> Nach diesem Prinzip sind dem Täter alle Folgen *eo ipso* zuzurechnen, sodass es sich um eine Zufallshaftung handelt, die mit dem modernen Schuldstrafrecht nicht zu vereinbaren ist.<sup>81</sup>

Ein Zusammenhang ist zudem aus Gründen der Fairness und Gerechtigkeit zu fordern, da einem Täter nicht zugemutet werden kann, für einen Erfolg eintreten zu müssen, den er auch bei Anwendung der ordnungsgemäßen Sorgfalt nicht vermeiden konnte.<sup>82</sup> Würde man den Pflichtwidrigkeitskonnex für überflüssig halten, leugnete man, dass eine

gewisse Risikoerhöhung durch das Recht erlaubt ist.<sup>83</sup> Der Überholvorgang anderer Teilnehmer des Straßenverkehrs ist nicht schlechthin untersagt, sondern unter Einhaltung der in § 5 StVO kodifizierten Auflagen erlaubt. Gefährliche Verhaltensweisen sind unter der Voraussetzung gestattet, dass die in der Rechtsordnung fixierten Sicherheitsbestimmungen eingehalten werden. Vorbedingung einer Strafbarkeit ist damit, dass die Abwendung des Erfolgs durch Einhaltung der Sorgfaltspflichten möglich war.<sup>84</sup> Es kann nicht irrelevant sein, dass die Norm im konkreten Fall nicht zur Erfolgsabwendung geeignet war, sonst stünde eine Erfolgsgzurechnung im Widerspruch zur Schutzfunktion der Norm.<sup>85</sup> Noch deutlicher wird die Unhaltbarkeit eines anderen Standpunktes, wenn man bedenkt, dass selbst dann eine Strafbarkeit anzunehmen wäre, wenn der Täter die Gefahr vermindert hat.<sup>86</sup>

Unterstützt wird dies von straftheoretischen Erwägungen, da es für die Allgemeinheit andernfalls nicht nachvollziehbar wäre, warum der Täter zu bestrafen sei.<sup>87</sup> Die Strafzwecke der positiven und negativen Generalprävention, also das Normbewusstsein der Allgemeinheit zu stärken<sup>88</sup> und vor der Begehung von Straftaten abzuschrecken,<sup>89</sup> liefern bei einer Verurteilung des Täters leer.<sup>90</sup> Das Vertrauen in die Rechtsordnung würde gemeinsam mit der Legitimationsbasis der Strafe in Frage gestellt werden.<sup>91</sup> Somit muss eine Verantwortung des Täters für den geschaffenen Erfolg dann entfallen, wenn er diesen auch bei Einhaltung der Sorgfaltspflichten verursacht hätte. Die Rechtsordnung kann nichts Unmögliches verlangen.<sup>92</sup>

Erachtet man den Pflichtwidrigkeitszusammenhang nun aber als zwingend erforderlich, stellt sich die Frage, welches Element des Unrechts bei seiner Verneinung entfällt. Dies ist relevant, weil insoweit zwischen Handlungs-<sup>93</sup> und Erfolgswert<sup>94</sup> zu differenzieren ist. Der Handlungsunwert erschöpft sich in der rechtlich missbilligten Gefahrschaffung.<sup>95</sup> Durch den Erfolgswert der Tat wird festgestellt, dass sich die geschaffene Gefahr im Erfolg realisiert hat.<sup>96</sup> Die Sorgfaltswidrigkeit des Verhaltens des Täters steht fest.<sup>97</sup> Ein Überholvorgang, bei dem der Mindestabstand nicht eingehalten wird, ist objektiv sorgfaltswidrig. Das Handlungs-

<sup>71</sup> Prittwitz (Fn. 2), S. 330 f.; Burgstaller (Fn. 6), S. 143.

<sup>72</sup> Burgstaller (Fn. 6), S. 70; BGHSt 11, 1 (7).

<sup>73</sup> BGHSt 11, 1 (7); 33, 61 (64).

<sup>74</sup> Küper (Fn. 30), S. 247 (249); Magnus (Fn. 4), JuS 2015, 402 (402); Toepel (Fn. 35), S. 100.

<sup>75</sup> Samson (Fn. 54), S. 34; Erb (Fn. 8), S. 70; Preuß, Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht (1973), S. 29.

<sup>76</sup> Schatz (Fn. 52), NSTz 2003, 581 (583).

<sup>77</sup> Burgstaller (Fn. 6), S. 76.

<sup>78</sup> Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 4), Rn. 304; Magnus (Fn. 4), JuS 2015, 402 (404).

<sup>79</sup> Roxin (Fn. 25), ZStW 74 (1962), 411 (431); Ulsenheimer (Fn. 38), JZ 1969, 364 (367); Ulsenheimer (Fn. 6), S. 144; Ulsenheimer/Gaede/Ulsenheimer/Gaede (Fn. 20), Rn. 509.

<sup>80</sup> Roxin (Fn. 25), ZStW 74 (1962), 411 (431); Roxin (Fn. 25), S. 133 (139 f.); Ulsenheimer (Fn. 6), S. 144.

<sup>81</sup> Ulsenheimer (Fn. 38), JZ 1969, 367 (367); BGHSt 11, 1 (6 f.).

<sup>82</sup> Magnus (Fn. 4), JuS 2015, 402 (406); Toepel (Fn. 35), S. 50; Lampe, Das personale Unrecht (1967), S. 222.

<sup>83</sup> Roxin (Fn. 41), ZStW 78 (1966), 214 (217 Fn. 5); Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten (1979), 334.

<sup>84</sup> Ulsenheimer (Fn. 38), JZ 1969, 364 (367).

<sup>85</sup> Burgstaller (Fn. 6), S. 138.

<sup>86</sup> Schünemann (Fn. 38), JA 1975, 647 (648); Wolter (Fn. 83), S. 334.

<sup>87</sup> Magnus (Fn. 4), JuS 2015, 402 (406).

<sup>88</sup> Murmann (Fn. 1), § 8 Rn. 36; MüKoStGB/Radtke, (Fn. 11), Vor. § 38 Rn. 35.

<sup>89</sup> Roxin (Fn. 5), § 3 Rn. 25; BVerfGE 45, 187 (255).

<sup>90</sup> Magnus (Fn. 4), JuS 2015, 402 (406); Frisch (Fn. 39), S. 517 f.

<sup>91</sup> Frisch (Fn. 39), S. 516 f.; Magnus (Fn. 4), JuS 2015, 402 (406).

<sup>92</sup> Magnus (Fn. 4), JuS 2015, 402 (405); Otto (Fn. 43), S. 77 (89).

<sup>93</sup> Hohn, Grundwissen – Strafrecht: Handlungs- und Erfolgswert, JuS 2008, 494 (495); NK-StGB/Paeffgen/Zabel (Fn. 14), Vor. §§ 32 ff. Rn. 51.

<sup>94</sup> Hohn (Fn. 93), JuS 2008, 494 (495); Roxin (Fn. 5), § 10 Rn. 88.

<sup>95</sup> Murmann (Fn. 1), § 23 Rn. 29; Ulsenheimer (Fn. 6), S. 122.

<sup>96</sup> Murmann (Fn. 1), § 23 Rn. 30; Frister (Fn. 1), Kap. 8 Rn. 14.

<sup>97</sup> Burgstaller (Fn. 6), S. 131.

unrecht liegt folglich vor, da Sorgfaltsnormen ihre Wirkung nicht durch die Nutzlosigkeit im Einzelfall verlieren. Solche sind generell zur Gefahrverhinderung geeignet.<sup>98</sup> Bei Negation des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs liegt vielmehr kein zurechenbarer Erfolgswert vor, da nicht feststellbar ist, dass der Erfolg gerade die realisierte Pflichtwidrigkeit des Täters darstellt.<sup>99</sup> Wäre also sicher, dass der Radfahrer auch bei Einhaltung des erforderlichen Abstandes infolge einer Erfassung durch den Lastzug verstorben wäre, hätte sich nur das erlaubte Risiko eines Überholvorgangs verwirklicht. Im Rahmen der strafrechtlichen Beurteilung eines Vorsatzdeliktes prüft man sodann im Anschluss eine Versuchsstrafbarkeit, da der objektive Tatbestand mangels zu-rechenbarem Erfolgswert nicht vollständig erfüllt wäre.<sup>100</sup> Im Gegensatz dazu ist der fahrlässige Versuch infolge seiner Tatbestandslosigkeit straflos.<sup>101</sup>

Erst durch das Merkmal des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs lässt sich feststellen, ob sich Unrecht oder nur Unglück verwirklicht hat.<sup>102</sup> In dem konkreten Fall lässt sich nicht sicher feststellen, dass sich die Gefährlichkeit der Handlung des Täters im Erfolg niedergeschlagen hat, sodass fraglich ist, ob der Erfolgswert gegeben ist.

Wie der erforderliche Zusammenhang im Einzelnen ausgestaltet sein soll und an welche Voraussetzungen er geknüpft sein soll, wird kontrovers diskutiert. Ein vollständiger Verzicht auf das Erfordernis des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs, wie ihn die Kausalitätstheorie fordert, ist jedoch abzulehnen. Es kann festgestellt werden, dass die tatsächliche Kausalität zwar notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung der Zurechenbarkeit eines Erfolgs ist.<sup>103</sup>

### 3. Berücksichtigung hypothetischer Kausalverläufe

Es stellt sich weiter die Frage, ob hypothetische Ursachen und Verläufe im Rahmen des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs Berücksichtigung finden dürfen. Verneinte man dies im Rahmen der objektiven Zurechnung genauso wie man es grundsätzlich bei der Kausalität<sup>104</sup> handhabt, würde sich die weitere Debatte erübrigen. Die Prüfungsoperatoren der Vermeidbarkeitstheorie und der Risikoerhöhungslehre wären unzulässig. Sowohl nach der Vermeidbarkeits- als auch nach der Risikoerhöhungstheorie ist eine hypothetische Betrachtung maßgeblich.<sup>105</sup> Die objektive Zurechnung ist jedoch, als normatives Tatbestandsmerkmal, strikt von der naturgesetzlichen, tatsächlichen Kausalität zu trennen.<sup>106</sup>

Für diese wesensverschiedenen Merkmale können nicht dieselben Regeln greifen. Da der objektiven Zurechnung eine wertende Aufgabe zukommt, muss Raum für gewisse hypothetische Erwägungen sein, die zu Vergleichszwecken herangezogen werden. Man versucht gerade nicht hypothetische Ursächlichkeiten für eine Zurechnung eines Erfolgs ausreichen zu lassen, sondern bedient sich nur eines Vergleichs, um zu bewerten, ob der Erfolg dem Täter zurechenbar ist.<sup>107</sup>

Die Hypothese ist ausschließlich auf die Frage beschränkt, ob der tatbestandliche Erfolg auch bei sorgfältigem Verhalten des Täters eingetreten wäre, beziehungsweise ob bei einem Vergleich mit dem sorgfältigen Verhalten eine Risikosteigerung anzunehmen ist.<sup>108</sup> Dabei ist der Pflichtverstoß relevant, der als unmittelbare Schadensursache in Betracht kommt, sodass Reserveursachen unberücksichtigt bleiben.<sup>109</sup> In dem Beispielfall ist mithin nur die Pflichtwidrigkeit des zu geringen Abstandes zu ersetzen.

### 4. *In dubio pro reo*

Vielfach wird gegen die Risikoerhöhungslehre vorgebracht, dass sie gegen den *in-dubio-pro-reo*-Grundsatz verstoße.<sup>110</sup> Nach diesem scheidet eine Verurteilung aus, wenn Zweifel im Hinblick auf strafbarkeitsbegründende Voraussetzungen bestehen.<sup>111</sup> Solche dürfen im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung nach § 261 StPO niemals zu Lasten des Angeklagten, sondern nur zu seinen Gunsten berücksichtigt werden.<sup>112</sup> Dies ist ein prozessualer Grundsatz. Insoweit ist zwischen der materiellrechtlichen und formalrechtlichen Ebene zu trennen.<sup>113</sup> Art und Wesen einer materiellen Voraussetzung sind nicht mit einem Hinweis auf einen Prozessgrundsatz in Frage zu stellen.<sup>114</sup> Materiell ist zunächst zu bestimmen, an welche Voraussetzungen eine Strafbarkeit zu knüpfen ist. Genau hier liegt der Kern der dargestellten Diskussion.

Generell erwidern die Anhänger der Risikoerhöhungslehre, dass in dem schlechthin nicht aufklärbaren Bereich hypothetischer Kausalverläufe stets nur anhand von Wahrscheinlichkeiten zu operieren sei, weshalb der Zweifelsatz gar nicht zur Anwendung kommen könne.<sup>115</sup> Dagegen wird argumentiert, dass es um das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals – des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs – ginge und bezüglich solcher greife der *in-dubio-pro-reo*-Grundsatz.<sup>116</sup> Der hypothetische Kausalverlauf wird nur

<sup>98</sup> Küper (Fn. 30), S. 247 (264).

<sup>99</sup> Küper (Fn. 30), S. 247 (265 f.); Wolter (Fn. 83), S. 334.

<sup>100</sup> Roxin (Fn. 5), § 10 Rn. 88; Ebert/Kühl (Fn. 7), Jura 1979, 561 (562); Schönke/Schröder/Eisele (Fn. 36), Vor. §§ 13 ff. Rn. 99.

<sup>101</sup> Küper (Fn. 30), S. 247 (265); Kaufmann (Fn. 8), S. 200 (230).

<sup>102</sup> Murmann (Fn. 1), § 23 Rn. 30; Ebert/Kühl (Fn. 7), Jura 1979, 561 (562).

<sup>103</sup> Frisch (Fn. 39), S. 524 f.; Ebert/Kühl (Fn. 7), Jura 1979, 561 (562).

<sup>104</sup> RGSt 19, 141 (145); BGHSt 2, 20 (24); MüKoStGB/Freund (Fn. 11), Vor. § 13 Rn. 336; Ebert/Kühl (Fn. 7), Jura 1979, 561 (563).

<sup>105</sup> Erb (Fn. 11), JuS 1994, 449 (455); Puppe (Fn. 35), JuS 1982, 660 (664).

<sup>106</sup> Erb (Fn. 8), S. 54; Magnus (Fn. 4), JuS 2015, 402 (402); Ebert/Kühl (Fn. 7), Jura 1979, 561 (569); MüKoStGB/Duttge (Fn. 11), § 15 Rn. 164.

<sup>107</sup> Ulsenheimer (Fn. 6), S. 148; Roxin (Fn. 5), § 11 Rn. 99.

<sup>108</sup> MüKoStGB/Duttge (Fn. 11), § 15 Rn. 169; Roxin (Fn. 25), ZStW 74 (1962), 411 (435).

<sup>109</sup> Burgstaller (Fn. 6), S. 130 Fn. 3; BGHSt 49, 1 (4).

<sup>110</sup> Samson (Fn. 54), S. 47; Ulsenheimer (Fn. 38), JZ 1969, 364 (367).

<sup>111</sup> Frister (Fn. 1), Kap. 3 Rn. 35; Murmann (Fn. 1), § 31 Rn. 73.

<sup>112</sup> Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 4), Rn. 1298; BGH NStZ 2005, 85 (86).

<sup>113</sup> Kaufmann (Fn. 40), S. 273 (281 f.); Schünemann (Fn. 38), JA 1975, 647 (652); Erb (Fn. 8), S. 103 f.

<sup>114</sup> Burgstaller (Fn. 6), S. 144.

<sup>115</sup> Stratenwert (Fn. 31), S. 227 (232f.); Roxin (Fn. 8), S. 171; Puppe, Brauchen wir eine Risikoerhöhungslehre?, FS Roxin, S. 287 (302).

<sup>116</sup> Ulsenheimer/Gaede/Ulsenheimer/Gaede (Fn. 20), Rn. 515; BGHSt 11, 1 (3).

zu Vergleichszwecken heran gezogen. Zweifel bestehen in Bezug darauf, ob sich die vom Täter geschaffene Gefahr tatsächlich realisiert hat.

Weiterhin wenden die Vertreter der Risikoerhöhungslehre ein, dass ein Risiko nicht in einen erlaubten und einen unerlaubten Teil aufspaltbar sei.<sup>117</sup> Somit könne keine getrennte Gefahrverwirklichung für diese ermittelt werden. Der Täter schaffe ein insgesamt verbotenes Risiko. Dieses verwirkliche sich bei Erfolgseintritt.<sup>118</sup> Die unerlaubte Gefahr hat sich unzweifelhaft mitverwirklicht.<sup>119</sup> Die Frage, ob bei einem solchen pflichtgemäßen Alternativverhalten der Erfolg ebenfalls eingetreten wäre, müsste nicht beantwortet werden. Zweifel darüber könnten mithin zu keiner Anwendung des Zweifelssatzes führen.<sup>120</sup> Der Grund für die Unspaltbarkeit liege im Schutzzweck der Sorgfaltsnorm, sonst erfolge nämlich dort, wo größtmögliche Sorgfalt geboten sei, ein Verzicht auf die Geltung der Sorgfaltsnorm.<sup>121</sup> Dagegen spricht, dass der Gesetzgeber in solchen Fällen keinesfalls auf die Anwendung der Sorgfaltspflichten verzichtet, da solche unabhängig davon greifen, ob sie im Einzelfall eine effektive Maßnahme zum Rechtsgüterschutz darstellen. Sie sind generell geeignet Gefahren zu reduzieren, sodass deren »prinzipielle Zwecktauglichkeit durch ihre Nutzlosigkeit im Einzelfall nicht widerlegt werden kann.«<sup>122</sup> Allerdings ist der Risikoerhöhungslehre insoweit zuzustimmen, dass, wenn eine Steigerung der Gefahr für das Rechtsgut als Zurechnungskriterium ausreichen soll, lediglich feststehen muss, dass der Täter eine solche herbeigeführt hat. Nur wenn unsicher ist, ob eine Steigerung des Risikos vorliegt, müsste der prozessrechtliche Grundsatz *in dubio pro reo* greifen und eine Verurteilung des Angeklagten wäre ausgeschlossen.<sup>123</sup>

An dieser Stelle spaltet sich die Risikoerhöhungslehre. Grundsätzlich kann man davon ausgehen, dass für den Radfahrer ein höheres Risiko besteht, wenn der Abstand nur 75 cm anstelle von 150 cm beträgt.<sup>124</sup> Die Besonderheit in dem Beispielfall liegt jedoch in der starken Angetrunkenheit des Radfahrers. Diese führt dazu, dass nicht mehr ohne Weiteres von einer Risikosteigerung auszugehen ist. Während einige Vertreter bei Zweifeln bezüglich dieser Tatsachen *in dubio pro reo* entscheiden wollen,<sup>125</sup> plädieren andere dagegen, da die Rechtsordnung keine Veranlassung sehe, auch nur solche Verhaltensweisen zu tolerieren, die möglicherweise das er-

laubte Risiko überschreiten<sup>126</sup>. Es sei daran erinnert, dass Roxin insoweit auch eine mögliche Risikosteigerung zur Zurechnung ausreichen lässt.<sup>127</sup> Das entscheidende kriminalpolitische Motiv dieser Lehre, Strafbarkeitslücken zugunsten eines extensiven Rechtsgüterschutzes zu vermeiden, kommt zum Tragen.

An dieser Stelle ist jedoch zu betonen, dass es sich bei der Risikoerhöhung um ein unrechtskonstitutives Merkmal handelt, sodass bei Zweifeln hinsichtlich der materiellen Voraussetzungen im konkreten Fall der Grundsatz *in dubio pro reo* greifen muss.<sup>128</sup> Alles andere liefe auf eine rechtliche Bewertung *in dubio contra reum* hinaus. Es zeigt sich somit, dass der Einwand, es gäbe nur bei der Vermeidbarkeitstheorie Beweisschwierigkeiten,<sup>129</sup> unhaltbar ist. Wenn es also um das Vorliegen der von der Lehre selbst aufgestellten Voraussetzungen geht, ist *in dubio pro reo* zu entscheiden. Liegt jedoch eine eindeutig feststellbare Risikoerhöhung vor, findet der *in-dubio-pro-reo*-Grundsatz keine Anwendung.<sup>130</sup>

Es hat sich gezeigt, dass die Risikoerhöhungslehre bei korrekter Anwendung im Einzelfall keinesfalls gegen den strafprozessrechtlichen Zweifelssatz verstößt, da keine Tatsachen zulasten des Täters unterstellt werden und dieser Ansatz sich nur in Rechtsfragen von der Vermeidbarkeitstheorie unterscheidet.

Umgekehrt wirft die Risikoerhöhungslehre der Vermeidbarkeitstheorie aufgrund kriminalpolitischer Erwägungen vor, dass ein Freispruch umso weniger einleuchtend sei, je geringer die Wahrscheinlichkeit eines Erfolgseintritts bei pflichtgemäßem Handeln sei.<sup>131</sup> Daraufhin ist zu erwidern, dass nicht jeder geringfügigste Zweifel zu einer Entscheidung *in dubio pro reo* führt, vielmehr genügt, dass vernünftige Zweifel ausgeräumt werden.<sup>132</sup> »Die persönliche Gewißheit ist für die Verurteilung notwendig, aber auch genügend.«<sup>133</sup>

## 5. Umwandlung von Erfolgsdelikten in Gefährdungsdelikte

Weiterhin wird gegen die Risikoerhöhungslehre vorgebracht, dass sie zur Behebung von Beweisschwierigkeiten Erfolgsdelikte zu reinen Gefährdungsdelikten umdeuten würde, was *de lege lata* unzulässig sei, wenn die Strafe von einem zu-rechenbaren Erfolg abhängig ist.<sup>134</sup>

117 Roxin (Fn. 5), § 11 Rn. 90; Küper (Fn. 30), S. 247 (254 f.).

118 Stratenwerth (Fn. 31), S. 227 (238); Rudolphi (Fn. 58), JuS 1969, 549 (554); Puppe, Zurechnung und Wahrscheinlichkeit, ZStW 95 (1983), 287 (314 f.).

119 Küper (Fn. 30), S. 247 (286).

120 Roxin (Fn. 25), ZStW 74 (1962), 411 (434); Burgstaller (Fn. 6), S. 143; Küper (Fn. 30), S. 247 (285).

121 Roxin (Fn. 25), S. 133 (139); Roxin (Fn. 8), S. 131.

122 Küper (Fn. 30), S. 247 (264).

123 SK-StGB/Jäger (Fn. 23), Vor. § 1 Rn. 117; Burgstaller (Fn. 6), S. 143; Stratenwerth (Fn. 31), S. 227 (235 f.).

124 Gimbernat (Fn. 32), GA 2018, 127 (131).

125 Stratenwerth (Fn. 31), S. 227 (235 f.); Kaufmann (Fn. 40), S. 273 (281 f.); Burgstaller (Fn. 6), S. 143; Jescheck/Weigend (Fn. 9), S. 585.

126 Roxin (Fn. 5), § 11 Rn. 96; Roxin (Fn. 25), ZStW 74 (1962), 411 (434); Krümpelmann (Fn. 45), GA 1984, 491 (502).

127 Roxin (Fn. 5), § 11 Rn. 96.

128 Burgstaller (Fn. 6), S. 143; Stratenwerth (Fn. 31), S. 227 (235 f.); Wolter (Fn. 83), S. 337; Erb (Fn. 8), S. 131.

129 Roxin (Fn. 25), ZStW 74 (1962), 411 (440 f.).

130 Gimbernat (Fn. 32), GA 2018, 127 (129f).

131 Schünemann (Fn. 38), JA 1975, 647 (649 ff.); Krümpelmann (Fn. 45), GA 1984, 491 (491 f.).

132 Toepel (Fn. 35), S. 130; Murmann (Fn. 1), § 23 Rn. 15.

133 Toepel (Fn. 35), S. 130.

134 Frisch (Fn. 47), Jus 2011, 205 (208); Matt/Renzikowski/Gaede (Fn. 63), § 15 Rn. 57; Samson (Fn. 54), S. 155; Prützwitz (Fn. 2), S. 329; Ebert/Kühl (Fn. 7), Jura 1979, 572; Fincke (Fn. 54), S. 60.

Zunächst zu der allgemeinen Gesetzessystematik: Bei einem Erfolgsdelikt knüpft der Gesetzgeber die Strafbarkeit an einen von der Tathandlung abgrenzbaren konkreten Erfolg im Sinne einer Rechtsgutsverletzung an.<sup>135</sup> Im Rahmen von Gefährdungsdelikten ist zwischen konkreten und abstrakten Gefährdungsdelikten zu unterscheiden. Während der Täter bei einem konkreten Gefährdungsdelikt tatsächlich eine Gefahr schaffen muss und der Erfolg nur durch Zufall ausbleibt,<sup>136</sup> ist dies bei einem abstrakten Gefährdungsdelikt nicht der Fall. Hier ist die abstrakte Gefährlichkeit einer Handlung nur Motiv des Gesetzgebers.<sup>137</sup> Die Diskussion um die Auswirkungen eines *non liquet* ist mithin ein Problem, das sich nur im Rahmen von vorsätzlichen oder fahrlässigen Erfolgsdelikten stellt, da es um die Zurechenbarkeit von Erfolgen geht.<sup>138</sup>

Fraglich ist nun, ob die Kritik, dass Erfolgsdelikte zu Gefährdungsdelikten umstrukturiert würden, berechtigt ist. Begründen ließe sich dies damit, dass die erforderliche Zurechnung des Erfolgs nicht nur durch die reine Risikoerhöhung, also Schaffung einer Gefahr, nachgewiesen werden könne, sonst stehe nämlich lediglich die Risikoerhöhung, nicht aber die Risikoverwirklichung fest.<sup>139</sup> Indem auf den Nachweis der Erfolgsvermeidbarkeit verzichtet wird, ginge man von einem Risikodelikt aus, in dessen Rahmen der Erfolgseintritt lediglich als objektive Bedingung der Strafbarkeit hinzutritt.<sup>140</sup>

Dagegen lässt sich vorbringen, dass auch die Risikoerhöhungslehre an das Vorliegen eines Erfolgs anknüpft und diesen nicht als entbehrlich erachtet.<sup>141</sup> Lediglich sind die Voraussetzungen, die an eine Zurechenbarkeit des Erfolgs gestellt werden, niedriger als die der Vermeidbarkeitstheorie. Die Gefahr, die der Täter geschaffen hat, hat sich mindestens im Erfolg mitverwirklicht und dies müsste zu einer Zurechnung führen, da keine Aufspaltung des Risikos möglich sei.<sup>142</sup> Die Zurechnung eines Erfolgs zum objektiven Tatbestand würde darüber hinaus stets nur durch eine Gefährdung vermittelt werden.<sup>143</sup> Mithin handle es sich bei dem Strafrecht um ein Risikostrafrecht.<sup>144</sup> Der Normzweck der Erfolgsdelikte liege nämlich nicht darin Rechtsgutsverletzungen zu verhindern, sondern solche auf ein erträgliches Maß zu reduzieren.<sup>145</sup>

<sup>135</sup> Roxin (Fn. 5), § 10 Rn. 102; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 4), Rn. 7; Erb (Fn. 11), JuS 1994, 449 (449); Ebert/Kühl (Fn. 7), Jura 1979, 561 (561).

<sup>136</sup> Murmann (Fn. 1), § 14 Rn. 23; Frister (Fn. 1), Kap. 3 Rn. 25.

<sup>137</sup> Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 4), Rn. 44; BGHSt 26, 121 (123f).

<sup>138</sup> Frisch (Fn. 39), S. 539.

<sup>139</sup> Samson (Fn. 54), 155; Dencker, JuS 1980, 210 (212); Schlüchter (Rn. 55), JA 1984, 673 (676).

<sup>140</sup> Schaffstein (Fn. 70), S. 169 (173).

<sup>141</sup> Küper (Fn. 30), S. 247 (286); Roxin (Fn. 5), § 11 Rn. 93; Gimbernat (Fn. 32), GA 2018, 127 (127).

<sup>142</sup> Küper (Fn. 30), S. 247 (286 f.); Stratenwerth (Fn. 31), S. 227 (238).

<sup>143</sup> Stratenwerth (Fn. 31), S. 227 (237 f.); Wolter (Fn. 83), 35; Roxin (Fn. 5), § 11 Rn. 93; Küper (Fn. 30), S. 247 (285 f.).

<sup>144</sup> Wolter (Fn. 83), S. 36.

<sup>145</sup> Schünemann (Fn. 65), GA 1985, 341 (355); SK-StGB/Jäger (Fn. 23), Vor. § 1 Rn. 114.

Im Gegensatz dazu könnte man davon ausgehen, dass die Funktion der Erfolgsdelikte darin läge, Rechtsgutverletzungen zu verhindern.<sup>146</sup> An dieser Stelle ist der appellative Charakter der Straftatbestände zu berücksichtigen. Es muss bedacht werden, dass der Normadressat durch eine Ausgestaltung einer Verhaltensnorm als Verletzungserfolgsnorm dahingehend angesprochen wird, jede Tötung nach Möglichkeit zu vermeiden.<sup>147</sup> Insoweit darf die Entscheidung des Gesetzgebers, die Erfolgsdelikte als solche auszugestalten, nicht unterlaufen werden. Selbst wenn man davon ausginge, dass der Normzweck nicht die Vermeidung von Rechtsgutverletzungen, sondern nur die Beschränkung solcher sei, müsste der Erfolg dennoch zugerechnet werden und dürfte nicht als objektive Bedingung der Strafbarkeit hinzutreten.<sup>148</sup>

Die Kritiker des Risikoerhöhungsansatzes bestreiten indes nicht, dass auch nach dieser ein Erfolgseintritt gefordert wird, sondern bemängeln, dass eine Zurechnung nicht zu erreichen sei. Eine Strafbarkeit im Rahmen von Erfolgsdelikten ist an das Vorliegen eines Verletzungserfolgs als Unrechtserfolg geknüpft, sodass eine Strafbarkeit entfallen muss, wenn eine eindeutige Identifizierung des Erfolgs als Unrecht nicht möglich ist.<sup>149</sup> Eine reine Risikoerhöhung kann zu einer solchen Feststellung nicht ausreichen, da sich der Erfolg, bei der Möglichkeit eines Erfolgseintritts bei rechtmäßigem Alternativverhalten, nicht sicher als Folge des unrechten Verhaltens darstellt.<sup>150</sup> Verletzungserfolgsdelikte würden sonst verfälscht, da der Standpunkt der Risikoerhöhungslehre darauf hinausläuft, »für die Zurechnung des Verletzungserfolgs das Vorhandensein einer zurechenbaren Gefährdung ausreichen zu lassen.«<sup>151</sup> Dadurch, dass das Zurechnungskriterium nur für den Nachweis einer zurechenbaren Gefährdung taugt, bleibt die Haftung für den Erfolg auf Grund der »Inkongruenz von Zurechnungsgegenstand und Zurechnungskriterium«<sup>152</sup> unerklärt.

Auch das Gegenargument, dass die Risikoerhöhungslehre deshalb keine Verwandlung von Verletzungsdelikten in Gefährdungsdelikte bewirke, weil sie strafbarkeitseinschränkend sei,<sup>153</sup> ist mit dem Hinweis darauf, dass die Kausalität für die Zurechenbarkeit eines Erfolgs nicht ausreichend ist und die Risikoerhöhungslehre deshalb strafbarkeitsausweitend<sup>154</sup> ist, zu entkräften.

Es hat sich gezeigt, dass dem Vorwurf, dass die Risikoerhöhungslehre Erfolgsdelikte zu reinen Gefährdungs-

<sup>146</sup> Toepel (Fn. 35), S. 17.

<sup>147</sup> Toepel (Fn. 35), S. 167.

<sup>148</sup> Prittwitz (Fn. 2), S. 332.

<sup>149</sup> Beck, Fahrlässiger Umgang mit der Fahrlässigkeit, JA 2009, 268 (268); Ebert/Kühl (Fn. 7), Jura 1979, 561 (573 f.).

<sup>150</sup> Frisch (Fn. 47), JuS 2011, 205 (208); Schlüchter (Fn. 55), JA 1984, 673 (676).

<sup>151</sup> Frisch (Fn. 47), Jus 2011, 205 (208).

<sup>152</sup> Toepel (Fn. 35), S. 166.

<sup>153</sup> Schünemann (Fn. 65), GA 1985, 341 (355); Puppe (Fn. 70), ZStW 99 (1987), 595 (604).

<sup>154</sup> Prittwitz (Fn. 2), S. 331; Burgstaller (Fn. 6), S. 143.

delikten umwandle, angesichts des bloßen Nachweises eines Gefahrenerfolgs zuzustimmen ist. Diese verändert die durch das Gesetz vorgegebenen Zurechnungskriterien und führt zu einer Verletzung des Analogieverbots zu Lasten des Täters nach Art.103 II GG.<sup>155</sup>

### C. Ergebnis

Es hat sich gezeigt, dass den Standpunkten der Vermeidbarkeits- und Risikoerhöhungslehre sowie der Kausalitätstheorie unterschiedliche Argumente zugutekommen. Die Risikoerhöhungslehre und die Kausalitätstheorie überzeugen wegen anfangs aufgezeigter kriminalpolitischer Überlegungen und werden vielfach von solchen Überlegungen getragen. Jedoch muss ein Ansatz auch dogmatisch überzeugen können. Die Kausalitätstheorie vermag dies schon deshalb nicht, weil demnach unter Abstreitung des Erfordernisses des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs ein Erfolg nur aufgrund des gegebenen Handlungsunwertes zugerechnet würde. Auch die Risikoerhöhungslehre bietet keine schlüssige Lösung für die aufgezeigte Problematik. Einzig die Vermeidbarkeitstheorie stellt einen dogmatisch überzeugenden Lösungsversuch für die Problematik eines *non liquet* dar. Insbesondere vor dem Hintergrund des hier dargestellten Verständnisses vom Merkmal des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs, ist ein hypothetisches Alternativverhalten im Rahmen der Frage nach der Vermeidbarkeit des Erfolgs zu berücksichtigen. Die stichhaltige Kritik gegen die Risikoerhöhungslehre wird insbesondere daraus gespeist, dass sonst Erfolgsdelikte zu Gefährdungsdelikten umkonstruiert würden. Eine solche Auffassung ist mit der vorgegebenen Normsystematik der Verletzungserfolgsdelikte unvereinbar. Mithin ist festzustellen, dass der Konnex zwischen Gefahrschaffung und

Erfolgseintritt durch die Frage nach der Vermeidbarkeit nachgewiesen werden muss und eine reine Risikoschaffung, im Sinne einer Erhöhung gegenüber dem erlaubten Risiko, nicht ausreichen kann.

Die Risikoerhöhungslehre vermag somit nicht zu überzeugen und ist mit dem geltenden Gesetz nicht zu vereinbaren.

---

<sup>155</sup> Toepel (Fn. 35), S. 165.

## GdR Aufsatz

Charlotte Waßer\*

# Der Föderalismus kleiner Republiken bei Rousseau

Inwieweit können die staatstheoretischen Konzepte von Rousseau in der globalisierten Welt Grundlagen für ein friedliches und freies Zusammenleben der Menschen bieten?

*Der Aufsatz behandelt die Ansichten von Rousseau zum Föderalismus kleiner Republiken und stellt dar, inwieweit seine Konzepte Anstöße für die gegenwärtigen, internationalen Beziehungen geben können. Auf Grundlage von Rousseaus Theorien soll begründet werden, dass durch eine (internationale) überstaatliche Organisation (Weltstaat) einerseits und mehr direkter Demokratie in kleineren Gebietseinheiten (Gemeinden) andererseits, Frieden und Freiheit geschaffen werden kann.*

## A. Einleitung

»Der Mensch ist frei geboren und überall liegt er in Ketten.«<sup>1</sup> Mit diesen Worten beginnt Rousseau sein 1762 veröffentlichtes Werk »Vom Gesellschaftsvertrag«, in dessen Mittelpunkt das Ringen um die größtmögliche Freiheit der Individuen in Gesellschaften steht.<sup>2</sup>

Der Mensch ist nur frei, wenn er selbstbestimmt handeln kann. Wenn Menschen in Gesellschaft zusammenkommen, führt eine unbeschränkte Handlungsfreiheit ohne Regeln und Gesetze dazu, dass sich der Stärkste durchsetzt und herrscht. Daher sind Menschen in Gesellschaft nur frei, wenn sie sich gemeinsam Regeln geben. Für die Freiheit der Menschen in Gesellschaften ist also die Demokratie eine notwendige Voraussetzung.

Viele Themen<sup>3</sup> können heute jedoch nicht mehr allein auf nationaler Ebene diskutiert und entschieden werden. Ohne verbindliche internationale Regeln setzt sich auch im globalen Kontext regelmäßig die mächtigste Partei durch (momentan z.B. auch große Wirtschaftskonzerne oder Banken). Dies führt dazu, dass große Teile der Weltbevölkerung keine Möglichkeit haben, sich an der Gestaltung der internationalen Politik zu beteiligen. Es stellt sich daher

\* Charlotte Waßer studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen. Der Beitrag geht aus einer Seminararbeit im Seminar »Theorien des Weltstaats« bei Prof. Dr. Peter Unruh hervor.

1 Rousseau, Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des Staatsrechts (1762), S. 5.

2 Es geht ihm nicht um eine Schaffung von Unabhängigkeit und unbegrenzter Handlungsfreiheit (natürliche Freiheit), sondern um eine Selbstbestimmung der gesellschaftlichen Regeln durch eine politische Struktur nach dem Prinzip der Gerechtigkeit (im Folgenden bürgerliche oder politische Freiheit genannt), vgl. Röhrich, Politische Theorien zur bürgerlichen Gesellschaft (2013), S. 56.

3 Beispiele für solche grenzüberschreitenden Themen sind: globale Ökonomie, Ökologie und Sicherheit sowie der (kommunikations-)technische Fortschritt.

die Frage, wie die Selbstbestimmung von allen Menschen auch auf internationaler Ebene gewährleistet werden kann.

Das Ziel der Arbeit ist eine Untersuchung zu der Frage, ob und inwieweit die staatstheoretischen Abhandlungen von Rousseau in der gegenwärtigen globalisierten<sup>4</sup> Welt Grundlagen für ein friedliches, selbstbestimmtes und freies Zusammenleben der Menschen bieten können. Dazu sollen Rousseaus Theorien in dieser Arbeit dargestellt und als Grundlage für internationale Konzepte zur Selbstbestimmung der Weltbevölkerung herangezogen werden.

## B. Freiheit und Demokratie nach Rousseau

Nach Rousseau ist der Mensch im Naturzustand gut, lebt isoliert von anderen Menschen und hat keine Verpflichtungen diesen gegenüber.<sup>5</sup> Natürliche Freiheit liege vor, wenn die Menschen voneinander unabhängig seien und daher keine Regeln, Rechte und Verpflichtungen bestünden.<sup>6</sup> Somit sei der ursprüngliche Mensch frei von Zwängen.

Durch das Zusammenleben in Gemeinschaft entsteht nach Rousseau Eigentum und damit soziale Ungleichheit zwischen den Menschen.<sup>7</sup> Der gute und glückliche Naturmensch werde in Gesellschaften verdorben und unglücklich.<sup>8</sup> Aus der ungleichen Verteilung von Ressourcen folge eine Einteilung der Menschen in Klassen, wodurch Macht- und Abhängigkeitsverhältnisse entstünden.<sup>9</sup> Die Menschen in einer Gesellschaft teilten sich in Herrscher und Untertanen,

4 Globalisierung bezeichnet nach Osterhammel/Petersson, Geschichte der Globalisierung, Dimensionen, Prozesse, Epochen, 6. Auflage (2019), S. 24 »den Aufbau, die Verdichtung und die zunehmende Bedeutung weltweiter Vernetzung.« Sie beschreibt einen »Prozess zunehmender Verbindungen zwischen Gesellschaften und Problembereichen dergestalt [...], dass Ereignisse in einem Teil der Welt in zunehmendem Maße Gesellschaften und Problembereiche in anderen Teilen der Welt berühren.«, Varwick, Globalisierung, in: Woyke/Varwick (Hrsg.), Handbuch Internationale Politik, 13. Auflage (2016), S. 147 (148).

5 Rousseau, Emil oder über die Erziehung (1762), S. 11; vgl. auch Herb, Rousseaus Theorie legitimer Herrschaft (1989), S. 77.

6 Vgl. auch Plamenatz, »Was nichts anderes heißt, als daß man ihn zwingen wird, frei zu sein«, in: Brandt/Herb (Hrsg.), Jean-Jacques Rousseau: Vom Gesellschaftsvertrag oder Prinzipien des Staatsrechts (2000), S. 67 (72).

7 Vgl. Rousseau, Abhandlung über den Ursprung und die Grundlagen der Ungleichheit (1765), S. 156; Röhrich (Fn. 2), S. 52 ff; Mensching, Das Verhältnis des Zweiten Diskurses zu den Schriften Vom Gesellschaftsvertrag und Emile, in: Steinbrügge/Rohbeck (Hrsg.), Jean-Jacques Rousseau: Die Beiden Diskurse Zur Zivilisationskritik (2013), S. 179 (190).

8 Vgl. Rousseau (Fn. 7), S. 195 ff.

9 Zur Entstehung der Ungleichheit vgl. Röhrich (Fn. 2), S. 49.

die jedoch beide nicht frei seien, sondern abhängig von den Regeln der bürgerlichen Gesellschaft (Klassenstruktur, Wirtschaftssystem, Politik).<sup>10</sup> Der frei geborene Mensch verliert daher, sobald er in Gemeinschaft lebt, seine natürliche Freiheit.<sup>11</sup>

### I. Staatsgründung durch Gesellschaftsvertrag

Rousseau untersucht deshalb, wie der ursprünglich freie Mensch politische Einrichtungen schaffen kann, die seine körperliche Selbsterhaltung in Gesellschaften sichern und gleichzeitig seine Selbstbestimmung (politische Freiheit) garantieren.<sup>12</sup> Als Lösung entwirft er den Gesellschaftsvertrag (*contract social*) als Staatsgründungsakt zur Rechtfertigung der Staatsgewalt. Die Menschen könnten sich der in Gesellschaft zwangsläufig entstehenden Herrschaft der Starken und ihrer damit einhergehenden Unfreiheit entziehen, indem sie sich durch den Gesellschaftsvertrag zu einer politischen Körperschaft – dem Staat – zusammenschließen.<sup>13</sup> Der Einzelne solle nur insoweit an staatliche Gewalt gebunden werden, wie er selbst an den Entscheidungen der Staatsgewalt mitgewirkt habe.<sup>14</sup> Somit diene der Gesellschaftsvertrag der Herstellung der Freiheit der Menschen. Dabei handele es sich jedoch nicht um die absolute Unabhängigkeit der Menschen, sondern um die Unabhängigkeit von der individuellen Willkür von Einzelnen (bürgerliche oder politische Freiheit).<sup>15</sup>

Durch den Gesellschaftsvertrag seien alle Menschen eines Volkes gleichzeitig Souverän und Untertan.<sup>16</sup> Als Souverän seien sie Teil der politischen Entscheidungsfindung und als Untertanen hätten sie sich den selbst geschaffenen Gesetzen zu unterwerfen.<sup>17</sup> Durch den Gesellschaftsvertrag verändere

sich der Mensch in seinem Wesen. Er entwickle sich vom Naturmenschen zum Staatsbürger<sup>18</sup> (*citoyen*).<sup>19</sup>

Das Volk schließt den Gesellschaftsvertrag mit sich selbst.<sup>20</sup> Die Vertragsschließenden verbinden sich, ohne sich zu unterwerfen, und machen ihren eigenen Willen zur Regel, wodurch sie ihre (bürgerliche) Freiheit erlangten.<sup>21</sup> Jeder Einzelne solle sich, bei Abschluss des Gesellschaftsvertrags, bei der Gesetzgebung und der Befolgung der Gesetze nicht von Eigennutz, sondern vom Gemeinwohl leiten lassen.<sup>22</sup> Der Gesellschaftsvertrag sei mit der Erhebung des Volkes zum Staatsoberhaupt und des Gemeinwillens (*volonté générale*) zur Grundlage allen staatlichen Geschehens abgeschlossen und ein Staat wäre entstanden.<sup>23</sup> Erst die Zustimmung der Menschen zum Gesellschaftsvertrag mache aus der Vereinigung von Menschen eine Gemeinschaft freier Bürger.<sup>24</sup>

Politische Freiheit des Einzelnen ist folglich nach Rousseau nur durch die Befolgung des Gemeinwillens zu erreichen. Der Gemeinwille liegt vor, wenn die Gemeinschaft aus tugendhaften Bürgern nicht nach dem Interesse Einzelner handelte, sondern das Gemeinwohl (das allgemein Vernünftige) zum Ziel hat.<sup>25</sup> Aufgabe aller Bürger als Souverän sei es, das Gemeinwohl zu erkennen und gemeinsam einen Gemeinwillen zu bilden, der dieses verwirklicht. Mehrheitsverhältnisse, die die Summe der einzelnen Sonderwillen abbilden, könnten dagegen nicht zur Freiheit aller führen, denn dadurch würden sich nur die Individualinteressen der Mehrheit durchsetzen.<sup>26</sup> Deshalb könne die Gemeinschaft den Einzelnen in seiner Rolle als Teil des Souveräns dazu zwingen, dem Gemeinwillen zu folgen und somit verhindern, dass durch die Verfolgung eines Partikularwillens die Gemeinschaft unfrei werde.<sup>27</sup>

<sup>10</sup> Vgl. dazu auch *Beyc*, Politische Theorie (2019), S. 41.

<sup>11</sup> Vgl. *Vössler*, Rousseaus Freiheitslehre (1963), S. 74 ff.; *Beyc* (Fn. 10), S. 39; zum Übergang vom Naturmenschen zum Bürger siehe *Spitta*, Gemeinschaft jenseits von Identität? Über die paradoxe Renaissance einer politischen Idee (2013), S. 107 ff.

<sup>12</sup> *Asbach*, Die Zähmung der Leviathane. Die Idee der Rechtsordnung zwischen Staaten bei Abbé de Saint-Pierre und Jean-Jacques Rousseau (2002), S. 196.

<sup>13</sup> Siehe dazu *Asbach* (Fn. 12), S. 197; *Hansmann*, Rousseaus Anthropologie als Schlüssel zum Verständnis seiner Gesellschaftstheorie, in: Lau/Reinhardt/Voigt (Hrsg.), Der Bürger als Souverän. Jean-Jacques Rousseaus Lehre von der *volonté générale* im Spiegel der Zeit (2018), S. 169 (183).

<sup>14</sup> Vgl. *Glaser*, Über legitime Herrschaft. Grundlagen der Legitimitätstheorie (2013), S. 63 f.

<sup>15</sup> Vgl. *Fetscher*, Rousseaus politische Philosophie. Zur Geschichte des demokratischen Freiheitsbegriffs, 2. Auflage (1967), S. 96.

<sup>16</sup> *Rousseau* (Fn. 1), S. 19 f.; vgl. auch *Gaul*, Freiheit ohne Recht. Ein Beitrag zu Rousseaus Staatslehre (2001), S. 181.

<sup>17</sup> *Rousseau* (Fn. 1), S. 17, erschafft damit »eine Form des Zusammenschlusses, die mit ihrer ganzen gemeinsamen Kraft die Person und das Vermögen jedes einzelnen Mitglieds verteidigt und schützt und durch die doch jeder, indem er sich mit allen vereinigt, nur sich selbst gehorcht und genauso frei bleibt wie zuvor«.

<sup>18</sup> Die von Rousseau verwendeten Begriffe *Bürger* und *Repräsentant* werden bei der Darstellung seiner Thesen ungedeutert übernommen, um den historischen Kontext zu wahren.

<sup>19</sup> Vgl. dazu *Röhrich* (Fn. 2), S. 58; den Übergang vom Naturmenschen zum Bürger beschreibt auch *Spitta* (Fn. 11), S. 107 ff.

<sup>20</sup> *Rousseau* (Fn. 1), S. 19 f: »jeder Einzelne, indem er sozusagen mit sich selbst einen Vertrag schließt, sich in doppelter Hinsicht verpflichtet, nämlich als Glied des Souveräns gegenüber den Einzelnen und als Glied des Staates gegenüber dem Souverän«.

<sup>21</sup> *Fischer*, Jean-Jacques Rousseau: Die soziologischen und rechtsphilosophischen Grundlagen seines Denkens (1991), S. 80.

<sup>22</sup> *Rousseau* (Fn. 1), S. 18: »Gemeinsam stellen wir alle, jeder von uns seine Person und seine ganze Kraft unter die oberste Richtschnur des Gemeinwillens; und wir nehmen, als Körper, jedes Glied als untrennbaren Teil des Ganzen auf«.

<sup>23</sup> Zur Entstehung einer Republik aus dem Gesellschaftsvertrag vgl. *Fetscher* (Fn. 15), S. 92 ff.; zu Rousseaus Kontraktualismus siehe *Kersting*, Jean-Jacques Rousseaus »Gesellschaftsvertrag« (2002), S. 17 ff.

<sup>24</sup> Vgl. auch *Fetscher* (Fn. 15), S. 92; *Röhrs*, Jean-Jacques Rousseau. Vision und Wirklichkeit, 2. Auflage (1966), S. 105 ff.

<sup>25</sup> »In der Tat kann jedes Individuum als Mensch einen Sonderwillen haben, der dem Gemeinwillen, den es als Staatsbürger hat, zuwiderläuft oder sich von diesem unterscheidet.«, *Rousseau* (Fn. 1), S. 21.

<sup>26</sup> Vgl. *Röhrich* (Fn. 2), S. 60.

<sup>27</sup> *Rousseau* (Fn. 1), S. 22: »wer immer sich weigert, dem Gemeinwillen zu folgen, [wird] von der gesamten Körperschaft dazu gezwungen [...], was nichts anderes heißt, als dass man ihn zwingt, frei zu sein«.

## II. Bemerkungen zu und Kritik an *Rousseaus* Volkssouveränität

Nach *Rousseau* sind zur Erlangung einer politischen Freiheit der Untertan und der Souverän identisch. Weil die Souveränität der Untertanen unveräußerlich und unteilbar sei, radikalisiert er den Souveränitätsgedanken einer direkten Demokratie und lehnt Repräsentation ab.<sup>28</sup>

Er sieht zwar das Problem des fehlenden Minderheitenschutzes, die Minderheit müsse jedoch nicht geschützt werden, da die vernünftigen Bürger das Allgemeinwohl verfolgten und somit die für alle richtigen Entscheidungen trafen. Einzelinteressen von Minderheiten entsprächen nicht dem wahren allgemeinen Willen.<sup>29</sup> Indem die Bürger den Gesellschaftsvertrag nach *Rousseaus* Vorstellungen schließen, verpflichten sie sich, den Gemeinwillen zu verfolgen und können dazu auch gezwungen werden. Es widerspricht sich aber, dass die bürgerliche Freiheit aller durch den Zwang einzelner entstehen kann. Auf der Grundlage dieser Theorie lässt sich die Unterdrückung von Minderheiten rechtfertigen. Inzwischen hat die Geschichte bereits gezeigt, dass auch Mehrheitsentscheidungen unter Menschenrechts- und Diskriminierungsschutzgesichtspunkten unververtretbar sein können.

Nicht nachvollziehbar ist außerdem die Annahme, die einzelnen Bürger seien in der Lage, ihre Einzelinteressen auszublenden, um allein das Allgemeinwohl zu verfolgen. Zwar sollte politisch versucht werden, Entscheidungen im Interesse des gesamten Volkes zu treffen, allerdings ist das Allgemeinwohl gerade keine vorgegebene Wahrheit.<sup>30</sup> Unklar bleibt *Rousseaus* Theorie insbesondere bei der Frage, was genau er unter dem wahren Allgemeinwohl für das Volk versteht und auf welche Weise es erkannt werden könnte.<sup>31</sup> Soweit er – um Irrtümer des Gemeinwillens über das Gemeinwohl zu vermeiden – meint, das Volk brauche einen Gesetzgeber mit einem höheren Geist, »[...] es bedürfte göttlicher Wesen, um den Menschen Gesetze zu geben«,<sup>32</sup> scheint dies demokratischen Grundsätzen geradezu diametral zu widersprechen und kann sogar als Grundlage für eine Diktatur dienen.<sup>33</sup>

<sup>28</sup> Vgl. *Rousseau* (Fn. 1), S. 106: »Die Souveränität kann aus dem gleichen Grund, aus dem sie nicht veräußert werden kann, auch nicht vertreten werden.«

<sup>29</sup> Vgl. *Rousseau* (Fn. 1), S. 119 f.

<sup>30</sup> Vgl. auch *Voigt*, Kritik der Kritik. Rousseau – Lehrmeister der Demokratie, in: Lau/Reinhardt/Voigt (Hrsg.), Der Bürger als Souverän. Jean-Jacques Rousseaus Lehre von der *volonté générale* im Spiegel der Zeit (2018), S. 291 (300).

<sup>31</sup> Siehe dazu auch *Ottmann*, Rousseau und die Vertragstheorie, in: Lau/Reinhardt/Voigt (Hrsg.), Der Bürger als Souverän. Jean-Jacques Rousseaus Lehre von der *volonté générale* im Spiegel der Zeit (2018), S. 129 (139 f.).

<sup>32</sup> *Rousseau* (Fn. 1), S. 44; *ders.*, S. 42: »Republik nenne ich deshalb jeden durch Gesetze regierten Staat, gleichgültig, unter welcher Regierungsform dies geschieht: weil nur hier das öffentliche Interesse herrscht.«

<sup>33</sup> Unter anderen schreibt *Russell*, Philosophie des Abendlandes. Ihr Zusammenhang mit der politischen und der sozialen Entwicklung (2003), S. 693 ff., dass *Rousseaus* Theorien auf die Rechtfertigung totalitärer Staaten abzielen.

Zusammenfassend sind daher die von *Rousseau* vertretenen Auffassungen zur Entscheidungsfindung auf Grundlage des Gemeinwillens eines Volkes nicht überzeugend. Stattdessen vertreten die Bürger:innen realistischerweise ihre eigenen Interessen. Entscheidungen sollten durch die Mehrheit unter hinreichendem Schutz der Interessen von Minderheiten insbesondere durch Grund- und Menschenrechte getroffen werden.

*Rousseaus* Überlegungen zur Freiheit der Bürger durch Volkssouveränität können allerdings dabei helfen, demokratische Strukturen zu stärken und die politische Mitbestimmung des Volkes zu erhöhen. Auch in bereits demokratisch verfassten Staaten gibt es dafür Möglichkeiten durch die Ausweitung von Volksbefragungen, bindenden Volksentscheiden und Volksbegehren.

## C. Konzept der kleinen Republiken nach *Rousseau*

*Rousseau* beschreibt, dass durch den Zusammenschluss von Einzelpersonen im Gesellschaftsvertrag eine sittliche Gesamtkörperschaft entstehe, die er Republik nennt.<sup>34</sup> Die Republik dürfe weder zu groß sein, um gut regiert werden zu können, noch zu klein, um sich selbst erhalten zu können.<sup>35</sup> Legitime staatliche Herrschaft in Form von direkter Demokratie mit dem Volk als legislative Gewalt könne nur in kleinen Staaten realisiert werden, in denen sich alle Glieder der Gemeinschaft an einem Ort versammeln könnten.<sup>36</sup> Zudem sei der Anteil des Einzelnen am Souverän größer, je kleiner die Bevölkerung sei.<sup>37</sup>

### I. Innenpolitische Vorteile kleiner Republiken

*Rousseau* unterstreicht als größten Vorteil kleiner Republiken die Möglichkeit einer direkten Demokratie, ohne die die Menschen nicht frei seien. So empfiehlt *Rousseau* eine kleine Republik auch für ein größeres Zusammengehörigkeitsgefühl innerhalb des Volkes sowie eine bessere Identifikation mit den Oberhäuptern, wie er die Mitglieder der Regierung nennt.<sup>38</sup> Daneben sei die Verwaltung von Großstaaten schwieriger

<sup>34</sup> *Rousseau* (Fn. 1), S. 18 f.

<sup>35</sup> *Rousseau* (Fn. 1), S. 51, 100.

<sup>36</sup> Vgl. *Geisler*, Jean-Jacques Rousseau, in: Breit/Buchstein/Massing (Hrsg.), Demokratietheorien. Von der Antike bis zur Gegenwart (2011), S. 123 (130); *Fetscher* (Fn. 15), S. 174.

<sup>37</sup> Vgl. auch *Durand*, Rousseau (2007), S. 57. *Rousseau* beschreibt damit als Ideal einen Kleinstaat nach dem Vorbild der antiken Stadtstaaten, *Rousseau* (Fn. 1), S. 101; *Russell* (Fn. 33), S. 703. Zwar erkannte er mit seinem Verfassungsentwurf für Polen (für das er eine Föderation aus 33 Kleinstaat vorschlägt (siehe D.I.)) die Möglichkeit an, demokratische Strukturen auf der Ebene eines größeren Flächenstaates zu stabilisieren, zur Verwirklichung der Volkssouveränität als sein eigentliches Ziel seien aber kleine Republiken besser geeignet. Dazu schreibt *Rousseau*, *Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa réformation projetée* (1782), S. 56: Die geographische Ausdehnung ist »einer der größten Nachteile der großen Staaten, der die Freiheit am schwierigsten bewahren lässt.«

<sup>38</sup> In großen Staaten habe »das Volk (...) weniger Liebe zu seinen Oberhäuptern, die es nie sieht, zum Vaterland, das in seinen Augen wie eine Welt ist, und zu seinen Mitbürgern, von denen ihm die meisten fremd sind«, *Rousseau* (Fn. 1), S. 52.

und teurer, denn sie umfasse kleine Verwaltungseinheiten, Zwischenstufen und oberste Verwaltungsbehörden, die alle gesteuert und vom Volk finanziert werden müssten.<sup>39</sup> Die benötigte starke und zentralistische Regierung sowie die Verwaltungsinstitutionen führten zu einer wachsenden Entfremdung zwischen der politisch-administrativen Elite und den Regierten.<sup>40</sup> Je kleiner die Staaten seien, desto besser könnten die Gesetze auf die spezifischen Gegebenheiten der Region mit ihren eigenen Sitten angepasst werden. Unterschiedliche Gesetze innerhalb eines Staates erzeugten dagegen Ärger und Verwirrung und widersprächen der Einheit des Souveräns im Staat, der notwendigerweise einheitliche Gesetze erlassen müsse.<sup>41</sup>

Rousseau betrachtet die wachsende Größe von Staaten in zweifacher Hinsicht als problematisch: Erstens nehme mit zunehmender Anzahl der Bürger, die zusammen den Souverän bilden, der Einfluss der Stimme des Einzelnen ab und zweitens könne der Gemeinwille ab einer bestimmten Größe nicht mehr durch das Zusammenkommen aller ermittelt werden, sondern nur noch indirekt durch Repräsentanten.<sup>42</sup>

## II. Bewertung des Konzepts der kleinen Republiken

Das von Rousseau entwickelte Demokratiemodell, bei dem das Volk für Abstimmungen zusammenkommt, basiert auf dem Vorbild der antiken Stadtstaaten und den Verhältnissen der Schweizer Kantone.<sup>43</sup> Schon Rousseau bemerkt, dass die Voraussetzungen (besonders wegen der Größe der existierenden Staaten) für die kleinen Republiken fast nirgendwo vorliegen. Eine Republik, in der das gesamte Volk zur Entscheidungsfindung zusammenkommt, lässt sich in den heute existierenden Flächenstaaten aufgrund ihrer Größe und Einwohner:innenzahl nicht verwirklichen. Stattdessen gibt es heute fast ausschließlich repräsentative Demokratien, in denen das Volk hauptsächlich die Repräsentant:innen frei und selbstbestimmt wählt.<sup>44</sup> Auch in repräsentativen Demokratien kann aber eine teilweise Umsetzung der von Rousseau beschriebenen legitimen Demokratie in kleinen Einheiten versucht werden. Die Selbstbestimmung der Bürger:innen kann durch noch wenig verwendete Formen der klassischen Bürger:innenbeteiligung (Volksbefragungen, Volksentscheiden und Volksbegehren) erweitert werden.<sup>45</sup>

<sup>39</sup> Vgl. dazu Fetscher (Fn. 15), S. 174.

<sup>40</sup> Asbach (Fn. 12), S. 215; vgl. auch Rousseau (Fn. 1), S. 51 ff. und 61 ff.; ebenso Kersting (Fn. 23), S. 182.

<sup>41</sup> Rousseau (Fn. 1), S. 52.

<sup>42</sup> Vgl. dazu Asbach (Fn. 12), S. 215; Zur Abnahme des Gewichts einer Stimme siehe Rousseau (Fn. 1), S. 65 f.

<sup>43</sup> Menschling (Fn. 7), S. 189 f.

<sup>44</sup> Eine repräsentative Demokratie lehnt Rousseau ab. Rousseau (Fn. 1), S. 106: »Frei ist es [das Volk] nur während der Wahlen zum Parlament; sobald die Mitglieder gewählt sind, ist das Volk Sklave, einfach nichts.«

<sup>45</sup> Daneben ist der in Porto Alegre eingeführte Beteiligungshaushalt eine mögliche Form der direkten Bürgerbeteiligung. Dabei legen die Bürger:innen die Ziele und deren Prioritäten für die Verwaltungseinheit fest und erstellen auf Grundlage dessen einen Haushaltsentwurf für den Investitionshaushalt (vgl. zum Beteiligungshaushalt Brangsch/Brangsch, Haushalt, Haushaltspolitik und Demokratie (2005), S. 103 ff.). Nach Müller, Demo-

## III. Außenpolitische Faktoren

Im Anschluss an das von Rousseau im Gesellschaftsvertrag entwickelte Konzept der kleinen Republiken stellt sich die Frage, wie diese außenpolitisch organisiert werden können.<sup>46</sup> Nach seiner Beschreibung sind die Staaten politischen Körperschaften; sie seien wie Individuen ohne übergeordnete Rechtsbeziehungen.<sup>47</sup> Der Naturzustand, in dem diese Staaten zueinander stünden, sei von dem Naturzustand der vorgesellschaftlichen Menschen zu unterscheiden. Anders als der Mensch, dessen Bedürfnisse im Naturzustand begrenzt seien und deren Erfüllung zu selbstgenügsamem und friedlichem Handeln führten, gebe es für den Staat keine natürlichen Schranken seiner Bedürfnisse.<sup>48</sup> Zwischen den Staaten entstünden daher Konkurrenzbeziehungen, die fortwährend die latente Gefahr von Krieg erzeugten.<sup>49</sup> Individuen würden durch den Gesellschaftsvertrag zu Staatsbürgern, um ihre individuelle Freiheit zurückzuerlangen. Dadurch entstehe eine Welt von Staaten, die wiederum in Machtverhältnissen zueinander stünden. Dies löse Kriege zwischen den Staaten aus, was den Menschen die Freiheit wieder nehme.<sup>50</sup>

Zwischen Staaten im Naturzustand herrsche nur das Recht des Stärkeren, wodurch gerade die kleinen Staaten im Nachteil seien.<sup>51</sup> Diese müssten aufwendige und teure Abwehrmaßnahmen einrichten und wären doch niemals in Sicherheit. Selbst wenn Abkommen geschlossen würden, gäbe es keine Möglichkeit der friedlichen Rechtsdurchsetzung und damit keine Sicherheit, dass diese befolgt werden.<sup>52</sup>

kratie zwischen Staatsrecht und Weltrecht. Nationale, staatlose und globale Formen menschenrechtsgestützter Demokratisierung (2003), S. 111, stellen die beteiligten Bürger:innen eine »vierte Gewalt«, um zusammen mit den bestehenden Gewalten durch Mitverwaltung, Arbeitsteilung und Debatten das Gemeinwohl zu verwirklichen. Porto Alegre ist nach der UNO während der Dauer seines Beteiligungsmodells zu einer der lebenswertesten Städte der südlichen Hemisphäre geworden. 1996 wurde es auf der UNO-Konferenz »Habitat II« zur »Hauptstadt der Demokratie« ernannt, vgl. Dierkes, Ein erfolgreiches Modell macht Schule, in: Vom Süden lernen. Portos Beteiligungshaushalt wird zum Modell für direkte Demokratie, Materialien 70 (2002), S. 37. Auf Grundlage von Rousseaus Konzepten führt der Beteiligungshaushalt zu einer Demokratisierung politischer Entscheidungsvorgänge und damit zu mehr Freiheit und Zufriedenheit der Menschen.

<sup>46</sup> Asbach (Fn. 12), S. 216 ff., zeichnet Rousseaus Antworten auf diese Frage nach; ders., Internationaler Naturzustand und Ewiger Friede. Die Begründung einer rechtlichen Ordnung zwischen Staaten bei Rousseau und Kant, in: Hüning/Tuschling (Hrsg.), Recht, Staat und Völkerrecht bei Immanuel Kant (1998), S. 203 (206 ff.).

<sup>47</sup> Vgl. Rousseau (Fn. 1), S. 20.

<sup>48</sup> Vgl. dazu auch Asbach (Fn. 12), S. 221.

<sup>49</sup> Dazu Unruh, Kant und der Weltföderalismus. Zur Grundlegung und Aktualität von Kants global-politischer Philosophie (2021), S. 36; Rousseau definiert Krieg als den wechselseitigen Willen von Staaten, einander zu zerstören, um sich selbst zu erhalten, vgl. Rousseau: Guerre et état de guerre, S. 1903.

<sup>50</sup> Vgl. Asbach (Fn. 12), S. 224; Hirsch, Rousseaus Traum vom ewigen Frieden (2012), S. 73 ff., und 133 ff.

<sup>51</sup> Rousseau, Auszug aus dem Entwurf eines fortdauernden Friedens des Herrn Abbé de Saint-Pierre (1758/59), in: ders., Friedensschriften (2009), S. 2 (77 ff.).

<sup>52</sup> Vgl. Rousseau (Fn. 51), S. 27; dazu auch Unruh (Fn. 49), S. 37.

Rousseau hält daher eine Größe des Staates für erforderlich, die eine hinreichende Verteidigung gegen Feinde erlaube und dadurch die Kriegsgefahr banne.<sup>53</sup> Er meint, jegliche Art der Abhängigkeit von anderen Staaten bringe die Gefahr von Gewalt und Krieg mit sich. Um eine solche Abhängigkeit zu vermeiden, müsse genug Land vorhanden sein, um alle Menschen zu versorgen, damit ein Außenhandel entbehrlich sei.<sup>54</sup> Einer Außenpolitik bedarf es nach Rousseau nicht, da das beste Volk das sei, »das ohne andere Völker auskommen kann und dessen kein anderes Volk bedarf«.<sup>55</sup>

#### D. Rousseaus Ansichten zum Föderalismus

Föderalismus beschreibt allgemein ein Struktur- und Organisationsprinzip, in dem sich mehr oder weniger selbständige Glieder zu einem übergeordneten Ganzen zusammenschließen.<sup>56</sup> Im politischen Bereich beschreibt Föderalismus eine Ordnung, bei der staatliche Aufgaben zwischen dem Bund und den Gliedstaaten aufgeteilt werden, sodass beide politischen Ebenen für bestimmte Aufgaben selbstständig zuständig sind.<sup>57</sup> Es wird zwischen Staatenbund (Konföderation)<sup>58</sup> und Bundesstaat (Föderation)<sup>59</sup> unterschieden.<sup>60</sup>

Föderalismus wird auch als vertikale Gewaltenteilung beschrieben, bei der staatliche Kompetenzen von den Mitgliedsstaaten an den Bund übertragen werden.<sup>61</sup> Nach Rousseau verlören die Bürger dadurch ihre unbeschränkte, allumfassende und unteilbare Selbstbestimmung.<sup>62</sup> Er lehnt eine Vertretung der Gesellschaftsmitglieder durch Repräsentanten in föderalen Ordnungen ab.<sup>63</sup> Freiheit könne nur durch Selbstbestimmung des gesamten Volks bei allen Entscheidungen und daher nur in autonomen Kleinstaaten bestehen.<sup>64</sup>

53 Rousseau (Fn. 1), S. 53; ebenso Fetscher (Fn. 15), S. 175.

54 »Die Menschen machen einen Staat, und das Land ernährt sie«, Rousseau (Fn. 1), S. 54.

55 Rousseau (Fn. 1), S. 57.

56 Statt vieler: Gamper, Staat und Verfassung. Einführung in die Allgemeine Staatslehre, 4. Auflage (2018), S. 86.

57 Vgl. Oberreuter, Föderalismus, in: Görres Gesellschaft und Herder Verlag (Hrsg.), Staatslexikon. Recht, Wirtschaft, Gesellschaft (2018), Föderalismus (Lexikonstichwort).

58 Um einen Staatenbund handelt es sich, wenn sich souveräne Staaten durch völkerrechtlichen Vertrag zusammenschließen, um durch gemeinsame Organe bestimmte Themen zu regeln. Die am Staatenbund beteiligten Länder bleiben souverän, übertragen dem Staatenbund insbesondere nicht ihre Kompetenz-Kompetenz und können aus dem Staatenbund wieder austreten.

59 Der Bundesstaat setzt sich aus territorialen Einheiten (Gliedstaaten) zusammen, die im Rahmen einer Verfassung zusammenwirken. Die Glieder behalten nur partielle Selbständigkeit und Entscheidungskompetenzen, während der Bund Inhaber der Souveränität ist. Die Glieder nehmen jedoch auch an der Willensbildung des Bundes teil.

60 Gamper (Fn. 56), S. 88; Sturm, Föderalismus. Studienkurs Politikwissenschaft, 3. Auflage (2020), S. 7.

61 Oberreuter (Fn. 57), Föderalismus (Lexikonstichwort).

62 Vgl. Rousseau (Fn. 1), S. 20.

63 Vgl. Asbach (Fn. 12), S. 280.

64 Asbach (Fn. 12), S. 283; dass das Volk nur als ganzes Volk entscheiden kann, erklärt Rousseau, in: Rousseau (Fn. 1), S. 41.

#### I. Nationaler Föderalismus

Als Rousseau mit konkreten Verfassungsentwürfen für Korsika und Polen beauftragt wird, rät er beiden Ländern zu ökonomischer Autarkie und militärischer Defensivpolitik.<sup>65</sup>

Für Korsika entwirft er eine direkt demokratische Konstitution.<sup>66</sup> Er rät von einem vertraglichen Außenkontakt ab, da Korsika als kleine Republik unterlegen sei und seine Interessen bei möglichen Bündnissen nicht durchsetzen könne.<sup>67</sup>

Für Polen schlägt Rousseau eine Föderation von 33 Kleinstaaten mit monarchischer Regierung vor.<sup>68</sup> Dadurch solle die Stärke der großen Monarchie mit der Freiheit der kleinen Republiken verbunden werden.<sup>69</sup> In seinem Verfassungsvorschlag konzipiert er eine föderale Struktur der Volkssouveränität. Diese ist auf regionaler Ebene mit größtmöglicher Selbstverwaltung verbunden. Auf Bundesebene akzeptiert er dagegen – weil Volksversammlungen unmöglich seien – eine gewählte Legislative. Die Repräsentanten sollten alle zwei Jahre direkt in den Kommunen gewählt und von dort weisungsgebunden ins Bundesparlament entsandt werden.<sup>70</sup> Ein imperatives Mandat mit genauen Instruktionen sei erforderlich, um in dem Flächenstaat das Entstehen exekutivischer und parlamentarischer Oligarchien zu verhindern.<sup>71</sup>

Obwohl Rousseau Repräsentationssysteme grundsätzlich ablehnt, akzeptiert er damit für existierende Großstaaten selbst eine Föderation aus Kleinstaaten unter einer repräsentativen Demokratie mit Mehrheitssystem im Parlament.<sup>72</sup> Dabei verfolgt er jedoch das Ziel möglichst weitreichender Demokratisierung unter Einbeziehung der gegebenen Umstände.

#### II. Internationaler Föderalismus

Nach Rousseau herrscht zwischen den Staaten ein mit der latenten Gefahr von Krieg verbundener fortdauernder Naturzustand.<sup>73</sup> Wie bei den Menschen, die in Gesellschaft ohne

65 Comtesse, Radikaldemokratische Volkssouveränität für ein postnationales Europa. Eine Aktualisierung Rousseaus (2016), S. 178 und 290; Die Verfassungsentwürfe stellen keine systematischen Beiträge zum Konzept der Volkssouveränität dar, sondern sind Auftragsarbeiten für politische Gruppierungen in den beiden Ländern, die zu der Zeit unter starker äußerer Bedrohung standen.

66 Vgl. Ottmann, Geschichte des politischen Denkens, Bd. 3: Neuzeit, Teil-Bd. 1: Von Machiavelli bis zu den großen Revolutionen (2006), S. 495.

67 Rousseau, Projet de Constitution pour la Corse (1765), in: ders., Œuvres complètes, Bd. III. 5 tomes (Bibliothèque de la Pléiade), Édition publiée sous la direction de Bernard Gagnebin et Marcel Raymond (1964), S. 899 (903); Asbach (Fn. 12), S. 280.

68 Vgl. Rousseau (Fn. 67), S. 899 ff.

69 Fetscher (Fn. 15), S. 177; Ottmann (Fn. 66), S. 483.

70 Zu Rousseaus Konzept zur repräsentativen föderalen Demokratie in Polen vgl. Comtesse (Fn. 68), S. 56 f.

71 Comtesse (Fn. 65), S. 56 f.

72 Vgl. Rousseau (Fn. 37).

73 Während der Mensch aber im Naturzustand gut sei, befinde sich der Staat dort in Beziehung zu anderen Staaten im Kriegszustand (s.o.). So auch

Staat und Gesellschaftsvertrag ungleich und dadurch unfrei sind, bestehe zwischen den Staaten ohne zwischenstaatliche Gesetze Unfreiheit und Angst vor Unterdrückung.<sup>74</sup> Die (europäischen) Staaten seien in einem Zustand der Anarchie, in dem das Recht des Stärkeren gelte. Dieser gewaltsame Naturzustand zwischen den Staaten könne nur durch rechtlich gesicherte, institutionalisierte Strukturen aufgelöst werden.<sup>75</sup>

In einem Staatenbund sind die Staaten zwar durch einen internationalen Vertrag gebunden, doch weiterhin souveräne Einzelstaaten.<sup>76</sup> Während das Individuum beim Abschluss des Gesellschaftsvertrags als Glied der Gemeinschaft agiere und nicht seine Partikularinteressen, sondern den Gemeinwillen vertrete, gäben die souveränen Staaten ihre Selbstbestimmung beim Zusammenschluss zu einer Konföderation gerade nicht auf. In einer solchen Konföderation würden sich hauptsächlich die Interessen der großen, einflussreichen Einzelstaaten durchsetzen.<sup>77</sup> Das Gemeinwohl aller Staaten könne hingegen nur durchgesetzt werden, wenn die Nationalstaaten Teile ihrer Souveränität aufgäben und eine übergeordnete politische Körperschaft, die einen Gemeinwillen bilden könne, verbindliche Entscheidungen träge.<sup>78</sup> Nur eine solche Körperschaft könne auch für eine verbindliche Rechtsdurchsetzung sorgen, an der es bei bloßen Abkommen, die den jederzeitigen Austritt erlauben, fehle.<sup>79</sup> Eine Konföderation ist damit nach *Rousseau* zur Überwindung des staatlichen Naturzustands unzulänglich und eine Föderation anzustreben.<sup>80</sup> Eine solche Föderation basiere auf einem Vertrag, der die Staaten vereinige – ähnlich wie der Gesellschaftsvertrag die Individuen in einem Staat – und den Gesetzen unterordne.<sup>81</sup> Dieser (europäische) Gesellschaftsvertrag werde zusätzlich zum nationalen Gesellschaftsvertrag geschlossen. Dadurch entstehe ein übergeordneter europäischer Gesellschaftskörper.<sup>82</sup>

*Rousseau* möchte für den Bund<sup>83</sup> einen Gerichtshof, der jeden Staat zum Befolgen der Gesetze und der Allgemein-

interessen nötigen könne.<sup>84</sup> Ein ständiger Kongress oder eine Bundesversammlung als Legislative solle sich aus Delegierten der Mitgliedsstaaten zusammensetzen.<sup>85</sup> Eine exekutive Zwangsgewalt müsse zur Durchsetzung der Anordnungen der Bundesversammlung legitimiert sein.<sup>86</sup>

Nur durch die Schaffung einer politischen Gemeinschaft (Föderation), die mit den beschriebenen institutionellen Strukturen ausgestattet sei, könne der staatliche Naturzustand überwunden werden. Eine solche (europäische) Föderation<sup>87</sup> könne einen freien Handel sowie Sicherheit vor kriegerischen Auseinandersetzungen garantieren und Einrichtungen schaffen, die die öffentlichen Ressourcen und das Wohlergehen der Völker mehren.<sup>88</sup>

### 1. Legitime Republiken als Voraussetzung für eine Föderation

Die beschriebene Föderation setzt aber nach *Rousseau* voraus, dass die einzelnen Staaten freiwillig auf die unbeschränkte Rechtsbestimmung verzichten und sich der (europäischen) Rechtszwangsgemeinschaft unterordnen.

*Rousseau* vertritt die Ansicht, dass die zu seiner Zeit ausnahmslos despotisch herrschenden Machthaber nicht freiwillig auf Eroberung und Unterdrückung der Völker verzichten und demnach nicht freiwillig einem europäischen Bund beitreten würden.<sup>89</sup> Eine mit Gewalt erzwungene Föderation sei aber nicht in der Lage, einen dauerhaften Frieden zu sichern, sondern verfestige die bestehenden despotischen Machtverhältnisse und Kriegszustände.<sup>90</sup>

Damit ein (europäischer) Friedensbund entstehen könne, müssten die Länder (Europas) zunächst eine innere Ordnung erhalten, in der anstatt despotischer Herrscher das Volk der Souverän sei und dadurch seine Freiheit zurückgewinne.<sup>91</sup> Bei fortbestehenden despotischen Herrschaftsstrukturen innerhalb der Staaten könne eine supranationale Organisationsstruktur keine Freiheit schaffen. Der (europäische) Bund und ein damit einhergehender Frieden könne also erst die Folge einer inneren Organisation nach republikanischen Prinzipien sein und nicht deren Voraussetzung.<sup>92</sup>

### 2. Umgang mit dem staatlichen Naturzustand

Zusammenfassend erklärt *Rousseau* ausdrücklich die Notwendigkeit des Zusammenschlusses der europäischen

*Fetscher* (Fn. 15), S. 179.

<sup>74</sup> Vgl. auch *Asbach* (Fn. 12), S. 264; nach *Rousseau* (Fn. 1), S. 20 ist die Republik einem fremden Staat gegenüber ein einfaches Wesen (Individuum).

<sup>75</sup> Durch überstaatliche Gesetze entstehe eine Rechtsgemeinschaft, durch die die Staaten wieder frei würden, *Rousseau* (Fn. 51), S. 2; vgl. auch *Witschel*, Von der Utopie zur Wirklichkeit. Die Europaidee des Abbé de Saint-Pierre und ihre Rezeption durch Jean-Jacques Rousseau (2009), S. 41; *Asbach* (Fn. 12), 224 f.

<sup>76</sup> Statt vieler: *Sturm* (Fn. 60), S. 7; *Herdegen*. Völkerrecht, 20. Auflage (2021), S. 94.

<sup>77</sup> *Rousseau* (Fn. 1), S. 53.

<sup>78</sup> Dies beschreibt *Asbach* (Fn. 12), S. 267.

<sup>79</sup> Siehe oben C.III.

<sup>80</sup> *Rousseau* verwendet den Begriff Konföderation, obwohl er inhaltlich eine Föderation beschreibt, vgl. dazu *Asbach* (Fn. 11), S. 266.

<sup>81</sup> *Rousseau* (Fn. 51), S. 15; vgl. auch *Unruh* (Fn. 49), S. 38.

<sup>82</sup> Vgl. *Windenberger*, Essai sur le système de politique étrangère de J.-J. Rousseau. La République Confédérative des Petits États (1900), S. 237 f.; dazu auch *Bloch*, Möglichkeit und Unmöglichkeit internationaler Politik. Rousseaus Auffassung des Krieges, Deutsche Zeitschrift für Philosophie 58(2) (2010), S. 288 (297).

<sup>83</sup> Mit Bund oder Friedensbund ist im Folgenden eine Föderation gemeint.

<sup>84</sup> *Rousseau* (Fn. 51), S. 43.

<sup>85</sup> *Rousseau* (Fn. 51), S. 45; dazu auch *Unruh* (Fn. 49), S. 39.

<sup>86</sup> *Rousseau* (Fn. 51), S. 47.

<sup>87</sup> Für eine europäische Föderation souveräner Staaten nimmt *Rousseau* das von ihm in konstruktivistischer Perspektive idealisierte Heilige Römische Reich als Vorbild und Strukturmodell, vgl. dazu *Asbach* (Fn. 11), S. 233 ff.

<sup>88</sup> *Rousseau* (Fn. 51), S. 77 ff.

<sup>89</sup> Vgl. *Witschel* (Fn. 75), S. 50; *Asbach* (Fn. 12), S. 273 f.

<sup>90</sup> Dazu *Witschel* (Fn. 75), S. 51.

<sup>91</sup> Vgl. *Bloch* (Fn. 82), S. 305; *Rousseau* (Fn. 51), S. 904; *Asbach* (Fn. 12), S. 277; ebenso *Witschel* (Fn. 75), S. 68 ff.

<sup>92</sup> Vgl. *Witschel* (Fn. 75), S. 70; ebenso *Asbach* (Fn. 12), S. 295 ff.

Staaten, um den Naturzustand zwischen den Staaten zu überwinden. Andererseits würde ein solcher Zusammenschluss jedoch zum Bruch des Gesellschaftsvertrags und somit zur Zerstörung der kleinen Republiken führen. Denn die Wahrung der Freiheit der Bürger erfordere die ungeteilte Volkssouveränität, während ein Zusammenschluss von Staaten eine zumindest teilweise Übertragung von Kompetenzen auf den Bund erfordere.<sup>93</sup>

Dadurch kommt *Rousseau* zu dem Ergebnis, dass die kleinen Republiken auf Grundlage des Gesellschaftsvertrags möglichst isoliert von den Nachbarstaaten bestehen müssten.<sup>94</sup> Die Bürger sollten sich mit ihrer Republik identifizieren und sie lieben, damit der individuelle Wille mit dem Gemeinwillen übereinstimme.<sup>95</sup> Internationale Konflikte würden durch die Konzentration auf die Verwirklichung der Volkssouveränität und Freiheit der Menschen sowie den Verzicht auf ökonomisches Konkurrenzdenken und die Abschaffung des Militärs<sup>96</sup> verhindert, vorausgesetzt die Welt bestünde ausschließlich aus den so beschriebenen kleinen Republiken.<sup>97</sup> Da dies – wie *Rousseau* selbst sieht – eine Utopie ist, kann die Idee der Abschottung der Staaten nicht zur Vermeidung von Krieg führen.<sup>98</sup>

Als alternative Lösung schlägt *Rousseau* dann doch<sup>99</sup> einen lockeren (europäischen) Staatenbund vor. Dieser müsste – um die Souveränität der Einzelstaaten aufrechtzuerhalten – sehr engen Grenzen und Funktionszuweisungen unterliegen. Die Kleinstaaten dürften nicht in einem größeren Staat aufgehen, könnten sich aber mit anderen Staaten zu Konföderationen zusammenfinden.<sup>100</sup> Die Konföderation sei folglich ein jederzeit kündbares Zweckbündnis der europäischen Staaten. Es dürfe gerade keine politische Körperschaft mit eigener Handlungsmacht entstehen, sondern nicht mehr als ein defensives Verteidigungsbündnis.<sup>101</sup>

Eine Konföderation nach *Rousseau* ist ein Staatenbund zur Friedenssicherung durch Abschreckung statt durch Institutionen und Gesetze, weshalb der Naturzustand zwischen den Staaten bestehen bleibe.<sup>102</sup> Er kommt zu dem Schluss, dass es keine Möglichkeit gebe, diesen Natur-

zustand aufzulösen, weder in der Gegenwart noch zukünftig.<sup>103</sup>

### 3. Bewertung von Rousseaus Gedanken zum Föderalismus

Bei *Rousseaus* Suche nach einem europäischen Friedenskonzept entsteht ein komplexes Bild der Probleme der internationalen Ordnung sowie deren Auflösungsmöglichkeiten, das allerdings teilweise in sich widersprüchlich ist. Letztendlich argumentiert er für eine Konföderation der (europäischen) Staaten als ein Verteidigungsbündnis.<sup>104</sup> Ein solches kann Krieg aber nur so lange vermeiden, wie die Staaten sich an das Vereinbarte halten. Dauerhafter Frieden ohne Kriegsgefahr ist damit nicht garantiert. Es fehlt an konzeptionellen Ideen, zur dauerhaften Bindung der Staaten an die Bündnisvereinbarungen. Die Staaten verbleiben in einer Konföderation weiterhin in einem Verhältnis zueinander, das Krieg durch die abschreckende Macht des Stärkeren unterdrückt, einen dauerhaften Frieden aber nicht garantieren kann.<sup>105</sup>

Wenn die Werke *Rousseaus* in ihrer Entstehungsreihenfolge gelesen werden, ergibt sich der nachgezeichnete Argumentationsstrang. Seine tiefgehenden Überlegungen zu Freiheit, Demokratie und Friede sind eine zeitlose Grundlage für weiterführende politische Diskurse zu individueller und gesellschaftlicher Freiheit und Gerechtigkeit.

Im Zentrum der Suche nach einem Lösungskonzept für die beschriebenen zwischenstaatlichen Probleme steht für *Rousseau* die Möglichkeit, eine die Freiheit der Bürger:innen garantierende Volkssouveränität in kleinen Republiken zu verwirklichen. Er hält jedoch eine internationale Verwirklichung einer gerechten politischen Ordnung für unmöglich und kommt damit zu dem Schluss, dass auf internationaler Ebene die latente Kriegsgefahr niemals endgültig überwunden werden könne.<sup>106</sup>

Das Problem der internationalen Organisation der Beziehungen zwischen den Staaten ist heute auf Grund der Globalisierung ganz besonders aktuell. *Rousseau* sieht, dass es zur Schaffung einer friedlichen, gerechten Welt internationaler verbindlicher Übereinkommen und politischer Institutionen bedarf. Dies ist – wie *Rousseau* überzeugend feststellt – nicht allein durch lockere (Defensiv-)Bündnisse souveräner Staaten zu erreichen, denn diese funktionieren nur, solange sich die Staaten freiwillig an die Regeln halten.

*Rousseau* zieht ein wichtiges, auch von *Kant*<sup>107</sup> aufgenommenes Fazit: Frieden und Freiheit können nur ge-

93 *Rousseau* (Fn. 1), S. 20.

94 Vgl. dazu *Fetscher* (Fn. 15), S. 207 f.

95 Vgl. *Rousseau*, Discours sur l'économie politique, in: Sozialphilosophische und Politische Schriften (1981), S. 240. Als Vorbild für die Vaterlandsliebe beschreibt *Rousseau* die Schweiz als Konföderation souveräner Kantone.

96 Stattdessen solle jeder Bürger im Kriegsfall unmittelbar zum Soldaten werden, vgl. *Rousseau* (Fn. 1), S. 153.

97 Vgl. auch *Asbach* (Fn. 12), S. 285.

98 *Asbach* (Fn. 12), S. 286.

99 Zu dem insoweit eintretenden Widerspruch vgl. D.II.1.

100 Diesen Staatenbund beschreibt *Fetscher* (Fn. 15), S. 179.

101 Vgl. *Carter*, Rousseau and the Problem of War (1987), S. 186.

102 Vgl. dazu *Hoffmann*, Rousseau on War and Peace, in: ders.: The State of War. Essays on the Theory and Practice of International Politics (1965), S. 54 (80).

103 So auch *Carter* (Fn. 101), S. 190: »the problem of international society as a 'state of nature' remains intractable«.

104 Vgl. D.II.3.

105 Zu dem Ergebnis kommt auch *Asbach* (Fn. 12), S. 289.

106 Vgl. dazu *Carter* (Fn. 101), S. 212 f.

107 Vgl. *Kant*, Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf (1795), Akademie-Ausgabe VIII, S. 341 (351); *ders.*, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis (1793), Akademie-Ausgabe VIII, S. 273 (310).

schaffen werden, wenn die Interessen der Bürger:innen beachtet werden. Ganz richtig erkennen beide, dass die Staatenwelt durch die Veränderung der innergesellschaftlichen und staatlichen Verhältnisse »von unten« demokratisiert und reformiert werden muss.<sup>108</sup> Nur wenn in kleinen Gesellschaften Recht, Freiheit und Friede herrscht, können diese Strukturen komplementär auf höhere (internationale) Ebenen übernommen werden.

Das Problem der internationalen Beziehungen ist heute, dass es zwar internationales Recht und überstaatliche Organisationen gibt, aber keinen internationalen Gesellschaftskörper (Weltstaat) als souveräne Instanz mit Rechtssetzungs- und Rechtsdurchsetzungsbefugnissen.<sup>109</sup> Nur wenn die Staaten bereit sind, Teile ihrer Souveränität an eine übergeordnete Instanz zu übertragen, kann der weiterhin bestehende »Naturzustand« aufgehoben werden. Dabei ist allerdings mit *Rousseau* Vorsicht geboten: Je weiter die Souveränität des Volkes von kleinen staatlichen Einheiten auf größere Staatsgebilde abgegeben wird, desto weiter entfernt sich die Entscheidungsfindung von den einzelnen Bürger:innen. Es wird nicht nur eine Übertragung der Entscheidungsfindung auf Repräsentant:innen nötig sondern sogar eine mehrgliedrige Kette von Repräsentant:innen der Repräsentant:innen (mehrstufige Souveränität). Die Souveränität ist aber nach *Rousseau* unveräußerlich,<sup>110</sup> sodass eine Lösung zur Aufhebung des staatlichen »Naturzustands« ausbleibt.

Die bisweilen unmöglich umsetzbaren Ansätze *Rousseaus* zu legitimen Republiken dürfen – auch aufgrund der gebotenen Auslegung im zeitlichen Kontext – nicht als streng zu realisierende Vorgaben verstanden werden. Sie können heute vielmehr dazu dienen, bestehende Defizite unserer Demokratien zu erkennen und uns als Zielvision dabei helfen, Machtansammlungen aufzubrechen und den Bürger:innen mehr Mitspracherechte einzuräumen. Wir lernen von *Rousseau*, dass Demokratie – also Volkssouveränität – unumgänglich für die Freiheit der Bürger:innen ist. Die Menschen sind nur frei, indem sie ihr Zusammenleben durch Gesetze selbst regeln und alle am Gesetzgebungsprozess (zumindest repräsentativ) Beteiligten an diese Gesetze gebunden sind.

## E. Ausblick auf eine demokratische, globalisierte Welt

Seit *Rousseau* seine Werke verfasst hat, ist die Welt globaler geworden. International zu behandelnde Problemfelder gehen inzwischen weit über die Friedenssicherung hinaus und erstrecken sich insbesondere auch auf ökonomische und ökologische Bereiche. Die Nationalstaaten verlieren bei internationalen Fragen an Steuerungsmöglichkeiten.<sup>111</sup> Sie

übertragen Kompetenzen an überstaatliche Organisationen. Durch entstehende supranationale Rechtsordnungen wird die Souveränität der Nationalstaaten modifiziert.<sup>112</sup> Gleichzeitig sind Staaten nicht mehr die einzigen Akteure der Weltpolitik, sondern »*global player*« – wie Wirtschaftsunternehmen, Banken und NGOs – gewinnen an Macht. Diese Entwicklung ist nach *Rousseaus* Konzepten problematisch, denn für ihn ist entscheidend, dass das Volk der Souverän ist und alle Bürger:innen zusammen auf der Grundlage des Gemeinwillens entscheiden. Er ist mithin gegen jegliche Macht von Interessenverbänden, Handelsgesellschaften, Großkirchen, NGOs u.a., denn diese richten sich nur nach einem Partikularwillen.<sup>113</sup>

Die altbekannten, durch den demokratischen Rechtsstaat<sup>114</sup> weitgehend einer Lösung zugeführten Probleme der Macht der Wirtschaft sowie des Pluralismus der Weltbilder, Religionen und Kulturen werden durch die Globalisierung der Märkte, der Politik und des Rechts neu entfacht.<sup>115</sup> Die Unfreiheit der Menschen, der *Rousseau* in seinen Werken versucht entgegenzuwirken, verbreitet und globalisiert sich im 21. Jahrhundert mit wachsenden, freien Märkten und vernetzten Börsen.<sup>116</sup>

Globale Demokratie ist der einzige Schutz vor einer Unterdrückung der Schwachen.<sup>117</sup> Dabei lebt heute nur ungefähr die Hälfte der Weltbevölkerung in Demokratien,<sup>118</sup> in denen die Selbstbestimmung des Volkes zusätzlich fast ausschließlich auf das Wählen von Repräsentant:innen beschränkt ist. Solche repräsentativen Demokratien sind nur gekürzte Versionen der Vision von *Rousseau*.

Es könnte nach den Theorien von *Rousseau* auch für Separatismen und eine Abschottung von Kleinstaaten plädiert werden. Dies ist allerdings in Zeiten der Globali-

—  
 rung in die internationalen Beziehungen (2013), S. 34; *Osterhammel/Petersson* (Fn. 4), S. 11.

112 Dazu auch *Kirste*, Politische Partizipation und globale Politik – Zur menschenrechtlichen Begründung eines Rechts auf globale Partizipation, in: *Reinau/Ungern-Sternberg* von, Politische Partizipation. Idee und Wirklichkeit von der Antike bis in die Gegenwart (2013), S. 309 (311).

113 Zum Widerspruch zwischen Interessengruppen und dem Gemeinwillen vgl. *Müller* (Fn. 45), S. 18.

114 Zu Rechtsstaat vgl. *Müller* (Fn. 45), S. 51: Alle Funktionen insbesondere die Gesetzgebung, stehen unter der Verfassung. Die Exekutive wie die Justiz stehen zusätzlich unter dem Gesetz.

115 Vgl. *Brunkhorst*, Ist die Solidarität der Bürgergesellschaft globalisierbar?, in: *Brunkhorst/Kettner* (Hrsg.), Globalisierung und Demokratie (2000), S. 274 (284 f.).

116 Vgl. *Müller* (Fn. 45), S. 18; *Rousseau* spricht sich gegen eine Versklavung von Menschen aus, vgl. *Rousseau* (Fn. 1), S. 10 ff.

117 Die Ansicht, dass nur das Gesetz die Menschen in Gesellschaft befreit, vertritt auch *Rousseau* in seinen Werken. Allerdings ist im Gegensatz zu *Rousseaus* Ansicht auch schon die repräsentative Demokratie ein Weg zur Erlangung der Freiheit, solange trotzdem alle Macht durch das Volk legitimiert wird. Dabei verdünnt sich aber die Freiheit mit zunehmender Länge der Legitimationsketten sowie mit zunehmender Anzahl der abstimmenden Menschen.

118 Vgl. *The Economist Intelligence Unit*, Democracy Index 2020: In Sickness and in Health? (2021). Als Demokratien sind hier vollständige und unvollständige Demokratien gemeint.

108 Vgl. *Müller* (Fn. 45), S. 59 f., 68; *Witschel* (Fn. 75), S. 69.

109 Über die Anarchie als Ordnungssystem des internationalen Systems vgl. statt vieler *Schimmelfennig*, Internationale Politik, in: *Lauth/Wagner* (Hrsg.), Politikwissenschaft. Eine Einführung, 10. Auflage (2020), S. 143 (144 ff.).

110 *Rousseau* (Fn. 1), S. 28 f.

111 Vgl. statt vieler *Neyer*, Globale Demokratie. Eine zeitgemäße Einfüh-

sierung noch unrealistischer als zu *Rousseaus* Lebzeiten. Eine Abschottung wäre zudem nicht wünschenswert, da zahlreiche Probleme – wie der Umweltschutz und eine gerechte Ressourcenverteilung – nur grenzüberschreitend zu lösen und stabile Handelsbeziehungen schon für eine heute angemessene Versorgung erforderlich sind.

Zur Schaffung von internationalem Frieden und Freiheit könnte ein föderaler Weltstaat mit Rechtssetzungs- und Rechtsdurchsetzungskompetenz nach der Vorstellung von *Kant* eine Lösung darstellen.<sup>119</sup> Um eine globale Souveränität der Menschen zu gewähren, müsste der Weltstaat wie ein demokratischer Verfassungsstaat aufgebaut sein und sich föderal aus demokratischen Verfassungsstaaten zusammensetzen.

Andererseits müssen auch *Rousseaus* Bedenken zur Übertragung von Macht an supranationale Organisationen oder gar einen Weltstaat mitgedacht werden. Selbst wenn die Übertragung von Macht durch das Volk legitimiert ist, vermindert sich das Mitspracherecht der Bürger:innen, je größer die Rechtsgemeinschaft und je länger die Legitimationskette wird. Damit das Volk möglichst selbstbestimmt Entscheidungen treffen kann, ist daher eine gestufte Souveränität notwendig. Auf unterster Stufe (in Städten und Gemeinden) sollte es viele direkt-demokratische Elemente nach dem Vorbild von Porto Alegre<sup>120</sup> geben. Auf den weiteren Ebenen der Bundesländer und Nationalstaaten könnten die Entscheidungen überwiegend von gewählten Repräsentant:innen getroffen werden. Dann folgt die Ebene der supranationalen Organisationen und schließlich die des Weltstaates, an welche die Souveränität nur so weit wie unbedingt erforderlich abgegeben werden sollte.<sup>121</sup> Da die Souveränität und damit Freiheit der Bürger:innen wächst, je kleiner die Organisationseinheit wird, müssen weitreichende Kompetenzen bei den kleinstmöglichen Struktureinheiten verbleiben.

## F. Fazit

Schon im 18. Jahrhundert überlegte *Rousseau*, wie die Menschen national und international das Recht des Stärksten durch eine die Freiheit und Selbstbestimmung des Einzelnen ermöglichende Rechtsordnung verbannen könnten. Gerade im Zeitalter der Globalisierung, in dem Probleme nicht mehr ausschließlich auf Ebene der Nationalstaaten gelöst werden können, wird die Frage der Umsetzung von Freiheit durch Selbstbestimmung wieder aktuell.

*Rousseau* kommt zu dem Schluss, dass Menschen in Gesellschaft nur frei sein können, wenn sie sich als Untertanen nur den Gesetzen unterwerfen, die sie selbst als Souverän mit entworfen haben. Eine solche direkte Demokratie funktioniert allerdings nur in kleinen Republiken, in denen das gesamte Volk zusammenkommen könne.

Die Staaten befinden sich nach *Rousseau* in einem gewaltsamen Naturzustand, bevor sie ihre Beziehung zueinander verbindlich regeln. Zum Umgang mit dem herrschenden staatlichen Naturzustand wurden drei Lösungswege vorgestellt. Die Isolation kleiner Staaten wurde als unrealistisch und nicht wünschenswert verworfen.

Durch die Bildung von Konföderationen zu verschiedenen Themen verlören die Mitgliedsstaaten und deren Bürger:innen zwar nicht ihre Souveränität; die Entscheidungen würden allerdings von den großen und reichen Mitgliedsstaaten dominiert, während Kleinstaaten ihre Interessen nicht hinreichend durchsetzen könnten. Eine Konföderation führt daher nicht zur Freiheit und Gleichberechtigung der Staaten.

Um eine gleichberechtigte Selbstbestimmung aller Menschen oder zumindest der von diesen legitimierten Staaten zu garantieren, muss es eine den Nationalstaaten übergeordnete internationale Körperschaft mit Rechtsetzungs- und Rechtsdurchsetzungsbefugnissen geben. Eine solche supra- oder internationale Föderation müsste ebenfalls zumindest von den Mitgliedsstaaten, besser aber unmittelbar von der Weltbevölkerung demokratisch legitimiert sein. Problematisch ist bei einem solchen Weltstaat zwar, dass eine direkte Demokratie ausgeschlossen ist und das Volk nur durch die Wahl von Repräsentant:innen handeln könnte. Außerdem verkürzt sich der Einfluss der Stimme mit der Anzahl der Wählenden, wodurch das Mitbestimmungsrecht des Einzelnen auf trans- oder internationaler Ebene minimal wäre. Trotzdem kann nur eine souveräne demokratische überstaatliche Körperschaft dazu führen, dass das Gemeinwohl aller Staaten und deren Bürger:innen verwirklicht wird. Dabei sollten jedoch Gesetzgebungskompetenzen nur so weit wie unbedingt erforderlich an inter- oder transnationale Körperschaften übertragen werden, damit die unterste Ebene (Gemeinde und Städte) mit möglichst vielen Kompetenzen ausgestattet bleibt. Die unterste Ebene könnte zudem den Bürger:innen über Elemente der direkten Demokratie mehr Mitbestimmungsrechte ermöglichen. Ein föderaler Weltstaat könnte so zu mehr Freiheit, Gerechtigkeit und Frieden beitragen.

<sup>119</sup> Zu *Kants* Vorstellungen zum Weltstaat vgl. *Kant*, *Zum ewigen Frieden*. Ein philosophischer Entwurf (1795), Akademie-Ausgabe VIII, S. 341 (341 ff.). Die Theorien von *Rousseau* hatten auf *Kants* Werke großen Einfluss, siehe *Unruh* (Fn. 49), S. 42 f.

<sup>120</sup> Zu Porto Alegre vgl. Fn. 45.

<sup>121</sup> Zum Mehrebenensystem im Weltstaat vgl. *Stichweh*, *Dimensionen des Weltstaats im System der Weltpolitik*, in: Albert/Stichweh (Hrsg.), *Weltstaat und Weltstaatlichkeit*. Beobachtungen globaler politischer Strukturbildung (2007), S. 25 (25 ff.).

## GdR Aufsatz

Christoph Schuch\*

# Rückkehr nach Lemberg und die Geburtsstunde des Völkerstrafrechts

Eine recht literarische Völkerstrafrechtsgeschichte

Als Grundlagenbeitrag im Bereich des Forschungsfelds *Recht und Literatur* behandelt der Aufsatz die Verknüpfung zwischen Rechtsgeschichte und Literatur. Anhand Philippe Sands Rückkehr nach Lemberg wird die Entstehungsgeschichte des Völkerstrafrechts, die Entwicklung des Begriffs bzw. Tatbestands Verbrechen gegen die Menschlichkeit und dessen Verknüpfung mit dem Völkerrechtler Hersch Lauterpacht dargestellt.

## A. Einleitung

»Each and every one of these cases also involves personal stories.«

»We should not limit ourselves to considerations on what goes on in the courtroom. We also have to think what happened outside the courtroom, beyond the courtroom and to those who never make it to the courtroom.«<sup>1</sup>

Mit diesen Sätzen begann und schloss der Völkerrechtler Philippe Sands eine anlässlich des Jubiläums der Nürnberger Prozesse gehaltene Vorlesung über das Völkerstrafrecht und betonte so einmal mehr die Relevanz des außerhalb und vor Gerichtsverhandlungen Geschehenen. Wie dies für einzelne Rechtsfälle gilt, ist dieser Gedanke auch für die Rechtsgeschichte, die die Entstehung und Veränderung von Recht beschreibt, von essenzieller Bedeutung.<sup>2</sup> So auch für die Geschichte des Völkerstrafrechts, um die es im Folgenden gehen soll.

Der vorliegende Aufsatz hat das Ziel, die Entstehungsgeschichte des Begriffs respektive Tatbestands *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* bis zum Ende der Nürnberger Prozesse, der ›Geburtsstunde des Völkerstrafrechts‹, nachzuvollziehen und in diesem Zusammenhang die Rolle des Völkerrechtlers Hersch Lauterpacht (1897–1960) zu

untersuchen.<sup>3</sup> Unter *Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, einem *core crime* des Völkerstrafrechts, das den Fokus auf Individuen legt, versteht man heute einen ausgedehnten oder systematischen Angriff gegen jegliche Zivilbevölkerung.<sup>4</sup>

Der Schwerpunkt, der in der historischen Darstellung auf Lauterpacht gelegt wird, gründet sich auf der Tatsache, dass dieser im Hinblick auf den Tatbestand immer wieder als dessen Schöpfer genannt wird – so auch mit großem Erfolg von eingangs zitiertem Philippe Sands in seinem Werk *Rückkehr nach Lemberg*.<sup>5</sup>

Sands beschreibt in *Rückkehr nach Lemberg* Rechtsgeschichte in literarischer Form, weshalb dieses im Sinne des Forschungsfelds *Recht und Literatur* für den vorliegenden Aufsatz als Vergleichswerk zur rechtshistorischen Darstellung dient.<sup>6</sup> Diese Vorgehensweise ermöglicht zum einen eine anschauliche Annäherung an die bzw. Ergänzung der Historiographie des Völkerstrafrechts, da Sands selbst ein Beispiel für die Erzählung persönlicher Geschichten und außerhalb von Gerichtssälen Geschehenem liefert. Zum anderen – und darauf liegt der Schwerpunkt dieses methodischen Vorgehens – soll das literarische Werk *Rückkehr nach Lemberg* als Vergleichs- und Analysegegenstand der akademischen Geschichtsschreibung dienen, um Gemeinsamkeiten und Unterschiede formaler sowie inhaltlicher Art zwischen diesen beiden Formen des Erzählens aufzuzeigen.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Die ursprüngliche Arbeit hatte ferner Raphael Lemkin und den Tatbestand des *Genozids* zum Gegenstand, deren Verknüpfung – auch im Vergleich mit Lauterpacht – hier aus Platzgründen ausgespart wird.

<sup>4</sup> Siehe dazu Art. 6 und 7 des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes; vgl. ferner Ambos, *Internationales Strafrecht*, 5. Auflage (2018), S. 240 ff., 262 ff.

<sup>5</sup> Sands, *Rückkehr nach Lemberg – Über die Ursprünge von Genozid und Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Eine persönliche Geschichte* (2018). Mit ähnlichen Ansätzen Troebst (Transit Online), Lemkin and Lauterpacht in Lemberg and Later, 23.8.2013, <https://www.iwm.at/transit-online/lemkin-and-lauterpacht-in-lemberg-and-later-pre-and-post-holocaust>, zuletzt abgerufen am 27.6.2022; Vrdoljak, Lauterpacht and Lemkin in Modern International Law, *European Journal of International Law* 2010, S. 1163 ff.

<sup>6</sup> Vgl. dazu grundlegend Posner, *Law and Literature* (1988); Weitin, *Recht und Literatur* (2010); Greiner, *Das Forschungsfeld ›Recht und Literatur‹*, in: Greiner/Thums/Vitzthum (Hrsg.), *Recht und Literatur*, S. 7 ff.; Lüderssen, *Die Juristen und die schöne Literatur – Stufen der Rezeption*, in: ders. (Hrsg.), *Produktive Spiegelungen*, 2. Auflage (2002), S. 3 ff.; s. dazu auch Schuch et al., *Recht und Literatur – Ein interdisziplinärer Forschungsüberblick mit Werkstattbericht*, GRZ 2021, S. 120–130.

<sup>7</sup> S. dazu die Ausführungen und Konkretisierung unter C.II.

\* Christoph Schuch ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Humboldt-Universität zu Berlin im Forschungsprojekt Antisemitismus und Justiz (Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Geschlechterstudien).

Der vorliegende Aufsatz basiert auf einer Seminararbeit, die im Wintersemester 2020/21 im Rahmen des Seminars „Recht und Literatur: Vom Mittelalter bis zur Zeitgeschichte“ bei Frau Prof. Dr. Eva Schumann verfasst und mit dem Nachwuchspreis der Göttinger Vereinigung zur Pflege der Rechtsgeschichte e. V. ausgezeichnet wurde.

<sup>1</sup> Die Zitate stammen aus der Eröffnungsvorlesung der Nuremberg Academy Lectures vom 24. November 2020: Sands, *From East West Street to The Ratline and Beyond*, abrufbar unter [https://www.youtube.com/watch?v=DP9\\_chtDP3g](https://www.youtube.com/watch?v=DP9_chtDP3g), zuletzt abgerufen am 27.6.2022.

<sup>2</sup> Noltenius/Roßner/Schuster-Oppenheim, *Annäherung an die Rechtsgeschichte*, in: Krüper (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts*, 4. Auflage (2021), S. 130 ff.

## B. Rückkehr nach Lemberg als Vergleichswerk

Im Sinne einer Annäherung an das Werk *Sands'* soll dessen Inhalt nach einigen bibliographischen Informationen kurz zusammengefasst werden. Weiter soll eine allgemeine sowie eine Einordnung aus der Perspektive des Forschungsfelds *Recht und Literatur* den Rahmen für die darauffolgende Darstellung sowie Analyse konkretisieren.

### I. Bibliographische Informationen

Das Werk, dessen vollständiger Titel *Rückkehr nach Lemberg – Über die Ursprünge von Genozid und Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Eine persönliche Geschichte* lautet, erschien nach der englischsprachigen Erstveröffentlichung im Jahr 2016 zwei Jahre später in deutscher Übersetzung.<sup>8</sup> Es zählt in dieser 505 Seiten und gliedert sich in zehn Kapitel, exklusive Prolog und Epilog. Der Autor *Philippe Sands* ist Rechtsprofessor am University College London und tritt zudem als Anwalt in zahlreichen internationalen Verfahren auf.<sup>9</sup>

### II. Kurze Inhaltsübersicht

*Philippe Sands* schildert in *Rückkehr nach Lemberg* anknüpfend an die Biographie seines Großvaters und die der beiden Völkerrechtler *Hersch Lauterpacht* und *Raphael Lemkin* die Entstehung des Völkerstrafrechts, insbesondere der beiden Tatbestände *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* sowie *Völkermord*. Verbindendes Element der Erzählung ist der Ort Lwiw (Lemberg), der heute in der Ukraine liegt, jedoch in der Geschichte unter wechselnden Herrschaftsverhältnissen stand. In diesem Ort haben sowohl *Sands'* Großvater *Leon Buchholz* als auch *Hersch Lauterpacht* sowie *Raphael Lemkin* Ende des 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts für längere Zeit gelebt und letztere auch studiert.

Durch die Einladung, einen Vortrag an der Universität Lwiw zu halten, sah sich *Sands* veranlasst, dem Schicksal seiner eigenen Familie, die lange im und um den Ort angesiedelt war, sowie der Geschichte der beiden Personen, die so eng mit der Begriffsentstehung der großen völkerstrafrechtlichen Tatbestände in Verbindung gebracht werden, nachzuspüren. Infolgedessen schildert *Sands* seine Recherche sowie deren Ergebnisse zu seinem Großvater *Leon*, seinen Familienangehörigen sowie *Lauterpacht* und *Lemkin*.

Alle drei Männer wachsen Anfang des 20. Jahrhunderts als Juden in Osteuropa auf und verbringen Phasen ihres Lebens in Lwiw. Aus verschiedenen Gründen – beruflichen, des wachsenden Antisemitismus und Beginns des Zweiten Weltkriegs wegen – verlassen sie die Stadt in Richtung Wien, später Paris (*Leon*), London (*Lauterpacht*) und North Carolina (*Lemkin*), um sich so im Exil in Sicherheit vor den

Nationalsozialisten zu bringen. Auf unterschiedliche Arten – *Leon* durch zivile Unterstützung des Widerstands, *Lauterpacht* und *Lemkin* als Juristen im Exil – versuchen sie ihren Teil im Kampf gegen die Nationalsozialisten beizusteuern.

Als vierte Biografie reiht *Sands* noch die *Hans Franks* ein, der in seiner Laufbahn unter den Nationalsozialisten unter anderem Generalgouverneur der in Polen besetzten Gebiete war, also auch über Lwiw herrschte und dort die Judenverfolgung als Teil des Holocausts organisierte. Der Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozess bildet die Schlusskapitel des Buches, in denen alle Akteure gewissermaßen wieder zusammenfinden: *Hans Frank* auf der Anklagebank, *Lemkin* sowie *Lauterpacht* als juristische Experten auf Seiten der Anklage und *Sands* Großvater *Leon* in Paris, der den Prozess dort über das Radio verfolgt.

### III. Einordnung und Analyserahmen

Die Einordnung des Werks gestaltet sich nicht besonders einfach, da es überaus vielschichtig ist und *Sands* sehr verschiedene Erzählformen sowie Stile nutzt. Auch lässt es sich im Hinblick auf ein Genre nicht eindeutig zuordnen.<sup>10</sup> *Sands* erzählt in mehreren Erzählsträngen verschiedene individuelle Schicksale sowie allgemeinere Entwicklungen, schildert implizit sowie explizit seine Recherche und deren Ergebnisse, die auf Fotos, Briefen, Zeitzeugnissen und vielen weiteren Quellen beruhen. Weiter schreibt er näher und teilweise weniger nah an diesen historischen Quellen, schildert mal Haupt- und mal Nebensächliches. *Sands* selbst konstatiert bezüglich seiner Schreibfähigkeit allgemein:

»The law caused me to write as I did in *East West Street: dispassionate, restrained, addressed with facts and tiny details just like being in court. But my writing is also informed by my legal training.*«<sup>11</sup>

Vor diesem Hintergrund stellen sich Fragen um die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen akademischer und literarischer Geschichtsschreibung, die auch das Forschungsfeld *Recht und Literatur* beschäftigen.<sup>12</sup> Vor allem *Michael Stolleis* hat skizziert, wie die Rechtsgeschichte mit der Literatur zusammenhängt und welche Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen diesen bestehen.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> Für die Vielschichtigkeit des Buches und das Vereinen verschiedener Erzählstränge ist *Sands* viel gelobt worden, vgl. *Stegelmann* (Der Spiegel), Auf der Suche nach Miss Tilney, 26.1.2018, <https://www.spiegel.de/spiegel/literaturspiegel/d-155453562.html>, zuletzt abgerufen am 27.6.2022; *Thadden* (Die ZEIT), Wer war Miss E. M. Tilney, 26.8.2016, <https://www.zeit.de/2016/33/east-west-street-juden-familiengeschichte-philippe-sands/komplettansicht>, zuletzt abgerufen am 27.6.2022; kritisch hingegen *Moses* (Lawfare Blog), Popularizing the History of International Criminal Law, 2.6.2016, <https://www.lawfareblog.com/popularizing-history-international-criminal-law>, zuletzt abgerufen am 27.6.2022.

<sup>11</sup> *Sands* (Fn. 1).

<sup>12</sup> Vgl. dazu grundlegend *Posner* (Fn. 6), S. 1 ff.; *Weitin* (Fn. 6), S. 7 ff., 75 ff.; *Greiner* (Fn. 6), S. 7 ff.; *Lüderssen* (Fn. 6), S. 3 ff.

<sup>13</sup> Praktisch hat dieser sich auch mehrfach im Bereich *Recht und Literatur* erprobt durch Analysen und Rechtsgeschichten, vgl. *Stolleis*, Das Auge des Gesetzes (2004), S. 7 ff.; *ders.* Margarethe und der Mönch (2015), S. 7 ff.

<sup>8</sup> Der englische Titel lautet *East West Street – On the Origins of Genocide and Crimes Against Humanity*.

<sup>9</sup> Vgl. dazu die biografischen Angaben auf der Website des University College London, abrufbar unter <https://www.ucl.ac.uk/laws/people/prof-philippe-sands-qq>, zuletzt abgerufen am 27.6.2022.

Während historische Literatur auch als Quelle zum Verständnis vergangenen Rechts dienen kann und sich somit eine Form der Erkenntnismöglichkeit dieser offenbart,<sup>14</sup> hat *Stolleis* – maßgeblich in Anlehnung an *Hayden White* – vielmehr theoretisch die Eigenarten des akademischen und literarischen Schreibens über Historisches herausgearbeitet.<sup>15</sup>

Rechtshistoriker:innen und Schriftsteller:innen bedienen sich beide der Sprache und erzählten, so *Stolleis*. Dabei sei ihnen der direkte Zugang zu den Fakten, der Wahrheit versperrt und somit stets Zuschreibung und Interpretation vonnöten.<sup>16</sup> Das führe dazu, dass die »Grenze zwischen Historiographie (Rechtsgeschichte eingeschlossen) und dichterischer Nachschöpfung durchlässig wird.«<sup>17</sup> Letztlich reduziere sich der Unterschied auf die Kontrollierbarkeit durch Quellen und die wissenschaftliche Redlichkeit und deren Regeln, die der künstlerischen Freiheit und Offenheit des Erzählens gegenüberstünden.<sup>18</sup> Nicht belegbare Geschehnisse und Geschichten seien Rechtshistoriker:innen aufgrund der Regeln der Geschichtswissenschaft grundsätzlich versperrt, während Schriftsteller:innen derartige Lücken kreativ füllen können.<sup>19</sup> Neben Orts- oder Personenverschiebungen können diese beispielsweise Atmosphäre, Stimmungen, Bilder und Blicke schaffen und erfinden.<sup>20</sup>

*Rückkehr nach Lemberg* kann trotz zahlreicher Belege in den Anmerkungen nicht als Historiographie eingeordnet werden. Unter Berücksichtigung neuerer literaturwissenschaftlicher Forschung lässt sich das Werk wohl dem *romanhaften Erzählen von Geschichte* zuordnen.<sup>21</sup> Als Sonderfall der Erzählung lässt sich dieses beschreiben als »im faktualen Kontext situiertes, jedoch außerhalb der akademischen Geschichtsschreibung an ein breiteres Publikum gerichtetes historisches Erzählen«, das sich größere erzählerische Freiheit herausnimmt, aber gleichzeitig einen Wirklichkeitsanspruch hat.<sup>22</sup> Diesem eigen ist die typisch hybride Form und die Möglichkeit, mehrere Genres einzubeziehen.<sup>23</sup> Dazu

<sup>14</sup> Vgl. dazu allg. Greiner (Fn. 6), S. 14 f.; Pieroth, *Recht und Literatur – Von Friedrich Schiller bis Martin Walser* (2015), S. XIII; exemplarisch für eine solche Vorgehensweise in Bezug auf das römische Recht: Schiemann, *Römische Literatur als rechtsgeschichtliche Quelle*, in: Greiner/Thums/Vitzthum (Hrsg.), *Recht und Literatur*, S. 75 ff.

<sup>15</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden *Stolleis*, *Rechtsgeschichte und Literatur*, in: Weber (Hrsg.), *Recht und Juristen im Spiegel von Literatur und Kunst*, S. 11 ff.; ders., *Rechtsgeschichte schreiben* (2008), S. 18 ff. Die Theorie *Whites*, der *Stolleis* hier folgt und die ansonsten in der deutschen Rechtswissenschaft bedauerlicherweise kaum rezipiert wurde, ist maßgeblich niedergelegt in *White*, *Metahistory – The Historical Imagination in Nineteenth-century Europe* (1973).

<sup>16</sup> *Stolleis* (Fn. 15a), S. 13 ff.; *Stolleis* (Fn. 15b), S. 18 ff., 33.

<sup>17</sup> *Stolleis* (Fn. 15a), S. 16.

<sup>18</sup> *Stolleis* (Fn. 15a), S. 16; *Stolleis* (Fn. 15b), S. 38.

<sup>19</sup> *Stolleis* (Fn. 15a), S. 20 ff.; *Stolleis* (Fn. 15b), S. 39.

<sup>20</sup> *Stolleis* (Fn. 15a), S. 17 ff.

<sup>21</sup> Vgl. dazu *Fulda/Jaeger*, *Romanhaftes Erzählen von Geschichte* (2019).

<sup>22</sup> *Dam*, *Geschichtserfahrung und Metahistoriographie in populären Geschichtserzählungen der Gegenwart*, in: *Fulda/Jaeger* (Hrsg.), *Romanhaftes Erzählen von Geschichte*, S. 57 ff. (62 f.).

<sup>23</sup> Vgl. dazu *Fulda/Jaeger*, *Romanhaftes Geschichtserzählen*, in: *Fulda/Jaeger* (Hrsg.), *Romanhaftes Erzählen von Geschichte*, S. 1 ff.; *Dam* (Fn.

gehören im Falle *Rückkehr nach Lemberg* unter anderem die historische Detektivgeschichte, Familiengeschichte, Holocaust-Geschichte aus dritter Generation und der Rechts-Thriller.<sup>24</sup>

Aus den vorhergehenden Ausführungen, der Berücksichtigung des Forschungsgegenstands bzw. -interesses des Feldes *Recht und Literatur* lässt sich ein Analyserahmen für die Einbindung von *Sands'* Werk als Vergleichswerk der historiographischen Darstellung der Tatbestandsentstehung festlegen. Dieser umfasst die Fragestellungen, wie *Sands* die rechtshistorischen Entwicklungen und Probleme verarbeitet und darstellt.<sup>25</sup> Weiter, inwieweit sich die Erzählung *Sands'* in *Rückkehr nach Lemberg* mit der Entstehungsgeschichte und der historischen Entwicklung nach dem aktuellen Forschungsstand der Rechtsgeschichte deckt – gewissermaßen *Rückkehr nach Lemberg* im Spiegel der Völkerrechtshistoriographie. Darüber hinaus können anhand der Darstellung der Entstehungsgeschichte des Tatbestands *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* und der Rolle *Lauterpachts* Gemeinsamkeiten und Unterschiede formaler und inhaltlicher Art zwischen zwei Erzählformen von persönlichen Geschichten und Rechtsgeschichte(n) aufgezeigt werden.<sup>26</sup>

## C. Die Entstehung des Völkerstrafrechts

### I. Grundlagen und Überblick

Das Völkerrecht kannte lange nur Staaten als Akteure, also Völkerrechtssubjekte, und war stark geprägt vom Gedanken der Souveränität. Was innerhalb einzelner Staaten geschah, spielte für die internationale Gemeinschaft keine Rolle, weshalb Staaten für etwaige Verbrechen an der eigenen Bevölkerung nicht belangt werden konnten.<sup>27</sup> Individuen und Gruppen wurden vor und im 19. Jahrhundert von den eigenen Staaten ohne große Konsequenzen verfolgt und auch im frühen 20. Jahrhundert ereigneten sich Verbrechen, die heutigen völkerstrafrechtlichen Tatbeständen – Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Völkermord – *avant la lettre* entsprachen, so etwa die Verbrechen des Deutschen

22), S. 57 ff., 60 ff.; *Forkel*, *Literarisches Gesichtserzählen über die Zeit des Nationalsozialismus*, in: *Fulda/Jaeger* (Hrsg.), *Romanhaftes Erzählen von Geschichte*, S. 209 ff.

<sup>24</sup> Vgl. dazu die Aufzählung bei *Nouwen*, *The Story of His Life: Philippe Sands' East West Street*, in: Cambridge University Faculty of Law (Hrsg.), *Legal Studies Research Paper Series No. 44* (2017), S. 4 ff.; allgemeiner *Fulda/Jaeger* (Fn. 23), S. 9 ff.; *Forkel* (Fn. 23), S. 209 ff.

<sup>25</sup> Dabei können eine Vielzahl von Analyse kategorien im Sinne des *law and narrative* herangezogen werden. S. dazu *Blufarb*, *Geschichten im Recht* (2017), S. 113 ff.

<sup>26</sup> Der Aufsatz reiht sich so in eine Reihe neuerer Abhandlungen zu *international law/human rights and literature* ein und thematisiert das noch weniger präsente Völkerstrafrecht sowie Nürnberg. Vgl. nur *Slaughter*, *Human Rights Inc.* (2007); *Warren*, *Literature and the Law of Nations* (2015). Eine Ausnahme in Bezug auf Nürnberg bildet *Stonebridge*, *The Judicial Imagination* (2011).

<sup>27</sup> *Arnould*, *Völkerrecht*, 4. Auflage (2019), S. 9 ff.; *Grewe*, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte* (1984), S. 369 ff., 567 ff., 623 ff.

Reiches gegen die Herero und Nama und des Osmanischen Reiches gegen die Armenier:innen.<sup>28</sup>

Das moderne Kriegsvölkerrecht, das sich ab Mitte des 19. Jahrhunderts entwickelte, konnte Kriegshandlungen nur in Ansätzen ordnen und beschränken, diente jedoch als Ausgangspunkt für die Entwicklung des Völkerstrafrechts.<sup>29</sup> Auch erste Verträge zum Minderheitenschutz brachten keine unmittelbaren Erfolge, waren aber gleichsam Wegweiser für spätere Entwicklungen.<sup>30</sup> Erst die Verbrechen der Nationalsozialisten und der Holocaust führten letztlich zu einem Paradigmenwechsel im Völkerrecht, zur Überwindung des absoluten Souveränitätsgedankens, und zwar im Rahmen der Nürnberger Prozesse, der ›Geburtsstunde des Völkerstrafrechts‹.

## II. Verbrechen gegen die Menschlichkeit

### 1. Ursprung der Humanität und Lauterpacht

Die Entstehung des Tatbestands *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* hängt eng mit der Entwicklung des humanitären Völkerrechts, dem Kriegsvölkerrecht, zusammen bzw. findet seinen Ursprung in diesem.<sup>31</sup> Das Ziel des Kriegsvölkerrechts war es, den Krieg durch verbindliche Regeln zu beschränken und unnötiges Leid zu verhindern, was in Form des *ius ad bellum* und *ius in bello* eine lange Tradition hatte.<sup>32</sup> Der Beginn des modernen Kriegsvölkerrechts wird in der Veröffentlichung des sog. Lieber-Codes 1863 gesehen<sup>33</sup>, wobei dieser und die folgende Entwicklung maßgeblich durch die Begriffe der *Zivilisation* sowie der *Humanität*, die auch einen roten Faden zum Völkerstrafrecht hin bilden, beeinflusst wurden.<sup>34</sup>

Die Entwicklung des Kriegsvölkerrechts machte zwar aufgrund der Widerwilligkeit der souveränen Staaten nur kleine, aber durch wachsendes Interesse und Engagement der Öffentlichkeit immerhin Fortschritte, die sich in der Kontinuität der Debatte sowie mehreren Konferenzen und Abkommen manifestierten.<sup>35</sup> Als herausragend sind hier die Haager Friedenskonferenzen 1899 und 1907, ins-

besondere die dort verabschiedete sog. Martens-Klausel, zu bezeichnen.<sup>36</sup> Die nach einem russischen Diplomaten benannte Martens-Klausel in der Präambel der Haager Landkriegsordnung stellte die Zivilbevölkerung in Kriegen, sofern noch nicht durch konkrete Regelungen geschehen, unter den allgemeinen Schutz der *laws of humanity*.<sup>37</sup> Praktische Konsequenzen hatte dies jedoch, blickt man auf den folgenden Ersten Weltkrieg, zunächst nicht.<sup>38</sup>

Von diesen Entwicklungen bekam der am 16. August 1897 im westukrainischen Zolkiew (Schowkwa) geborene *Hersch Lauterpacht*, dessen Familie im Jahr 1910 nach Lemberg zog, zunächst nur indirekt etwas mit. So schildert *Sands* die Jugenderfahrungen des aufgeweckten Jungen wie folgt:

»In Zolkiew hatte Lauterpacht Spannungen zwischen verschiedenen Gruppen erlebt, er kannte die Trennlinien zwischen Religionen und politischen Ansichten, die das alltägliche Leben prägten. In Lemberg verschärfte sich das Bild.«<sup>39</sup>

In Eventualitäten über *Lauterpacht* im belebten Lemberg schreibend, bindet *Sands* den immer wieder zitierten polnischen Dichter *Wittlin* ein:

»Der junge Lauterpacht könnte in denselben Cafés verkehrt haben wie Wittlin.«<sup>40</sup>

Der später *Lauterpacht* zugeschriebene Begriff *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* tauchte erstmals in den USA in der Anti-Sklavereibewegung auf.<sup>41</sup> Im Kontext des Kriegsvölkerrechts geschah dies im sog. Armeniertelegramm von 1915, einem diplomatischen Dokument der Regierungen Frankreichs, Großbritanniens und Russlands, in dem das Massaker an den Armenier:innen durch das Osmanische Reich als *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* bezeichnet wurde.<sup>42</sup> In den Verhandlungen nach dem Ersten Weltkrieg 1919 wurde der Begriff auch immer wieder erwähnt und fand in Entwürfen sowie Berichten prominente Erwähnung. In den ratifizierten Abschlussverträgen war dieser jedoch aufgrund des Widerstands vonseiten der USA nicht enthalten.<sup>43</sup>

<sup>28</sup> Vgl. dazu die Studie von *Barth*, Genozid – Völkermord im 20. Jahrhundert (2006), S. 62 ff., 128 ff.

<sup>29</sup> Vgl. dazu *Bassiouni*, Crimes Against Humanity in International Criminal Law (1999), S. 86 ff.; *ders.*, Crimes Against Humanity – Historical Evolution and Contemporary Application (2011), S. 41 ff.; *Lingen*, Crimes Against Humanity – Eine Ideengeschichte der Zivilisierung von Kriegsgewalt 1864–1945 (2018), S. 33 ff.; *Segesser*, Recht statt Rache oder Rache durch Recht? (2010), S. 76 ff.

<sup>30</sup> *Pritchard*, Der völkerrechtliche Minderheitenschutz (2001), S. 55 ff.; s. auch *Vrdoljak* (Fn. 5), S. 1167.

<sup>31</sup> Vgl. dazu *Bassiouni* (Fn. 29a), S. 86 ff.; *ders.* (Fn. 29b), S. 41 ff.; *Lingen* (Fn. 29), S. 33 ff.; *Segesser*, Die historischen Wurzeln des Begriffs ›Verbrechen gegen die Menschlichkeit‹, in: Vormbaum (Hrsg.), Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte 2006/2007, S. 76 ff.

<sup>32</sup> *Bassiouni* (Fn. 29a), S. 44 ff., 49 ff.; *ders.* (Fn. 29b), S. 96 ff., 101 ff.; *Segesser* (Fn. 29), S. 76 ff.

<sup>33</sup> *Lingen* (Fn. 29), S. 55, 65 ff.; *Segesser* (Fn. 29), S. 79 ff.

<sup>34</sup> *Lingen* (Fn. 29), S. 17 ff., 40 ff., 107; *Segesser* (Fn. 31), S. 77 ff.

<sup>35</sup> *Lingen* (Fn. 29), S. 55 ff., 96 ff., 99 ff.; *Segesser* (Fn. 29), S. 111 ff.

<sup>36</sup> *Bassiouni* (Fn. 29a), S. 86 ff.; *ders.* (Fn. 29b), S. 61 f.; *Geras*, Crimes Against Humanity – Birth of a concept (2011), S. 5 f.; *Lingen* (Fn. 29), S. 99 ff.; *Segesser*, Der Tatbestand Verbrechen gegen die Menschlichkeit, in: Priemel/Stiller (Hrsg.), NMT – Die Nürnberger Militärtribunale zwischen Geschichte, Gerechtigkeit und Rechtsschöpfung, S. 586 f.; *Weinke*, Gewalt, Geschichte, Gerechtigkeit (2016), S. 40.

<sup>37</sup> *Bassiouni* (Fn. 29a), S. 87 f.; *ders.* (Fn. 29b), S. 61 f.; *Lingen* (Fn. 29), S. 107 ff.; *Segesser* (Fn. 29), S. 127.

<sup>38</sup> *Lingen* (Fn. 29), S. 115 ff.

<sup>39</sup> *Sands* (Fn. 5), S. 106. Vgl. zur Jugend *Lauterpachts* auch *E. Lauterpacht*, The Life of Hersch Lauterpacht (2010), S. 9 ff.

<sup>40</sup> *Sands* (Fn. 5), S. 106.

<sup>41</sup> Vgl. dazu *Geras* (Fn. 36), S. 4 f.; *Lingen* (Fn. 29), S. 16, 60 ff.; *Segesser* (Fn. 36), S. 588 f.

<sup>42</sup> *Bassiouni* (Fn. 29a), S. 62; *ders.* (Fn. 29b), S. 88; *Geras* (Fn. 36), S. 7 ff.; *Lingen* (Fn. 29), S. 143 ff.; *Segesser* (Fn. 36), S. 587.

<sup>43</sup> *Bassiouni* (Fn. 29a), S. 63 ff.; *ders.* (Fn. 29b), S. 89 ff.; *Lingen* (Fn. 29), S. 147 ff.; *Segesser* (Fn. 31), S. 89 ff.

*Lauterpacht* hatte während des Ersten Weltkriegs im Jahr des Armeniertelegramms an der Universität Lemberg ein Studium der Rechtswissenschaften begonnen, das *Sands*, wie er breit ausführt und schildert, nur durch ausführliche Recherchen rekonstruieren konnte<sup>44</sup>:

»Ich erfuhr, dass *Lauterpachts* Studium mit dem römischen Recht und dem deutschen öffentlichen Recht begonnen hatte.«<sup>45</sup>

Da *Lauterpacht* sein Studium in Lemberg aufgrund anti-semitischer Regelungen nicht fortsetzen konnte, verließ er die Stadt in Richtung Wien, was *Sands* wie folgt imaginiert:

»Ich stellte mir vor, wie *Lauterpacht* sich von diesem Blick verabschiedete und zum Bahnhof aufbrach. Unterwegs umfing ihn noch einmal das pulsierende Leben der Stadt, wie es *Karl Emil Franzos* beschrieben hat...«<sup>46</sup>

In Wien setzte *Lauterpacht* sein Studium fort und lernte unter anderem bei *Hans Kelsen*, der, so *Sands*, ihn in seinem Denken im Hinblick auf die Notwendigkeit individueller Rechte beeinflusste. Dort beschäftigte sich *Lauterpacht* auch erstmals intensiver mit dem Völkerrecht und promovierte mit einer Arbeit über den Völkerbund.<sup>47</sup>

Im Jahr 1923 zog *Lauterpacht* nach London, wo er zunächst an der London School of Economics (LSE) studierte, dann lehrte und eine weitere Dissertation über das Privatrecht als Quelle des Völkerrechts verfasste.<sup>48</sup> Sein wachsendes Kerninteresse an der Rolle des Individuums im Völkerrecht war auch Thema seines wichtigsten Werks *The Function of Law in the International Community*, das 1933 erschien und in dem er für die Etablierung eines rechtsstaatlichen Systems auf internationaler Ebene, insbesondere durch gerichtliche Streitbeilegung, eintrat. Auch der rote Faden seines juristischen Gesamtwerks in Form der Kritik der Souveränität war Bestandteil dessen.<sup>49</sup> 1937 wurde *Lauterpacht* schließlich in Cambridge Professor für Völkerrecht und besetzte den renommierten Whewell-Lehrstuhl.<sup>50</sup>

Der Begriff *Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, mit dem *Lauterpacht* wie auch mit dem Kriegsvölkerrecht noch nicht in Berührung stand, blieb in juristischen Diskussionen und öffentlicher Debatte in den Zwischenkriegsjahren präsent, jedoch waren keine nennenswerten Erfolge bzw. Fortschritte

zwischen 1919 und 1939 zu verzeichnen.<sup>51</sup> Die Begriffe *laws of humanity* und *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* hatten jedoch erste Schritte von einem moralischen zu einem politischen Verständnis gemacht und waren dem Zweck der Ahndung von Kriegsverbrechen näher gekommen.<sup>52</sup> Somit waren die Grundlagen und Anknüpfungspunkte für die Verrechtlichung und Konkretisierung der *laws of humanity* und des *Verbrechens gegen die Menschlichkeit* gesetzt, deren weitere Entwicklung im Laufe des Zweiten Weltkriegs Aufwind erhalten sollte.

## 2. Diskussionen im London Hub

Mit Beginn des Zweiten Weltkriegs wurde London, wo zahlreiche Regierungen und Juristen<sup>53</sup> im Exil zusammenkamen, zum Zentrum der Diskussion um völkerrechtliche Fragen im Zusammenhang mit dem Zweiten Weltkrieg und dem Umgang mit dem Nazi-Regime.<sup>54</sup> Anknüpfend an die Haager Friedenskonferenzen und Pariser Verhandlungen wurden Diskussionsstränge in London wieder aufgegriffen und weitergeführt.<sup>55</sup> Die zentralen Fragen waren dabei die allgemeine Vorgehensweise und der Umgang mit den Nationalsozialisten nach dem Krieg, weiter die eines gerichtlichen Verfahrens sowie der Legitimation einer etwaigen Bestrafung. Auch die Definition von Kriegsverbrechen, deren Ausweitung sowie die Ausarbeitung konkreter Tatbestände wurden diskutiert.<sup>56</sup>

*Hersch Lauterpacht* reiste in den Kriegsjahren mehrmals in die USA, um dort Vorlesungen zu halten. Dort lernte er auch bedeutende Menschen kennen wie den damaligen Generalstaatsanwalt und späteren Richter am Supreme Court *Robert Jackson*, mit dem er sich über seine Ideen zum Völkerrecht austauschte.<sup>57</sup> Zurück in Großbritannien ging er wieder seiner Lehr- und Forschungstätigkeit in Cambridge nach, wie *Sands* anschaulich beschreibt:

»*Lauterpacht* verbrachte viele Stunden allein in seinem Arbeitszimmer, hörte Bach, schrieb und sah in den Garten hinaus, beobachtete den Farbwechsel des Laubes und machte sich schweigend Sorgen um die Familie, die irgendwo in Lwow festsafß.«<sup>58</sup>

Besonders beschäftigte *Lauterpacht* ein vom American Jewish Committee in Auftrag gegebenes Buch über eine neue Bill of Rights, in dem es um individuelle Rechte im internationalen Recht gehen sollte.<sup>59</sup> Im Rahmen dieser

<sup>44</sup> *Sands* (Fn. 5), S. 107 ff.; vgl. zur Studienzeit *Lauterpachts* ferner *E. Lauterpacht* (Fn. 39), S. 15 ff.

<sup>45</sup> *Sands* (Fn. 5), S. 111.

<sup>46</sup> *Sands* (Fn. 5), S. 121.

<sup>47</sup> *Sands* (Fn. 5), S. 123 f.; vgl. dazu auch *E. Lauterpacht* (Fn. 39), S. 26 ff.; *Vrdoljak* (Fn. 5), S. 1168 ff.

<sup>48</sup> *Sands* (Fn. 5), S. 127 ff.; *Lauterpacht*, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (1927); vgl. dazu *Koskenniemi*, *Hersch Lauterpacht and the Development of International Criminal Law*, *Journal of International Criminal Justice* 2004, S. 810 (815 f.); *Vrdoljak* (Fn. 5), S. 1171 ff.

<sup>49</sup> *Sands* (Fn. 5), S. 133; *Lauterpacht*, *The Function of Law in the International Community* (1933); vgl. dazu *Koskenniemi* (Fn. 48), S. 815 f.; *Vrdoljak* (Fn. 5), S. 1178 ff.

<sup>50</sup> *Sands* (Fn. 5), S. 138; vgl. zur Zeit *Lauterpachts* in Großbritannien ferner *E. Lauterpacht* (Fn. 39), S. 38 ff.

<sup>51</sup> *Lingen* (Fn. 29), S. 135 ff.; *Segesser* (Fn. 36), S. 589; *ders.* (Fn. 29), S. 233 ff., 300.

<sup>52</sup> *Lingen* (Fn. 29), S. 100, 189 ff.

<sup>53</sup> Im Falle der Exiljuristen handelte es sich ausschließlich um Männer, weshalb dieser Begriff nicht gegendert wird. Dasselbe gilt für weitere Personen wie bspw. Kriegsverbrecher ebenso.

<sup>54</sup> *Lingen* (Fn. 29), S. 193 ff.; *Segesser* (Fn. 29), S. 313 ff.

<sup>55</sup> *Lingen* (Fn. 29), S. 193 ff.; *Weinke* (Fn. 36), S. 113.

<sup>56</sup> *Lingen* (Fn. 29), S. 195 f.; *Weinke* (Fn. 36), S. 115 f.

<sup>57</sup> *Sands* (Fn. 5), S. 141; vgl. zu *Lauterpacht* in den Kriegsjahren *E. Lauterpacht* (Fn. 39), S. 100 ff. (131 ff.); *Vrdoljak* (Fn. 5), S. 1187.

<sup>58</sup> *Sands* (Fn. 5), S. 160.

<sup>59</sup> Vgl. dazu mit einem Vorwort von *Philippe Sands* als Reprint der ursprünglichen Ausgabe aus dem Jahr 1945 *Lauterpacht*, *An International Bill*

Arbeit begab er sich zwecks Vorträgen auch immer wieder nach London, wo sich wichtige Akteure aufhielten.<sup>60</sup>

Die Exilregierungen bildeten eine Gruppe, die sich im Londoner Exil stark betätigte und versuchte, durch Lobby- und Öffentlichkeitsarbeit Druck auf die Alliierten aufzubauen. Mehrere Stellungnahmen wurden veröffentlicht und Abkommen zwischen den Exilregierungen geschlossen, in denen es um die Ahndung der Verbrechen des Deutschen Reiches und den Schutz von Zivilist:innen ging.<sup>61</sup> Ein wichtiges Dokument ist hier die St James's Palace-Erklärung vom 13. Januar 1942, die Verbrechen des Deutschen Reiches auflistete. Kernforderung an die Alliierten war es, die Verantwortlichen für diese Verbrechen haftbar zu machen und in dieser Hinsicht tätig zu werden.<sup>62</sup>

Eine weitere überaus engagierte Gruppe war die der Exiljuristen, die sich in diverser Zusammensetzung in London in Juristenzirkeln trafen, um die eingangs genannten völkerrechtlichen Fragen zu diskutieren.<sup>63</sup> Einige wichtige Namen von vielen waren *Bohuslav Ecer*, *Marcel De Baer* und *René Cassin* aus der Tschechoslowakei, Belgien und Frankreich.<sup>64</sup> Auch *Stefan Glaser* und *Egon Schwelb* aus Lwiw und Prag, waren Teil der Exiljuristen, unter denen sich viele weitere osteuropäische Juristen fanden.<sup>65</sup>

Die Treffen der Juristenzirkel institutionalisierten sich durch die Gründung der sog. London International Assembly (LIA) sowie der Cambridge Commission im Herbst 1941, in denen weiter diskutiert und somit wichtige Vorarbeit für die noch zu gründende United Nations War Crimes Commission (UNWCC) geleistet wurde.<sup>66</sup> Diese arbeiteten erste Ansätze zur Schließung völkerrechtlicher Lücken für die Ahndung der Verbrechen und für die Definition konkreter Tatbestände aus.<sup>67</sup> Der Begriff *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* war in diesen zwar noch nicht wieder aufgegriffen worden, jedoch fanden sich erste Gehalte oder Bezüge auf das Konzept in einer Reihe von Berichten.<sup>68</sup>

*Lauterpacht* verkehrte auch in Kreisen der Exiljuristen, wirkte in der Cambridge Commission mit und beschäftigte sich somit neben seinem Schwerpunkt des allgemeinen Völkerrechts auch vermehrt mit dem Kriegsvölkerrecht. Er war auf Bitte seines ehemaligen LSE-Kollegen *McNair* dem britischen War Crimes Committee beigetreten und hatte

ein Memorandum zu den juristischen Fragen verfasst.<sup>69</sup> Ferner setzte er sich durch die Herausgeberschaft eines Kommentars zum Völkerrecht mit Fragen um Kriegsverbrechen auseinander.<sup>70</sup>

### 3. Arbeit in der UNWCC

Trotz der Arbeiten der Kommissionen, des Engagements der Exiljuristen sowie Exilregierungen und des immer dramatischeren Kriegsgeschehens brachte erst die von den Alliierten getragene United Nations War Crimes Commission (UNWCC) den Durchbruch im Hinblick auf die vielen diskutierten Problemstellungen.<sup>71</sup> Die Alliierten hatten sich lange schwergetan und bezüglich endgültiger Entscheidungen gezögert. So war *Stalin* lange für öffentliche Exekutionen, führte während des Krieges in der Sowjetunion selbstständig Prozesse durch und auch *Churchill* hatte kurzzeitig eine ›Vogelfrei‹-Liste der Kriegsverbrecher ausarbeiten lassen, anstatt sich für ein justizförmiges Verfahren auszusprechen.<sup>72</sup> *Roosevelt* wiederum interessierte sich lange nicht für die Kriegsverbrechensfrage, zögerte auch phasenweise wegen einer bevorstehenden Wahl, bevor er schließlich die Ahndung von Kriegsverbrechen offiziell als Kriegsziel deklarierte.<sup>73</sup>

Eine ausdrückliche Willensbekundung der drei Hauptalliierten USA, Großbritannien und der Sowjetunion vom 1. November 1943, kurz nach Gründung der UNWCC, bildete schließlich die Moskauer Erklärung, in der der Rahmen für die spätere Strafverfolgung gesetzt wurde.<sup>74</sup> In der Erklärung wurde unter Verweis auf Vorschläge der Exiljuristen, der Cambridge Commission sowie der LIA die Verfolgung und Bestrafung von Kriegsverbrechern beschlossen.<sup>75</sup>

In der UNWCC schließlich, in der neben Staatenvertretern wiederum die Exiljuristen, insbesondere *Bohuslav Ecer* sowie *Egon Schwelb*, aktiv waren, wurde zunächst die Frage nach der Definition von Kriegsverbrechen diskutiert.<sup>76</sup> Konkret ging es darum, ob und wie Verbrechen, die nicht unter die bisherige Definition von Kriegsverbrechen fielen, bestraft werden konnten.<sup>77</sup> Im Rahmen dieser Diskussion wurde auch der Begriff *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* wieder eingeführt. *Albert G. D. Levy* war einer der ersten, der den Begriff wieder nutzte und zwar in Abgrenzung

of the Rights of Man (2013), S. 3 ff., 69 ff.; vgl. dazu ferner *E. Lauterpacht* (Fn. 39), S. 251 ff.

<sup>60</sup> Auch beschrieben bei *Sands* (Fn. 5), S. 155 ff.

<sup>61</sup> *Kochavi*, Prelude to Nuremberg – Allied War Crimes Policy and the Question of Punishment (1998), S. 6 ff.; *Lingen* (Fn. 29), S. 200 ff.

<sup>62</sup> *Lingen* (Fn. 29), S. 211 ff.; *Segesser* (Fn. 29), S. 315; *Weinke* (Fn. 36), S. 112.

<sup>63</sup> *Lingen* (Fn. 29), S. 221 ff.

<sup>64</sup> *Lingen* (Fn. 29), S. 222, 225 ff.

<sup>65</sup> *Lingen* (Fn. 29), S. 226 f.

<sup>66</sup> *Lingen* (Fn. 29), S. 236 ff.; *Segesser* (Fn. 29), S. 318 ff.; *Weinke* (Fn. 36), S. 113

<sup>67</sup> *Lingen* (Fn. 29), S. 237 ff.

<sup>68</sup> *Lingen* (Fn. 29), S. 252.

<sup>69</sup> *Sands* (Fn. 5), S. 154; *Lauterpacht*, The Law of Nations and the Punishment of War Crimes, S. 58 ff.; *E. Lauterpacht* (Fn. 39), S. 269; *Koskenniemi* (Fn. 48), S. 819 ff.; *Vrdoljak* (Fn. 5), S. 1187.

<sup>70</sup> *Koskenniemi* (Fn. 5), S. 816 ff.

<sup>71</sup> *Kochavi* (Fn. 61), S. 27 ff., 54 ff.; *Lingen* (Fn. 29), S. 271 ff.; *Segesser* (Fn. 29), S. 350 ff.

<sup>72</sup> *Kochavi* (Fn. 61), S. 63 ff.; *Lingen* (Fn. 29), S. 266, 271; *Weinke*, Die Nürnberger Prozesse (2019), S. 11 f.

<sup>73</sup> *Lingen* (Fn. 29), S. 282 ff.; *Weinke* (Fn. 72), S. 13 ff.

<sup>74</sup> Abgedruckt in *Marrus*, Nuremberg War Crimes Trial – A Documentary History (1997), S. 20 ff.; vgl. ferner *Lingen* (Fn. 29), S. 267 ff.; *Weinke* (Fn. 36), S. 120 f.

<sup>75</sup> *Lingen* (Fn. 29), S. 267 ff.; *Weinke* (Fn. 36), S. 120 f.

<sup>76</sup> *Lingen* (Fn. 29), S. 287 ff., 291 ff.; *Segesser* (Fn. 29), S. 352 f.

<sup>77</sup> *Kochavi* (Fn. 61), S. 95 ff.; *Lingen* (Fn. 29), S. 287, 291; *Segesser* (Fn. 29), S. 352 ff.

zu Kriegsverbrechen als einen neuen Tatbestand. Auch der amerikanische Delegierte *Pell* in der UNWCC nutzte den Begriff schließlich.<sup>78</sup> Der Begriff als neuer Tatbestand wurde in der UNWCC, auch auf Grundlage mehrerer ausführlicher Vorlagen *Ecers*, diskutiert und nahm mit der Zeit eine präsentere Rolle ein, wobei aus Legitimationsgründen immer wieder auf die Martens-Klausel verwiesen wurde.<sup>79</sup>

Im Frühjahr 1945 einigte man sich auf einen internationalen Strafgerichtshof, und nach dem Kriegsende beschleunigten sich die Ereignisse hin zu dessen Realisierung.<sup>80</sup> Zur Londoner Konferenz wurde die Diskussion und Ausarbeitung des Statuts für den internationalen Prozess schließlich in den politischen Bereich überführt.

*Lauterpacht* selbst beschäftigte sich – wie erwähnt – lange nur mit dem allgemeinen Völkerrecht, der Bedeutung des Individuums in diesem und einer möglichen Ordnung des internationalen Systems nach rechtsstaatlichen Prinzipien.<sup>81</sup> Erst im Verlauf des Krieges stieg er in die Diskussion über Kriegsverbrechen ein und wirkte an dieser unter anderem durch sein Memorandum mit, in dem er grundsätzliche Fragen der Bestrafung und deren Legitimation behandelte.<sup>82</sup> In der Diskussion wird er in der allgemeinen Literatur jedoch nicht als herausragender Akteur im Hinblick auf die Entwicklung des Tatbestands *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* genannt und der Begriff taucht lange in seinem Werk auch nicht gesondert auf.<sup>83</sup> Auf diese Differenzierungen und Rolle *Lauterpachts* weist *Sands* nicht hin, sondern entwickelt einen roten Faden, schildert eine lineare Entwicklung des Wirkens *Lauterpachts* hin zur Londoner Konferenz. Martens-Klausel, Armeniertelegramm und UNWCC werden dabei nur in wenigen Sätzen behandelt.<sup>84</sup> Tatsächlich scheint *Lauterpacht* selbst in Bezug auf den Begriff *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* erst sehr spät entscheidend in Aktion zu treten und zwar im Rahmen eben der Londoner Konferenz.

#### 4. Ausformulierung der London Charta

Vom 26. Juni bis zum 8. August 1945 wurde in London das Statut des Hauptkriegsverbrecherprozesses (International Military Tribunal), die sog. London Charta (IMT-Statut), von den vier Hauptalliierten verhandelt. Nach umfangreichen Vorarbeiten stand schließlich fest, dass ein internationaler Strafgerichtshof errichtet werden und die individuelle Verantwortlichkeit für staatliche Verbrechen gelten sollte.<sup>85</sup> Der Begriff *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* war während der Konferenz zunächst nicht präsent, da es im

Hinblick auf dieses Konzept zunächst vor allem um inhaltliche Fragen ging und andere Tatbestände als wichtiger erachtet wurden.<sup>86</sup> *Sands* führt aus:

»Von allen Schwierigkeiten am gravierendsten war die Liste der Verbrechen, mit denen man die Angeklagten konfrontieren wollte. Vor allem über den Wortlaut des Entwurfs von Artikel 6 des Statuts des Internationalen Militärtribunals, des neuen internationalen Gerichtshofes, war man sich uneinig.«<sup>87</sup>

Erst gegen Ende, auf Grundlage eines Entwurfs der USA vom 31. Juli 1945, wurde der Begriff *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* als Überschrift dieses dritten Tatbestands gewählt und mit Verabschiedung am 8. August 1945 Teil des Statuts für Nürnberg.<sup>88</sup> Der amerikanische Chefankläger *Jackson* hatte in einem Schreiben zuvor an Präsident *Truman* einmal mehr auf die Martens-Klausel und die *laws of humanity* verwiesen.<sup>89</sup>

Wie sich aber die Bezeichnung des Tatbestands durchsetzte, ist nicht vollkommen klar und es bestehen verschiedene Erklärungsansätze.<sup>90</sup> *Sands* sieht *Lauterpacht* als den Ideengeber während eines Gesprächs mit dem amerikanischen Chefankläger, den er von seinen USA-Reisen her kannte, und schildert ein lebhaftes Gespräch:

»*Lauterpacht* brachte einen weiteren Gedanken ein. Wie wäre es, wenn man einen neuen Begriff in das Völkerrecht einführt, um Gräueltaten an Zivilisten zu bezeichnen [...]. Er warb dafür. Warum sollte man die Gräueltaten an Zivilisten nicht als ›Verbrechen gegen die Menschlichkeit‹ bezeichnen?«<sup>91</sup>

Die Rolle *Lauterpachts* ist jedoch weniger eindeutig als von *Sands* beschrieben.<sup>92</sup> Tatsächlich fand wohl ein Gespräch zwischen *Lauterpacht* und dem künftigen Chefankläger der Hauptkriegsverbrecherprozesse *Jackson* statt, der später kundtat, dass ein bekannter Völkerrechtler ihm diesen Vorschlag unterbreitet habe.<sup>93</sup> Als dieser bekannte Völkerrechtler wurde von einigen *Hersch Lauterpacht* identifiziert<sup>94</sup>, wohingegen andere unabhängig von möglichem Gespräch

<sup>78</sup> *Geras* (Fn. 36), S. 10 f.; *Lingen* (Fn. 29), S. 294 ff.; *Segesser* (Fn. 36), S. 590; *Segesser* (Fn. 31), S. 95 f.

<sup>79</sup> *Kochavi* (Fn. 61), S. 145 ff.; *Lingen* (Fn. 29), S. 297 ff.

<sup>80</sup> *Lingen* (Fn. 29), S. 314; *Segesser* (Fn. 29), S. 384; *Weinke* (Fn. 72), S. 17 f.

<sup>81</sup> *Koskenniemi*, *The Gentle Civilizer – The Rise and Fall of International Law 1870-1960* (2002), S. 353 ff.; *Vrdoljak* (Fn. 5), S. 1187.

<sup>82</sup> *Lauterpacht* (Fn. 69), S. 60 ff.; vgl. ferner *Koskenniemi* (Fn. 48), S. 816 ff., 819 ff.; *Vrdoljak* (Fn. 5), S. 1187.

<sup>83</sup> Vgl. dazu *Lingen* (Fn. 29), S. 324.

<sup>84</sup> *Sands* (Fn. 5), S. 167; so auch *E. Lauterpacht* (Fn. 39), S. 269 ff.

<sup>85</sup> *Lingen* (Fn. 29), S. 317; *Weinke* (Fn. 72), S. 18 ff.

<sup>86</sup> *Segesser* (Fn. 36), S. 591.

<sup>87</sup> *Sands* (Fn. 5), S. 166.

<sup>88</sup> Dieser wurde definiert als »a distinct set of crimes, namely murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political, racial and religious grounds in execution of or in connection with a crime within the jurisdiction of the tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.« (abgedruckt in *Marrus* [Fn. 74], S. 51 ff.); s. dazu auch *Bassiouni* (Fn. 29b), S. 126 f.; *Geras* (Fn. 36), S. 12; *Lingen* (Fn. 29), S. 321 ff.; *Segesser* (Fn. 36), S. 591.

<sup>89</sup> Abgedruckt in *Marrus* (Fn. 74), S. 40 ff.; vgl. ferner *Geras* (Fn. 36), S. 13; *Lingen* (Fn. 29), S. 322 f.; *Segesser* (Fn. 31), S. 97.

<sup>90</sup> Vgl. dazu *Lingen* (Fn. 29), S. 323 ff.; *Segesser* (Fn. 31), S. 98.

<sup>91</sup> *Sands* (Fn. 5), S. 167.

<sup>92</sup> Vgl. zur Diskussion *Lingen* (Fn. 29), S. 290, 324; *Segesser* (Fn. 31), S. 98.

<sup>93</sup> S. dazu *E. Lauterpacht* (Fn. 39), S. 271 f.

<sup>94</sup> Vgl. die Nachweise in *E. Lauterpacht* (Fn. 39), S. 272; ebenso für *Hersch Lauterpacht*: *Koskenniemi* (Fn. 48), S. 810 f.; *Marrus* (Fn. 74), S. 187; *Schabas*, *Unimaginable Atrocities: Justice, Politics, and Rights at the War Crimes Tribunals* (2012), S. 51; *Vrdoljak* (Fn. 5), S. 1189.

und Impuls den Ursprung der Bezeichnung eher in der amerikanischen Delegation sehen.<sup>95</sup>

An dieser Stelle ist zwischen der Entwicklung des Tatbestands und dem Vorschlag oder Impuls des Einbringens in das Statut zu differenzieren. Die vorigen Ausführungen haben gezeigt, auf welche lange Entwicklung der Tatbestand zurückblickt. Anknüpfend an die Studie *Lingens* einer *intellectual history* ist es demnach überzeugend, diese Vorarbeiten, insbesondere der Exiljuristen wie *Ecer*, durchaus als maßgeblich einzuordnen sowie zu würdigen und *Lauterpachts* Rolle eher auf den zweiten Aspekt des entscheidenden Impulses zu beschränken, sofern das Gespräch – was mehrere Briefe nahelegen<sup>96</sup> – stattgefunden hat und *Lauterpacht* tatsächlich den Begriff vorschlug.<sup>97</sup> *Lingen* selbst vertritt eine Position, die *Hersch Lauterpacht* aufgrund seiner Teilnahme an den vorhergehenden Expertendiskussionen in London und seiner Nähe zu politischen Verantwortlichen als eine Art ›Transmitter‹ oder ›Bindeglied‹ einordnet.<sup>98</sup> Dafür spricht auch, dass *Lauterpacht* zuvor, obgleich er dem Begriff inhaltlich nahestand, diesen selbst in seinen Arbeiten nicht verwendet hatte.<sup>99</sup>

Letztlich ist aber auch diese Einordnung nur eine Vermutung, was in der rechtshistorischen Diskussion in der Regel anders als in *Sand's Rückkehr nach Lemberg* deutlich gemacht wird. Hierin zeigt sich – wie eingangs dargestellt – ein essenzieller Unterschied zwischen rechtshistorischer und literarischer Geschichtsschreibung.<sup>100</sup>

### 5. Die Nürnberger Prozesse

Der Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozess (International Military Tribunal) fand vom 20. November 1945 bis zum 1. Oktober 1946 statt und richtete sich gegen 24 Angeklagte, unter denen sich Nazigrößen wie *Hermann Göring*, *Rudolf Heß* sowie *Hans Frank* befanden.<sup>101</sup> Nach umfangreicher sowie komplizierter Beweismittelsuche und Auswahl der Angeklagten, folgten – begleitet von großer medialer Aufmerksamkeit – 218 Verhandlungstage, die juristisches Neuland waren und letztlich die ›Geburtsstunde des Völkerstrafrechts‹ darstellten. Zum ersten Mal wurden Repräsentanten eines Staates vor einem internationalen Gerichtshof angeklagt und letztlich verurteilt.<sup>102</sup>

*Verbrechen gegen die Menschlichkeit* war nach der London Charta bzw. dem IMT-Statut ein Anklagepunkt neben drei weiteren, namentlich Verschwörung, Verbrechen gegen den

Frieden und Kriegsverbrechen.<sup>103</sup> Zu Beginn stellten die Richter fest, dass die Taten vor 1939 nicht in den Zuständigkeitsbereich des Gerichts fielen und nicht als *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* geahndet werden könnten, womit der sog. *war-nexus* bestätigt wurde.<sup>104</sup>

*Lauterpacht* war Teil des britischen Anklageteams und hatte maßgeblichen Einfluss auf die Eröffnungsrede sowie das Schlussplädoyer des britischen Anklageteams. Für dieses lieferte er insbesondere das theoretische Fundament wie beispielsweise die Legitimation der Bestrafung und die individuelle Verantwortlichkeit. Zudem flocht er auch den Begriff *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* ein.<sup>105</sup> So führt *Sands* zur Eröffnungsrede des britischen Anklägers aus:

»*Shawcross' juristische Argumente stützten sich weitgehend auf Lauterpachts Entwurf [...]. Wenn es um Verbrechen gegen die Menschlichkeit und die Rechte des Individuums ging, benutzte Shawcross die exakten Worte Lauterpachts.*«<sup>106</sup>

Insgesamt lässt sich dennoch eine Zurückhaltung des Gerichts im Hinblick auf die Bezugnahme und Verwendung des Tatbestands *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* feststellen.<sup>107</sup> Im Prozess wurde der Tatbestand meist im Zusammenhang mit Kriegsverbrechen eingeführt. Auch spielten die Verschwörung sowie der Angriffskrieg eine größere Rolle.<sup>108</sup>

Im Urteil des Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozesses vom 30. September und 1. Oktober 1946 wurden 19 der 22 verbliebenen Angeklagten verurteilt, drei freigesprochen. 16 Angeklagte wurden wegen *Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, stets in Verbindung mit Kriegsverbrechen, verurteilt.<sup>109</sup> Zwei Angeklagte, *Julius Streicher* und *Baldur von Schirach*, wurden allein aufgrund *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* verurteilt, wobei in der Urteilsbegründung der Legitimation wegen wieder Bezüge zum Krieg und Kriegsverbrechen hergestellt wurden.<sup>110</sup> Auch in den Urteilsprüchen zu den Übrigen standen die Kriegsverbrechen im Vordergrund.<sup>111</sup>

Ab Ende 1946 folgten noch von den Amerikanern durchgeführte zwölf sog. Nachfolgeprozesse in mehreren Tribunalen (*Nuremberg Military Tribunals*, kurz: NMT) gegen repräsentative Eliten des Dritten Reiches, unter anderem gegen Ärzte, Juristen und Einsatzgruppen wie die SS.<sup>112</sup> Erst in der neueren Forschung haben diese ver-

<sup>95</sup> *Segesser* (Fn. 31), S. 98; auch den US-Delegierten *Pell* nennend *Marrus* (Fn. 74), S. 186.

<sup>96</sup> Vgl. die Nachweise bei *E. Lauterpacht* (Fn. 39), S. 272.

<sup>97</sup> *Lingen* (Fn. 29), S. 290, 324.

<sup>98</sup> *Lingen* (Fn. 29), S. 23 f., 324.

<sup>99</sup> *Lingen* (Fn. 29), S. 324.

<sup>100</sup> Besonders deutlich *Segesser* (Fn. 31), S. 98 (»Wer genau den Vorschlag machte [...] kann aufgrund der vorliegenden Dokumente nicht mehr eruiert werden.«).

<sup>101</sup> *Weinke* (Fn. 72), S. 7 ff., 39 ff.

<sup>102</sup> *Weinke* (Fn. 72), S. 7 ff., 39 ff.

<sup>103</sup> Anklage abgedruckt in *Marrus* (Fn. 74), S. 57 ff.

<sup>104</sup> *Bassiouni* (Fn. 29b), S. 136 ff., 142 f.

<sup>105</sup> Vgl. dazu *E. Lauterpacht* (Fn. 39), S. 274 ff.; *Koskenniemi* (Fn. 48), S. 821 ff.; *Vrdoljak* (Fn. 5), S. 1186 ff.

<sup>106</sup> *Sands* (Fn. 5), S. 386; Ausschnitte abgedruckt bei *Marrus* (Fn. 74), S. 85 ff.

<sup>107</sup> Vgl. auch hinsichtlich des IMTFE *Lingen* (Fn. 29), S. 329 ff.; *Segesser* (Fn. 31), S. 99.

<sup>108</sup> *Marrus* (Fn. 74), S. 89; *Segesser* (Fn. 36), S. 591 f.

<sup>109</sup> Vgl. dazu die Übersicht bei *Kraus*, Das Urteil von Nürnberg (1961), S. 299.

<sup>110</sup> *Kraus* (Fn. 109), S. 205 ff., 229 ff.

<sup>111</sup> *Kraus* (Fn. 109), S. 171 ff.

<sup>112</sup> *Priemel/Stiller*, Nürnberger Militärtribunale zwischen Geschichte, Gerechtigkeit und Rechtsschöpfung (2013), S. 9 ff.; *Weinke* (Fn. 72), S. 59 ff.

mehrte Aufmerksamkeit erhalten und werden teilweise in völkerstrafrechtlicher wie historischer Hinsicht als bedeutender eingeordnet.<sup>113</sup> *Sands* schildert die NMT in *Rückkehr nach Lemberg* trotz der Relevanz für die Weiterentwicklung des Tatbestands *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* in keiner Weise.<sup>114</sup> In einem späteren Werk betont *Lauterpacht* jedoch selbst, obschon er in diesen keine direkte Rolle mehr spielte, die Verwendung des Tatbestands in weiteren Abkommen sowie Tribunalen.<sup>115</sup>

Tatsächlich war der Tatbestand – diesmal als Anklagepunkt auf Grundlage des Kontrollratsgesetzes Nr. 10 vom 20. Dezember 1945 – in den NMT deutlich präsenter. Er war in allen zwölf Tribunalen Teil der Anklage und wurde während der Prozesse auch häufiger verwendet, so insbesondere im Juristenprozess.<sup>116</sup> Insgesamt wurden von 142 Verurteilten 130 wegen *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* belangt, womit sich das Verhältnis zu Kriegsverbrechen im Vergleich zum Hauptkriegsverbrecherprozess umkehrte.<sup>117</sup> In den Juristen- und Einsatzgruppenprozessen, in denen *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* auch Hauptanklagepunkt war, wurden sogar Verbrechen vor Kriegsbeginn geahndet.<sup>118</sup> Neben der Differenzierung der verschiedenen Anwendungsfelder des Tatbestands sowie der ersten Abschwächung des sog. *warnexus* wurden auch Elemente des Tatbestands konkretisiert, so das Tatbestandsmerkmal des systematischen Vorgehens sowie das Handeln auf Befehl.<sup>119</sup> Die sog. Nachfolgeprozesse waren also diejenigen, die dem Tatbestand *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* ein wirkliches Gesicht gaben und weitere, spezifischere Grundlagen für das Völkerstrafrecht legten.<sup>120</sup> Diese Tatsache unterschlägt *Sands*, indem er die NMT nicht miteinbezieht. Allerdings spielt *Hersch Lauterpacht* für diese zumindest direkt keine Rolle mehr, was als Begründung herhalten könnte.

## 6. Post-Nürnberg

Nach den Nürnberger Prozessen, teilweise noch parallel dazu, folgten mehrere Entwicklungen, die das im Tatbestand der *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* enthaltene Prinzip des Schutzes von Individuen im Völkerrecht nachhaltig etablierten. Dies schildert *Sands* nur am Rande im Epilog.<sup>121</sup> Nahezu zeitgleich zur Veröffentlichung von *Lauterpachts Bill of Rights* wurde die UN-Charta verabschiedet, die auch individuelle Menschenrechte festschrieb. Die Nürnberger Prinzipien wurden weiter in einer UN-Resolution festgehalten.<sup>122</sup> Während die Diskussion um die Definition des

Tatbestands *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* anhielt und insbesondere *Egon Schwelb* zu diesem publizierte, arbeitete *Lauterpacht* weiter eher allgemein zu Menschenrechten und veröffentlichte das wichtige Werk *International Law and Human Rights*.<sup>123</sup> Seine Werke hatten großen Einfluss auf die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948 sowie die Europäische Menschenrechtserklärung von 1950.<sup>124</sup> *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* wird auch in seinen späteren Werken aber vor allem in Bezug auf die Bedeutung für die Anerkennung des Individuums im internationalen Recht hervorgehoben.<sup>125</sup>

## D. Fazit

Die Entstehung des Begriffs respektive Tatbestandes *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* und die Rolle *Lauterpachts* dabei hat *Philippe Sands* in *Rückkehr nach Lemberg* eindrucksvoll sowie spannend erzählt und damit die Geschichte des Völkerstrafrechts mit dem Ansatz, persönliche Geschichten zu erzählen, für ein breiteres Publikum zugänglich gemacht. Der rote Faden, unter den *Sands* die vielen Erzählstränge vereint, sowie die dargestellte lineare Entwicklung der Biographie *Lauterpachts* hin zu den Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozessen erfolgen jedoch auf Kosten einiger Lücken, die *Sands* teils kreativ schließt und teils nachlässigerweise offen lässt.

Differenziert man mit Blick auf *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* zwischen Begriffsentwicklung vor und nach der Londoner Konferenz sowie dem Akt des Einbringens, schmälert sich die Rolle *Hersch Lauterpachts* für die allgemeine Bedeutung des Tatbestands, der sich letztlich – folgt man der einschlägigen Lesart – nur als ›Transmitter‹ in London darstellt.<sup>126</sup> *Sands*, der die Biographie *Hersch Lauterpachts* sonst sehr quellennah, mit eigenen Recherchen angereichert, stark literarisierend schildert, verkürzt in dieser Hinsicht die Erzählung und die Darstellung der Entstehung und Entwicklung des Tatbestands, indem er diese auf eine Person und ein Ereignis in London reduziert. Das diskursive Wachsen des Begriffs und die Weiterentwicklung vor allem in den sog. Nachfolgeprozessen werden somit vernachlässigt. Die bedeutende Rolle *Lauterpachts* für die Entwicklung des allgemeinen Völkerrechts, von individuellen Menschenrechten sowie auch Grundlagen des Völkerstrafrechts ist unabhängig davon selbstredend nicht zu bestreiten.<sup>127</sup>

Das Werk ist letztlich ein gutes Beispiel für die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen akademischer Geschichtsschreibung und *romanhaftem Erzählen von Geschichte*. Neben

113 Vgl. dazu allgemein *Priemel/Stiller* (Fn. 112), S. 9 ff., 13 ff.; in Bezug auf das Völkerstrafrecht *Heller*, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law* (2011), S. 9 ff.

114 *Heller* (Fn. 113), S. 231 ff.

115 *Lauterpacht*, *International Law and Human Rights* (1950), S. 35 ff.

116 *Heller* (Fn. 113), S. 231 ff.; *Segesser* (Fn. 36), S. 598 ff.

117 *Segesser* (Fn. 36), S. 600.

118 *Heller* (Fn. 113), S. 234 ff.; *Segesser* (Fn. 36), S. 508 f., 602.

119 *Heller* (Fn. 113), S. 232 ff., 250, 374 ff.

120 *Segesser* (Fn. 36), S. 603; *Heller* (Fn. 113), S. 250, 374 ff.

121 *Sands* (Fn. 5), S. 491 ff.

122 UN-General Assembly Resolution 95(I) Affirmation of the Principles of the Nuremberg Charter (abrufbar unter <https://legal.un.org/avl/pdf/ha/>

[ga\\_95-I/ga\\_95-I\\_ph\\_e.pdf](https://www.legal-tools.org/doc/c52df5/pdf), zuletzt abgerufen am 27.6.2022).

123 *Lauterpacht* (Fn. 115). *Schwelb*, *Crimes Against Humanity*, BYIL 1946, S. 178 ff.; *ders.*, *Material for the definition of ›crimes against humanity‹*, S. 1 ff. (abrufbar unter <https://www.legal-tools.org/doc/c52df5/pdf>, zuletzt abgerufen am 27.6.2022).

124 Vgl. dazu das Vorwort von *Sands* in *Lauterpacht* (Fn. 59), S. vii.

125 *Lauterpacht* (Fn. 115), S. 35 ff.

126 Gefolgt wird hier *Lingen* (Fn. 29), S. 23 f., 290, 324.

127 Vgl. dazu *Koskenniemi* (Fn. 81), S. 353 ff.

den historischen Unschärfen sind es vor allem die der Anschaulichkeit, Linearität und Spannung dienenden sprachlichen Mittel der Erzählung, die dies aufzeigen, etwa der Versuch *Sands*’, innere Haltungen und Beweggründe für das Handeln der Akteure aufzuzeigen oder zu imaginieren, das Nutzen passende Atmosphären generierender Motive oder die dramaturgische Anordnung der Kapitel und Erzählstränge.

Nürnberg gilt in der Geschichte des Völkerstrafrechts zurecht als dessen Geburtsstunde. Wird in Anlehnung an dieses Bild *Hersch Lauterpacht* als Geburtshelfer genannt, kommt es am Ende stark darauf an, was man darunter versteht, wie die Geburtshilfe, also die Tätigkeit und das Wirken *Lauterpachts*, zu verstehen ist. Es kommt darauf an, wie man die Geschichte erzählt.

Dass in diesen Tagen infolge des russischen Angriffskrieges auch die ukrainische Stadt Lwiw unter Beschuss steht und in der Ukraine *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* begangen werden, führt uns wiederum die essenzielle Wichtigkeit eines wirksamen Völkerstrafrechts traurig vor Augen. Dass Taten der russischen Armee schon früh untersucht, dokumentiert und als *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* benannt wurden, begründet jedoch die leise Hoffnung auf eine zukünftige völkerstrafrechtliche Ahndung dieser und zeigt, dass die Geschichte des Völkerstrafrechts noch nicht zu Ende erzählt ist.

# Nicht nur lesen, was „klausurrelevant“ ist.

**Immer und überall informiert.**

**Jetzt 4 Wochen kostenlos  
das E-Paper des Göttinger und  
Eichsfelder Tageblatts lesen.**

Online unter:

[www.goettinger-tageblatt.de/studiepaper](http://www.goettinger-tageblatt.de/studiepaper)



**GT/ET +**

**Göttinger Tageblatt Eichsfelder Tageblatt**

**ZivR** Fallbearbeitung

Mattis Bieberle-Aumann\*

# Miete, Arbeit und Corona

Fallbearbeitung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene

*Die auf einer Originalklausur beruhende Fallbearbeitung beschäftigt sich mit den Folgen der pandemiebedingten Schließung von Restaurants für den Anspruch der Vermieter auf Zahlung des Gewerbemietzinses sowie für den Lohnanspruch geringfügig Beschäftigter. Daneben wird ein Sonderfall eines sog. Anweisungsfalls in einem bereicherungsrechtlichen Dreipersonenverhältnis thematisiert.*

**SACHVERHALT****TEIL 1**

V ist Vermieterin mehrerer Wohn- und Gewerberäume in Hannover. Zu ihren Mietern zählt auch G, der in den von V angemieteten Räumlichkeiten zu einem monatlichen Mietzins in Höhe von aktuell 3.000 Euro bereits seit rund fünf Jahren das vegane Restaurant »Aufs Korn« betreibt. Zur Nutzung des in unmittelbarer Nähe zur Fußgängerzone gelegenen Mietobjekts findet sich in dem schriftlichen und auf unbestimmte Zeit geschlossenen Mietvertrag lediglich der Passus, dass die Vermietung »zur Nutzung als Ladenfläche« erfolgt. Bei Abschluss des Mietvertrags stand noch aus, ob G sich einem Supermarkt-Verbund anschließen und die Räumlichkeiten als Verkaufsfläche nutzen oder sich auf den Nischenmarkt der veganen Gastronomie wagen würde. Die Entscheidung von G zugunsten des Restaurants erwies sich zunächst als ausgesprochen glücklich. Vor allem in den Jahren 2018 und 2019 konnte G von dem wachsenden Bewusstsein für tierfreie Produkte profitieren und sein Restaurant stieg zu einem der gewinnträchtigsten Gastronomiebetriebe in der Region auf. Erfolgsfaktoren waren neben einem ausgezeichneten Küchenpersonal insbesondere die engagierten und zuverlässigen im Servicebereich zu einem monatlichen Entgelt von 400 Euro beschäftigten Studierenden, zu denen auch der Student S gehört.

Im Zuge der Corona-Pandemie ordnet die zuständige Behörde Anfang 2021 auf Grundlage der Verordnung der niedersächsischen Landesregierung zur Eindämmung der COVID-19-Pandemie eine Schließung des Betriebs für die Monate Januar bis April an. Da G für die vier Monate keine Gäste in seinem Lokal empfangen konnte, ist er der Meinung, dass er für diesen Zeitraum auch keine Miete zahlen müsse.

\* Der Autor studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und ist studentische Hilfskraft am Kirchenrechtlichen Institut der EKD

Die Originalklausur, auf der die Fallbearbeitung beruht, wurde in der Übung für Fortgeschrittene im Bürgerlichen Recht an der Georg-August-Universität Göttingen von Prof. Dr. Rüdiger Krause im Wintersemester 2021/22 gestellt.

Ein Festhalten an der Verpflichtung zur Zahlung der Miete sei aus seiner Sicht »mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbaren«. V entgegnet, dass sie für die Schließungsanordnung nicht verantwortlich sei. Zudem habe sie erfahren, dass es G finanziell offenbar nicht ganz schlecht gehe: Denn G habe, was zutrifft, mit der spontanen Idee eines Essenslieferservice »HelloKorn«, für dessen Betreiben er die angemieteten Räumlichkeiten teilweise genutzt habe, den infolge der Schließung des Restaurants entgangenen Gewinn von Januar bis April zu jeweils 50 % auffangen können, weil viele Beschäftigte im Homeoffice auf dieses neue Angebot zurückgegriffen hätten.

**Frage 1: Hat V gegen G einen Anspruch auf Zahlung des Mietzinses i.H.v. insgesamt 12.000 Euro für die Monate Januar bis April?**

S, der von Januar bis April trotz eines entsprechenden Angebots seiner Tätigkeit gegenüber G aufgrund der geschlossenen Gaststätte nicht arbeiten konnte und der von G deshalb auch keine Vergütung erhalten hat, kann als geringfügig entlohnter Beschäftigter kein Kurzarbeitergeld beziehen. G erklärt, er könne da leider auch nichts machen: Für die Lücken im Sozialversicherungsrecht sei ausschließlich der Staat verantwortlich. Es wäre ja noch schöner, wenn sich eine Entgeltzahlungspflicht für ihn als Arbeitgeber allein aus dem Fehlen einer sozialrechtlichen Absicherung ergäbe. Er wolle jedenfalls für Januar bis April keinen Lohn zahlen, weil er unter der Schließungsanordnung ebenso zu leiden habe wie alle anderen auch. S sieht zwar ein, dass er keine staatlichen Unterstützungsleistungen erhält, versteht aber nicht, weshalb er als Arbeitnehmer das Risiko des Arbeitsausfalls tragen soll und nicht G als sein Arbeitgeber.

**Frage 2: Hat S gegen G einen Lohnanspruch i.H.v. insgesamt 1.600 Euro für die Monate Januar bis April?**

**TEIL 2**

V ist außerdem Vermieterin des M. Für die schön gelegene Wohnung ist von den Vertragsparteien ein Mietzins in Höhe von monatlich 500 Euro vereinbart worden. M bezieht Arbeitslosengeld II, was u.a. dazu führt, dass der zuständige kommunale Träger J auf Antrag des M (vgl. § 22 Abs. 7 S. 1 SGB II) die monatliche Miete als laufende Anwendung jeweils am Monatsanfang direkt an die Vermieterin V auszahlt. Anfang Juni 2021 findet eine Umstellung des Betriebssystems bei J statt, was zu erheblichen technischen Folgeproblemen und häufigen Systemabstürzen führt. Infolgedessen geht bei J die von M Mitte Juni übermittelte

Nachricht unter, dass dieser sich mit V auf eine einvernehmliche Beendigung des Mietverhältnisses zum Ende des Monats verständigt hat und ab dem 1. Juli 2021 in eine Wohnung des W ziehen wird. Zugleich legt M den neuen Mietvertrag mit W einschließlich des entsprechenden Kostenübernahmeantrags bei J vor, was durch das System allerdings ebenfalls nicht ordnungsgemäß erfasst wird. J überweist deshalb Anfang Juli nochmals 500 Euro an V. Als Verwendungszweck gibt J dabei an: »Miete Unterkunft (Adresse), Mieter M, Empfänger V«. Nachdem alle technischen Probleme bei J beseitigt worden sind, wird das Versehen entdeckt. Daraufhin fordert J von V die 500 Euro zurück. V entgegnet, was gehe sie die J an. Ihr – ehemaliger – Vertragspartner sei einzig und allein M. Jedenfalls wisse sie nichts von einem Widerruf der Anweisung durch M gegenüber J, während diese sehr wohl ihre fehlende Leistungsverpflichtung habe kennen müssen.

**Frage 3: Hat J gegen V einen Anspruch auf Rückzahlung des Mietzinses i.H.v. 500 Euro für den Monat Juli?**

#### BEARBEITUNGSVERMERK

1. Es ist davon auszugehen, dass die behördliche Schließungsanordnung rechtmäßig ist und (aus Gründen der Vereinfachung) exakt vier Monate (Januar bis April) gedauert hat. Supermärkte sind von ihr nicht betroffen gewesen.

2. Staatliche Leistungen im Zuge der Corona-Pandemie, auf die G möglicherweise einen Anspruch hat, sind für die Bearbeitung nicht zu berücksichtigen.

3. Auf folgende Gesetzestexte aus dem EGBGB und dem SGB II wird hingewiesen:

#### Art. 240 EGBGB

§ 7 Störung der Geschäftsgrundlage von Miet- und Pachtverträgen

(1) Sind vermietete Grundstücke oder vermietete Räume, die keine Wohnräume sind, infolge staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie für den Betrieb des Mieters nicht oder nur mit erheblicher Einschränkung verwendbar, so wird vermutet, dass sich insofern ein Umstand im Sinne des § 313 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, der zur Grundlage des Mietvertrags geworden ist, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert hat.

§ 22 SGB II

(7) Soweit Arbeitslosengeld II für den Bedarf für Unterkunft und Heizung geleistet wird, ist es auf Antrag der leistungsberechtigten Person an den Vermieter oder andere Empfangsberechtigte zu zahlen. ...

#### GLIEDERUNG

##### Frage 1:

- A. Anspruch V gegen G auf Zahlung des Mietzinses i.H.v. 12.000 €, § 535 II BGB
  - I. Anspruch entstanden
  - II. Anspruch untergegangen
    - 1. Minderung, § 536 I
    - 2. Befreiung von der Gegenleistungspflicht, § 326 I 1
    - 3. Zwischenergebnis
  - III. Anspruch durchsetzbar
    - 1. Anspruch auf Vertragsanpassung als Einrede, § 313 I
      - a) Reales Element
      - b) Hypothetisches Element
      - c) Normatives Element
      - d) Zwischenergebnis
    - 2. Zwischenergebnis
- B. Ergebnis

##### Frage 2:

- A. Anspruch des S gegen G auf Zahlung des Lohns für die Monate Januar bis April i.H.v. 1.600 €, § 611a II
  - I. Anspruch entstanden
  - II. Anspruch untergegangen
    - 1. Befreiung von der Gegenleistungspflicht gem. § 326 I 1
    - 2. Anspruchserhaltende Sondernorm: § 615 S. 1, 3
    - 3. Zwischenergebnis
- B. Ergebnis

##### Frage 3:

- A. Anspruch des J gegen V auf Rückzahlung des Mietzinses i.H.v. 500 €, § 812 I 1 Alt. 1
  - I. Etwas erlangt
  - II. Durch Leistung
  - III. Ergebnis
- B. § 812 I 1 Alt. 2
  - I. Grundsatz: Abwicklung innerhalb der Leistungsbeziehungen
  - II. Ausnahme: Direkter Durchgriff
  - III. Weitere Voraussetzungen
  - IV. Kenntnis der Nichtschuld
  - V. Ergebnis

## GUTACHTEN

### Teil 1

#### Frage 1:

#### A. Anspruch V gegen G auf Zahlung des Mietzinses i.H.v. 12.000 €, § 535 II BGB<sup>1</sup>

V könnte einen Anspruch gegen K auf Zahlung des Mietzinses i.H.v. insgesamt 12.000 € aus § 535 II haben.

#### I. Anspruch entstanden

Der Anspruch müsste hierfür zunächst entstanden sein. Dies setzt einen wirksamen Mietvertrag zwischen V und G voraus. V und G haben einen Mietvertrag über ein Ladenlokal geschlossen. Der monatliche Mietzins beträgt 3.000 €, folglich für die Zeit von Januar bis April 12.000 €. Formprobleme (§§ 550, 578 I) sind nicht ersichtlich. Der Anspruch ist mithin entstanden.

#### II. Anspruch untergegangen

Der Anspruch könnte jedoch wieder untergegangen sein.

##### 1. Minderung, § 536 I

Dies könnte sich aus § 536 I ergeben, wenn G für diese Zeit gem. § 536 I 1 von der Entrichtung der Miete befreit oder gem. § 536 I 2 zur Entrichtung nur einer herabgesetzten Miete verpflichtet ist.

Dies setzt einen Mangel der Mietsache i.S.v. § 536 I voraus. Unter einem Mangel ist eine für den Mieter nachteilige Abweichung des (tatsächlichen) Zustands der Mietsache vom vertraglich vorausgesetzten Zustand zu verstehen, die den vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder erheblich (vgl. § 536 I 3) mindert.<sup>2</sup> Dabei ist unerheblich, ob die Untauglichkeit auf den Zustand der Sache selbst oder auf sonstige rechtliche, tatsächliche oder wirtschaftliche Verhältnisse zurückzuführen ist, die infolge ihrer Art und Dauer nach der Verkehrsauffassung einen Einfluss auf die Brauchbarkeit und Wertschätzung der Sache ausüben.<sup>3</sup>

Grundsätzlich können auch öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernisse und Gebrauchsbeschränkungen wie die Betriebsschließungen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie zu einem Mangel der Mietsache führen. Dies setzt jedoch voraus, dass die Beschränkungen der konkret vermieteten Sache ihre Ursache gerade in deren Beschaffenheit und Beziehung zur Umwelt haben und nicht in den persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters.<sup>4</sup> Daraus ergibt

sich, dass durch hoheitliche Maßnahmen bewirkte Gebrauchsbeschränkungen nur dann einen Mangel begründen können, wenn sie unmittelbar mit der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage der konkreten Mietsache in Zusammenhang stehen. Es muss daher abgegrenzt werden, ob die hoheitliche Maßnahme Objektbezogenheit oder Betriebs-/Personenbezogenheit besitzt. In letzterem Fall, also wenn die Maßnahme an die persönlichen oder betrieblichen Umstände des Mieters anknüpft, liegt kein Mangel vor (vgl. § 537 I 1).<sup>5</sup>

Der zwischen V und G geschlossene Mietvertrag enthält den Passus, dass die Vermietung »zur Nutzung als Ladenfläche« erfolgt. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses war es jedoch noch unklar, ob G die Fläche als Verkaufsfläche für eine Supermarkt-Kette oder zum Verkauf veganer gastronomischer Erzeugnisse nutzen würde – er entschied sich für Letzteres. Infolge der pandemiebedingten Schließung seines Betriebs für die Monate Januar bis April 2021 durch die niedersächsische Landesregierung konnte G in diesem Zeitraum keine Gäste mehr empfangen und seine Ladenfläche nur sehr beschränkt nutzen. Allerdings bediente er sich seiner Ladenfläche teilweise für den Betrieb eines Lieferdienstes, sodass die Nutzung der Mietsache noch beschränkt möglich war. Aus § 535 I 2 ergibt sich lediglich die Verpflichtung des Vermieters, die Mietsache in einem Zustand zu erhalten, die dem Mieter die vertraglich vorgesehene Nutzung ermöglicht. Zwischen V und G war nur vereinbart, dass G die vermietete Fläche als Ladenfläche nutzt. Die Auslegung nach §§ 133, 157 ergibt, dass V dem G lediglich ermöglichen soll, das Mietobjekt als Geschäftsfläche in irgendeiner Form zu nutzen. Dies tut V gem. § 536 I 2 weiterhin. Eine Nutzung als Restaurant war nicht Teil des Vertrages. Zur Nutzung der vereinbarten Betriebsform (Ladenfläche) war das Mietobjekt immer noch geeignet. Ferner nutzt G die Fläche weiterhin in erheblichem Maße. Die der Pandemieeindämmung dienende Schließungsanordnung beruht nicht auf der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage der Mietsache, sondern auf der Tatsache, dass mit der spezifischen Nutzung der Mietsache als Restaurationsbetrieb das Infektionsrisiko steigender Publikumsverkehr einhergeht; sie knüpft also an den Geschäftsbetrieb des G an.<sup>6</sup> Dieses genaue Verwendungsrisiko der Mietsache trägt dabei allein G als Mieter.<sup>7</sup>

Folglich ergibt sich aus der staatlich verordneten Schließung des Betriebs kein Mangel der Mietsache i.S.v. § 536 I 1, sodass der Anspruch hiernach nicht (teilweise) untergegangen ist.

##### 2. Befreiung von der Gegenleistungspflicht, § 326 I 1

Der Anspruch der V auf Zahlung des Mietzinses aus § 535 II könnte jedoch gem. § 326 I 1 untergegangen sein, wenn ihr

<sup>1</sup> Alle nachfolgenden §§ ohne nähere Gesetzesbezeichnung sind solche des BGB.

<sup>2</sup> Grüneberg/Weidenkaff, BGB, 81. Auflage (2022), § 536 Rn. 16.

<sup>3</sup> MüKoBGB/Häublein, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 8. Auflage (2020), § 536 Rn. 18.

<sup>4</sup> BGH BeckRS 2009, 20713; NJW 2011, 3151 (3151 Rn. 8); LG Heidel-

berg COVuR 2020, 541 (542 Rn. 26); LG Frankfurt COVuR 2020, 866 (867 Rn. 20).

<sup>5</sup> BGH NJW 2017, 1104 (1005 Rn. 15).

<sup>6</sup> Vgl. BGH NJW 2022, 1370 (1373 Rn. 32 ff.).

<sup>7</sup> Das hat der BGH mehrfach festgestellt: vgl. BGH NJW 2006, 899 (901); 2000, 1714 (1716); NJW-RR 2010, 1017 (1019).

durch die staatlich verordnete Schließung des Betriebs die Gebrauchsgewährung gem. § 275 I unmöglich geworden ist. Unter Unmöglichkeit ist die Unerbringbarkeit des Leistungserfolges durch eine Leistungshandlung des Schuldners zu verstehen.<sup>8</sup>

Klärungsbedürftig erscheint in diesem Zusammenhang, ob § 275 hier überhaupt anwendbar ist. Dagegen könnte sprechen, dass G auf die Mangelhaftigkeit des Vertragsgegenstandes, also auf das mietrechtliche Gewährleistungsrecht, zielt. Dementsprechend könnte die Überlegung angestellt werden, dass das Gewährleistungsrecht als an sich geschlossenes Ordnungssystem § 275 ausschließt.<sup>9</sup> Diese Frage kann aber dahinstehen, wenn die Voraussetzungen des § 275 gar nicht erst vorliegen.

Dagegen, dass V die Leistungserbringung unmöglich geworden ist, spricht, dass – wie bereits erörtert – die Schließung bereits keinen Mangel begründet. Dem könnte man entgegenhalten, dass zwischen der Nichterfüllung einer vertraglichen Pflicht und einem Mangel differenziert werden müsste. Die vertraglich vereinbarte »Nutzung als Ladenfläche« kann V schließlich nicht gewähren. Allerdings verpflichtet § 535 I den Vermieter lediglich, die Mietsache in gebrauchstauglichem Zustand bereitzustellen.<sup>10</sup> Dies hat V getan. Dass G die Mietsache nun nicht nutzen konnte, liegt nicht an der Mietsache. Es hat sich lediglich das Verwendungsrisiko verwirklicht.<sup>11</sup> Mithin ist V die Leistungserbringung nicht unmöglich geworden, sodass auch die Gegenleistungspflicht des G nicht nach § 326 I 1 entfällt.

### 3. Zwischenergebnis

Der Anspruch der V gegen G aus § 535 II ist nicht untergegangen.

### III. Anspruch durchsetzbar

#### 1. Anspruch auf Vertragsanpassung als Einrede, § 313 I

Fraglich ist aber, ob Vs Anspruch auch durchsetzbar ist, da G ihm möglicherweise einen Anspruch auf Vertragsanpassung aus § 313 I als Einrede entgegenhalten kann.

Nach § 313 I kann eine Vertragsanpassung verlangt werden, wenn sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend ver-

ändert haben (sog. reales Element), die Parteien den Vertrag, wenn sie dies vorhergesehen hätten, nicht oder mit anderem Inhalt abgeschlossen hätten (sog. hypothetisches Element) und einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insb. der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann (sog. normatives Element).<sup>12</sup>

#### a) Reales Element

V und G hätten zunächst bei Abschluss des Mietvertrags nicht damit gerechnet haben dürfen, dass es einmal zu flächendeckenden längerfristigen pandemiebedingten Schließungen von Restaurationsbetrieben kommen wird. Zwar haben V und G dies im Zeitpunkt des Vertrags nicht ausdrücklich erklärt, es entspricht aber der allgemeinen Lebenserfahrung, dass die Möglichkeit zur Nutzung als Gewerbefläche nicht durch pandemiebedingte hoheitliche Maßnahmen beschränkt wird. Laut Art. 240 § 7 EGBGB wird ferner bei gewerblich genutzten Mietsachen, die aufgrund staatlicher Corona-Bekämpfungsmaßnahmen für den Mieter nicht oder nur mit erheblicher Einschränkung verwendbar sind, vermutet, dass sie sich, insofern ein Umstand i.S.d. § 313 I vorliegt, der zur Grundlage des Mietvertrags geworden ist, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben. Anhaltspunkte, die diese Vermutungsregel widerlegen würden, sind nicht ersichtlich. Somit stellt die pandemiebedingte Betriebsschließung eine schwerwiegende Veränderung der Umstände dar, die zur Grundlage des Vertrags geworden ist. Das reale Element liegt folglich vor.

#### b) Hypothetisches Element

Ferner müsste auch das hypothetische Element gegeben sein. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass V und G, hätten sie mit einer mehrmonatigen vollständigen Schließung der Nutzung als Ladenfläche gerechnet, den Vertrag so geschlossen hätten, womit auch das hypothetische Element zu bejahen ist.

#### c) Normatives Element

Näherer Erörterung bedarf es dagegen, ob G das Festhalten am unveränderten Vertrag unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, tatsächlich nicht zugemutet werden kann. Zunächst ist festzustellen, dass es an einer vertraglich vereinbarten Risikoverteilung (z.B. einer force-majeur-Klausel) fehlt. Folglich gilt grds. die Regel, dass die Risikoverteilung, mit der Gewerbemietsache Gewinn zu erzielen, zulasten des Mieters geht.<sup>13</sup> Einer Anwendung dieser gesetzlichen Risikoverteilung auf eine coronabedingte vollständige Schließung steht allerdings entgegen, dass es sich bei der Corona-Pandemie um das Grundvertrauen in den Bestand der wirtschaftlichen und sozialen Rahmen-

<sup>8</sup> Brox/Walker, Schuldrecht AT, 45. Auflage (2021), § 17 Rn. 8; Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, 22. Auflage (2021), § 34 Rn. 1.

<sup>9</sup> Mit Blick auf den Vorrang des Gewährleistungsrechts (§§ 536 ff.) wird in der Lit. die Anwendbarkeit des allgemeinen Leistungsstörungenrechts nach Übergang der Mietsache z.T. abgelehnt, vgl. BeckOGK/Riehm, 01.04.2021, BGB § 275 Rn. 99; BeckOK BGB/Lorenz, 61. Ed. 1.2.2022, § 275 Rn. 15.

<sup>10</sup> Die Pflicht des Vermieters zur Gebrauchsgewährung setzt sich zusammen aus dem Überlassen der Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand (§ 535 I 1, 2 Fall 1) und im Erhalten der Mietsache in diesem Zustand (§ 535 I 2 Fall 2), vgl. MüKoBGB/Häublein (Fn. 3), § 535 Rn. 76.

<sup>11</sup> Vgl. dazu Fn. 7: Der Mieter trägt das Verwendungsrisiko. Realisiert sich dieses, kann er es nicht auf den Vermieter verlagern.

<sup>12</sup> MüKoBGB/Finkenauer, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 3, 8. Auflage (2019), § 313 Rn. 56.

<sup>13</sup> BGH NZM 2000, 1005 (1006); NJW 2006, 899 (901); LG Heidelberg COVuR 2020, 541 (545 Rn. 45).

bedingungen handelt, welches erschüttert wird.<sup>14</sup> Mithin läuft vorliegend keine gesetzliche Risikoverteilung der Anwendung von § 313 zuwider.

Jedoch erscheint fraglich, ob G das Festhalten am unveränderten Vertrag wirklich unzumutbar ist. Die Beantwortung dieser Frage erfordert eine umfassende Abwägung des Einzelfalls unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände – eine pauschale Betrachtungsweise verbietet sich.<sup>15</sup> Für die Abwägung sind zum einen die durch die Geschäftsschließung und deren Dauer entstandenen Schäden des Mieters von Relevanz, zum anderen aber auch potenzielle Vorteile wie staatliche Ausgleichszahlungen.<sup>16</sup> Ebenso gilt es, die Interessen des Vermieters in den Blick zu nehmen.<sup>17</sup>

Staatliche Unterstützungsleistungen und Versicherungsleistungen sind vorliegend nicht einschlägig. Für die Unzumutbarkeit kann angeführt werden, dass G über einen Zeitraum von vier Monaten keine Gäste in seinem Lokal empfangen konnte. Dies lässt aber außer Acht, dass G mithilfe der angemieteten Räume einen Essenslieferservice installieren konnte, der den entgangenen Gewinn zu jeweils immerhin 50 % auffangen konnte. Des Weiteren ist nicht ersichtlich, dass die erzwungene Schließung ansatzweise zu einer die Existenz von G und seinem Lokal bedrohenden Lage geführt hat. Ferner ist das Restaurant des G in den vergangenen Jahren zu einem der gewinnträchtigsten Gastronomiebetriebe in der Region aufgestiegen. Folglich kann davon ausgegangen werden, dass er Liquiditätsreserven besitzt oder zumindest die Verluste nach der Schließung wieder kompensieren kann. Außerdem erstreckte sich die Schließung lediglich auf vier Monate. Bei einer Kompensation der entgangenen Gewinne i.H.v. 50 % muss G mit seinen Reserven nur noch zwei Monate auffangen. Nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage gilt es schließlich zu vermeiden, dass eine Vertragsanpassung zu einer Überkompensation der beim Mieter entstandenen Nachteile führt.

Somit ist es G zumutbar, am unveränderten Vertrag festzuhalten.

d) Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen des § 313 I liegen nicht vor.

## 2. Zwischenergebnis

Der Anspruch ist auch durchsetzbar.

## B. Ergebnis

V hat einen Anspruch gegen G auf Zahlung des Mietzinses für die Monate Januar bis April i.H.v. 12.000 €.

### Frage 2:

#### A. Anspruch des S gegen G auf Zahlung des Lohns für die Monate Januar bis April i.H.v. 1.600 €, § 611a II

S könnte einen Anspruch gegen G auf Zahlung des Lohns für die Monate Januar bis April i.H.v. insgesamt 1.600 € aus § 611a II haben.

#### I. Anspruch entstanden

Damit der Anspruch entstanden ist, bedarf es eines wirksamen Arbeitsvertrags zwischen G und S i.S.d. § 611a – also eines Vertrags zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, in dem sich der Arbeitnehmer verpflichtet, weisungsabhängige Dienste für den Arbeitgeber gegen Entgelt zu verrichten. Ein solcher Vertrag besteht, womit der Anspruch entstanden ist.

#### II. Anspruch untergegangen

##### 1. Befreiung von der Gegenleistungspflicht gem. § 326 I 1

Der Anspruch könnte jedoch gem. § 326 I 1 untergegangen sein, wenn es dem S als Arbeitnehmer gem. § 275 I unmöglich geworden ist, gem. § 611a I sein Tätigwerden zu leisten. Der Betrieb von G war zwischen Januar und April behördlich geschlossen. S agierte im Servicebereich, wurde folglich auch für den Essenslieferservice nicht gebraucht. Er konnte somit im in Frage stehenden Zeitraum seine Arbeitsleistung aufgrund rechtlicher Unmöglichkeit infolge der Betriebschließung gem. § 275 I nicht erbringen. Wegen des absoluten Fixschuldcharakters der Arbeitsleistung<sup>18</sup> entfällt somit die Pflicht zum Tätigwerden für den Arbeitnehmer. Grundsätzlich entfele damit gem. § 326 I 1 auch die synallagmatische Pflicht des G, gem. § 611a II den Lohn zu entrichten.

##### 2. Anspruchserhaltende Sondernorm: § 615 S. 1, 3

Etwas Anderes könnte sich jedoch aus § 615 S. 1, 3 ergeben. Dabei handelt es sich um eine Anspruchserhaltungsnorm, die – liegen die Voraussetzungen vor – dazu führt, dass der Lohnanspruch aufrechterhalten wird. Ein Annahmeverzug nach S. 1 scheidet aufgrund der Unmöglichkeit der Leistung aus.<sup>19</sup>

<sup>14</sup> OLG Dresden BeckRS 2021, 2461 (Rn. 37); BGH NJW 2022, 1370 (1376 Rn. 55); Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Auflage (2021), § 3 Rn. 81; Warmuth, § 313 BGB in Zeiten der Corona-Krise – am Beispiel der Gewerberaummieta, COVuR 2020, 16 (19 f.).

<sup>15</sup> BGH NJW 2022, 1370 (1376 Rn. 57).

<sup>16</sup> BGH NJW 2022, 1370 (1376 Rn. 58 f.).

<sup>17</sup> BGH NJW 2022, 1370 (1377 Rn. 60).

<sup>18</sup> So die h.M., vgl. Staudinger/Richardi/Fischinger, J. von Staudingers Kommentar zum BGB, 16. Auflage (2020), § 611a Rn. 1116; ErfK/Preis, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 22. Auflage (2022), § 611a Rn. 675 f.

<sup>19</sup> Das Verhältnis zwischen Annahmeverzug und Unmöglichkeit ist hoch umstritten (vgl. die ausführliche Darstellung bei ErfK/Preis (Fn. 18), § 615 Rn. 4 ff.). Hier liegt aber nicht ein Fall vor, bei dem der Arbeitgeber die Arbeitsleistung nicht annahmen will, sondern bei dem er die Leistung nicht annehmen kann. Würde man dann § 615 S. 1 i.V.m. §§ 293 ff. anwenden, bliebe für § 615 S. 3 kein eigener Anwendungsbereich.

Gem. § 615 S. 3 sind die Sätze 1 und 2 aber auch entsprechend anzuwenden, wenn der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt.<sup>20</sup> Fraglich ist, bei wem das Betriebsrisiko hier liegt. Grds. ist das Betriebsrisiko Sache des Arbeitgebers,<sup>21</sup> also hier des G, da derjenige, der einen Betrieb unterhält und dessen Früchte erntet, auch für Risiken im Betrieb einzustehen hat.<sup>22</sup> Etwas Anderes sollte gelten, wenn die Zahlung des vollen Lohnes die Existenz des Betriebes gefährden würde.<sup>23</sup> Im vorliegenden Fall muss beachtet werden, woraus die Unmöglichkeit der Leistungserbringung folgt. Hier führt nicht das spezifische Risiko des Unternehmens (etwa besondere Herstellungsbedingungen in fleischverarbeitenden Betrieben) zur Betriebseinstellung, sondern die Schließungsanordnung ist Teil eines Maßnahmenpakets zur Eindämmung der Corona-Pandemie. Für dieses realisierte Risiko ist der Arbeitgeber nicht einstands- und zahlungspflichtig.<sup>24</sup>

Teile der Literatur und Rspr. sehen das anders.<sup>25</sup> Dadurch, dass die flächendeckende Betriebsschließung kein Risiko des Arbeitnehmers sei, falle sie generell in die Risikosphäre des Arbeitgebers. Beim Betreiben eines Restaurationsbetriebes sei man außerdem auf Publikumsverkehr angewiesen. Somit realisiere sich mit der Schließung eine von der spezifischen Eigenart des Betriebs ausgehende Gefahr, mithin ein Betriebsrisiko.

Für ein Betriebsrisiko des G könnte hier zudem sprechen, dass derjenige, der vom Einsatz geringfügig Beschäftigter profitiert, die nicht sozialversicherungspflichtig sind und kein Kurzarbeitergeld erhalten, auch deren Beschäftigungs- und Vergütungsrisiko tragen müsste.<sup>26</sup> Allerdings können die Lücken im sozialversicherungsrechtlichen Regelungssystem keine arbeitsrechtliche Zahlungspflicht des Arbeitgebers begründen.<sup>27</sup> Folglich realisiert sich durch die Schließung kein Betriebsrisiko des Arbeitgebers G und der Gegenleistungsanspruch bleibt nicht gem. § 615 I, 3 aufrechterhalten.

**20** Damit ist das Risiko des Arbeitgebers gemeint, seinen Betrieb nicht betreiben zu können, vgl. BAG NJW 2016, 1608 (1609 Rn. 22).

**21** Die Fälle, in denen der Arbeitgeber das Betriebsrisiko trägt, sind in § 615 S. 3 nicht geregelt. Gemeint ist das von der Rspr. entwickelte Betriebsrisiko, vgl. BT-Drs. 14/6857, S. 48; BAG NJW 2016, 1608 (1609 Rn. 22); NK-ArbR/*Boemke*, Gesamtes Arbeitsrecht, 1. Auflage (2016), § 615 Rn. 136; MüKoBGB/*Hennsler* (Fn. 3), § 615 Rn. 97.

**22** BAG NJW 1957, 687 (688); NZA 2022, 182 (185 Rn. 22).

**23** Diese Grenze (vgl. zuletzt BAG NZA 1995, 468 [469]) findet in neueren Entscheidungen des BAG keine Erwähnung mehr und ist in der Literatur umstritten (zust. MüKoBGB/*Hennsler* [Fn. 3], § 615 Rn. 105; abl. ErfK/*Preis* [Fn. 18], § 615 Rn. 126 m.w.N.), auch bei pandemiebedingten Schließungen (zust. etwa *Fuhlrott/Fischer*, Corona: Virale Anpassungen des Arbeitsrechts, NZA 2020, 345 [348]; kritisch dagegen *Fischinger/Hengstberger*, Lohnanspruch bei pandemiebedingten behördlichen Betriebsschließungen?!, NZA 2020, 559 [564]). Diese Frage kann vorliegend aber dahinstehen.

**24** So das BAG NZA 2022, 182 (186 Rn. 34).

**25** ErfK/*Preis* (Fn. 18), § 615 Rn. 132g; *Preis/Mazurek/Schmid*, Rechtsfragen der Entgeltfortzahlung in der Pandemie, NZA 2020, 1137 (1142 f.); LAG Niedersachsen, NZA-RR 2021, 293 (293 Rn. 17 ff.); LAG Düsseldorf, openJur 2021, 23412 (Rn. 52 ff.).

**26** So das LAG Niedersachsen, NZA-RR 2021, 293 (294 Rn. 22).

**27** BAG NZA 2022, 182 (187 Rn. 38).

### 3. Zwischenergebnis

Der Anspruch des S ist gem. §§ 326 I 1, 275 I untergegangen.

### B. Ergebnis

Der Anspruch des S auf Zahlung des Lohns i.H.v. insgesamt 1.600 € aus § 611a II ist zwar entstanden, aber wieder untergegangen.

#### Teil 2

#### Frage 3:

#### A. Anspruch des J gegen V auf Rückzahlung des Mietzinses i.H.v. 500 €, § 812 I 1 Alt. 1

J könnte einen Anspruch gegen V auf Rückzahlung des Mietzinses für den Monat Juli aus § 812 I 1 Alt. 1 haben.

#### I. Etwas erlangt

Voraussetzung ist hierfür zunächst, dass V etwas erlangt hat. Hierunter versteht man jede vermögenswerte Rechtsposition.<sup>28</sup> Dieses etwas stellt vorliegend die Forderung des V gegen seine eigene Bank auf Gutschrift (§ 675t) und den Erfüllungsanspruch aus der Gutschrift (abstraktes Schuldversprechen, § 780) dar. V hat mithin 500 € Buchgeld erlangt.

#### II. Durch Leistung

Dies müsste durch Leistung des J geschehen sein. Leistung ist jede bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens,<sup>29</sup> die – wenn die Vorstellungen der Parteien über die Zweckrichtung der Leistung auseinanderfallen – aus Sicht eines objektiven Empfängers analog §§ 133, 157 zu bestimmen ist.<sup>30</sup> Mit der Überweisung des Mietzinses an V ging es J primär um die Erfüllung seiner Verpflichtung gegenüber M aus § 22 SGB II. Er wollte also in erster Linie nicht das Vermögen des V mehren. Die Zahlung von J an V basierte viel mehr auf dem Antrag des M an J, mit der er seiner Verpflichtung aus dem Mietvertrag mit V gem. § 535 II nachkommen wollte. J fungierte hierfür als Bote der Tilgungsbestimmung des M. Es leistete folglich nicht S, sondern M an V.

#### III. Ergebnis

Ein Anspruch des S auf Rückzahlung des Mietzinses aus § 812 I 1 Alt. 1 besteht somit nicht.

**28** *Looschelders*, Schuldrecht BT, 16. Auflage (2021), § 54 Rn. 3.

**29** *Brox/Walker*, Schuldrecht BT, 45. Auflage (2021), § 40 Rn. 6; *Looschelders* (Fn. 28), § 54 Rn. 7.

**30** *Looschelders* (Fn. 28), § 54 Rn. 9; BGH NJW 2004, 1169 (1169).

## B. § 812 I 1 Alt. 2

### I. Grundsatz: Abwicklung innerhalb der Leistungsbeziehungen

Ein solcher Anspruch könnte sich hingegen aus § 812 I 1 Alt. 2 ergeben. Aufgrund des Vorrangs der Leistungskondition<sup>31</sup> kann allerdings grundsätzlich nicht über die Nichtleistungskondition zwischen V und S rückabgewickelt werden. Vielmehr muss dies über die *condictio indebiti* innerhalb der Leistungsbeziehungen erfolgen. Folglich müsste sich S zur Geltendmachung ihres Anspruchs an M halten. Indes muss beachtet werden, dass sich schematische Lösungen bei bereicherungsrechtlichen Konstellationen mit mehr als zwei Personen verbieten.<sup>32</sup>

### II. Ausnahme: Direkter Durchgriff

In Ausnahmefällen kann ein direkter Durchgriff an den Zahlungsempfänger (V) gewährt werden. Die Voraussetzungen hierfür sind umstritten.

Unstrittig bedarf es eines Mangels in den Rechtsbeziehungen des vermeintlich Anweisenden zum Empfänger und zum Angewiesenen.<sup>33</sup> Der Mietvertrag mit V endet zum 30. Juni 2021. Ab dem 1. Juli 2021 zieht M in eine Wohnung des V. Somit bestehen die jeweiligen Leistungsbeziehungen nicht mehr.

Im Fall des Widerrufs einer Anweisung an das Jobcenter hängt der Erfolg der Direktkondition davon ab, ob der Anspruchsgegner bei Zahlungseingang Kenntnis vom Widerruf der Anweisung hatte. In diesem Fall könnte man die Überlegung anstellen, dass der Anspruchsgegner wusste,

dass ihm der Betrag nicht zusteht und es somit an einer Leistung seines Vertragspartners fehlte.<sup>34</sup> Zur Überweisung kam es aber lediglich aufgrund von erheblichen technischen Problemen bei J. Ohne diese wäre der Widerruf rechtzeitig bemerkt worden und J hätte nicht bezahlt. V konnte nicht wissen, ob S wie hier den Widerruf irrtümlich nicht beachtet hat oder ob der Widerruf des M nicht rechtzeitig einging.<sup>35</sup> Nichtsdestotrotz wusste er vom Ende des Mietvertrags und dem Umzug des M zu W. Es war ihm also bewusst, dass es an einer Leistung des M als seinem ehemaligen Vertragspartner fehlte oder er hätte es zumindest sicher wissen müssen.

### III. Weitere Voraussetzungen

Somit erhielt V die Gutschrift nicht durch Leistung des J, sondern auf sonstige Weise aus dessen Vermögen, also auf Kosten des J. Das Mietverhältnis endete bereits zum 30.6.21, sodass es für die Gutschrift für Juli 2021 an einem rechtlichen Grund fehlt.

### IV. Kenntnis der Nichtschuld

Auch greift § 814 nicht, da J nicht zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber V handelte und kein widersprüchliches Verhalten auf Seiten des J als Grundlage eines Kondiktionsausschlusses erkennbar ist.

### V. Ergebnis

Gem. §§ 812, 818 liegt die Rechtsfolge in der Herausgabe des Erlangten bzw. im Wertersatz.

Somit hat J einen Anspruch gegen V auf Rückzahlung der 500 € aus §§ 812 I 1 Alt. 2, 818 II (Abschöpfungskondition).

<sup>31</sup> Nach h.M. schließt eine Bereicherung »durch Leistung« eine Bereicherung »in sonstiger Weise« grds. aus, vgl. *Brox/Walker*, Schuldrecht BT (Fn. 29), § 42 Rn. 1 m.w.N.

<sup>32</sup> So die st. Rspr. des BGH seit BGH NJW 1974, 39 (40).

<sup>33</sup> *Mäsch*, Schuldrecht BT: Nichtleistungskondition bei Direktzahlung von Arbeitslosengeld II nach Beendigung des Mietverhältnisses, Jus 2018, 1098 (1100).

<sup>34</sup> So der BGH, vgl. NJW 2018, 1079 (1081 Rn. 29).

<sup>35</sup> Folglich wird teilweise argumentiert, dass aus dem Umstand, dass der Vermieter wusste, mangels Rechtsgrunds keinen Anspruch auf Zahlung der Miete zu haben, nichts hinsichtlich der Kenntnis über die Kommunikation zwischen dem Mieter und dem Jobcenter bzgl. der Anweisung geschlossen werden könne, vgl. *Mäsch* (Fn. 33), Jus 2018, 1098 (1101); *Schwab*, Anm. zu BGH, Urteil vom 31.1.2018 – VIII ZR 39/17, JZ 2018, 521 (523).

**ÖffR** Fallbearbeitung

 Malte Gutt<sup>‡</sup> und Jonas Backhaus\*

# Die Gastronomie in der Pandemie – geschlossene Gesellschaft

In der hier besprochenen Hausarbeit werden aktuelle Probleme aus dem Staatshaftungsrecht im Zusammenhang mit der Beschränkung gewerblicher Tätigkeiten aufgrund der Corona-Pandemie vorgestellt. Zugleich gibt der Beitrag eine Einführung in die jüngste BGH-Rechtsprechung zu dieser Thematik. Die abgedruckte Originalhausarbeit wurde mit überdurchschnittlichem Erfolg abgeschlossen. Die Korrekturanmerkungen bieten Studierenden die Möglichkeit den Erwartungshorizont und die Beurteilungskriterien besser einschätzen zu können.

Der BGH hat am 17.3.2022 in einem sehr ähnlich gelagerten Fall entschieden, dass staatshaftungsrechtliche Ansprüche aufgrund erlittener Verluste durch die angeordnete Schließung von Gewerbe nicht in Betracht kommen (BGH, 17.03.2022 - III ZR 79/21). Der Kläger, ein Gastronom und Hotelier aus Brandenburg, verlangte von dem beklagten Land Entschädigung bzw. Schadensersatz für Einnahmeausfälle, die ihm durch die staatlich angeordnete Schließung seines Hotels im Frühjahr 2020 zur Bekämpfung der Covid19-Pandemie entstanden waren. Mittels einer Verordnung hatte das Land Brandenburg angeordnet Gaststätten und Hotels für den Publikumsverkehr zu schließen. Ein entscheidender Unterschied zwischen dem Fall vor dem BGH und dem fiktiven Sachverhalt der Hausarbeit lag darin, dass es für Gewerbetreibende flächendeckende Soforthilfen gab, so auch für den Kläger. Dies wurde im Sachverhalt zur Vereinfachung bewusst außen vorgelassen. Zudem erlitt die K im vorliegenden Sachverhalt nicht nur Einnahmeverluste, sondern verlor einen ungewöhnlich wertvollen Lagerbestand an verderblicher Frischware. Dies führte dazu, dass es beispielsweise vertretbar war ein Sonderopfer innerhalb der Prüfung des enteignenden Eingriffs anzunehmen.

Ansonsten liest sich die Entscheidung des BGH beinahe wie die Lösung dieses Sachverhaltes. In Bezug auf die hier besprochene Hausarbeit ist unter anderem hervorzuheben, dass der BGH für eine entsprechende Anwendung des § 56 I IfSG keinen Raum sah, da schon keine planwidrige Regelungslücke vorliege. Dafür sprächen die vergangenen und gegenwärtigen Aktivitäten des Gesetzgebers. Bezüglich des Anspruchs aus § 65 I IfSG ging der BGH ebenfalls von einem Exklusivitätsverhältnis zwischen Verhütungs- und Bekämpfungsmaßnahmen aus und lehnte den Anspruch ab, da es sich bei

\* Dipl.-Jur. Malte Gutt, LL.M. (Strathclyde) ist ehemaliger wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Völker- und Europarecht, Lehrstuhl für internationales Wirtschaftsrecht und Umweltrecht von Prof. Dr. Peter-Tobias Stoll.

‡ Der Autor studiert seit dem Wintersemester 2019/2020 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen.

Die Hausarbeit wurde in der Übung im Öffentlichen Recht für Fortgeschrittene bei Prof. Dr. Peter-Tobias Stoll im Wintersemester 2021/2022 an der Georg-August-Universität Göttingen gestellt.

der Beschränkung um eine Bekämpfungsmaßnahme gegen die sich weiter ausbreitende Pandemie handele. Wie in der Lösung dieses Hausarbeitsfalles ging der BGH bezüglich eines ordnungsrechtlichen Entschädigungsanspruchs von der Sperrwirkung der spezielleren Normen des IfSG aus.

Eine Sperrwirkung sah der BGH auch für den Anspruch aus dem enteignenden Eingriff. Unabhängig davon sei das Rechtsinstitut des enteignenden Eingriffs nicht dafür entwickelt worden durch flächendeckende infektionsschutzrechtliche Maßnahmen verursachte Schäden auszugleichen. Der BGH habe eine Haftung aus diesem Anspruch daher bislang nur in Einzelfällen angewandt, in denen Eigentumsbeeinträchtigungen durch Realakte oder Verwaltungsakte vorlagen.

## SACHVERHALT

Die K ist Inhaberin eines Restaurants »Fisch & Austern« in der niedersächsischen Stadt G, das auf Fischgerichte mit frischen Zutaten und Austern spezialisiert ist. Um ihren Gästen ein reichhaltiges und abwechslungsreiches Angebot offerieren zu können, hält das Restaurant ständig einen Bestand an Frischware vor, der nach Umfang und Wert den Branchendurchschnitt um das Zehnfache übersteigt.

Nehmen Sie an, dass sich Ende Mai 2021 überraschend eine neue und hochinfektiöse Variante X des Corona-Virus verbreitet und in der Folge einen exponentiellen Anstieg der Infektionen und Krankenhauseinweisungen und eine steigende Zahl von Todesfällen mit sich gebracht hat. Nehmen Sie ferner an, dass das Land Niedersachsen am 01.06.2021 eine Verordnung zur »Beschränkung sozialer Kontakte zur Bekämpfung der X-Variante« - in Kraft getreten am gleichen Tag - mit dem folgenden § 5 erlassen hat, der wegen der günstigen Entwicklung des Infektionsgeschehens zum 30.6.2021 wieder aufgehoben werden konnte:

»§5

(1) Restaurationsbetriebe, insbesondere Restaurants, Gaststätten, Imbisse, allein oder in Verbindung mit anderen Einrichtungen, Mensen und Kantinen dürfen nicht betrieben werden. Hiervon ausgenommen ist das Angebot eines Außer-Haus-Verkaufs, soweit die Anforderungen des Absatzes 2 erfüllt werden.

(2) Betreiberinnen und Betreiber von Restaurationsbetrieben, die einen Außer-Haus-Verkauf anbieten, sind verpflichtet, die nachfolgenden Abstandsregelungen sicherzustellen:

1. Mindestabstand von 1,5 Metern zwischen den Kundinnen und Kunden und
2. durchschnittlich lediglich eine Person auf 10 Quadratmeter.«

Gehen Sie davon aus, dass im Betrieb von K kein Krankheitsfall oder Ansteckungsverdacht aufgetreten ist und dass K

- einen Verlust von 10.000 € erlitten hat, weil ihre laufenden Betriebskosten (Miete, Personal, Versicherungen etc.) nur zum geringeren Teil durch Einnahmen aus dem Außer-Haus-Verkauf gedeckt werden konnten und
- wegen der kurzfristigen Schließung ihren besonders umfangreichen und wertvollen Lagerbestand von 10.000 Euro entsorgen musste.

Neben Restaurants und Gaststätten sind einige weitere Branchen von den Betriebsunter-sagungen betroffen, wie beispielsweise Fitnessstudios, Kosmetikstudios oder Friseursalons. Aufgrund der hohen erlittenen Verluste sind die Rücklagen der K nahezu aufgebraucht. Ihr Steuerberater weist sie darauf hin, dass ihr Betrieb akut existenzgefährdet sei.

K fragt ihre Rechtsanwältin,

1. ob und in welcher Höhe sie für ihre Einbußen eine Entschädigung verlangen und
2. wie sie sie gerichtlich durchsetzen kann.<sup>1</sup>

### HINWEIS:

- Gehen Sie davon aus, dass die Verordnung formell und materiell rechtmäßig ist.
- Vorschriften der ZPO sind nicht zu prüfen.
- Es ist auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen – gegebenenfalls hilfsgutachterlich – einzugehen.

### GLIEDERUNG

- A. Anspruch aus § 56 I IfSG
- B. Anspruch aus § 65 I IfSG
- C. Anspruch gem. § 56 I o. 65 I IfSG
  - I. Anspruch nach § 56 I IfSG analog
  - II. Anspruch nach § 65 I IfSG analog
- D. Anspruch gen. § 80 NPOG i.V.m § 8 NPOG
- E. Anspruch nach enteignungsgleichem Angriff
- F. Anspruch aus dem enteignenden Angriff
  - I. Rechtsgrundlage und Anwendbarkeit
  - II. Ausschluss durch Sperrwirkung
  - III. Voraussetzungen (hilfsgutachterlich)
    1. Eigentumsbetroffenheit nach Art. 14 I GG
    2. Unmittelbarer hoheitlicher Eingriff
    3. Sonderopfer
      - a) Ungleichbehandlung gegenüber anderen Branchen
      - b) Besondere Schwere im Verhältnis zu anderen Betroffenen
      - c) Sonderfall der Existenzgefährdung
    4. Zwischenergebnis
  - IV. Ergebnis
- G. Schadensersatz aus der Amtshaftung
- H. Ergebnis der Frage 1.1

### FRAGE 1

#### A. Anspruch aus § 56 I IfSG

Ein Anspruch auf Entschädigung könnte sich für K zunächst aus § 56 I IfSG ergeben. Hierfür müssten die ihr entstandenen Einbußen – die weiterlaufenden Betriebskosten und die Entsorgung ihres Lagerbestandes – jeweils i.H.v. 10.000 € einen Verdienstaustausch darstellen.

*Die Bearbeitung beginnt mit einem sauber formulierten Obersatz. Richtigerweise wird mit der Prüfung der spezielleren Anspruchsgrundlagen aus dem IfSG begonnen.*

*Zudem fällt positiv auf, dass die beiden Einbußen der K bereits hier differenziert genannt werden. Dies war in der gesamten Bearbeitung des Falls zu beachten. Möglich wäre auch gewesen nach den erlittenen Einbußen aufzubauen (Einnahmeverluste und Verlust des Lagerbestandes). Dies hätte jedoch zu vielen doppelten Erwähnungen und Verweisungen geführt. Daher erscheint der hier gewählte Aufbau nach Anspruchsgrundlagen insgesamt zweckmäßiger.*

Diesen müsste K außerdem als Ausscheidende i.S.d. § 2 Nr. 6 IfSG, Ansteckungsverdächtige i.S.d. Nr. 7, Krankheitsverdächtige i.S.d. Nr. 5 oder als sonstige Trägerin von Krankheitserregern i.S.v. § 31 S. 2 IfSG infolge eines infektionsschutzrechtlichen Verbots in der Ausübung ihrer bisherigen Erwerbstätigkeit erlitten haben. Hinsichtlich des relevanten Personenkreises nach § 2 Nr. 4 ff. IfSG kommt für K, da sie weder erkrankt ist bzw. war noch krankheitsbedingte Symptome aufzeigt, lediglich der Verdacht einer Ansteckung nach § 2 Nr. 7 IfSG in Betracht.

<sup>1</sup> Aus Platzgründen wurde die Bearbeitung nicht mit aufgenommen.

Durch den Verweis auf die Begriffsbestimmungen in § 2 IfSG wird deutlich, dass sich mit der Systematik des IfSG auseinandergesetzt wurde. Aufgrund der klaren Aussage im Sachverhalt musste sich mit dem weiteren Personenkreis des § 56 I IfSG (Ausscheider, Krankheitsverdächtiger) nicht näher beschäftigt werden.

Dem Begriff des Ansteckungsverdächtigen unterfällt derjenige, bei dem »die Annahme, der Betroffene habe Krankheitserreger aufgenommen, wahrscheinlicher ist als das Gegenteil«<sup>2</sup>, wobei auch die Verbreitungsart und Intensität der möglichen Krankheit in die Abwägung mit einzu beziehen sind.<sup>3</sup> Da es sich bei der neuen X-Variante des Corona-Virus um eine höchstinfektiöse Art handelt, ist für K als Restaurantbetreiberin, die für gewöhnlich mit zahlreichen fremden Personen in Kontakt kommt, zu überlegen, eine potentielle Verdachtslage schon von Berufs wegen oder sogar aufgrund einer grundsätzlichen Ansteckungsgefahr für die ganze Bevölkerung in Betracht zu ziehen. Dafür könnte sprechen, dass sich insbesondere bei jüngeren, gesunden Menschen, selbst wenn sie bereits mit dem Corona-Virus infiziert sind, oftmals keine Anzeichen an Symptomen oder Krankheitsverläufen feststellen lassen.<sup>4</sup> Die Gefahr der Virusweitergabe ist jedoch auch bei jenen Personengruppen gegeben.<sup>5</sup> Die Annahme, dass K so, unwissentlich, bereits in Kontakt mit dem Virus getreten ist, erscheint folglich nicht von vornherein ausgeschlossen. Fraglich ist allerdings, ob ein abstraktes Berufsrisiko und eine möglicherweise höhere Dunkelziffer an Ansteckungen, selbst wenn es sich um ein hochinfektiöses, sich exponentiell verbreitendes Virus handelt, allein Grund genug dafür sein können, um von einer überwiegenden Ansteckungswahrscheinlichkeit auszugehen.<sup>6</sup> Im Restaurantbetrieb der K trat bisher weder ein Krankheits- oder Ansteckungsfall noch ein entsprechender Verdacht auf. Andere Anknüpfungspunkte, die ein Ansteckungsrisiko konkret begründen würden, sind nicht ersichtlich. Auch Angaben, dass das Virus bereits derartig weit verbreitet wäre, dass man von einer universellen Ansteckungsgefahr, unabhängig von einzelnen Umständen, ausgehen müsste, sind nicht gegeben. Da so, außerhalb des abstrakten Ansteckungsrisikos der K aufgrund ihrer beruflichen Tätigkeit in der Gastronomie, keine weiteren Indizien oder Tatsachen vorliegen, sondern es vielmehr an konkreten Krankheits- oder Ansteckungsfällen bzw. einem Verdacht

im Umfeld des Restaurantbetriebs mangelt, ist eine hinreichende Wahrscheinlichkeit des Verdachtsfalls nach § 2 Nr. 7 IfSG zu verneinen.

K unterfällt somit keinem der genannten Fälle aus § 2 Nr. 4 ff. IfSG. Ein Anspruch auf Entschädigung nach § 56 I IfSG scheidet folglich aus.

*Die Aussage ist etwas unpräzise: Die Anspruchsgrundlage bleibt weiterhin der § 56 I IfSG, welcher einen Kreis der Anspruchsberechtigten festlegt. Diese werden wiederum in § 2 IfSG definiert.*

## B. Anspruch aus § 65 I IfSG

Allerdings könnte K ein Entschädigungsanspruch aus § 65 I IfSG erwachsen sein. Voraussetzung eines derartigen Anspruchs ist, dass die Schließung von Restaurationsbetrieben eine auf §§ 16, 17 IfSG fußende Verhütungsmaßnahme darstellt.

*In § 65 I IfSG ist von einer »Maßnahme nach den §§ 16 und 17« die Rede. Bei der Bildung eines Obersatzes und damit der Festlegung des Prüfungsmaßstabes ist es sinnvoll sich am Gesetzeswortlaut zu orientieren.*

Hiervon werden jene umfasst, die die Entstehung übertragbarer Krankheiten verhindern sollen.<sup>7</sup> Zu differenzieren sind verhütende Maßnahmen von solchen, die der Verhinderung der Verbreitung einer bereits aufgetretenen Krankheit dienen.<sup>8</sup> Sog. Bekämpfungsmaßnahmen i.S.d. § 28 I IfSG knüpfen dabei an bereits erfolgte Krankheitsfälle, Ausscheider sowie Krankheits- und Ansteckungsverdachte an.<sup>9</sup> Ausschlaggebend bei der Abgrenzung ist dabei die intendierte Wirkung der Maßnahmen.<sup>10</sup> Die Schließung der Restaurationsbetriebe wurde vorgenommen, um das sich bereits in Gang befindliche Infektionsgeschehen der X-Variante des Corona-Virus zu verlangsamen. Folglich war eine übertragbare Krankheit i.S.d. § 2 Nr. 3 IfSG mit zahlreichen Kranken, Ausscheidenden und Krankheits- sowie Ansteckungsverdächtigen bereits im Umlauf. Eine rein präventive Verhinderung hätte nicht mehr vorgenommen werden können. Zwar ist anzumerken, dass bspw. im Umkreis des Restaurants der K bisher weder ein Krankheits- noch ein Ansteckungsverdacht registriert wurde, womit die Schließung derartiger Betriebe eher einer präventiven als akuten Reaktion gleicht. Jedoch ist eine Viruspanemie durch ihre hochinfektiösen Übertragungswege nahezu unmöglich örtlich zu beschränken. Die aufgetretenen Infektionsfälle geben daher ausreichenden Anlass, in der erlassenen Verordnung, die die Grundlage der Betriebsschließungen bildet,

<sup>2</sup> Siehe BVerwGE 142, 205 (216).

<sup>3</sup> Vgl. BVerwGE 142, 205 (216); Kießling/Kießling, IfSG, 2. Auflage (2021) § 2 Rn. 31; Bachmann/Rung, Das neue Infektionsschutzrecht, 2. Auflage (2021), § 15 Rn. 15.

<sup>4</sup> Buitrago-Garcia/Egil-Gany/Counotte/Hossmann/Imeri/Ipekci/Salanti/Low, Occurrence and transmission potential of asymptomatic and presymptomatic SARS-CoV-2 infections: A living systematic review and meta-analysis, PLoS medicine, September 22, 2020, <https://doi.org/10.1371/journal.pmed.1003346>, abgerufen am 20.10.2021.

<sup>5</sup> Lee/Kim/Lee, Clinical Course and Molecular Viral Shedding Among Asymptomatic and Symptomatic Patients With SARS-CoV-2 Infection in a Community Treatment Center in the Republic of Korea, JAMA Intern Med., August 06, 2020, <https://jamanetwork.com/journals/jamainternalmedicine/fullarticle/2769235>, abgerufen am 20.10.2021.

<sup>6</sup> Dies trotz exponentiellen Anstiegs an Infektionen verneinend LG Heilbronn, NVwZ 2020, 975 (976); LG Köln BeckRS 2021, 264 (Rn. 25 f.).

<sup>7</sup> Hierzu BeckOK-InfSchR/Zwanziger, 01.10.2021, § 16 Rn. 4; ähnlich Fleischfresser, Das neue Infektionsschutzrecht, 2. Auflage (2021), § 13 Rn. 18.

<sup>8</sup> Siehe BeckOK-InfSchR/Zwanziger, (Fn. 7), § 16 Rn. 3; Gärditz/Abdulsalam, Rechtsverordnungen als Instrument der Epidemie-Bekämpfung, GSZ 2020, 108 (113).

<sup>9</sup> Ebd.

<sup>10</sup> Vgl. Gerhardt, IfSG, 5. Auflage (2021), § 56 Rn. 45; BeckOK-InfSchR/Zwanziger, (Fn. 7), § 16 Rn. 6.

eine Schutzmaßnahme gegen die weitere Verbreitung des Virus, mithin eine Bekämpfungs- und keine Verhütungsmaßnahme mehr zu sehen. Allerdings werden in der Frage, in welchem Verhältnis die, den jeweiligen Normenbereichen zugeordneten, Maßnahmen tatsächlich stehen, unterschiedliche Ansätze vertreten.

Vereinzelnd wird eine Gesamtbetrachtung beider Maßnahmen verfolgt.<sup>11</sup> Schutzmaßnahmen nach § 28 IfSG hätten automatisch auch verhütenden Charakter, sodass beide Regelungsbereiche ineinandergreifen und sich überschneiden würden.<sup>12</sup> Schutzmaßnahmen des § 28 IfSG seien deswegen, da sie Maßnahmen i.S.d. §§ 16 f. IfSG inkludieren, ausreichend, um einen Anspruch nach § 65 I IfSG zu begründen.<sup>13</sup>

Für eine strikte Trennung sprechen sich hingegen die Rechtsprechung sowie ein überwiegender Teil im Schrifttum aus.<sup>14</sup> Zwischen Verhütungs- und Bekämpfungsmaßnahmen existiere ein vom Gesetzgeber ausdrücklich intendiertes, systematisches Exklusivitätsverhältnis.<sup>15</sup> Sobald eine Maßnahme zumindest auch der Bekämpfung einer bereits existierenden Krankheit dient, könne sie nur noch dem Bereich der §§ 24 ff. IfSG zugeordnet werden.<sup>16</sup> Ein Anspruch aus § 65 I IfSG, der jedoch ausdrücklich eine Maßnahme i.S.d. §§ 16, 17 IfSG fordert, wäre somit, da es sich, wie oben festgestellt, bei der Restaurationsbetriebsschließung um eine Bekämpfungsmaßnahme handelt, ausgeschlossen.

Da die Ansichten somit zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, bedarf es einer Stellungnahme. Aus medizinischer Sicht fällt es bei einem dynamischen Infektionsgeschehen schwer, eine trennscharfe Abgrenzung zwischen Verhütungs- und Bekämpfungsmaßnahmen vorzunehmen.<sup>17</sup> Allerdings kann aus einem medizinisch fließenden Übergang nicht einfach eine rechtliche Verzahnung hergestellt werden. Neben dem Wortlaut des § 65 I IfSG, der ausdrücklich eine Maß-

nahme i.S.d. §§ 16 f. IfSG fordert, verweisen Rechtsprechung und weite Teile der Literatur zurecht auf die systematische Unabhängigkeit des vierten (§§ 16 ff.) und fünften Abschnitts (§§ 24 ff.) des IfSGs zueinander, die bereits in den Vorgängervorschriften des BSeuchG intendiert war und somit die These des Exklusivitätsverhältnisses stützen.<sup>18</sup>

*Hier unterläuft der Bearbeitung ein gängiger Fehler beim wissenschaftlichen Arbeiten. Es wird – inhaltlich zutreffend – auf die Rechtsprechung und weite Teile der Literatur verwiesen, in der Fußnote findet sich dies aber nicht wieder. Weder die Rechtsprechung noch die Literatur werden zitiert. Es ist darauf zu achten derartige Aussagen präzise zu belegen.*

*Zur Verdeutlichung des Exklusivitätsverhältnisses hätte zusätzlich noch auf den Wortlaut der Titel des vierten und fünften Abschnitts verwiesen werden können. Der vierte Abschnitt des IfSG (§§ 16 ff.) trägt den Titel »Verhütung übertragbarer Krankheiten«, der Titel des fünften Abschnitts (§§ 24 ff.) lautet hingegen »Bekämpfung übertragbarer Krankheiten«.*

Ohne den Willen des Gesetzgebers zu unterwandern und mit dem Wortlaut des § 65 I IfSG zu brechen, kann eine rechtliche Vermischung der §§ 16 f. IfSG und § 28 I IfSG als beiderseits geeignete Grundlage für § 65 I IfSG nicht erfolgen. Zudem spielt es keine maßgebliche Rolle, ob Bekämpfungsmaßnahmen auch eine verhütende Wirkung zukommt. Entscheidend bleibt die vom Maßnahmengeber intendierte Wirkung. Diese war eindeutig auf die Bekämpfung der Virusweiterverbreitung angelegt. Ein Anspruch auf Entschädigung nach § 65 I IfSG ist zu verneinen.

*Die Darstellung des Meinungsstreits gelingt hier gut. Nach einer entsprechenden Einleitung werden die vertretenen Ansichten unter erschöpfender Auswertung der Literatur und Rechtsprechung treffend zusammengefasst. Nach kurzer Diskussion kommt die Bearbeitung dann zu einem vertretbaren Ergebnis. Das Exklusivitätsverhältnis im IfSG zwischen Verhütungs- und Bekämpfungsmaßnahmen hat der BGH in seiner jüngst ergangenen Entscheidung bestätigt.*

### C. Anspruch gem. § 56 I o. § 65 I IfSG analog

Fraglich ist, ob K dennoch ein Anrecht auf Entschädigung durch eine analoge Anwendung der infektionsschutzrechtlichen Ansprüche nach § 56 I bzw. § 65 I IfSG haben könnte. Dies setzt voraus, dass die Nichtberücksichtigung von Restaurationsbetriebsschließungen, innerhalb der herkömmlichen Auslegung beider Entschädigungsansprüche, Bestandteil einer planwidrigen Regelungslücke von Seiten des Gesetzgebers ist. Planwidrigkeit wird dabei von der Rechtsprechung als »unbeabsichtigtes Abweichen des Gesetzgebers von seinem dem konkreten Gesetzgebungsverfahren zu Grunde liegenden Regelungsbereich« definiert.<sup>19</sup> Entscheidend für das Vorhandensein einer Regelungslücke

<sup>11</sup> Hierzu *Schwintowski*, Haftung des Staates für (rechtmäßige) hoheitliche Corona-Eingriffe, NJOZ 2020, 1473 (1475 f.); *Rommelfanger*, Entschädigung für Vermögensschäden aufgrund Betriebsbeschränkungen/-schließungen infolge Maßnahmen nach dem Infektionsschutzgesetz, COVuR 2020, 178 (180).

<sup>12</sup> Siehe *Schwintowski*, (Fn. 11), NJOZ 2020, 1473 (1475).

<sup>13</sup> *Schwintowski*, (Fn. 11), NJOZ 2020, 1473 (1475 f.); *Rommelfanger*, (Fn. 11), COVuR 2020, 178 (180).

<sup>14</sup> Vgl. OVG Lüneburg, BeckRS 2020, 9939 (Rn. 28); LG Hannover NJW-RR 2020, 1226 (1227); *Kießling/Kümper*, (Fn. 3), § 65 Rn. 8; *BeckOK-InfSchR/Kruse*, (Fn. 7), § 65 Rn. 13; *Shirvani*, Defizitäres Infektionsschutz-Entschädigungsrecht, NVwZ 2020, 1457 (1458); *Schmitz/Neubert*, Praktische Konkordanz in der Covid-Krise, NVwZ 2020, 666 (669); *Reschke*, Entschädigungsansprüche für rechtmäßige infektionsschutzrechtliche Maßnahmen im Zuge der COVID-19-Pandemie, DÖV 2020, 423 (425); *Kümper*, Zur Verortung der infektionsschutzrechtlichen Entschädigungstatbestände im Gefüge der öffentlichen Ersatzleistungen, DÖV 2020, 904 (910).

<sup>15</sup> Ebd. wobei insb. auf BT-Drs. 3/1888, S. 21 f. u. BT-Drs. 8/2468, S. 27 verwiesen wird.

<sup>16</sup> Vgl. *BeckOK-InfSchR/Kruse*, (Fn. 7), § 65 Rn. 13; *Kümper*, (Fn. 14), DÖV 2020, 904 (910).

<sup>17</sup> So auch *Rommelfanger*, (Fn. 11), COVuR 2020, 178 (180).

<sup>18</sup> Vgl. BT-Drs. 3/1888, S. 21 f.; BT-Drs. 8/2468, S. 27, die sich auf die Abschnitte §§ 10 ff. BSeuchG und §§ 30 ff. BSeuchG beziehen.

<sup>19</sup> BGH NJW 2015, 1176 (1176 f.).

ist zudem, dass der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht mit dem bereits geregelten Tatbestand derart vergleichbar ist, als dass der Gesetzgeber, im Fall einer Interessenabwägung mit denselben bereits bei der erlassenen, herangezogenen Norm angelegten Grundsätzen, zum gleichen Abwägungsergebnis gekommen wäre.<sup>20</sup>

Die analoge Anwendung von § 56 I und § 65 I IfSG wird hier zusammengefasst dargestellt. Die Voraussetzungen einer Analogie müssen somit nur einmal dargestellt werden. Insofern ist der Aufbau zweckmäßig. Möglich wäre auch gewesen die analoge Anwendung nach der jeweiligen Anspruchsgrundlage zu prüfen.

### I. Anspruch nach § 56 I IfSG analog

Ob i.R.d. § 56 I IfSG eine solche planwidrige Regelungslücke angenommen werden kann, wird widersprüchlich beantwortet.

Die Mehrheit in Schrifttum und Rechtsprechung steht einer planwidrigen Regelungslücke ablehnend gegenüber.<sup>21</sup> Teilweise wird bereits darauf hingewiesen, dass eine Regelungslücke hinsichtlich § 56 I IfSG gar nicht existieren könne, da keine äquivalente Interessenlage besteht.<sup>22</sup> Während § 56 I IfSG vom Wortlaut her eindeutig an personenbezogene »Störer« adressiert sei, ginge es bei flächendeckenden Betriebsschließungen gerade nicht um mit der Krankheit in Berührung gekommene Personen, sondern um in Mitleidenschaft gezogene »Nichtstörer«. <sup>23</sup> Ein planwidriges Handeln sei derweil in jedem Fall nicht zu erkennen.<sup>24</sup> Dies ließe sich insbesondere an der historischen als auch aktuellen gesetzgeberischen Tätigkeit bzgl. infektionsschutzrechtlicher Entschädigungsansprüche feststellen.<sup>25</sup> Der Gesetzgeber habe bereits 1961 im BSeuchG, der Vorgängervorschrift des IfSG, Entschädigungsregelungen im Zusammenhang mit epidemischen Krankheiten vorgesehen.<sup>26</sup> Gem. § 49 BSeuchG, dem nahezu inhaltsgleichen Vorgänger von § 56 IfSG waren Entschädigungen für Ausscheidende, Ausscheidungsverdächtige oder Ansteckungsverdächtige, die ihrer Arbeit nur eingeschränkt nachkommen konnten, vorgesehen.<sup>27</sup> Gemeinsam mit § 57 BSeuchG sollten so zwei

Fälle der Entschädigung ausdrücklich abgedeckt werden.<sup>28</sup> Von jenen Ansprüchen nicht umfasst waren hingegen von Bekämpfungsmaßnahmen in Mitleidenschaft gezogene Personen der Allgemeinheit bzw. »Nichtstörer«, obwohl mit § 43 BSeuchG gerade auch eine Norm geschaffen worden war, die Behörden dazu ermächtigte, zur Epidemiebekämpfung Veranstaltungen und den Zugang zu den davon betroffenen Einrichtungen zu untersagen.<sup>29</sup> Auch im späteren Gesetzgebungsverlauf habe der Gesetzgeber, obwohl die in §§ 49, 57 BSeuchG geregelten Entschädigungsmöglichkeiten nicht als abschließend gelten sollten,<sup>30</sup> es unterlassen für auf § 43 BSeuchG bzw. auf seinen 1979 novellierten Nachfolger, den § 34 BSeuchG, basierende Maßnahmen Entschädigungsregelungen zu bestimmen. Dass über Jahrzehnte hinweg keine Entschädigungsansprüche für derartige Konstellationen vorgesehen waren, zeige, dass der Gesetzgeber sich durch die Existenz von § 43 bzw. § 34 BSeuchG mit Konsequenzen für »Nichtstörer« während einer Epidemie zwar auseinandergesetzt habe, Entschädigungsmöglichkeiten jedoch bewusst nie für notwendig erachtete. Ein planwidriges Handeln könne dem Gesetzgeber daher nicht unterstellt werden.<sup>31</sup> Auch die aktuelle gesetzgeberische Aktivität ließe keinen anderen Schluss zu.<sup>32</sup> Vielmehr sei der Gesetzgeber bzgl. § 56 IfSG sogar explizit aktiv geworden und habe mit der Einführung von Abs. Ia bewusst einen weiteren Fall der Entschädigung geschaffen. Dies verdeutliche, dass die Legislative sich während der Corona-Pandemie mit Entschädigungen weiterführend befasst, sich jedoch gegen gesetzliche Ansprüche für Betriebsschließungen entschieden hätte.<sup>33</sup>

Dieser Negierung eines planwidrigen Handelns treten vereinzelnde Stimmen der Literatur entgegen.<sup>34</sup> Die Ausmaße einer Pandemie hätte der Gesetzgeber nicht in allen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens erfasst, sodass Entschädigungsregelungen für Betriebsschließungen von ihm übersehen wurden.<sup>35</sup> § 56 I IfSG spräche »weder positiv noch negativ«<sup>36</sup> wertend von dem, den Wortlaut der Norm

<sup>20</sup> Vgl. BGH NJW 2015, 1176 (1176 f.); NJW 2010, 2585 (2588 f.); NJW 2009, 1820 (1821); NJW 2007, 3124 (3125); NJW 2003, 1932 (1933).

<sup>21</sup> LG Hannover NJW-RR 2020, 1226 (1227 f.); LG Köln BeckRS 2021, 264 (Rn. 31 f.); LG Stuttgart BeckRS 2020, 31215 (Rn. 30 f.); BeckOK-InfSchR/Eckart/Kruse, (Fn. 7), § 56 Rn. 31; Gerhardt, (Fn. 10), § 56 Rn. 50; Winter/Thürk, Covid 19 – Rechtsfragen zur Coronakrise, 3. Auflage (2021), § 22 Rn. 25a; Struß/Fabi, Entschädigungsansprüche für unternehmensbezogene Eingriffe nach dem IfSG, DÖV 2020, 665 (670); Eibenstein, Zur Entschädigung von durch Schließungsanordnungen betroffenen Gewerbetreibenden, NVwZ 2020, 930 (932).

<sup>22</sup> Siehe Winter/Thürk, (Fn. 21), § 22 Rn. 25a; Struß/Fabi, (Fn. 21), DÖV 2020, 665 (670).

<sup>23</sup> Ebd.

<sup>24</sup> Vgl. die Nachweise von Fn. 20.

<sup>25</sup> Ebd.

<sup>26</sup> Insb. LG Hannover NJW-RR 2020, 1226 (1227 f.); Gerhardt, (Fn. 10), § 56 Rn. 48, die auf BT-Drs. 3/1888, S. 27 verweisen.

<sup>27</sup> Gerhardt, (Fn. 10), § 56 Rn. 48.

<sup>28</sup> BT-Drs. 3/1888, S. 27.

<sup>29</sup> LG Hannover NJW-RR 2020, 1226 (1227 f.); Gerhardt, (Fn. 10), § 56 Rn. 48; BeckOK-InfSchR/Eckart/Kruse, (Fn. 7), § 56 Rn. 31.1.

<sup>30</sup> Siehe BT-Drs. 3/1888, S. 27.

<sup>31</sup> Vgl. die Nachweise von Fn. 20.

<sup>32</sup> LG Hannover NJW-RR 2020, 1226 (1227 f.); LG Stuttgart BeckRS 2020, 31215 (Rn. 30 f.); LG Köln BeckRS 2021, 264 (Rn. 31 f.); Gerhardt, (Fn. 10), § 56 Rn. 49; BeckOK-InfSchR/Eckart/Kruse, (Fn. 7), § 56 Rn. 31.1.

<sup>33</sup> Ebd.

<sup>34</sup> Siehe Rommelfanger, (Fn. 11), COVuR 2020, 178 (180); Otto, Das unterschätzte staatshaftungsrechtliche Potenzial von § 56 I IfSG in Zeiten der Pandemie, LKV 2020, 355 (357 f.); Antweiler, Betriebsuntersagung durch Covid-19-Rechtsverordnungen: Eigentumseingriff und Entschädigungen, NVwZ 2020, 584 (588 f.); Dörrenbächer, Folgewirkungen der extensiven Auslegung des IfSG für Entschädigungsansprüche von Gewerbetreibenden – Zur Notwendigkeit eines entschädigungsrechtlichen Erst-Recht-Schlusses, JuWissBlog Nr. 55/2020, 09.04.2020, <https://www.juwiss.de/55-2020/>, abgerufen am 25.09.21.

<sup>35</sup> Vgl. Rommelfanger, (Fn. 11), COVuR 2020, 178 (180); Antweiler, (Fn. 34), NVwZ 2020, 584 (589); Dörrenbächer, (Fn. 34).

<sup>36</sup> Otto, (Fn. 34), LKV 2020, 355 (357).

nicht betreffenden Personenkreis.<sup>37</sup> Daher müsse von einer Planwidrigkeit im Handeln des Gesetzgebers, mangels erkennbar entgegenstehenden Willens, viel mehr ausgegangen werden.<sup>38</sup> Es könne nicht Sinn gewesen sein, durch § 56 I IfSG nur zur Ergreifung von Bekämpfungsmaßnahmen Anlass gebende »Störer« zu entschädigen, sondern es sollte mittels Erst-Recht-Schlusses und unter Berücksichtigung des Gleichheitsgrundsatzes aus Art. 3 I GG gerade denjenigen, die weder persönlich infiziert noch infektionsverdächtig sind, jedoch ebenfalls von den Maßnahmen geschädigt wurden, durch § 56 I IfSG analog ein Ausgleich zukommen.<sup>39</sup>

Dieser Position ist insofern zuzustimmen, als dass der Umstand einer gesetzlichen Nichtregelung im Hinblick auf Entschädigungsansprüche für allgemeine Betriebs-schließungen als Bekämpfungsmaßnahmen durchaus misslich ist. Entschädigungszahlungen für derartige Fälle gesetzlich zu fixieren, erscheint angebracht. Dennoch erscheint die Schlussfolgerung, eine planwidrige Regelungslücke hinsichtlich § 56 I IfSG anzunehmen, fernliegend. Die Rechtsprechung und weite Teile der Literatur gehen Recht in der Annahme, dass sich der Gesetzgeber durch seine vergangenen als auch aktuellen Aktivitäten rundum Entschädigungen beim Infektionsschutz augenscheinlich mit der Thematik auseinandergesetzt hat. Dass er in der Folge keine weiteren gesetzlichen Regelungen getroffen hat, ist nicht entscheidend bei der Frage, ob ihm planwidriges Verhalten vorzuhalten ist. Gerade der kürzlich geschaffene § 56 Ia IfSG verdeutlicht, dass das vom BGH verlangte und für die Planwidrigkeit notwendige »unbeabsichtigte Abweichen«<sup>40</sup> nicht vorliegt. Mithin ist eine analoge Anwendung des § 56 I IfSG abzulehnen.

*Bei der Darstellung eines Meinungsstreits ist es üblich mit der Ansicht zu beginnen, der nicht gefolgt wird. Ansonsten gelingt die Darstellung ausgesprochen gut. Mit Blick auf die Schwerpunktsetzung setzt sich die Bearbeitung vertieft mit der Frage auseinander, ob die vorgefundene Regelungslücke tatsächlich planwidrig ist. Dabei musste sich mit den gesetzgeberischen Aktivitäten sowohl in der Vergangenheit als auch in der Gegenwart beschäftigt werden. Im Ergebnis lässt sich eine planwidrige Regelungslücke bezüglich kollektiver Betriebsschließungen unter anderem aufgrund der zahlreichen Aktualisierungen des IfSG während der Pandemie schwer begründen. So hat es der BGH in seiner jüngsten Entscheidung auch gesehen und eine analoge Anwendung abgelehnt.*

## II. Anspruch nach § 65 I IfSG analog

Weiterhin fraglich ist, ob dafür eine analoge Anwendung von § 65 I IfSG in Betracht kommt. Hierfür müsste sich der auf die Entschädigung von Verhütungsmaßnahmen nach §§ 16

f. IfSG bestimmte Anspruch des § 65 I aufgrund einer planwidrigen Regelungslücke auch auf Bekämpfungsmaßnahmen i.S.d. §§ 28, 32 IfSG erweitern lassen.

Anders als i.R.v. § 65 I IfSG wird eine Regelungslücke zwar seltener bereits vollständig ausgeschlossen,<sup>41</sup> allerdings wird auch hier mehrheitlich eine analoge Anwendung aufgrund mangelnder Planwidrigkeit verneint.<sup>42</sup> Bereits § 57 BSeuchG, an den § 65 IfSG inhaltlich angelehnt ist,<sup>43</sup> wäre vom Gesetzgeber im Laufe der Zeit gezielt auf Entschädigungen für Maßnahmen der Verhütung begrenzt worden, um die sich mitunter schnell vermischenden Verhütungs- und Bekämpfungsmaßnahmen gerade sauber trennen zu können.<sup>44</sup> *Eusani* hält jene diffizile Trennung hingegen gerade für einen überzeugenden Anknüpfungspunkt bereits aus »rein praktischen Erwägungen« eine analoge Anwendung des § 65 IfSG auf Bekämpfungsmaßnahmen anzunehmen.<sup>45</sup> Andere Befürworter einer analogen Anwendung unterstellen dem Gesetzgeber das unbeabsichtigte Außerachtlassen von Erweiterungen des § 65 I IfSG, da er, insbesondere im Zuge der Coronapandemie, nicht jegliche infrage kommenden Sachverhalte hätte berücksichtigen können.<sup>46</sup> Überzeugend wird hiergegen eingewandt, dass die aktuelle gesetzgeberische Aktivität hinsichtlich § 56 IfSG zeige, dass sich die gesetzgebende Gewalt mit dem Entschädigungssystem innerhalb des IfSG grundlegend befasst hat, eine Erweiterung des § 65 I IfSG allerdings – im Gegensatz zu § 56 IfSG – bewusst unterließ.<sup>47</sup> Diese Annahme lässt sich mit der bereits aufgeführten Gesetzeshistorie besser vereinbaren. Dem Gesetzgeber aus praktikablen Gründen ohne konkretere Anhaltspunkte ein Außerachtlassen von Sachverhalten zu unterstellen, erscheint hingegen fernliegend. Ein Anspruch für K aus § 65 I IfSG analog ergibt sich folglich ebenfalls nicht.

## D. Anspruch gem. § 80 NPOG i.V.m. § 8 NPOG

Ein Anspruch könnte sich aber aus dem niedersächsischen Polizei- und Ordnungsrecht, der Entschädigung für eine Inanspruchnahme von Nichtstörern nach § 80 I NPOG i.V.m. § 8 NPOG, ergeben.

*Gerade im Obersatz ist es unerlässlich das Gesetz präzise zu zitieren. Der § 80 I NPOG enthält bei genauem Hinsehen zwei Anspruchsgrundlagen, einmal für eine rechtmäßige Inanspruchnahme (S. 1) und einmal für eine rechtswidrige Inanspruchnahme (S. 2). Richtigerweise ist hier der § 80 I 1 NPOG*

<sup>41</sup> Siehe *Winter/Thürk*, (Fn. 21), § 22 Rn. 32, die im Gegensatz zu § 56 IfSG bei § 65 IfSG zumindest Anhaltspunkte sehen.

<sup>42</sup> Vgl. LG Hannover NJW-RR 2020, 1226 (1227 ff.); Kießling/Kümper, (Fn. 3), § 65 Rn. 9; BeckOK-InfSchR/Eckart/Kruse, (Fn. 7), § 56 Rn. 31.1; Gerhardt, (Fn. 10), § 56 Rn. 50.

<sup>43</sup> BT-Drs. 14/2530, S. 89.

<sup>44</sup> Insb. Kießling/Kümper, (Fn. 3), § 65 Rn. 9 mit Verweis auf BT-Drs. 8/2468, S. 19.

<sup>45</sup> *Eusani*, Staatshaftungsrechtliche Ansprüche des Gewerbetreibenden bei Covid-19-bedingten Ertragsausfällen, MDR 2020, 962 (965).

<sup>46</sup> Vgl. *Struß/Fabi*, (Fn. 21), DÖV 2020, 665 (670 f.); Zumindest kritisch hinterfragend auch *Bachmann/Rung*, (Fn. 3), § 15 Rn. 52.

<sup>47</sup> LG Hannover NJW-RR 2020, 1226 (1228 f.); Gerhardt, (Fn. 10), § 56 Rn. 49.

<sup>37</sup> Ebd.

<sup>38</sup> Ebd.

<sup>39</sup> Vgl. *Rommelfanger*, (Fn. 11), COVuR 2020, 178 (180); *Dörrenbächer*, (Fn. 34).

<sup>40</sup> BGH NJW 2015, 1176 (1176 f.); NJW 2010, 2585 (2588 f.); NJW 2009, 1820 (1821); NJW 2007, 3124 (3125); NJW 2003, 1932 (1933).

zu nennen, da der Bearbeitervermerk vorgibt, dass die Verordnung rechtmäßig ist.

Dem könnte allerdings die Subsidiaritätsklausel des § 3 I 2, 3 NPOG entgegenstehen. Hiernach ist die Anwendung des NPOGs, sofern eine spezialgesetzlich abschließende Regelung einschlägig ist, gesperrt. Als spezialgesetzliche Vorschrift besitzt bei der Gefahrenabwehr u.a. das IfSG Vorrang.<sup>48</sup> Ob die Anspruchsregelungen des IfSG zudem eine abschließende Normierung von Entschädigungen vorsehen und so eine Sperrwirkung für das NPOG besteht, wird divergierend gesehen.

Hier wird – zutreffend – direkt auf die mögliche Sperrwirkung durch das IfSG verwiesen. Ein vorheriges »Anprüfen« von Tatbestandsmerkmalen wäre im Hinblick auf die Schwerpunktsetzung verfehlt gewesen.

Teilweise wird sich auch hier auf die Existenz des § 56 Ia IfSG sowie auf die Gesetzesmaterialien zum BSeuchG gestützt.<sup>49</sup> Sowohl der Gesetzgeber als auch der BGH hätten darauf hingewiesen, dass die Entschädigungsregelungen im siebenten Abschnitt des BSeuchG, zu denen auch die §§ 49, 57 BSeuchG als Vorgänger der §§ 56, 65 IfSG gehörten, keinen abschließenden Charakter hätten.<sup>50</sup> Ferner vermittele der Gesetzgeber durch die Einführung des § 56 Ia IfSG auch aktuell den Eindruck eines un abgeschlossenen Entschädigungssystems.<sup>51</sup>

Dem wird von konträrer Seite entgegengebracht, dass Abgeschlossenheit nicht mit einer, jede Fallkonstellation, umfassenden Regelung gleichzusetzen sei.<sup>52</sup> Entscheidend wäre, ob für die konkrete Situation eine spezielle, abschließende Regelung vorliegt.<sup>53</sup> Für eine Inanspruchnahme von Nichtstörern, um die es bei K geht, sei durch § 65 IfSG explizit eine Entschädigung geschaffen worden.<sup>54</sup> Derartig spezialgesetzlich geregelte Normen dürften nicht ohne auf eine lückenhafte Regelungsdichte hinweisende Anhaltspunkte so ausgelegt werden, als hätte der Gesetzgeber sie für un abgeschlossenen befunden.<sup>55</sup> § 65 hält nach dieser Ansicht keine

solchen Anknüpfungspunkte bereit.<sup>56</sup> Verwiesen wird auf die Gesetzesbegründung, in der bei Einführung des IfSG ein Entschädigungssystem vorgesehen wurde, das den allgemeinen Aufopferungsanspruch, auf dem die polizeirechtlichen Entschädigungsforderungen beruhen, gerade umfassend ersetzen sollte.<sup>57</sup>

Diese Annahme muss sich den Vorwurf gefallen lassen, dass Nichtstörer, die durch Bekämpfungsmaßnahmen nach § 28 IfSG oder darauf fußenden Verordnungen gem. § 32 IfSG Schaden nehmen, i.R.d. § 65 IfSG keine Berücksichtigung erfahren. § 80 I NPOG drängt sich als »Lückenfüller« quasi auf. Allerdings gilt es primär, wie unter C., die Frage zu beantworten, mit welcher Intention der Gesetzgeber das infektionsschutzrechtliche Entschädigungssystem innerhalb der Rechtsordnung etablieren wollte. Der intendierte, un abgeschlossene Charakter des BSeuchG lässt sich, da seine Entschädigungsregelungen fast inhaltsgleich übernommen wurden, auch für das IfSG anführen.<sup>58</sup> Jedoch ist der Einwand, die Entschädigungsmöglichkeiten für Nichtstörer, wären durch § 65 IfSG gezielt normiert worden, überzeugend. Auch die Argumentation, der Gesetzgeber habe durch § 56 Ia IfSG seine Haltung bzgl. Entschädigungsansprüchen im IfSG als lückenhaft offenbart, kann nicht gelten. Jenes Handeln manifestiert vielmehr den Eindruck, speziell für Nichtstörer gäbe es abseits vom jetzigen § 65 IfSG aus gesetzgeberischer Sicht, im Gegensatz zu § 56, keinen Handlungsbedarf. Dass dem allgemeinen Aufopferungsanspruch laut Gesetzesbegründung keine lückenfüllende Funktion mehr zukommen sollte, spricht zudem dafür, dies für die hiervon positivrechtliche Konkretisierung<sup>59</sup> aus dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts ebenfalls zu verneinen. Singulär wird hiergegen eingewandt, die gesetzgeberische Intention der Abgeschlossenheit beschränke sich auf ein engeres Verständnis des Allgemeinen Aufopferungsanspruch, sodass positivrechtliche Konkretisierungen wie § 80 NPOG nicht umfasst wären.<sup>60</sup> Dieser Standpunkt überzeugt jedoch nicht, da es abwegig erscheint, dass der Gesetzgeber einer Aushöhlung der spezialgesetzlichen Funktion des § 65 IfSG nur in beschränktem Maße entgegengetreten wollte. Eine Sperrwirkung abzulehnen, würde somit ein Zuwiderhandeln gegen den gesetzgeberischen Willen bedeuten. Das vorrangige IfSG entfaltet daher gegenüber dem Polizei- und Ordnungsrecht seine Sperrwirkung. K kann sich folglich auch nicht auf einen Anspruch nach § 80 I i.V.m. § 8 NPOG stützen.

48 Siehe BeckOK PolR Nds/Ullrich, 01.08.2021, § 3 Rn. 8.

49 Hierzu Rommelfanger, (Fn. 11), COVuR 2020, 178 (181 f.); Eibenstein, (Fn. 21), NVwZ 2020, 930 (932 f.); Giesberts/Gayger/Weyand, Covid-19 – Hoheitliche Befugnisse, Rechte Betroffener und staatliche Hilfen, NVwZ 2020, 417 (420 f.); Winter/Thürk, (Fn. 21), § 22 Rn. 74.

50 Ebd., mit Verweis auf BT-Drs. 3/1888, S. 27 u. BGH NJW 1971, 1080 (1081).

51 Vgl. Rommelfanger, (Fn. 11), COVuR 2020, 178 (182).

52 Siehe LG Hannover NJW-RR 2020, 1226 (1229); LG Heilbronn NVwZ 2020, 975 (976); Gerhardt, (Fn. 10), § 56 Rn. 56; Reschke, (Fn. 14), DÖV 2020, 423 (426); Siegel, Verwaltungsrecht im Krisenmodus, NVwZ 2020, 577 (583); Bachmann/Rung, (Fn. 3), § 15 Rn. 67; Kießling/Kümper, (Fn. 3), § 65 Rn. 18; BeckOK-InfSchR/Kruse, (Fn. 7), § 65 Rn. 34.

53 So vor allem LG Hannover NJW-RR 2020, 1226 (1229).

54 LG Heilbronn NVwZ 2020, 975 (976); LG Hannover NJW-RR 2020, 1226 (1229); Reschke, (Fn. 14), DÖV 2020, 423 (426); Kießling/Kümper, (Fn. 3), § 65 Rn. 18; Gerhardt, (Fn. 10), § 56 Rn. 56.

55 LG Hannover NJW-RR 2020, 1226 (1229); Gerhardt, (Fn. 10) § 56 Rn. 56.

56 Ebd.

57 BT-Drs. 14/2530, S. 87.

58 Siehe BT-Drs. 14/2530, S. 88 f.

59 Von einer positiven Konkretisierung sprechen LG Hannover NJW-RR 2020, 1226 (1229); BeckOK PolR Nds/Lampert, (Fn. 48), § 80 Rn. 3; Ossenhühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Auflage (2019), S. 527; MüKo-BGB/Papier/Shirvani, Münchener Kommentar zum BGB, Band 7, 8. Auflage (2020), § 839 Rn. 117.

60 Hierzu Tholl, Staatshaftung und Corona, 1. Auflage (2021), § 2 Rn. 69.

*Hier fehlt eine hilfsgutachterliche Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen. Diese war laut Bearbeitervermerk explizit gefordert. Die Prüfung hätte dementsprechend aber kurz ausfallen dürfen.*

### E. Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff

Ein Anspruch aus dem enteignungsgleichen Eingriff scheidet aufgrund der Rechtmäßigkeit der erlassenden Verordnung von vornherein aus.<sup>61</sup>

*Da der Bearbeitervermerk explizit vorgab, dass die Verordnung rechtmäßig war, ist es kein Fehler den Anspruch hier mit knapper Begründung abzulehnen.*

### F. Anspruch aus dem enteignenden Eingriff

Eine Entschädigungsmöglichkeit könnte sich jedoch noch aus dem enteignenden Eingriff ergeben. Beim enteignenden Eingriff handelt es sich nicht um einen normierten Anspruch, sondern um eine vom BGH entwickelte Rechtsfigur. Sie betrifft Eigentumsbeeinträchtigungen, die zumeist aus atypischen, unvorhersehbaren Nebenfolgen rechtmäßigen öffentlich-rechtlichen Handelns resultieren und folglich – trotz fehlender einfachgesetzlicher Regelung – einer Entschädigung bedürfen.<sup>62</sup>

#### I. Rechtsgrundlage und Anwendbarkeit

Klärungsbedürftig ist, auf welcher Rechtsgrundlage der enteignende Eingriff fußt. Die Rechtsprechung führte ihn früher auf eine analoge Anwendung von Art. 14 III GG zurück,<sup>63</sup> musste den Gedanken jedoch verwerfen, da das BVerfG diese Annahme i.R.d. Nassauskiesungsbeschlusses ablehnte.<sup>64</sup> Im Einklang mit Stimmen im Schrifttum, wird jener Entschädigungsanspruch seitdem auf den in §§ 74, 75 EinlPrALR<sup>65</sup> normierten, gewohnheitsrechtlichen Aufopferungsanspruch in seiner richterrechtlichen Ausprägung gestützt.<sup>66</sup> Weiterhin hält der BGH die Existenz dieses Haftungsinstituts für ein »unabweisbares Bedürfnis«.<sup>67</sup>

Andere sehen den Fortbestand des enteignenden Eingriffs hingegen lediglich noch in einem sehr beschränkten Regelungsbereich.<sup>68</sup> Er sei mittlerweile weniger ein selbst-

ständiges Rechtsinstitut als ein spezieller Unterfall ausgleichspflichtiger Inhalts- und Schrankenbestimmungen i.S.d. Art. 14 I 2 GG.<sup>69</sup> Seit dem Nassauskiesungsbeschluss müssten besonders schwere Eigentumsbeeinträchtigungen durch ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmungen zwingend gesetzlich geregelt werden.<sup>70</sup> Die nicht normierte Rechtsfigur des enteignenden Eingriffs würde sich, um nicht im Widerspruch zum BVerfG zu stehen, in seinem Anwendungsbereich somit auf unvorhersehbare Zufalls- und Unfallschäden reduzieren.<sup>71</sup> Hufen geht derweil noch einen Schritt weiter und sieht für den enteignenden Eingriff »keinen Platz mehr«.<sup>72</sup> Der BGH sieht den Regelungsbereich hingegen zwar »meist« auf atypische, unvorhergesehene Nachteile angewendet.<sup>73</sup> Als ein zwingendes Tatbestandsmerkmal lässt er es aber nicht gelten.<sup>74</sup>

Die Schließung von Ks Restaurant fußte auf einer rechtmäßigen Verordnung des Landes Niedersachsen. Primärer Zweck der Verordnung war es, das Infektionsgeschehen der X-Variante zu verlangsamen. Mögliche Eigentumsbeeinträchtigungen waren folglich nicht das anvisierte Ziel. Dennoch sind K durch weiterlaufende Betriebskosten und die Entsorgung ihres Lagerbestandes Verluste entstanden, die eine Eigentumsbeeinträchtigung als Nebenfolge nicht ausschließen lassen.

Fraglich ist, ob jene Verluste auch unvorhersehbare Folgen waren.

*Die Ausführungen zur Herleitung der Anspruchsgrundlage des enteignenden Eingriffs sind zutreffend. Ob die Verluste der K unvorhersehbare Folgen waren, ist allerdings keine Frage der Anwendbarkeit des Anspruches, sondern hätte als Anspruchsvoraussetzung im Rahmen der Prüfung des hoheitlichen Eingriffs erfolgen sollen. So gerät die gesamte Prüfung sehr kopflastig.*

Dass bei einer angeordneten Schließung von Restaurationsbetrieben auch z.T. hohe Verluste durch weiterlaufende Betriebskosten entstehen können, die sich durch einen Außer-Haus-Verkauf nicht vollständig decken lassen, ist als eine empfindliche, aber erwartbare Nebenfolge anzusehen. Auch dass Betreiber einen gewissen Teil ihres Bestandes wegen sinkender Verkaufszahlen entsorgen müssen, ist eine kalkulierbare Gefahr. Weniger vorhersehbar erscheint dagegen die Höhe des Verlustes von 10.000 €, den K durch die Entsorgung des Lagerbestandes erlitten hat. K

<sup>61</sup> Vgl. Maunz/Dürig/Papier/Shirvani, GG, 70. Auflage (2013), Art. 14 Rn. 37.

<sup>62</sup> Siehe Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Auflage (2021), § 22 Rn. 1161 f.

<sup>63</sup> BGH NJW 1959, 2156 (2156).

<sup>64</sup> BVerfG NJW 1982, 745 (745 ff.).

<sup>65</sup> Einleitung des Allgemeinen Landrechts in den Preussischen Staaten

<sup>66</sup> Vgl. BGH NJW 1984, 1876 (1877); Ossenbühl, Öffentliches Recht in der Rechtsprechung des BGH, NJW 2000, 2945 (2952); Kemmler, Ersatzansprüche wegen Beeinträchtigungen des Eigentums, JA 2005, 156 (158); Schmitt/Werner, Die Staatshaftung für legislatives Unrecht am Beispiel des Atomausstiegs, NVwZ 2017, 21 (24).

<sup>67</sup> BGH NJW 1984, 1876 (1877).

<sup>68</sup> Hierzu Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Auflage (2020), § 27 Rn. 108 f.; v. Arnould, Enteignender und enteignungsgleicher Eingriff heute, VerwArch 2002, 394 (411 ff.).

<sup>69</sup> Ebd.

<sup>70</sup> Vgl. Maurer/Waldhoff, (Fn. 68), § 27 Rn. 108 f.

<sup>71</sup> Ebd.; ähnlich auch Sachs/Wendt, GG, 9. Auflage (2021), Art. 14 Rn. 179; noch enger, aber einen Anwendungsbereich nicht ausschließend Heinz/Schmitt, Vorrang des Primärrechtsschutzes und ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmungen des Eigentums, Tendenzen und Wandlungen des Eigentumschutzes auf Grund der neueren Rechtsprechung, NVwZ 1992, 513 (520 f.).

<sup>72</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 12. Auflage (2021), § 11 Rn. 69; ders. in Hufen, Staatsrecht II, 9. Auflage (2021), § 38 Rn. 26 ff.

<sup>73</sup> BGH NJW 2013, 1736 (1736); NJW 1991, 1421 (1423); NJW 1986, 2423 (2424); BGH NVwZ 2004, 1018 (1019).

<sup>74</sup> Ebd.

setzte in ihrem Betrieb durchgängig und ausschließlich auf besonders teure, den Branchendurchschnitt um ein Zehnfaches übersteigende Zutaten. Durch dieses eigene Konzept erhoffte sie sich gerade ein Alleinstellungsmerkmal. Dass das Land Niedersachsen beim Erlassen der Verordnung das Konzept eines jeden Betriebes vollständig hätte berücksichtigen können, erscheint abwegig. Der für eine verhältnismäßig kurze Schließungsdauer besonders hohe Verlust ist eine Beeinträchtigung, die in diesem individuellen Ausmaß beim Erlassen von generellen Restaurationsbetriebs-schließungen nicht zwangsläufig zu erwarten war. Somit stellt der Verlust, den K durch die Entsorgung erlitten hat, in seiner Höhe einen eher atypischeren Einzelfall als Nebenfolge der rechtmäßigen Verordnung dar. Eine vollständige Unvorhersehbarkeit, die von der Literatur z.T. gefordert wird, erscheint jedoch nicht gegeben. In einem Fall, bei dem eine durch Rechtsakt erlassene Maßnahme eine einzelne Person in so gravierender Weise schädigt, einen Anspruch aus dem enteignenden Eingriff von vornherein auszuschließen, würde jenes Rechtsinstitut allerdings zu stark beschneiden und wenig sachgerecht erscheinen. Der Umstand, dass der Gesetzgeber seine Regelungspflicht versäumt hat, würde zu stark auf dem Rücken des Betroffenen bzw. Geschädigten ausgeglichen werden.<sup>75</sup> Zudem ist zu beachten, dass im Rahmen der weiteren Prüfung, ob dem Betroffenen auch ein ausgleichspflichtiges Sonderopfer auferlegt wurde, dem Ausnahmegehalt des enteignenden Eingriffs noch einmal verstärkt Rechnung getragen wird. Der enteignende Eingriff ist daher seinem Grundsatz nach anwendbar.

## II. Ausschluss durch Sperrwirkung

Allerdings gilt es zu erörtern, ob speziellere Vorschriften die Anwendbarkeit des enteignenden Eingriffs ausschließen. Das Entschädigungssystem des IfSG kommt hier ebenfalls als Sperrelement infrage.

Wie in der Diskussion um § 80 NPOG wird von vielen in Rspr. und Schrifttum eine Anwendbarkeit des enteignenden Eingriffs aufgrund einer Sperrwirkung der abschließenden §§ 56 ff. IfSG negiert.<sup>76</sup> Die Anhaltspunkte hinsichtlich einer ausdifferenzierten gesetzgeberischen Tätigkeit im Hinblick auf Nichtstörer durch § 65 IfSG sowie des gesamten 12. Abschnitts werden auch hier vorgebracht.<sup>77</sup> Mit Verweis auf die Gesetzesbegründung zum BSeuchG, die keine abschließende Entschädigungsregelung vorsah, sieht sich jene, eine Sperrwirkung bejahende Auffassung, auch dem gleichen Gegenargument ausgesetzt.<sup>78</sup>

<sup>75</sup> Hierzu *Ossenbühl/Cornils*, (Fn. 59), S. 332.

<sup>76</sup> Siehe LG Heilbronn NVwZ 2020, 975 (976); LG Stuttgart BeckRS 2020, 31215 (Rn. 40); *Siegel*, (Fn. 52), NVwZ 2020, 577 (583); *Bethge/Dombert*, Entschädigungsansprüche für Öffnungsverbote im Rahmen der Corona-Bekämpfung, NordOer 2020, 329 (332 f.); *Kießling/Kümper*, (Fn. 3), § 65 Rn. 19; BeckOK-InfSchR/*Kruse*, (Fn. 7), § 65 Rn. 34.

<sup>77</sup> Ebd.

<sup>78</sup> *Rommelfanger*, (Fn. 11), COVuR 2020, 178 (181 f.); *Winter/Thürk*, (Fn. 21), § 22 Rn. 62; *Giesberts/Gayger/Weyand*, (Fn. 49), NVwZ 2020, 417 (420 f.).

Hinsichtlich einer Stellungnahme ist im Wesentlichen auf die Ausführungen in Abschnitt D. zu verweisen. Die Argumentationslinie, der Gesetzgeber hätte im Bereich der Nichtstörerentschädigung neben § 65 IfSG keinen weiteren Handlungsbedarf mehr gesehen, überzeugt auch hier. Das Anführen der Gesetzesbegründung zum BSeuchG stimmt hingegen mit den jüngeren gesetzgeberischen Handlungen nicht überein. Dies wird durch die gesetzgeberische Haltung, dem Allgemeinen Aufopferungsanspruch – unter den der enteignende Eingriff als gewohnheitsrechtliche Ausprägung zu fassen ist – i.R.d. infektionsschutzrechtlichen Entschädigungssystems keine lückenfüllende Funktion mehr zuzubilligen, verdeutlicht.<sup>79</sup> Mithin ist eine Anwendung des enteignenden Eingriffs aufgrund der abschließenden §§ 56 ff. IfSG gesperrt.

*Diese Auffassung ist mit den genannten Argumenten gut vertretbar. So hat es der BGH in seiner aktuellen Entscheidung auch gesehen und eine Anwendung des enteignenden Eingriffs aufgrund der Sperrwirkung des IfSG abgelehnt. Der Verweis auf die Argumentation im Abschnitt D. vermeidet Wiederholungen und ist daher zweckmäßig.*

## III. Voraussetzungen (hilfsgutachterlich)

Würde man entgegen der hier vertretenden Rechtsauffassung die Anwendbarkeit des enteignenden Eingriffs bejahen, müssten auch die weiteren Voraussetzungen dieses Rechtsinstituts vorliegen.

*Hier wird zutreffend hilfsgutachterlich weitergeprüft. Der Bearbeitervermerk verlangte, dass auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen, gegebenenfalls hilfsgutachterlich, eingegangen werde.*

### 1. Eigentumsbetroffenheit nach Art. 14 I GG

Zunächst müsste hierfür eine nach Art. 14 I GG geschützte Rechtsposition der K beeinträchtigt worden sein. Von Art. 14 I GG ist das Eigentum geschützt. Unter den Eigentumsbegriff des Art. 14 I GG fallen alle vermögenswerten Rechte, »die Berechtigten von der Rechtsordnung in der Weise zugeordnet sind, dass sie die damit verbundenen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung zum privaten Nutzen ausüben dürfen.«<sup>80</sup> Durch die Verordnung war K dazu verpflichtet, ihren Restaurantbetrieb für vier Wochen zu schließen. Zu beleuchten gilt es, ob jene Schließung eines Betriebes überhaupt einen Eingriff in eine von Art. 14 I GG geschützte Rechtsposition darstellen kann.

*Bei der Prüfung, ob Eigentum i.S.d. Art. 14 I GG betroffen ist, musste zwischen den beiden von K erlittenen Einbußen differenziert werden, da diese unterschiedliche Eigentumsrechte i.S.d. Art. 14 GG betreffen. Zum einen hat K Einnahmeverluste erlitten, da ihre laufenden Betriebskosten nicht durch*

<sup>79</sup> Insb. diese Argumentation auch hinsichtlich des enteignenden Eingriffs anführend *Kießling/Kümper*, (Fn. 3), § 65 Rn. 19.

<sup>80</sup> BVerfGE 131, 66 (79); 83, 201 (209); vgl. auch *Maunz/Dürig/Papier/Shirvani*, (Fn. 61), Art. 14 Rn. 160; BeckOK-GG/*Axer*, 15.05.2022, Art. 14 Rn. 42 f.

die Einnahmen aus dem Außer-Haus-Verkauf gedeckt werden konnte. Dies betrifft – wie im Folgenden richtig geprüft – das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Zum anderen hat die K ihren kompletten Lagerbestand an wertvoller Frischware verloren und dadurch einen Verlust von 10.000 Euro erlitten. Dies betrifft Sacheigentum i.S.d. Art. 14 I GG. Auch im Rahmen der (ggf. hilfsgutachterlichen) Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen war diese Differenzierung zu beachten, vor allem bei der Prüfung der Unmittelbarkeit des Eingriffs sowie des Sonderopfers. Möglich wäre daher auch eine getrennte Prüfung des enteignenden Eingriffs hinsichtlich der beiden Einbußen gewesen. Bei einer gemeinsamen Prüfung hätte die Differenzierung jedenfalls deutlicher herausgehoben werden müssen.

In diesem Zusammenhang kommt das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in Betracht. Unter Gewerbebetrieb ist »die Gesamtheit der sachlichen, persönlichen und sonstigen Mittel in all ihren Erscheinungsformen zu verstehen, die in der Hand des Betriebsinhabers zu einem einheitlichen Organismus zusammengefasst sind.«<sup>81</sup> Ks Restaurant stellt durch seine Verknüpfung von Lagerbestand, Dienstleistungen und Angestellten, einen solch einheitlichen Organismus dar und ist somit ein Gewerbebetrieb. Im Recht diesen einzurichten und auszuüben sehen der BGH, das BVerwG und die herrschende Literatur neben seiner zivilrechtlichen Funktion als »sonstiges Recht« i.S.d. § 823 I BGB auch eine von Art. 14 I GG verfassungsrechtlich geschützte Eigentumsposition.<sup>82</sup> Diese müsse jedoch dahingehend beschränkt werden, als dass ausschließlich die Substanz in der Sach- und Rechtsgesamtheit des jeweiligen Betriebes schützenswert sei.<sup>83</sup> Während dies das ungestörte Funktionieren des bisherigen Betriebsorganismus umfasse, gelte dies nicht für etwaige zukünftige Chancen und Gewinnaussichten.<sup>84</sup> Vereinzelt wird dagegen eingewendet, zwar einzelne Bestandteile dem Schutzbereich von Art. 14 I GG zu unterstellen, das ReaG als Summe jener einzelnen Rechtspositionen hingegen nicht.<sup>85</sup> Allerdings exkludiert die herrschende Auffassung hinsichtlich der verfestigten Zuordnung von Rechtspositionen als – legt man den oben aufgeführten Eigentumsbegriff zugrunde – entscheidendes Schutzkriterium, mit Erwerbschancen und künftigen Ertragschancen, gerade die Teile des ReaGs, denen es an jenem Merkmal mangelt. Dies stellt eine ausreichende wie überzeugende Differenzierung dar. Das ReaG ist somit von Art. 14 I GG in Teilen umfasst.

Fraglich ist, ob die Betriebsschließung der K diesem schützenswerten Teil zugehörig ist. In ähnlichen Fällen, in

denen Gewerbetreibende aufgrund einer Verordnung zur Eindämmung des Corona-Virus dazu verpflichtet wurden ihr Gewerbe zu schließen, waren sich Rechtsprechung und Teile der Literatur bisher uneins, ob dies tatsächlich den Schutzbereich von Art. 14 I GG oder vielmehr die Berufsfreiheit gem. Art. 12 I GG tangierte. Für einen Eingriff in die, einen enteignenden Eingriff ausschließende, Berufsfreiheit wird vorgebracht, im Vordergrund der Beeinträchtigung stünden insbesondere entgangene Erwerbs- bzw. Betriebsaussichten und somit keine verfestigten Eigentumspositionen.<sup>86</sup> Andere sehen in Betriebsschließungen gerade nicht nur schützenswerte Umsatzeinbußen, sondern eine Beeinträchtigung der Fortsetzung des betroffenen Betriebs im herkömmlichen Umfang.<sup>87</sup> Dies würde gerade die im eigentümlichen Schutzbereich aufgenommene Substanz des Betriebes in beeinträchtigender Weise betreffen.<sup>88</sup> Betrachtet man den Fall der K war sie durch die Verordnung dazu verpflichtet, ihr Angebot auf einen Außer-Haus-Verkauf zu reduzieren. Weder wurde dadurch ihr eingestelltes Personal wie gewohnt beansprucht, noch konnten die Sitzflächen des Restaurants genutzt werden, noch wurde die gleiche Anzahl an Speisen und Getränken verkauft. Somit waren der herkömmliche Ablauf und Umfang des Restaurantbetriebs außer Kraft gesetzt worden. Jene betrieblichen Maßnahmen waren gerade nicht von K getätigt worden, im Vertrauen auf zukünftige, neue Umsätze bzw. Gewinnchancen, sondern bildeten die Grundlagen bzw. waren das Ergebnis eines bereits laufenden Gewerbes. Da die verordnete Schließung somit die Funktionstüchtigkeit in erheblichem Maße beschränkte, liegt ein Eingriff in die verfestigte Substanz des Restaurantbetriebs der K vor, mithin in eine von Art. 14 I GG geschützte Rechtsposition.

## 2. Unmittelbarer hoheitlicher Eingriff

Der Eingriff müsste darüber hinaus von hoheitlicher Natur gewesen und unmittelbar erfolgt sein. Mit hoheitlich ist jede Maßnahme gemeint, die als Rechts- oder Verwaltungsakt ergeht.<sup>89</sup> Unmittelbar ist dieser, wenn sich zwischen Eingriff und Beeinträchtigung keine weiteren, für die Beeinträchtigung ursächlichen Umstände schieben, der Eingriff sich folglich eigens schädigend auswirkt.<sup>90</sup> Die Schließungsanordnung erging durch eine wirksam in Kraft getretene und formell sowie materiell rechtmäßige Verordnung, womit es sich um einen Rechtsakt bzw. eine hoheitliche Maßnahme handelt. Zudem war die Intention der Maßnahme, das Infektionsgeschehen und die sozialen Kontakte durch Still-

<sup>81</sup> Maunz/Dürig/Papier/Shirvani, (Fn. 61), Art. 14 Rn. 200.

<sup>82</sup> BVerwG JuS 2006, 280 (282); BVerwG NVwZ 1985, 41 (41); BGH NJW 1996, 2422 (2423); NJW 1990, 3260 (3262); NJW 1967, 1857 (1857); Maunz/Dürig/Papier/Shirvani, (Fn. 61), Art. 14 Rn. 200; v. Mangoldt/Klein/Starck/Depenheuer/Froese, GG, 7. Auflage (2018), Art. 14 Rn. 133; Ossenbühl/Cornils, (Fn. 59), S. 175 f.

<sup>83</sup> Ebd.

<sup>84</sup> BGH NJW 1996, 2422 (2423); NJW 1990, 3260 (3262); NJW 1967, 1857 (1857); Ossenbühl/Cornils, (Fn. 59), S. 175 f.

<sup>85</sup> Vgl. Epping, Grundrechte, 8. Auflage (2019), Rn. 450.

<sup>86</sup> LG Heilbronn, NVwZ 2020, 975 (976); OVG Bautzen, BeckRS 2020, 7239 (Rn. 8); VGH Kassel BeckRS 2020, 8868 (Rn. 22); Brenner, Entschädigungsansprüche von Hotels und Gaststätten im Angesicht von COVID-19?, DÖV 2020, 660 (663).

<sup>87</sup> LG Hannover NJW-RR 2020, 1226 (1229 f.); Eibenstein, (Fn. 21), NVwZ 2020, 930 (933 f.); Struß/Fabi, (Fn. 21), DÖV 2020, 665 (674); Gerhard/Öller/Strahl, Kommt die öffentliche Hand ungeschoren davon?, DÖV 2020, 676 (684).

<sup>88</sup> Ebd.

<sup>89</sup> Hierzu Maurer/Waldhoff, (Fn. 68), § 27 Rn. 91.

<sup>90</sup> BGH NJW 1994, 1468 (1469); Jarass/Pieroth/Jarass, GG, 17. Auflage (2022), Art. 14 Rn. 56a.

legung von Restaurationsbetrieben zu reduzieren. Somit war die Maßnahme gerade auch auf die Beeinträchtigung des herkömmlichen Ablaufs und der Funktionstüchtigkeit jenes Gewerbes gerichtet. Mithin erfolgte die angeordnete Schließung als Eingriff in eine von Art. 14 I GG geschützte Rechtsposition auch unmittelbar.

### 3. Sonderopfer

Als weitere tatbestandliche Voraussetzung müsste das Hinnehmen des Eingriffs in die eigentümlich geschützte Rechtsposition ein ausgleichspflichtiges Sonderopfer für K darstellen. Ein solches besteht, wenn die Einwirkungen die Schwelle der aus Art. 14 II GG abgeleiteten Sozialbindung überschreiten.<sup>91</sup> Dies ist anzunehmen, sobald die Beeinträchtigungen im Verhältnis zu anderen ebenfalls betroffenen Personen eine besondere Schwere aufweisen oder im Verhältnis zu anderen nicht betroffenen Personen einen Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 GG bewirken.<sup>92</sup> Wann jene Schwelle des »enteignungsrechtlich Zumutbaren«<sup>93</sup> überschritten wird, ist im Wege der Einzelfallwertung zu bestimmen.<sup>94</sup> Als Maßstab ist letztlich die Frage zu beantworten, wo nach dem vernünftigen Urteil aller billig und gerecht Denkenden die Opfergrenze liegt und ein rechtmäßiger Eingriff vom nachteilig Betroffenen folglich nicht mehr entschädigungslos hingenommen werden muss.<sup>95</sup> Als unerreicht gilt jene Grenze zumindest bei freiwilliger Selbstgefährdung.<sup>96</sup> Im Folgenden ist der Frage nachzugehen, ob die erlittenen Verluste der K einen Gleichheitsverstoß gegenüber nicht betroffenen Personen darstellen oder im Vergleich zu ebenfalls Betroffenen besonders schwer wiegen.

#### a) Ungleichbehandlung gegenüber anderen Branchen

Zunächst ist ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 I GG im Vergleich zu anderen Branchen und Gewerben zu prüfen.

Hiergegen lässt sich anführen, dass neben Restaurationsbetrieben auch andere, zahlreiche Branchen von angeordneten Betriebsschließungen des § 5 betroffen sind, u.a. Friseure, Fitnessstudios und Kosmetiksalons.

*Hier fällt positiv auf, dass die die Bearbeitung die genannten Punkte aus dem Sachverhalt aufgreift und sich damit an der richtigen Stelle auseinandersetzt. Im Sachverhalt war zum*

<sup>91</sup> BGH NJW 2013, 1736 (1736); BGH NVwZ 1988, 1066 (1067); Tholl, (Fn. 60), § 6 Rn. 248; Maunz/Dürig/Papier/Shirvani, (Fn. 61), Art. 14 Rn. 805.

<sup>92</sup> Ebd.

<sup>93</sup> BGH NJW 1988, 1066 (1067); NJW 1984, 1876 (1877).

<sup>94</sup> BGH NJW 2019, 227 (229); NJW 2013, 1736 (1736); Bachmann/Rung, (Fn. 3), § 15 Rn. 74.

<sup>95</sup> BGH NJW 1955, 1109 (1110); Winter/Thürk, (Fn. 21), § 22 Rn. 74; Gerhard, (Fn. 10), § 56 Rn. 53.

<sup>96</sup> Hierzu BGH NJW 2017, 1322 (1325); NJW 2013, 1736 (1736); Tholl, (Fn. 60), § 6 Rn. 249; Bachmann/Rung, (Fn. 3), § 15 Rn. 74; Jarass/Pieroth/Jarass, (Fn. 90), Art. 14 Rn. 57.

*einen aufgeführt, dass zahlreiche weitere Branchen von den Betriebsschließungen betroffen waren. Zum anderen wurde darauf hingewiesen, dass der Betrieb der K akut existenzgefährdet war. Mit diesen beiden Aspekten galt es sich im Rahmen der Feststellung des Sonderopfers auseinandersetzen.*

Vielmehr lässt sich dazu festhalten, dass Restaurationsbetrieben noch ein Außer-Haus-Verkauf gestattet ist, sodass dies sogar eher einem Vorteil im Vergleich zu jenen anderen Betrieben gleichkommt. Eine Ungleichbehandlung von Restaurationsbetrieben im Vergleich zu den genannten Branchen liegt somit nicht vor. Zieht man darüber hinaus den Vergleich zu Gewerben, die von der Schließungsanordnung des § 5 nicht umfasst sind, erscheint diesen gegenüber, eine Ungleichbehandlung infrage kommend. Beim Prüfen eines Gleichheitsverstößes i.S.d. Art. 3 I GG ist jedoch strikt darauf zu achten auch nur »wesentlich Gleiches gleich« und hingegen »wesentlich Ungleiches ungleich« zu behandeln.<sup>97</sup> Die bereits angeführten Branchen weisen alle eine ähnlich hohe Intensität an Körperkontakt im Rahmen ihres geregelten Betriebs auf. Die Gefahr eines Infektionsrisikos ist innerhalb dieser Branchen gleichermaßen hoch, weswegen auch alle durch die Verordnung im selben Maße eingeschränkt werden. In anderen Branchen wie bspw. dem Lebensmittel- oder sonstigem Einzelhandel, die von den Beeinträchtigungen des § 5 der Verordnung hingegen nicht umfasst sind, ist diese hohe Intensität an Körperkontakt nicht gegeben. Die Maßstäbe, die hier an die Bekämpfung des Infektionsgeschehens gelegt werden müssen, sind andere. Zwar geht aus dem Sachverhalt nicht hervor, welchen genauen Beeinträchtigungen jene, andere Branchen unterliegen. Aufgrund eines geringeren Infektions- und Verbreitungsrisikos des Virus ist ein Vergleich zu diesen Branchen jedoch auch gar nicht erst anzustellen. Ein Gleichheitsverstoß kann aufgrund der in diesem Zusammenhang bestehenden Ungleichheit jener Branchen zu der von Restaurationsbetrieben nicht vorliegen. Eine Prüfung des Gleichheitsgebots von Art. 3 I GG beschränkt sich auf diejenigen Branchen und Betriebe, die ein ähnliches Infektionsrisiko bürden. Da diese im gleichen Maße durch die rechtmäßige Verordnung eingeschränkt werden, ist K zumindest in dieser Hinsicht kein Sonderopfer auferlegt.

#### b) Besondere Schwere im Verhältnis zu ebenfalls Betroffenen

Möglicherweise weist die Beeinträchtigung Ks jedoch im Vergleich zu ebenfalls betroffenen Restaurationsbetrieben eine besondere, individuelle Schwere auf, die ein ausgleichspflichtiges Sonderopfer begründet. K macht geltend, Verluste i.H.v. jeweils 10.000 € durch weiterlaufende, nicht zu deckende Betriebskosten und die Entsorgung ihres hochwertigen, frischen Lagerbestands erlitten zu haben. Betrachtet man die Branche der Restaurationsbetriebe spezifisch, ist vorrangig festzustellen, dass alle Betriebe durch die angeordnete Schließung in der Ausübung ihres gewöhnlichen Umfangs gleichermaßen getroffen wurden. Daher ist naheliegend, dass es auch der Mehrheit der

<sup>97</sup> Siehe Maunz/Dürig/Kirchhof, (Fn. 61), Art. 3 Rn. 5; Mangoldt/Klein/Starck/Depenheuer/Froese, (Fn. 82), Art. 3 Rn. 40.

anderen Einrichtungen nicht möglich war, die Verluste, die K durch weiterlaufende Betriebskosten erlitten hat, durch einen Außer-Haus-Verkauf kompensieren zu können. Eine besondere Schwere seitens der K ist, auch da die Betriebskosten nicht branchenunüblich hoch erscheinen, mangels einzelfallartiger Konstellation nicht gegeben. Etwas anderes könnte sich im Hinblick auf den entsorgten Lagerbestand ergeben.

*Genau an dieser Stelle spielte die Differenzierung zwischen den Einbußen der K eine entscheidende Rolle. Dies wird hier konzise unter sorgfältiger Würdigung des Sachverhalts herausgearbeitet.*

Dieser ist, da K in ihrem Restaurant ein besonders frisches und hochwertiges Angebot schaffen möchte, an Wert und Umfang um ein Zehnfaches höher als der gegenwärtige Branchendurchschnitt. Die hier erlittenen Verluste sind daher im Vergleich zu anderen Restaurationsbetrieben höher und gravierender. Zu beleuchten ist, ob dies die Opfergrenze des Unzumutbaren tatsächlich überschreitet. Dafür spricht zumindest die wirtschaftliche Faktenlage. Andere Betriebe wie Mensen oder Imbisse dürften durch ihr meist länger haltbares und weniger teures Angebot deutlich geringere finanzielle Einbußen durch Lagerbestandsentsorgungen erfahren haben. K wurde in diesem Bereich durch die Verordnung branchenunüblich stark getroffen. Eine einzelfallartige Situation, die es für ein Sonderopfer braucht, ist hier nicht fernliegend. Hieran schließt sich jedoch die Frage der Verantwortlichkeit hinsichtlich jener geschaffenen, besonderen Lage an. Wie bereits in F.I. dargestellt, ist das von K entwickelte Konzept ihres Restaurants, gerade durch gehobene, frische Ware Umsatz zu generieren. Während dieses, nicht zwangsläufig vorhersehbare Alleinstellungsmerkmal zwar dafürspricht, den Regelungsbereich des enteignenden Eingriffs gelten zu lassen, ist es kein unumstößliches Kriterium dafür, auch ein Sonderopfer anzunehmen. Miteinzubeziehen und tatbestandsausschließend ist, wie schon erwähnt, der Grad der Freiwilligkeit, den die Betroffene für die besondere Situation innehat. Die Entscheidung überwiegend auf frische, hochwertige Ware zu setzen, ist alleinig die der K gewesen. Jedoch sollte diese Entscheidung aufgrund der garantierten freien Berufs- und Eigentumsausübung aus Art. 12 I bzw. Art. 14 I GG K nicht grundsätzlich und von vornherein als Teil ihres freiwilligen, unternehmerischen Risikos angelastet werden. Dies würde den Begriff der Risikoübernahme überdehnen.<sup>98</sup> Allerdings kann die freiwillige Entscheidung mit kostenintensiverer Ware als andere Betriebe zu arbeiten, auch nicht dazu führen, K dahingehend zu privilegieren, ihr aufgrund ihres eigenverantwortlich entwickelten Konzepts eine besondere Schwere im Vergleich zu anderen Betroffenen, die weniger frische und hochwertige Waren anbieten, zuzusprechen. Dies scheint mit einem Urteil aller billig und gerecht Denkenden nicht vereinbar. Somit ist auch im Verhältnis zu anderen Betroffenen kein ausgleichspflichtiges Sonderopfer für K zu bejahen.

<sup>98</sup> Hierzu *Struß/Fabi*, (Fn. 21), DÖV 2020, 665 (675).

### c) Sonderfall der Existenzgefährdung

Klärungsbedürftig ist allerdings, wie der Umstand, dass K sich durch die ihr entstandenen Verluste einer akuten Existenzgefährdung entgegenstellen sieht, hinsichtlich einer Sonderopferlage zu bewerten ist.

In der Literatur wird der Aspekt der Existenzgefährdung teilweise zum Anlass genommen, Betroffenen von infektionsschutzrechtlich bekämpfenden Maßnahmen, abweichend von der Individualisierbarkeit und Einzelfallqualität ihrer Lage, ein ausgleichspflichtiges Sonderopfer zuzusprechen.<sup>99</sup> Dabei wird sich u.a. auf an sich entschädigungslos hinzunehmende, vorübergehende Straßensanierungsarbeiten bezogen, bei denen der BGH die Opfergrenze des Zumutbaren als überschritten ansah, sobald die Arbeiten sich für betroffene Gewerbetreibende existenzbedrohend auswirken würden.<sup>100</sup> Am vertretenden Standpunkt, dass derartige Existenzbedrohungen im Rahmen der Pandemie nicht einfach entschädigungslos hinnehmbar wären, würde nach jener Auffassung das für den BGH »maßgebende Urteil aller billig und gerecht Denkenden [...] auch keine vernünftigen Zweifel« haben können.<sup>101</sup> Hiergegen spricht jedoch, dass der BGH die von ihm entwickelte Rechtsfigur des enteignenden Eingriffs ausdrücklich nicht als »geeignete Grundlage ansieht, um massenhaft auftretende Schäden [...] auszugleichen«. <sup>102</sup> Neben K, deren Lebensgrundlage akut existenzgefährdet ist, muss aber davon ausgegangen werden, dass dies auch für zahlreiche Andere das Ergebnis der beeinträchtigenden Maßnahmen sein wird. Zwar mahnen Schmitz/Neubert zurecht an, dass die »schiere Anzahl« der Betroffenen ein Sonderopfer nicht einfach ausschließen lassen könnte, da die Grenze zum vom BGH abgelehnten, massenhaften Ausmaß lediglich »willkürlich« zu bestimmen sei.<sup>103</sup> Allerdings ist anzunehmen, dass, da die Maßnahmen des § 5 der Verordnung ganze Wirtschaftszweige betreffen, hunderte von Betrieben in Niedersachsen einer Existenzbedrohung gegenüberstehen. Dies könnte in solchen Fällen die Anwendung des enteignenden Eingriffs zudem mit dem Prinzip der Gewaltenteilung unvereinbar machen. Hierfür ist zunächst die freie Entscheidungskompetenz des Haushaltsgesetzgebers anzuführen. Ihm allein obliegt es in grundlegenden Fragen über den Einsatz staatlicher Finanzmittel zu entscheiden. Die Kompensation massenhaft auftretender Schäden fiele, da sie für die staatlichen Finanzen weitreichende Folgen haben könnte, in jenen elementaren Bereich. Sie wären folglich der Ent-

<sup>99</sup> Vgl. *Rommelfanger*, (Fn. 11), COVuR 2020, 178 (183); *Winter/Thürk*, (Fn. 21), § 22 Rn. 74; *Rinze/Schwab*, Dulde und liquidiere – Staatshaftungsansprüche in Coronazeiten, NJW 2020, 1905 (1910); *Schmitz/Neubert*, (Fn. 14), NVwZ 2020, 666 (670 f.); *Eibenstein*, (Fn. 21), NVwZ 2020, 930 (934).

<sup>100</sup> BGH NJW 1980, 2703; NJW 1972, 243; Verweisend hierauf *Winter/Thürk*, (Fn. 21), § 22 Rn. 74; *Eibenstein*, (Fn. 21), NVwZ 2020, 930 (934).

<sup>101</sup> Siehe *Rommelfanger*, (Fn. 11), COVuR 2020, 178 (183).

<sup>102</sup> BGH NJW 2005, 1363 (1363); BGH NJW 1988, 478 (480); Ebenfalls Bezug nehmend *Reschke*, (Fn. 14), DÖV 2020, 423 (429).

<sup>103</sup> *Schmitz/Neubert*, (Fn. 14), NVwZ 2020, 666 (670); Zustimmung *Winter/Thürk*, (Fn. 21), § 22 Rn. 76.

scheidung des Parlamentsgesetzgebers vorzubehalten.<sup>104</sup> Die Anwendung eines richterlichen Rechtsinstituts wie den enteignenden Eingriff als Entschädigungsmöglichkeit in diesen Fällen vorzusehen, ohne sich auf eine gesetzgeberisch getroffene Regelung stützen zu können, würde jenen »Kern der parlamentarischen Rechtes in der Demokratie«<sup>105</sup> eindeutig verletzen.<sup>106</sup>

Diesen Grundsatz wollen vereinzelnde Stimmen im Schrifttum dahingehend verstanden wissen, als dass er auf Verordnungen, Allgemeinverfügungen sowie Verwaltungsakten, die auf Grundlage der §§ 24 ff. IfSG erlassen wurden, nicht anzuwenden sei, weil jene Rechtsakte der Exekutive zugerechnet würden.<sup>107</sup> Dem ist allerdings, da es für die Auswirkungen auf den Entscheidungsspielraum keinen Unterschied macht, in welcher Rechtsform der staatliche Akt ergeht, nicht zu folgen.<sup>108</sup> Daher ist eine Kompensation von im vorliegenden Fall anzunehmenden, flächendeckend betroffenen, existenzbedrohten Betrieben, mit der Weigerung des BGH, Massenschäden richterrechtlich zu kompensieren, auch gerade mit Blick auf das Gewaltenteilungsprinzip, nicht vereinbar.<sup>109</sup> In genau diesem Aspekt hinkt auch der von Teilen der Literatur herangezogene Vergleich mit den Fällen der Straßenbauarbeiten. Diese waren aufgrund eines bestimmten Straßenzuges gerade individualisiert genug, da sie einzelne Betriebe betrafen. Massenhaft Geschädigte waren hier von vornherein ausgeschlossen. Jene Rechtsprechungslinie argumentativ heranzuziehen, überzeugt für die hiesige Konstellation aufgrund der deutlich größer zu erwartenden Anzahl an Geschädigten somit nicht.<sup>110</sup> Die Annahme eines Sonderopfers aufgrund fehlender anderer staatlicher Hilfen,<sup>111</sup> ist aufgrund unzureichender Sachverhaltsinformationen, nicht weiter zu berücksichtigen.

*Gerade weil der Sachverhalt keinen Hinweis auf staatliche Hilfen enthielt, war davon auszugehen, dass die K auch keine solche erhalten hat. Daher wäre es durchaus vertretbar gewesen ein Sonderopfer anzunehmen. Entscheidend war an dieser Stelle eine stringente Argumentation, die hier gut gelingt.*

Mithin begründet auch der (Sonder-)fall der Existenzbedrohung für K kein ausgleichspflichtiges Sonderopfer.

#### 4. Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen des enteignenden Eingriffs liegen nicht vor.

<sup>104</sup> BGH NJW 1988, 478 (481 f.); LG Hannover NJW-RR 2020, 1227 (1232).

<sup>105</sup> BVerfG NJW 2011, 2946 (2948, Rn. 104).

<sup>106</sup> BGH NJW 1988, 478 (481 f.); LG Hannover NJW-RR 2020, 1227 (1232).

<sup>107</sup> Winter/Thürk, (Fn. 21), § 22 Rn. 84 f.

<sup>108</sup> So auch LG Hannover NJW-RR 2020, 1227 (1232).

<sup>109</sup> Ähnlich auch Reschke, (Fn. 14), DÖV 2020, 423 (429); Brenner, (Fn. 86), DÖV 2020, 660 (663).

<sup>110</sup> Ebenso Kießling/Kümper, (Fn. 3), § 65 Rn. 20.

<sup>111</sup> Hierfür argumentierend Winter/Thürk, (Fn. 21), § 22 Rn. 76.

#### IV. Ergebnis

Ein Anspruch aus dem enteignenden Eingriff scheidet bereits wegen der ausschließenden Sperrwirkung der §§ 56 ff. IfSG aus.

#### G. Schadensersatz aus der Amtshaftung

Ein Anspruch auf Schadensersatz aus Amtshaftung kommt aufgrund der Rechtmäßigkeit der Verordnung nicht in Frage.<sup>112</sup>

*Hier gerät die Bearbeitung zu oberflächlich. Zunächst fehlt schon die Nennung der Anspruchsgrundlage (§ 839 I 1 BGB i.V.m. Art. 34 GG). Zwar ist richtig, dass der Amtshaftungsanspruch nur für rechtswidriges Handeln eines Amtsträgers gilt und daher nicht einschlägig ist, allerdings wäre hier die Prüfungen der ersten Voraussetzungen angebracht gewesen. Schon aus »taktischen« Gründen wäre es sinnvoll gewesen die Verletzung einer Amtspflicht anzuprüfen. Dabei stellte sich die Frage, welche drittbezogene Amtspflicht der Ordnungsgeber hätte beachten müssen. Hier war die Pflicht zu rechtmäßigem Handeln einschlägig. Ob der Erlass einer Verordnung drittbezogen ist, hätte diskutiert werden können. Da Verordnungen abstrakt-generelle Regeln enthalten, nimmt der Ordnungsgeber nach ständiger Rechtsprechung allerdings ausschließlich Aufgaben gegenüber der Allgemeinheit und nicht gegenüber bestimmten Personen oder Personengruppen wahr. Davon sollen Verordnungen ausgenommen sein, die einem eindeutig abgrenzbaren Personenkreis dienen. Ein Drittbezug hätte folglich mit entsprechender Begründung angenommen werden können. Eine Verletzung dieser drittbezogenen Amtspflicht hätte dann verneint werden müssen, da die Verordnung laut Bearbeitervermerk rechtmäßig ist.*

#### H. Ergebnis der Frage 1.1<sup>113</sup>

K kann aus keiner der in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen einen Entschädigungsanspruch erlangen.

*In der vorliegenden Bearbeitung wurde an dieser Stelle im Anschluss an die Anspruchs begründung (1.1) unter 1.2 sehr umfangreich und inhaltlich zutreffen die Höhe der jeweiligen Ansprüche hilfsgutachterlich geprüft. Aus Platzgründen wurde hier von dieser Darstellung abgesehen. Nichtsdestotrotz ist anzumerken, dass dieser Aufbau unüblich und im Übrigen auch nicht zweckmäßig ist. Die Höhe der Entschädigung des Anspruches ist im Rahmen der jeweiligen Rechtsfolge zu prüfen. Die Bearbeitung verliert so außerdem an Struktur: Hinsichtlich des Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen muss nach oben verwiesen werden. Der Aufbau gerät so unübersichtlich.*

<sup>112</sup> Maunz/Dürig/Papier/Shirvani, (Fn. 61), Art. 34 Rn. 17.

<sup>113</sup> Der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch und der allgemeine Aufopferungsanspruch wurden aus Platzgründen nicht mit abgedruckt.

**StrafR** Fallbearbeitung

Johanna Kramer\*

# Alles eine Frage der Verwertbarkeit

Fallbearbeitung im Strafprozessrecht

*Der Beitrag beschäftigt sich mit klassischen Problemen der Verwertbarkeit von Beweisen im Strafprozess. Im Fokus stehen die Frage der Zulässigkeit von legendierten Kontrollen als doppel funktionale Maßnahmen sowie die Verwertbarkeit von durch Täuschung erlangten Täteraussagen.*

**SACHVERHALT**

Sie sind Strafverteidiger\*in und werden im Zuge eines »Verteidigerwechsels« (§ 143a Abs. 2 Nr. 3 StPO) der Angeklagten (A) beigeordnet, gegen die die Hauptverhandlung vor dem Landgericht wegen des Vorwurfs des Handel-treibens in nicht geringer Menge (§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG) geführt wird.

Der Fall stellt sich wie folgt dar:

Nach einem massiven Ehestreit im November 2020 hatte E, der Ehemann der A, die Polizei aufgesucht und dort gegenüber der Kriminalbeamtin K nach ordnungsgemäßer Belehrung erklärt, seine Gattin sei in organisierten Drogenhandel verstrickt. Er habe, was er gegebenenfalls auch vor Gericht bezeugen könne, diverse Male gesehen, wie ein Bote Drogen anlieferte, die die A dann als Kurierin mit ihrem eigenen PKW weitertransportierte. Im Haus habe sie nie Drogen. So dumm sei sie nicht. Aufgrund dieser Angaben des E wurde das Mobiltelefon der A im Weiteren auf der Basis einer rechtmäßigen richterlichen Anordnung überwacht (§§ 100a, 100e StPO). Ein Telefonat der A mit einem Unbekannten (»Am 1. April ist schönes Wetter, man könnte einmal wieder eine Ausfahrt machen« u.ä.) ließ die Polizei vermuten, dass die A am 1. April 2021 möglicherweise eine Kurierfahrt unternehmen werde. Um idealerweise auch noch Hinterpersonen ermitteln zu können und die laufende Telekommunikationsüberwachung nicht zu kompromittieren, wurde entschieden, eine »legendierte Kontrolle« durchzuführen. Dementsprechend wurde die A durch einen Polizeiwagen (scheinbar zufällig) angehalten, als sie eine Autobahnbaustelle mit unzulässig überhöhter Geschwindigkeit durchfuhr. A wurde im Zuge der »allgemeinen Verkehrskontrolle« scheinbar routinemäßig danach gefragt, ob sie verbotene Gegenstände mitführt. A verneinte dies. Als ein Drogenspürhund anschluss, wurde der Wagen der A durchsucht und es wurden BtM in erheblicher Menge gefunden. Der A wurde der Eindruck vermittelt, zufällig in eine Ver-

kehrskontrolle geraten zu sein und dann in diesem Rahmen gefahrenabwehrrechtlichen Maßnahmen unterworfen zu werden.

A kam dann in Untersuchungshaft und nahm ihr Schweigerecht umfassend in Anspruch. E änderte seine Haltung und verweigerte gegenüber der Staatsanwaltschaft (und dann später auch vor dem Landgericht) das Zeugnis. Da die StA befürchtete, dass die Beweislage insgesamt zu dünn sein könnte und sich nach wie vor erhoffte, auch noch die Organisatoren der Kurierfahrt ermitteln zu können, wurde eine andere Untersuchungsgefangene (U) durch die Polizei, die der U Vorteile in ihrem eigenen Verfahren in Aussicht stellte, instruiert, den Kontakt mit der A zu suchen und nach Möglichkeit von dieser Informationen zu den Kurierfahrten und deren Organisatoren zu erlangen. U war erfolgreich und hat in einem Hauptverhandlungstermin bereits über die detaillierten Angaben berichtet, die die A ihr gegenüber in der Haftanstalt zu der Fahrt vom 1. April 2021 und zu anderen Kurierfahrten gemacht hatte.

A bittet Sie nun um eine Einschätzung: Kann eine Verurteilung abgewendet werden? Insbesondere ist sie der Ansicht, dass die Beweise gegen sie gar nicht verwertet werden dürfen.

(Gehen Sie bitte davon aus, dass eine Verurteilung nach § 29a BtMG materiell-rechtlich gerechtfertigt wäre, wenn A eine oder mehrere Kurierfahrten nachzuweisen sind und die Angaben des E, diejenigen der U oder die Sachbeweise aus der legendierten Kontrolle hierzu hinreichen würden. Bitte gehen Sie des Weiteren davon aus, dass E sich nicht strafbar gemacht hat. Gehen Sie schließlich davon aus, dass bzgl. des Anhaltens die Voraussetzungen nach § 36 Abs. 5 StVO und bzgl. der Durchsuchung/Sicherstellung diejenigen nach §§ 23 Abs. 1 Nr. 3, 26 Nr. 1 NPOG vorlagen, soweit in der gegebenen Situation überhaupt nach Polizeirecht vorgegangen werden durfte.)

\* Der Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaften im 6. Semester an der Georg-August-Universität Göttingen. Die Fallbearbeitung ist Ergebnis der Semesterabschlussklausur der Vorlesung Strafprozessrecht, welche im Sommersemester 2021 von Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos gelesen wurde.

**GLIEDERUNG**

- A. Legendierte Kontrolle des Wagens der A
  - I. Beweisverwertungsverbot
    - 1. Beweiserhebung gem. §§ 102, 105 StPO
      - a) Materielle Voraussetzungen
      - b) Formelle Voraussetzungen
    - 2. Beweiserhebung gem. § 36 V StVO
    - 3. Beweiserhebung gem. §§ 23 I Nr. 3, 26 Nr. 1 NPOG
  - II. Zwischenergebnis
- B. Informationserlangung durch Untersuchungsgefangene U
  - I. Beweisverwertungsverbote
    - 1. Ausnutzung der Zwangslage der Untersuchungshaft
    - 2. Verstoß gegen § 136a III 2 StPO wegen Täuschung
    - 3. Verstoß gegen Belehrungspflichten, §§ 163a, 136 StPO
  - II. Zwischenergebnis
- C. Aussagen des Ehemanns E
  - I. Verlesung des Protokolls über die Aussage, § 252 StPO
  - II. Vernehmung der K als Zeugin
- D. Gesamtergebnis

**GUTACHTEN****KANN EINE VERURTEILUNG ABGEWENDET WERDEN?**

Eine strafrechtliche Verurteilung erfordert die Sicherheit des Gerichtes von dem Vorliegen einer Straftat sowie der Täterschaft der Angeklagten A auf Grundlage hinreichend nachgewiesener Beweise. An keinem der beiden Erfordernisse dürften vernünftige Zweifel vorliegen, anderenfalls wäre A nach dem Grundsatz *in dubio pro reo* (Im Zweifel für die Angeklagte) freizusprechen. Gem. § 261 StPO entscheidet das Gericht über das Ergebnis der Beweisaufnahme nach seiner freien richterlichen Überzeugung. Diese schöpft es aus dem Inbegriff der Verhandlung, konkret der Beweisaufnahme nach § 244 StPO. Eine Verurteilung der A könnte abgewendet werden, wenn die erhobenen Beweise nicht als Beweismittel verwertet werden dürfen.

**A. Legendierte Kontrolle des Wagens der A****I. Beweisverwertungsverbot**

Die erlangten Beweismittel aus der legendierten Kontrolle wären nicht verwertbar, wenn ein Beweisverwertungsverbot bestünde. Ein ausdrücklich gesetzlich normiertes Beweisverwertungsverbot ist nicht ersichtlich. Es könnte sich dennoch ein gesetzlich nicht normiertes Beweisverwertungsverbot ergeben, wenn die Erhebung des Beweises rechtswidrig gewesen sein sollte.

**1. Beweiserhebung gem. §§ 102, 105 StPO**

Die Durchsuchung des Autos der A wäre rechtmäßig, wenn die formellen und materiellen Voraussetzungen einer Ermächtigungsgrundlage für die Durchsuchung erfüllt sind. In Betracht kommen hier die §§ 102, 105 StPO als strafprozessrechtliche Grundlage für die Durchsuchung.

**a) Materielle Voraussetzungen**

Gem. § 102 StPO müsste A dazu einer Straftat verdächtig sein. Ein solcher Anfangsverdacht besteht, wenn tatsächliche Anhaltspunkte nach kriminalistischer Erfahrung die Begehung einer Straftat als Täter oder Teilnehmer möglich erscheinen lassen.<sup>1</sup> Auf Grundlage der Telefonüberwachung der A vermutete die Polizei, dass die Autofahrt dem Überbringen der gehandelten Betäubungsmittel dienen werde.<sup>2</sup> Somit erscheint aus Perspektive der Polizei die Begehung einer Straftat, konkret des Handels mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nach § 29a I Nr. 2 BtMG, möglich. Ein Anfangsverdacht ist somit gegeben. Weiterhin müsste

<sup>1</sup> HK-GS/Hartmann, Gesamtes Strafrecht. StGB, StPO, Nebengesetze. Handkommentar, 5. Auflage (2022), § 102 Rn. 2; KK-StPO/Diemer, Karlsruher Kommentar Strafprozessordnung, 8. Auflage (2019), § 152 Rn. 7; Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, Strafprozessordnung, 65. Auflage (2022), § 152 Rn. 4; Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler, § 102 Rn. 2.

<sup>2</sup> § 102 letzter Hs. StPO; HK-GS/Hartmann (Fn. 1), § 102 Rn. 3; Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler (Fn. 1), § 102 Rn. 13.

vermutet werden, dass die Durchsuchung zum Auffinden von Beweismitteln dienen werde. Vorliegend vermutete die Polizei nicht nur das Auffinden von transportierten Betäubungsmitteln als Beweismittel, sondern hoffte auch durch die Fahrt noch weitere Hinterpersonen des Handels ermitteln zu können. Somit diene die Durchsuchung auch dem Zweck des Auffindens von Beweismitteln. Die Durchsuchung darf sich gem. § 102 StPO auf die Wohnung oder andere Räume und Sachen erstrecken. Das Auto der A ist hier als eine der A gehörenden Sache i.S.d. § 102 StPO ein zulässiger Durchsuchungsort.<sup>3</sup> Hinweise, nach welchen die Durchsuchung unverhältnismäßig sein könnte, sind nicht ersichtlich. Somit sind alle materiellen Voraussetzungen der Durchsuchung gegeben.

#### b) Formelle Voraussetzungen

In formeller Hinsicht müsste die Durchsuchung gem. § 105 I 1 StPO durch den Richter, bei Gefahr in Verzug durch die Staatsanwaltschaft oder deren Ermittlungspersonen angeordnet werden. Eine richterliche Anordnung der Durchsuchung ist hier nicht erfolgt. Da die Polizei bereits frühzeitig wusste, dass A für den ersten April 2021 möglicherweise eine Kurierfahrt plant, hätte sie jedoch genug Zeit gehabt, um eine richterliche Anordnung zu erwirken. Es wurden dennoch keine derartigen Versuche unternommen. Hinweise, dass ohne schnelles Handeln der Polizei der Ermittlungserfolg vereitelt würde, sind nicht ersichtlich. Somit ist auch keine Gefahr im Verzug anzunehmen. Folglich entspricht die Durchsuchung nicht den formellen Voraussetzungen des § 105 StPO und die Maßnahme kann nicht auf die §§ 102, 105 StPO als Ermächtigungsgrundlage gestützt werden.

### 2. Beweiserhebung gem. § 36 V StVO

In Betracht kommt jedoch die präventivpolizeiliche Eingriffsgrundlage des § 36 V StVO. Das Vorliegen der Voraussetzungen des § 36 V StVO ist anzunehmen.<sup>4</sup> Jedoch ist § 36 V StVO nach seinem Wortlaut nur eine Ermächtigungsgrundlage für verkehrsbezogene Maßnahmen, etwa zur Überprüfung der Fahrtüchtigkeit des Fahrers, des Zustands der Ausrüstung des Fahrzeugs oder dessen Beladung.<sup>5</sup> A wurde hier von der Polizei wegen unzulässig überhöhter Geschwindigkeit in der Autobahnbaustelle angehalten. Dieses Anhalten dient einem verkehrsbezogenen Zweck und ist somit von § 36 V StVO gedeckt. Eine darüberhinausgehende umfassende Durchsuchung auf Mitführen von Betäubungsmitteln kann jedoch nicht mehr als verkehrsbezogener Zweck erfasst werden.<sup>6</sup> Somit ist § 36 V StVO keine Ermächtigungsgrundlage für die polizeiliche Durchsuchung nach Betäubungsmitteln.

### 3. Beweiserhebung gem. §§ 23 I Nr. 3, 26 Nr. 1 NPOG

Allerdings könnte die Polizeibehörde ihr Handeln auf §§ 23 I Nr. 3, 26 Nr. 1 NPOG stützen. Gem. § 23 I Nr. 3 NPOG kann die Polizei Sachen durchsuchen, wenn eine Tatsache die Annahme rechtfertigt, dass die Person Gegenstände mit sich führt, die sichergestellt werden dürfen. Das Anschlagen des Drogenspürhundes ist hier eine solche Tatsache, welche diese Annahme begründet.<sup>7</sup> Somit war die Durchsuchung zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr nach § 23 I Nr. 3 NPOG als präventivpolizeiliche Eingriffsgrundlage rechtmäßig. Fraglich ist, ob der Rechtmäßigkeit der Maßnahme entgegensteht, dass die Polizei neben der Gefahrenabwehr nach §§ 23 I Nr. 3, 26 Nr. 1 NPOG auch das Ziel der Sicherstellung von Beweismaterial verfolgte. Die Maßnahme stellt dadurch nicht nur eine präventivpolizeiliche Maßnahme, sondern auch eine strafprozessrechtliche Maßnahme dar und ist damit eine doppelfunktionale Maßnahme.<sup>8</sup>

Bei doppelfunktionalen Maßnahmen ist das Verhältnis präventivpolizeilicher und strafprozessualer Ermächtigungsgrundlagen umstritten. Nach einer Ansicht besteht ein absoluter Vorrang der strafprozessualen Vorschriften als Ermächtigungsgrundlage, sodass Eingriffe aufgrund präventivpolizeilicher Grundlage rechtswidrig sind.<sup>9</sup> Anderenfalls würden die strengen Voraussetzungen der Strafprozessordnung, insbesondere der Richtervorbehalt, bei Eingriffen umgangen.<sup>10</sup> Hiernach wäre die erfolgte Durchsuchung auf Grundlage des NPOG nicht rechtmäßig. Nach anderer Auffassung ist für die Bewertung der Rechtmäßigkeit auf den Schwerpunkt der Maßnahme abzustellen.<sup>11</sup> Für einen strafprozessualen Schwerpunkt der Durchsuchung spricht, dass bereits zum Zeitpunkt des Anhaltens des Fahrzeugs ein Anfangsverdacht bei der Polizei bestand. Die präventivpolizeiliche Durchsuchung wurde gerade erst ausschlaggebend auf der Grundlage des Anfangsverdacht mit dem Ziel einer effektiven Strafverfolgung eingeleitet. Hingegen spricht für einen präventiven Schwerpunkt die bezweckte Verfolgung weiterer »Hintermänner«. Der maßgebliche Grund für die legendierte Vornahme der Durchsuchung lag darin, den weiteren Ermittlungserfolg zu sichern, also das Netzwerk weiterer Beteiligten zu erfassen und somit zukünftigen Handel mit Betäubungsmitteln zu verhindern. Hingegen würde eine nicht legendierte, offensichtliche Durchsuchung als nicht zufällige, polizei-präventive Maßnahme die Erfassung weiterer Beteiligten und Organisationen vereiteln. Zwar erfolgt das polizeiliche Handeln auch zur Strafverfolgung der A. Die Sicherung des weiteren Ermittlungserfolgs und damit einhergehend die Prävention, dass weitere gesundheitsschädliche Be-

<sup>7</sup> Vgl. BGHSt 62, 123 (134, Rn. 18).

<sup>8</sup> BGHSt 62, 123 (135, Rn. 20); *Murmann* (Fn. 3), Rn. 66d.

<sup>9</sup> LG Münster NStZ 2016, 126 (128) (m. Anm. *Gubitz*), NJW 2017, 3124 (3126) (*Mitsch*).

<sup>10</sup> LG Münster NStZ 2016, 126 (128) (m. Anm. *Gubitz*), NJW 2017, 3124 (3126) (*Mitsch*).

<sup>11</sup> *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 15. Auflage (2020), Rn. 103; *Ehrenberg/Frohne*, Doppelfunktionale Maßnahmen der Vollzugspolizei. Problematik der rechtlichen Einordnung, Kriminalistik 2003, 737 (749).

<sup>3</sup> *Murmann*, Prüfungswissen Strafprozessrecht, 4. Auflage (2019), Rn. 66b; MüKo-StPO/Hausschild, Bd. 1, 1. Auflage (2014), § 102 Rn. 25.

<sup>4</sup> Siehe Bearbeitervermerk.

<sup>5</sup> BGHSt 62, 123 (132, Rn. 15).

<sup>6</sup> BGHSt 62, 123 (132, Rn. 15).

täubungsmittel durch andere Beteiligte in den Umlauf gebracht werden, überwiegen hier jedoch den nebensächlichen Zweck der Strafverfolgung. Dem Gegenargument, eine legendierte Kontrolle zur Gefahrenabwehr sei lediglich eine kriminalistische List, kann mit dem Einschätzungsspielraum der Polizei im Rahmen der Gefahrenabwehrprognose begegnet werden. In ihrer präventiven Befugnis zur Abwehr von Gefahren durch die Verbreitung von Betäubungsmitteln besitzt die Polizei einen Entscheidungsspielraum. Dieser Spielraum erstreckt sich auch auf die Art und den Umfang der Gefahrenabwehrmaßnahme. Die Durchsuchung zur Verhinderung der Verbreitung von Betäubungsmitteln kann also auch »eingekleidet« in den Rahmen einer Verkehrskontrolle erfolgen. Im Ergebnis bildet somit der präventivpolizeiliche Zweck der Maßnahme den Schwerpunkt der Durchsuchung und diese kann auf §§ 23 I Nr. 3, 26 Nr. 1 NPOG gestützt werden.

Nach der Ansicht des BGH ist die Anwendung der strafprozessualen und der präventivpolizeilichen Ermächtigungsgrundlagen nebeneinander möglich.<sup>12</sup> Die präventive Gefahrenabwehr, dass also keine gesundheitsschädlichen Betäubungsmittel in den Umlauf kommen und die Zerschlagung des dahinterstehenden Netzwerks von Betäubungsmittelhändlern, sowie die repressive Strafverfolgung stehen als staatliche Aufgaben gleichberechtigt nebeneinander.<sup>13</sup> Dabei sind die Grenzen zwischen präventivem und repressivem Handeln der Polizei fließend.<sup>14</sup> Mithin konnte die Polizei ihr Handeln auch nach dieser Ansicht auf die §§ 23 I Nr. 3, 26 Nr. 1 NPOG stützen und die Maßnahmen zur Beweis-erhebung waren rechtmäßig.

Die Verwertbarkeit der präventivpolizeilich rechtmäßig erlangten Beweismittel nicht nur für Gefahrenabwehrmaßnahmen, sondern auch für den Strafprozess ergibt sich aus dem Gedanken des hypothetischen Ersatzeingriffes nach § 161 III 1 StPO<sup>15</sup>. Hiernach können zu anderen Zwecken, wie vorliegend präventiven Gefahrenabwehrzwecken, gewonnene Beweismittel auch im Strafverfahren verwendet werden, wenn diese Maßnahmen auch nach den Voraussetzungen der Strafprozessordnung hätten angewendet werden dürfen.<sup>16</sup> Die materiellen Voraussetzungen der Durchsuchung nach § 102 StPO lagen vor, es mangelte nur an der ordnungsgemäßen Anordnung durch den Richter oder durch Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft. Da die auf präventivpolizeilicher Grundlage vorgenommene Durchsuchung auch gem. §§ 102, 105 StPO hätte angeordnet werden können, dürfen die so gewonnenen Informationen auch im Strafprozess verwertet werden.<sup>17</sup>

## II. Zwischenergebnis

Die Maßnahme hätte gem. § 105 StPO von einem Richter angeordnet werden dürfen und ist damit gem. § 161 III 1 StPO im Verfahren verwertbar.

### B. Informationserlangung durch Untersuchungsgefange- ne U

Die Aussage der U wäre nicht verwertbar, wenn ein Beweisverwertungsverbot bestünde.

#### I. Beweisverwertungsverbote

##### 1. Ausnutzung der Zwangslage der Untersuchungshaft

Die Aussage der U über das Gespräch mit A in der Untersuchungshaft könnte gem. § 136a III 2 StPO unverwertbar sein, wenn die Beweisgewinnung zu den Informationen der Kurierfahrt und deren Organisatoren einen Verstoß gegen § 136a StPO darstellt. In Betracht kommt die Ausnutzung einer Zwangslage als verbotene Vernehmungsmethode des § 136a I 2 StPO. Ein Beweisverwertungsverbot ist jedoch nur auf eine Vernehmung anzuwenden.<sup>18</sup> Fraglich ist also, ob die Informationserlangung durch die Untersuchungsgefange-  
ne U eine Vernehmung i.S.d. § 136a StPO darstellt. Nach dem formellen Vernehmungsbegriff liegt eine Vernehmung vor, wenn der Vernehmende dem Vernommenen in amtlicher Funktion gegenübertritt und in dieser Eigenschaft eine Aussage verlangt.<sup>19</sup> Nach dem funktionalen Vernehmungsbegriff liegt eine Vernehmung vor, wenn eine Person zur Entäußerung von Wissen durch ein befugtes Strafverfolgungsorgan, welches nicht nach außen hin erkennbar geworden sein muss, unmittelbar oder mittelbar veranlasst wird.<sup>20</sup> Die U wird hier zwar als Untersuchungsgefange-  
ne instruiert, die A zu Aussagen über die Organisation und weitere Beteiligte der Kurierfahrten zu bringen. U tritt A dabei aber weder im Sinne des formellen Vernehmungsbegriffes in amtlicher Funktion eines Strafverfolgungsorgans gegenüber, noch handelt U im Sinne des funktionalen Vernehmungsbegriffes als offiziell befugtes Strafverfolgungsorgan. Diese Befugnis zur amtlichen Strafverfolgung kann auch nicht aus der Beauftragung der U durch die Beamten der Staatsanwaltschaft abgeleitet werden. Gem. § 152 II StPO obliegt die Verfolgung von Straftaten der Staatsanwaltschaft. Dies umfasst die Beamten der Staatsanwaltschaft in ihrer offiziellen Funktion als Amtsträger. Die Untersuchungsgefange-  
ne U wurde hier zwar instruiert, hatte jedoch keine amtliche Stellung bei der Staatsanwaltschaft inne und handelte somit als Private in ihrem privatem Interesse an den versprochenen Vorteilen in ihrem eigenen Strafverfahren. Weder nach dem materiellen noch nach dem formellen Vernehmungsbegriff liegt eine Vernehmung durch U vor.

12 BGHSt 62, 123 (137, Rn. 25).

13 BGHSt 62, 123 (138, Rn. 27).

14 BGHSt 62, 123 (139, Rn. 30).

15 BGHSt 62, 123 (142, Rn. 38).

16 BGHSt 62, 123 (142, Rn. 38).

17 *Murmann* (Fn. 3), Rn. 66h; BGHSt 62, 123 (142, Rn. 37).

18 Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt (Fn. 1), § 136 a Rn. 4.

19 BGHSt 42, 139 (145); *Kindhäuser*, Strafprozessrecht, 5. Auflage (2019), § 6 Rn. 24; *Murmann* (Fn. 3), Rn. 107.

20 KK-StPO/Diemer (Fn. 1), § 136 a Rn. 6; *Renzikowski*, Die förmliche Vernehmung des Beschuldigten und ihre Umgehung, JZ 1997, 710 (713); *Roxin*, Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg, NStZ 1995, 465 (465).

Jedoch könnte eine vernehmungähnliche Situation vorliegen, wenn eine Bezugs- oder Kontaktperson mit der Verdächtigen ein mündliches Gespräch über begangene Taten in der Absicht führt, dieses Gespräch abhören zu lassen oder anschließend den Strafermittlungsbehörden darüber zu berichten.<sup>21</sup> Hier wurde die instruierte U als »vertraute« Mitgefängene mit der Zielsetzung eingeschleust, ein Geständnis der A über die Kurierfahrten und deren Organisation zu erlangen. Das Gespräch der U mit A stellt somit eine vernehmungähnliche Situation dar. Auch in einer solchen vernehmungähnlichen Situation darf der Grundsatz des fairen Verfahrens sowie der Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare* (Niemand ist gehalten, sich selbst anzuklagen), hervorgehend aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I, 1 I GG, nicht leerlaufen.<sup>22</sup> Eine Verletzung dieser beiden Grundsätze könnte sich aus dem Zusammenwirken der Ermittlungsbehörde und der U sowie aus den Umständen der Untersuchungshaft ergeben.<sup>23</sup> Die Ermittlungsbehörden könnten die besonderen Bedingungen der Untersuchungshaft zur Erlangung von Äußerungen der A unsachgemäß missbraucht haben. Der Zweck der Untersuchungshaft liegt in der Sicherung der Durchführung eines ordnungsgemäßen Strafverfahrens und darin, Flucht- und Verdunklungsgefahren abzuwenden, § 112 StPO.<sup>24</sup> Mit dem Einschleusen der U als instruierte Ermittlerin durch die Polizei wird das eigentlich zulässige Mittel der Untersuchungshaft zweckentfremdet. Die Untersuchungshaft soll gerade nicht dazu dienen, durch die in der Haft reduzierten Möglichkeiten sich einer Befragung durch instruierte Personen zu entziehen, auszunutzen und dadurch die Beschuldigte von dem Gebrauch ihres Schweigerechts abzubringen.<sup>25</sup> Vorliegend machte die A von Anfang an von ihrem Schweigerecht gem. § 136 I 2 StPO umfassenden Gebrauch und wollte gerade keine Angaben zu der Tat und der Organisation gegenüber den Ermittlungsbehörden machen. Indem U durch eine instruierte Befragung die A zu Aussagen über die Tat bringt und A sich infolge dessen selbst belastet, wird die Zwangslage der Untersuchungshaft unsachgemäß ausgenutzt. Dies stellt einen Verstoß gegen den Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare* aus Art. 2 I, 1 I GG dar und begründet ein Beweisverwertungsverbot.

## 2. Verstoß gegen § 136a III 2 StPO wegen Täuschung

Weiterhin könnte sich ein Beweisverwertungsverbot aus § 136a III 2 StPO aus der Beeinträchtigung der Willensfreiheit der A durch Täuschung über die Rolle der U als eingesetzte Privatperson ergeben. Fraglich ist, ob der Einsatz der U eine Täuschung i.S.d. § 136a I StPO darstellt. Der Begriff der Täuschung gem. § 136a I StPO ist eng auszulegen.<sup>26</sup> Unter Täuschung ist das bewusste Vorspiegeln von Tatsachen zu verstehen.<sup>27</sup> Im Hinblick auf die anderen in

§ 136a I StPO genannte Mittel wie Hypnose oder Quälerei wird deutlich, dass von § 136a I StPO nicht schon jede kriminalistische List erfasst sein soll.<sup>28</sup> Im Vergleich erreicht die bloße Irreführung über die Rolle der eingesetzten Privatperson U hingegen nicht das Gewicht der übrigen in der Bestimmung des § 136a I StPO genannten Verstöße.<sup>29</sup> Mithin ist der Einsatz der U als Privatperson in der Ermittlung nicht als Täuschung gem. § 136a III 2 StPO erfasst.

## 3. Verstoß gegen Belehrungspflichten, §§ 163a, 136 StPO

Es könnte sich ein Beweisverwertungsverbot aus dem Verstoß gegen eine Belehrungspflicht gem. §§ 163a, 136 StPO ergeben. Fraglich ist dabei, inwieweit in der vernehmungähnlichen Situation bei der Informationserlangung durch U eine Belehrungspflicht gegenüber A bestand. Grundsätzlich gilt die Belehrungspflicht für formelle Vernehmungen durch eine Person, welcher der Beschuldigten in offizieller Funktion gegenübertritt.<sup>30</sup> Eine Erweiterung des Begriffs der Vernehmung auf vernehmungähnliche Situationen widerspräche jedoch dem Sinn und Zweck der Belehrungspflicht.<sup>31</sup> Zweck der §§ 163a, 136 StPO ist es nicht, der Tatverdächtigen bewusst zu machen, dass sie von einer mit den Ermittlungsbehörden zusammenarbeitenden Privatperson befragt wird.<sup>32</sup> Durch die Belehrung soll vielmehr klargestellt werden, dass es der Beschuldigten freisteht, nicht auszusagen, obwohl sie ein Richter, Staatsanwalt oder Polizeibeamter in amtlicher Eigenschaft befragt.<sup>33</sup> Das Belehrungsgebot soll die Beschuldigte vor der irrtümlichen Annahme einer Aussagepflicht bewahren.<sup>34</sup> Hier tritt die U der A nicht in amtlicher Funktion gegenüber. Mithin besteht hier keine Gefahr eines Irrtums über die Pflicht zur Aussage. Es liegt kein Verstoß gegen die Belehrungspflicht gem. §§ 163a, 136 I 2 StPO vor.

## II. Zwischenergebnis

Die Aussagen der U über die in der Untersuchungshaft von A gemachten Angaben sind wegen zweckwidriger Ausnutzung der Zwangslage der Untersuchungshaft nicht mit dem *nemo tenetur*-Grundsatz vereinbar und somit nicht verwertbar.

## C. Aussagen des Ehemanns E

Die Aussagen des Ehemanns wären verwertbar, wenn kein Beweisverwertungsverbot entgegensteht.

### I. Verlesung des Protokolls über die Aussage, § 252 StPO

E verweigert das Zeugnis erst in der Hauptverhandlung, während er im Ermittlungsverfahren vor der Kriminal-

21 Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Auflage (2017), Rn. 571a.

22 Eisenberg (Fn. 21), Rn. 571b.

23 BGHSt 34, 362 (363).

24 BGHSt 34, 362 (363); BVerfGE 32, 87 (93).

25 BGHSt 34, 362 (363).

26 Murmann (Fn. 3), Rn. 249.

27 Murmann (Fn. 3), Rn. 249.

28 Murmann (Fn. 3), Rn. 249.

29 BGH NJW 1996, 2940 (2942).

30 BGHSt 42, 139 (145); Kindhäuser, Strafprozessrecht, 5. Auflage (2019), § 6 Rn. 24; Murmann (Fn. 3), Rn. 107.

31 BGH NJW 1996, 2940 (2941).

32 BGH NJW 1996, 2940 (2941).

33 BGH NJW 1996, 2940 (2941).

34 BGH NJW 1996, 2940 (2941).

beamtin K bereits ausführliche belastende Angaben gemacht hatte. Fraglich ist daher, ob das angefertigte Protokoll der Aussage gegenüber K ersatzweise in der Hauptverhandlung verlesen werden könnte. Hiergegen spricht zunächst der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, welcher in den §§ 226 I, 250 ff. StPO normiert ist. Nach dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme muss das Beweismittel persönlich vernommen werden und darf nicht durch Beweissurrogate wie die Verlesung eines Protokolls ersetzt werden, § 250 StPO. Somit müsste E in der Hauptverhandlung persönlich vernommen werden, was dieser jedoch gerade verweigert. Weiterhin steht das Verlesungsverbot des § 252 StPO hier einer Verlesung des Protokolls entgegen. Gem. § 252 StPO darf die Aussage eines vor der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht, nicht verlesen werden. Somit dürfen die im Protokoll aufgezeichneten Aussagen des E nicht in der Hauptverhandlung verlesen werden.

## II. Vernehmung der K als Zeugin

In Betracht kommt stattdessen jedoch eine Vernehmung der K als Zeugin vom Hörensagen über den Inhalt der Aussage des E. Streitig ist, ob eine solcher Beweis einer Zeugin vom Hörensagen trotz der späteren Zeugnisverweigerung zulässig ist. Eine Ansicht geht von der Verwertbarkeit sämtlicher früherer Vernehmungen aus, weil der Zeuge nach ordnungsgemäßer Belehrung freiverantwortlich über sein Zeugnisverweigerungsrecht disponiert habe und die Verwertbarkeit seiner Aussage nicht nachträglich beseitigt werden kann.<sup>35</sup> Hiernach könnte die Aussage des E uneingeschränkt durch K als Zeugin vom Hörensagen in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Nach einer zweiten Ansicht besteht bei Zeugnisverweigerung des Zeugen auch in der Hauptverhandlung ein uneingeschränktes Verwertungsverbot.<sup>36</sup> Die Aussage des E könnte also nicht verwertet werden. Nach einer dritten Ansicht ist zwischen der Vernehmung durch die Polizei oder Staatsanwaltschaft und der Vernehmung durch den Ermittlungsrichter zu differenzieren.<sup>37</sup> Für Vernehmungen durch die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen gilt das Verwertungsverbot, hingegen die Aussagen vor dem Ermittlungsrichter sollen verwertbar sein.<sup>38</sup> Hierdurch zeigt sich die gesteigerte

Bedeutung der Aussage vor einem Ermittlungsrichter für das weitere Verfahren.<sup>39</sup> Vorliegend wurde E von einer Kriminalkommissarin vernommen. Die Aussage wäre mithin nicht verwertbar.

Gegen die erste Ansicht spricht bereits die gesetzliche Wertung des § 252 StPO, nach welchem vor der Hauptverhandlung erfolgte Aussagen des Zeugen nicht durch Verlesung des Protokolls als Beweismittel eingebracht werden dürfen. Mithin kann nach der Systematik des § 252 StPO das Zeugnisverweigerungsrecht nicht verwirkt werden. Weiterhin würde die effektive Inanspruchnahme des Zeugnisverweigerungsrechts gehindert, was die Rechte der Angehörigen der Beschuldigten unzulässig beschneidet.<sup>40</sup> Mithin ist diese Ansicht abzulehnen. Für die anderen beiden Ansichten spricht, dass sie den Gebrauch des Zeugnisverweigerungsrechts sicherstellen, was gerade dem Schutz der familiären Verbindungen dienen soll.<sup>41</sup> Somit ist nach diesen beiden Ansichten eine Vernehmung der Vernehmungsperson K nicht zulässig.

## III. Ergebnis

Die Aussagen des E sind weder durch eine Verlesung des Protokolls noch durch eine Vernehmung der K als Zeugin vom Hörensagen verwertbar.

## D. Gesamtergebnis

Zwar ist weder die Aussage des E noch die Aussage der U zu den in der Untersuchungshaft gewonnen Erkenntnissen in der Hauptverhandlung verwertbar, jedoch sind die Sachbeweise aus der legendierten Kontrolle des Autos der A verwertbar. Hierdurch besteht eine hinreichend sichere Beweislage, so dass der A das Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gem. § 29 a I Nr. 2 BtMG nachgewiesen werden kann. Eine Verurteilung kann somit nicht abgewendet werden.

<sup>35</sup> Schlüchter, Kernwissen Strafprozessrecht, 3. Auflage (1999), S. 192.

<sup>36</sup> Murmann (Fn. 3), Rn. 230; Radtke/Hohmann/Pauly, Strafprozessordnung, 2. Auflage (2019), § 252 Rn. 25.

<sup>37</sup> BGHSt 61, 221 (235, Rn. 32).

<sup>38</sup> BGHSt 61, 221 (235, Rn. 32).

<sup>39</sup> BGHSt 61, 221 (235, Rn. 33).

<sup>40</sup> Murmann (Fn. 3), Rn. 230; Radtke/Hohmann/Pauly (Fn. 35), § 252 Rn. 25.

<sup>41</sup> Murmann (Fn. 3), Rn. 230; Radtke/Hohmann/Pauly (Fn. 35), § 252 Rn. 25.

## StuDi Aufsatz

Timo Marcel Albrecht\* und Caspar Baumeister‡

# Die juristische Promotion – Ein Überblick und Erfahrungsbericht

Der nachfolgende Beitrag möchte einen Überblick über die juristische Promotion – insbesondere das Schreiben der Dissertation – gewähren sowie, ausgehend von den noch andauernden persönlichen Erfahrungen beider Autoren, zentrale Fragestellungen hierzu beantworten. Ein abschließender Kommentar von Prof. Dr. Joachim Münch ergänzt diesen Einleitungsbeitrag um eine professorale Perspektive.

## Prolog: Promovierte und normale Menschen?<sup>1</sup>

Die Promotion ist zweifellos ein anspruchsvolles Unterfangen. Schon die Zielsetzung ist vollmundig: Es geht um eine »beachtenswerte und selbständige wissenschaftliche Leistung«. <sup>2</sup> Gerade ersteres Prädikat scheint im Ansehen der Allgemeinheit häufig auch der Person des Verfassers zuzukommen; wer Beachtenswertes schreibt, müsse selbst auch beachtenswert sein. Eine rationalere Betrachtung sollte stattdessen Augenmerk auf die besondere Qualifikation des Promovierten legen. <sup>3</sup> Zwar ist die Promotion in Anbetracht alternativer Zusatzqualifikationen wie des LL.M. nicht mehr das Nonplusultra und nur für den Werdegang eines ordentlichen Universitätsprofessors zwingend erforderlich. <sup>4</sup> Dennoch kommt promovierten Juristen offenbar ein Vertrauensvorschuss entgegen, bekleiden sie doch häufig

prominente Positionen in Rechtsprechung, Politik und Wirtschaft. Der juristische Dokortitel bleibt (trotz der *Causa Guttenberg*) ein vielbeachtetes Distinktionsmerkmal – es geht auch ohne, häufig aber besser mit.

Das inspiriert zu einer Untersuchung von Sinn und Unsinn einer rechtswissenschaftlichen Promotion, also einer Thematik, der sich vornehmlich Absolventen zumindest eines juristischen Staatsexamens nähern werden. Dieser Beitrag aktiver Promovenden möchte einen lebendigen und subjektiven Einblick in den Prozess der Entscheidung zur Promotion sowie der damit zusammenhängenden wichtigsten Überlegungen (Finanzierung, Themenwahl, Organisation etc.) vermitteln.

## A. Grundlegendes zur juristischen Promotion

### I. Einordnung des Promotionsverfahrens

Eine Promotion – was ist das überhaupt? Die Promotion führt Nachweis darüber, sich am wissenschaftlichen Diskurs zum eigenen Promotionsthema mit überzeugenden Argumenten beteiligen und so die Forschung vorantreiben zu können. <sup>5</sup> Diesen Nachweis erbringt der Promovend in Schrift und Wort, und zwar in dieser Reihenfolge: Die schriftliche Ausarbeitung heißt *Dissertation*, ihre mündliche Verteidigung in der Regel *Disputation*. <sup>6</sup> Beides ergibt die *Promotion*. Das Verfassen der Dissertation steht im Fokus der folgenden Zeilen, weil es den mit Abstand größten Anteil an der Promotion für sich beansprucht. <sup>7</sup>

Ein kurzes Wort soll dennoch der Disputation gelten. Wenn die Promotion die Fähigkeit zur Beteiligung am wissenschaftlichen Diskurs bloß zum konkreten Arbeitsthema ausweist, so unterliegt die Disputation derselben Beschränkung. Das *Rigorosum*, also eine vom Promotionsthema losgelöste (eben: rigorose) Überprüfung rechtlicher Kenntnisse findet sich in moderneren Promotionsordnungen zumeist nur noch in abgeschwächter Form. <sup>8</sup> Göttinger Promovenden sollen in der mündlichen Prüfung zwar eine »gründliche rechtswissenschaftliche Bildung« nachweisen (§ 21 PromO), wie das aber geschehen soll, bleibt offen – die Prüfung selbst besteht lediglich aus der Präsentation der Arbeitsergebnisse (ca. 15 Minuten, § 22 Abs. 2 PromO) und einer wissenschaftlichen Aussprache, die nicht über das rechtliche Umfeld des

\* Der Autor ist wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl für Deutsche Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht von Prof. Dr. Eva Schumann und war Promovierendenvertreter an der Juristischen Fakultät.

‡ Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handelsrecht, deutsches und ausländisches Zivilprozessrecht von Prof. Dr. Joachim Münch.

<sup>1</sup> Die Autoren verwenden in diesem Aufsatz zum Zwecke besserer Lesbarkeit gemäß bisheriger Gepflogenheit das generische Maskulinum. Damit soll jedoch keineswegs eine geschlechtliche Festlegung verbunden sein, vielmehr sind alle Geschlechter gleichermaßen gemeint. Die Autoren halten es insbesondere für geboten, dass sich der geringere Anteil von Frauen in der Promotionsphase sowie in der Professorenschaft steigert und neben die Doktorväter deutlich mehr Dokormütter hinzutreten. Weiterführend zum Thema *Sacksosky/Stix*, Daten und Fakten zur Repräsentanz von Frauen in der Rechtswissenschaft, 3. Fassung 2018, [https://www.jura.uni-frankfurt.de/73356125/Daten-und-Fakten-zur-Repraesentanz-von-Frauen-in-der-Rechtswissenschaft\\_Sacksosky\\_Stix\\_2018.pdf](https://www.jura.uni-frankfurt.de/73356125/Daten-und-Fakten-zur-Repraesentanz-von-Frauen-in-der-Rechtswissenschaft_Sacksosky_Stix_2018.pdf) (zuletzt abgerufen am 30.06.2022).

<sup>2</sup> § 11 S. 1 Promotionsordnung der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen i.d.F. vom 16.06.2016, nachfolgend »PromO«. Weniger anspruchsvoll § 9 Abs. 1 S. 2 NHG: »Die Promotion ist der Nachweis der Befähigung selbständiger vertiefter wissenschaftlicher Arbeit«.

<sup>3</sup> Das gilt *rechtlich* ohnehin, s. BVerwGE 147, 292 (298) Rn. 22 f.; ferner *Beyerbach*, Die juristische Doktorarbeit, 4. Auflage 2021, § 1 Rn. 36i; von *Münch/Mankowski*, Promotion, 4. Auflage 2013, Kap. I S. 19.

<sup>4</sup> S. etwa § 2 Abs. 1 S. 1 der Habilitationsordnung der Georg-August-Universität Göttingen i.d.F. vom 16.07.2008. Allg. von *Münch/Mankowski* (Fn. 3), Kap. II S. 29 f.

<sup>5</sup> *Martens*, Leitfaden für die juristische Promotion, 2019, Kap. III S. 9.

<sup>6</sup> § 22 Abs. 1 S. 1 PromO.

<sup>7</sup> *Mann*, Einführung in die juristische Arbeitsweise, 5. Auflage 2015, Rn. 341.

<sup>8</sup> Vgl. §§ 21, 22 PromO; *Klippel*, Die rechtswissenschaftliche Dissertation, 2020, Kap. 8 S. 92.

Dissertationsthemas hinausgeht (in der Regel 30 Minuten, § 22 Abs. 3 PromO). Im Anschluss an die Disputation kann der Promovend den Weg zum Gänseliesel suchen, muss die Arbeit veröffentlichen und darf sich dann Doktor der Rechte (bzw. des Rechts: »Dr. jur.«, d.h. »Dr. juris«) nennen.

Die Dissertation begutachten der Doktorvater bzw. die Doktor Mutter und der Zweitbetreuer, wohingegen bei der Disputation nur ein Prüfer zugleich Betreuer der Arbeit gewesen sein darf (§ 24 Abs. 1 S. 3 PromO). In der Regel besteht die Kommission daher hier aus dem Doktorvater oder der Doktor Mutter und einem weiteren bisher unbeteiligten Professor. Alle Prüfer treffen ihre Bewertung im eigenen Namen, sind originär aber nicht imstande, den Prüfling zu promovieren. Dies fällt in den Zuständigkeitsbereich der Fakultät, die das Promotionsrecht einer Universität oder gleichgestellten Hochschule ausübt (§ 9 Abs. 1 S. 1 NHG).<sup>9</sup>

## II. Die Promotion als Möglichkeit

Die Promotion ist für manche (Voll-)Juristen zweifellos eine denkbare Option tiefergehender Bildung. Wie immer aber gilt es, Vor- und Nachteile behutsam abzuwägen.

### 1. Chancen

Mit Blick auf den Nutzen einer Promotion liegen sehnliche Gedanken an die Arbeit selbst vielleicht weniger nahe als an eine anschließende glänzende Karriere etwa in der Justiz oder Anwaltschaft. Zwar kann eine reine »Titelpromotion« dort Türen öffnen, doch wer sich bloß den Titel zum Ziel setzt, vernachlässigt die Fähigkeiten, die es auf dem Weg dorthin individuell zu erwerben gilt. Die Promotion, selbst die berufsbegleitende, zählt zur Ausbildung und soll demnach nicht nur das Briefpapier, sondern vor allem die wissenschaftliche Erkenntnis des Autors und der Allgemeinheit bereichern. Wer kein eigentliches Interesse an der Arbeit entwickelt, wird ohnehin schnell die Motivation verlieren, das Großprojekt einer Promotion durchzustehen.<sup>10</sup>

Damit ist schon eine erste durch das Promovieren erworbene Fähigkeit angesprochen: sich durchbeißen, bei einem längeren Unterfangen allen Zweifeln und Schwierigkeiten trotzen und die Dinge zum Ende bringen zu können.<sup>11</sup> Dazu kommen viele fachliche Bildungsmöglichkeiten, vorweg die Spezialisierung in einem Rechtsgebiet. Auf sie kann je nach dem beruflichen Werdegang gut zurückgegriffen werden, ebenso wie die notwendige Abstraktion der Forschung allgemeinerer Kenntnisse mit sich bringt, die überall gebraucht werden. Ein weiteres Argument für die Promotion ist die Schulung der Kreativität – wenn eine Promotion selbständig sein soll, dann muss man in ihr eigene Gedanken entwickeln.<sup>12</sup> Diese Kreativität hilft, in nachfolgenden Tätig-

keiten neue Lösungswege zu beschreiben. Ebenso universell nützlich ist die durch schriftliche Argumentation erlernte Überzeugungskraft, sodass man im Berufsleben einen Startvorteil genießt, wenn man sich bereits intensiv mit der Erstellung und Verarbeitung längerer Texte auseinandergesetzt hat.

### 2. Risiken

Angesichts der heutigen Erreichbarkeit rechtswissenschaftlicher Abhandlungen und ihrer stetig wachsenden Fülle auch in Randbereichen des Rechts birgt eine Doktorarbeit zugleich nahezu immer die Gefahr, ins Uferlose auszuwachsen. Man muss häufig abgrenzen, beschränken, differenzieren und so der Arbeit eine klare Kontur geben. Wenn die Promotion nicht erfolgreich zum Ende geführt, sondern abgebrochen wird – aus solchen Fällen ergibt sich die eigentliche »Durchfallquote«, ein »non sufficit«<sup>13</sup> wird nur selten vergeben<sup>14</sup> –, dann liegt das zumeist daran, dass die Grenzen der Arbeit verschwommen sind.<sup>15</sup>

Ein zweiter Aspekt ist Fluch und Segen zugleich: Die Promotion bringt die Zeit großer individueller Freiheit. In aller Regel wird sie mit einer eigenen Finanzierungsquelle (B II) verbunden, sodass die finanzielle Unabhängigkeit gewährleistet ist. Daneben hat der Promovend zumindest ein Staatsexamen mit in aller Regel überdurchschnittlichem Erfolg absolviert, was nach dem Wegfall des großen Prüfungsdrucks eine gewisse Erschöpfung und Selbstzufriedenheit mit sich bringen kann. Macht man sich nun an eine Promotion, in deren Verlauf es nahezu keinen Prüfungsdruck gibt, lauern viele Ablenkungen. Die Fakultät sucht mit einer sog. Betreuungsvereinbarung<sup>16</sup> und turnusmäßigen verpflichtenden Besprechungen zum Arbeitsfortschritt<sup>17</sup> eine festere Einbindung des Doktorvaters bzw. der Doktor Mutter zu forcieren, doch bleibt es mehr bei guten Worten als durchsetzbaren Ansprüchen.<sup>18</sup> Den Promovenden erreichen derlei Versuche kaum, er bleibt allein auf hoher See und kann dort nur von intrinsischer Motivation zehren.<sup>19</sup> Es

10. Auflage 2021, § 9 Rn. 6; *Salter/Mason* (Fn. 11), Intr. S. 1 f.

13 Zu den Notenstufen s. § 9 Abs. 1 S. 1 PromO. Insbesondere für die unterste Notenstufe finden sich divergierende Bezeichnungen, etwa auch »non rite« (= ungenügend) oder »sub omnes canones« (= unter allen Maßstäben) – daher im Übrigen auch die im Volksmund geläufige Bewertung, etwas sei »unter aller Kanone«.

14 *Beyerbach* (Fn. 3), § 1 Rn. 33; *von Münch/Mankowski* (Fn. 3), Kap. VIII S. 117.

15 *von Münch/Mankowski* (Fn. 3), Kap. VII S. 114, allg. S. 111–115. S. ferner das Ergebnis der Untersuchung von *Salter/Mason* (Fn. 11), Intr. 1 S. 3, die allerdings nicht die »klassische« deutsche Promotion zum Gegenstand hatte.

16 Geschlossen zwischen Betreuern und Promovend, s. PromO Anl. 2. Allg. *Beyerbach* (Fn. 3), § 7 Rn. 625–633.

17 PromO Anl. 2 (Betreuungsvereinbarung), Abs. 3–5 mit Anl. 3.

18 *von Münch/Mankowski* (Fn. 3), Kap. V S. 67: »[K]ann man sich ernsthaft einen Doktoranden vorstellen, der seinen Betreuer verklagt, weil dieser seine Verpflichtungen aus der Betreuungsvereinbarung verletzt – anstatt den Betreuer zu wechseln?« – eine wahrlich berechtigte Frage.

19 *Beyerbach* (Fn. 3), § 7 Rn. 607, s. jedoch auch ebd. Rn. 613; *von Münch/Mankowski* (Fn. 3), Kap. V S. 76, zur Wirkungslosigkeit vertraglicher Absprachen zwischen Promovend und Betreuer ebd., S. 67.

9 *Beyerbach* (Fn. 3), § 1 Rn. 36y; *von Münch/Mankowski* (Fn. 3), Kap. II S. 38.

10 *Mann* (Fn. 7), Rn. 356; *Beyerbach* (Fn. 3), § 1 Rn. 36j. Mit Bezug zur Qualität der Promotion *von Münch/Mankowski* (Fn. 3), Kap. II S. 34.

11 *Klippel* (Fn. 9), Kap. 8 S. 95; *Martens* (Fn. 5), Kap. III S. 8; *Salter/Mason*, *Writing Law Dissertations*, 2007, Intr. S. 1 f.

12 *Möllers*, *Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten*,

geht auch nicht anders, Kreativität braucht Freiheit<sup>20</sup> – aber man muss sie auch nutzen.<sup>21</sup>

Mehr als finanzielle Eigenständigkeit wird sich während der Promotionszeit indes nicht einstellen, sie ist eher ein monetäres Minusgeschäft (zur Finanzierung näher noch B II). Zur Widerrede mag man nun die im Berufsleben dank Dokortitel vielleicht höheren Bezüge anführen, aber auch sie summieren sich nicht zu dem Jahresentgelt, das bei der Aufnahme einer Vollzeitbeschäftigung statt der Promotion schon hätte eingestrichen werden können. Gerade bei den hohen Einstiegsgehältern in großen Anwaltskanzleien kann selbst eine jahrzehntelange promotionsbedingte Zusatzzahlung (wenn sie überhaupt gezahlt wird) das volle Gehalt von zwei und mehr Berufsjahren nicht übertrumpfen.<sup>22</sup> Der Staat hingegen kennt grundsätzlich noch nicht einmal eine individualisierte Vergütung von Zusatzqualifikationen, sondern zahlt schlicht nach Besoldungsgruppe.<sup>23</sup> Wenn man schließlich aber darauf blickt, dass die Promotion den Weg auf der Karriereleiter und die Entlohnung hochtreiben kann, mag sich die finanzielle Betrachtung auch ins Gegenteil verkehren.<sup>24</sup>

### III. Die Befähigung zur Promotion

Wer die Chancen die Risiken überwiegen sieht und sich zur Promotion entschlossen hat, wird sich auf die Suche nach einem Thema und einem Erstbetreuer, mit dem er die Auswahl des Zweitbetreuers abstimmt, machen. Dabei sind jedoch zunächst die Anforderungen der Fakultät und ihrer Promotionsordnung zu beachten und zu wahren.

#### 1. Fachliche Fähigkeiten

Angesprochen ist damit die Frage, was der Aspirant für eine Promotion mitbringen muss. Zunächst geht es um beiharte Qualifikationen. Die häufigste Regel verlangt ein Prädikatsexamen ab, also das erste *oder*<sup>25</sup> zweite Staatsexamen mindestens mit der Bewertung »vollbefriedigend«<sup>26</sup>.<sup>27</sup> Manche Fakultäten legen zusätzlich Wert auf die zum ersten Examen abgelegte Schwerpunktbereichsprüfung<sup>28</sup> – ein

<sup>20</sup> Beyerbach (Fn. 3), § 7 Rn. 610.

<sup>21</sup> von Münch/Mankowski (Fn. 3), Kap. V S. 75. S. ferner D.

<sup>22</sup> A.A. von Münch/Mankowski (Fn. 3), Kap. II S. 33.

<sup>23</sup> Vgl. Martens (Fn. 5), Kap. III S. 8.

<sup>24</sup> von Münch/Mankowski (Fn. 3), Kap. II S. 31 mit S. 33; a.A. Beyerbach (Fn. 3), § 1 Rn. 36g.

<sup>25</sup> Nur ein und nicht zwei Prädikatsexamina zu fordern, ist nur logisch – die Fakultäten wollen auch eine Promotion mit bloß einem Examen zulassen, ebenso wie man ein schwächeres erstes Examen mit einem starken zweiten »ausbügeln« kann.

<sup>26</sup> Nach § 2 Abs. 2 der Verordnung über eine Noten- und Punkteskala für die erste und zweite juristische Prüfung (JurPrNotSkV), BGBl. I 1981, S. 124, liegt diese Notenstufe zwischen 9,00 und 11,49 Punkten.

<sup>27</sup> So auch die Göttinger PromO: § 3 Abs. 1 S. 2 b).

<sup>28</sup> So etwa die Leipziger Juristenfakultät. Sie fordert neben einem »Vollbefriedigend« (§ 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Hs. 2) noch ein »Gut« zumindest in einem Seminar des Schwerpunktbereichs (a.a.O. Nr. 2). Dafür kann der Bewerber aber ein »Befriedigend« im Staatsexamen ausgleichen, wenn er zwei Seminare des Schwerpunktbereichs mit der Note »Gut« absolviert

Aspekt, der für Ausnahmen von den strengen Zulassungsvoraussetzungen große Bedeutung erlangt. Die Göttinger Fakultät gewährt nach § 3 Abs. 2 S. 1 PromO einen solchen Dispens und bittet auf ihrer Website bei der Beantragung um die Verwendung einer Anlage, in der der Bewerber über jede Einzelnote des Studiums und der Staatsexamina sowie der dort ggf. beteiligten Prüfer, die an der Göttinger Fakultät lehren, Aufschluss geben kann.<sup>29</sup> Das aber sollte über die Voraussetzungen für einen solchen Dispens nicht täuschen, denn in der Praxis legt der Göttinger Promotionsausschuss, ein Gremium aus allen promovierten Mitgliedern des Fakultätsrates (§ 3 Abs. 1 S. 1 PromO), den Fokus nicht auf die Einzelnoten der Klausuren. Stattdessen kann der »prädikatslose« Bewerber mit einer mit besonderem Erfolg (etwa mit der Note »gut«<sup>30</sup>) abgeschlossenen Schwerpunktbereichsprüfung die Befähigung zu wissenschaftlicher Arbeit nachweisen und den Weg zur Promotion ebnen. Ist ihm diese Leistung im Schwerpunkt bisher nicht gelungen, so kann er dies ebenso nachholen, indem er eine dritte, nun besonders gelungene Seminararbeit einreicht.<sup>31</sup> Es versteht sich dabei von selbst, dass dieses Konzept nicht den Ausgleich aller Schwächen zulässt. Wer also in der staatlichen Prüfung unter die Benotung »befriedigend«<sup>32</sup> fällt, kann sich in der Regel keine Chancen auf einen Dispens ausmalen. Zudem wird man dem Antrag realistische Chancen nur beimessen können, wenn der Doktorvater oder die Doktormutter das Vorhaben im Vorhinein der offiziellen Promotionsbewerbung schon unterstützt.

#### 2. Persönliche Voraussetzungen

Wie immer nützen fachliche Kenntnisse nichts, wenn man sie nicht abrufen kann. Wer promovieren will, muss sich daher die Frage stellen, ob er dafür unter Berücksichtigung seiner allgemeinen Lebensumstände in der Lage ist. Das klingt trister als es ist, denn die Promotion ist kaum mit der Zeit der Examensvorbereitung vergleichbar. Weil Kreativität und Inspiration häufig stärker wirken als ebenso notwendiger Fleiß, lässt sich das Unterfangen nicht schematisch und starr planen. Freiräume und Arbeitspausen sind unvermeidbar erforderlich, um die gefundenen Lösungen in kritischer Distanz zu überdenken. Man muss an der Promotion nicht wie zur Examensvorbereitung über mehrere Monate hinweg ununterbrochen sitzen, sondern kann durchaus inspirierenden Nebenprojekten nachgehen. Größere Lebensumstellungen wie Umzüge oder berufliche Veränderungen

hat (§ 2 Abs. 1 S. 2). Auch wenn damit die Anforderungen an die Aspiranten deutlich verschärft werden, ist die Fokussierung auf die Seminar- und Studienarbeiten als »kleine Promotionen« sachgerecht. Die zitierte Promotionsordnung kann eingesehen werden unter: [https://www.jura.uni-leipzig.de/fileadmin/Fakult%C3%A4t\\_Juristen/Fakult%C3%A4t/Dokumente/Rechtsvorschriften/PromO\\_Stand\\_11.09.2020.pdf](https://www.jura.uni-leipzig.de/fileadmin/Fakult%C3%A4t_Juristen/Fakult%C3%A4t/Dokumente/Rechtsvorschriften/PromO_Stand_11.09.2020.pdf) (zuletzt abgerufen am 30.06.2022).

<sup>29</sup> S. den Antrag auf der Promotionsseite <https://www.uni-goettingen.de/de/36726.html> (zuletzt abgerufen am 30.06.2022).

<sup>30</sup> Nach § 2 Abs. 2 JurPrNotSkV liegt diese Notenstufe zwischen 11,50 und 13,99 Punkten.

<sup>31</sup> Vgl. auch Mann (Fn. 7), Rn. 341.

<sup>32</sup> Nach § 2 Abs. 2 JurPrNotSkV liegt diese Notenstufe zwischen 6,50 und 8,99 Punkten.

können aber dazu führen, dass die Arbeit über Wochen und Monate ruht, was schnell zu einer Abkoppelung vom Projekt und letztlich zum dauerhaften »Liegenlassen« führen kann. Generell empfiehlt es sich, eine feste Mindestanzahl von Wochenstunden in das Projekt zu investieren und mehrwöchige Pausen nicht zur Regelmäßigkeit werden zu lassen.<sup>33</sup>

Weiterhin müssen die handwerklichen Fähigkeiten eine erfolgreiche Arbeit möglich erscheinen lassen. Weil das Medium der Erkenntnisvermittlung durch die Dissertation die Schrift ist, muss man schreiben, also durch Schrift Wissen vermitteln können. Hierbei ist ein sicherer Umgang mit der Sprache in Orthografie, Grammatik und Interpunktion bloß der unabdingbare Grundstock. Eine vielblättrige Dissertationsschrift wird erst lesbar und verständlich, wenn die Gedankengänge stilistisch greifbar sind; man muss also eine Affinität und Begeisterung für die Schreibarbeit mitbringen. Ebenso ist eine Hartnäckigkeit im Umgang mit den Erkenntnisquellen vonnöten, weil die Dissertation ein Abbild des Meinungsstandes zum bearbeiteten Thema liefern muss.<sup>34</sup> Das setzt die Bereitschaft voraus, aufwändige Recherche und Lektüre zu betreiben, gleichwohl aber akzeptieren zu können, dass sie sich keineswegs immer in einem sichtbaren schriftlichen Ergebnis niederschlägt. Gerade Auslassungen und Kürzungen sind Teil der unscheinbaren Qualität einer Dissertation.

## B. Die Entscheidung für die Promotion

### I. Soll ich promovieren?

Alles führt nun zu der Frage, ob man ein Promotionsvorhaben anstrengen soll. Um diese Frage zu beantworten, muss ein jeder selbst<sup>35</sup> Chancen (A II 1) gegen Risiken (A II 2) abwägen. Die Autoren mögen nur anraten, die Schwerpunktbereichsprüfung im Hinblick auf das Thema und Handwerk einer Promotion als Generalprobe anzusehen. Wem die freie wissenschaftliche Arbeit an einer Seminar- und Studienarbeit Freude und eine gute Benotung beschert hat, wer sich vorstellen kann, ein solches Unterfangen über einen deutlich längeren Zeitraum zu erstrecken, und wem die Arbeit im wissenschaftlichen Kosmos der Universität zusagt, dem ist die Promotion anzuraten.

*Wann* eine Promotion bestenfalls anzustrengen ist, lässt sich ebenfalls nicht pauschal beantworten. Dies liegt zunächst daran, dass diese Frage thematisch vorgezeichnet sein kann. Wer etwa rechtsgeschichtlich promovieren möchte, dem vermittelt das Referendariat kaum für die Promotion nützliche Kenntnisse, wohingegen dies im Prozessrecht völlig anders aussehen kann. Die Autoren jedenfalls halten den

nahtlosen Übergang vom Studium zur Promotion, also das Verbleiben an der Universität, insofern für sinnvoll, als damit der Reibungsverlust auf ein Minimum reduziert wird. Wenn dann noch in der Promotion auf eine inhaltliche Vorbereitung aus dem Studium zurückgegriffen werden kann, bietet sich die Promotion mit bloß einem Examen besser an, als den Fluss durch das Referendariat zu unterbrechen.<sup>36</sup>

*Bei wem* man promovieren möchte, wer also Doktorvater oder Doktormutter werden soll, will ebenfalls im konkreten Fall gut überlegt sein. Positive Erfahrungen aus dem Schwerpunktbereich oder einer Lehrstuhl­tätigkeit können sich zur Orientierung gleichermaßen eignen wie ein gezieltes Umhören im potenziellen Promotionsumfeld. In jedem Fall sollten Rahmenbedingungen des Betreuungsverhältnisses (z.B. Häufigkeit des Austausches von Vorlagen oder Vorträgen im Lehrstuhlkolloquium) vor der formalen Bestätigung desselben zu beidseitiger Zufriedenheit geklärt werden.

## II. Fragen zur Finanzierung

Hat man sich zur Aufnahme einer Promotion entschlossen, kommt – wie immer – die Frage des Geldes auf. Angesichts der durchschnittlich drei bis vier Jahre dauernden Promotionsphase – gerade nach einem regelmäßig knapp fünfjährigen Jurastudium und damit einer Phase ohne größeres eigenes Einkommen – ist das nicht verwunderlich. Es geht bei den potenziellen Nebentätigkeiten aber nicht nur um Materielles, sondern auch um mancherlei (für die Promotion) nützliche Erfahrung. Hierbei sind folgende, absteigend nach der wahrgenommenen Häufigkeit geordnete Finanzierungsquellen zu unterscheiden:

### 1. Wissenschaftliche Tätigkeit an der Universität

Am häufigsten und wohl sinnvollsten ist die Finanzierung der Promotion über eine Stelle an der Universität. Regelmäßig wird es sich dabei um eine Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter oder wissenschaftliche Hilfskraft handeln.<sup>37</sup> Gemäß der traditionellen deutschen Hochschulstruktur, die im juristischen Bereich noch immer herrscht, ist die Tätigkeit an einem Lehrstuhl abzuleisten. Dies umfasst die Unterstützung des Professors bei seiner juristischen Forschung und Lehre. Im Rahmen der wissenschaftlichen Mitarbeit besteht zudem eine Lehrverpflichtung, d.h. man muss oder darf einen oder mehrere Begleitkollegs (bzw. andernorts: Arbeitsgemeinschaften) geben. Neben dem wiederholenden Festigen der Lerninhalte trägt dies auch zur rhetorischen wie sozialen Kompetenz bei.

<sup>33</sup> Vgl. von Münch/Mankowski (Fn. 3), Kap. II S. 35.

<sup>34</sup> Vgl. Beyerbach (Fn. 3), § 1 Rn. 29. Bei der Darstellung sind selbstverständlich die von Fakultät, Betreuungsperson, Gepflogenheiten u.a. vorgegebenen Formalia zu beachten sowie einheitlich und ästhetisch ansprechend umzusetzen. Einen Überblick über die hier als bekannt vorausgesetzten Techniken zur Darstellung juristischer Streitstände gewähren u.a. Beyerbach (Fn. 3), § 3 Rn. 166–173, Rn. 203a–204, sowie Möllers (Fn. 12).

<sup>35</sup> Beyerbach (Fn. 3), § 1 Rn. 36a; Martens (Fn. 5), Kap. III S. 8.

<sup>36</sup> Mehr Worte wären hier zu viel. Verwiesen sei daher hier auf die guten Überblicke zur Frage bei Möllers (Fn. 12), § 9 Rn. 13 f. und Beyerbach (Fn. 3), § 1 Rn. 36k–36q.

<sup>37</sup> An juristischen Fakultäten wird es sich meist um 50%-Stellen handeln, aber in letzter Zeit nehmen andernorts auch höhere Dotierungen zu. Insbesondere nach einem zumeist mit nur geringen Einnahmen verbundenen Studium lässt sich der Lebensunterhalt von den netto knapp 1.100 bis 1.350 € gut bestreiten.

Vorteilhaft bei einer akademischen Tätigkeit ist das quasi automatische Erlernen wissenschaftlicher Arbeitstechniken und durch die Konzeption von Themen und Korrektur von Arbeiten das Vertiefen von (auch für die Promotion) hilfreichen Fähigkeiten. Zudem bestehen meist privilegierte Zugänge zur Bibliothek und anderen Universitätsressourcen. Nachteilig können angesichts knapper Stellen eine mitunter mühsame Suche im Vorfeld, teils keine exakte Planbarkeit der Arbeitszeit und eine Ungewissheit über die tatsächliche Beanspruchung für die Lehrstuhlarbeit sein, variiert diese doch von Lehrstuhl zu Lehrstuhl stark.

Neben dem Blick auf die einem bereits bekannte Universität lohnt auch der erweiterte Blick auf die Stellenaussagen anderer Hochschulen sowie die – finanziell meist attraktiveren – Konditionen der Max-Planck-Institute und von DFG-Graduiertenkollegs. Bei einer Promotionsstelle bei den beiden letzteren ist jedoch zu bedenken, dass dort nur selten die Gelegenheit besteht, eigene Lehrerfahrung zu sammeln.

## 2. Wissenschaftliche Mitarbeit in einer Kanzlei

Nicht selten ist zudem ein Modell, nach welchem Promovierende meist an zwei vollen Werktagen pro Woche in einer Anwaltskanzlei arbeiten und den Rest der Wochenarbeitszeit der Promotion (sowie der nötigen Erholung) widmen. Dieses Modell bildet den klassischen Fall einer *externen*, also außerhalb der institutionalisierten Wissenschaft verfassten Promotion. Vorteile eines solchen Modells können die Integration der praktischen Perspektive auf bestimmte Themen, eine klare zeitliche Trennung der Erwerbs- von der Promotionsarbeit, ein höherer Stundenlohn sowie das Kennenlernen eines potenziellen späteren Arbeitgebers sein. Mögliche Nachteile bestehen im oft nur noch unregelmäßigen Kontakt zur Betreuungsperson, im Verlassen des thematisch nahestehenden universitären Umfelds, in einer ggf. geringeren zeitlichen Flexibilität sowie bei der Arbeit in einer anderen Stadt im u.U. nur limitierten Zugriff auf die Ressourcen der Bibliothek bzw. Universität.

## 3. Promotionsstipendien

Promotionsstipendien werden zumeist als allgemeine Promotionsstipendien durch die derzeit 13 vom Bundesforschungsministerium geförderten Begabtenförderungswerke<sup>38</sup> vergeben. Voraussetzung für eine erfolgreiche Bewerbung sind i.d.R. eine überdurchschnittliche Examensnote, gesellschaftliches oder soziales Engagement, (etwa politische oder religiöse) Berührungspunkte zur jeweiligen Stiftung sowie ein ausgearbeitetes Exposé. Die Förderdauer beträgt grundsätzlich zwei Jahre (ab Bewilligung bzw. Antritt des Stipendiums), wird bei entsprechender Begründung aber auch regelmäßig auf drei Jahre verlängert. Vorteile sind neben der rein finanziellen und umfangreichen ideellen Förderung (etwa durch Teilnahmemöglichkeiten an Sommerakademien,

Seminaren und Sprachkursen) sowie dem Renommee das Mehr an Zeit, das angesichts der stundenbezogen begrenzten Nebentätigkeitsmöglichkeit für das Schreiben der Dissertation zur Verfügung steht. Außerdem gewährt das Promotionsstipendium Zugang zu einem großartigen Netzwerk an engagierten und motivierten Gleichgesinnten sowie ehemals Geförderten, die bereits im Berufsleben stehen. Die (steuerfreie) monatliche Förderhöhe beträgt derzeit 1.350 €, zu der noch eine Forschungskostenpauschale von 100 € pro Monat hinzukommt.<sup>39</sup> Nicht bei allen, aber den meisten Stiftungen sind Bewerbungsfristen (oft innerhalb des ersten Promotionsjahres) zu beachten. Gefordert sind ferner ein oder zwei professorale Gutachten.<sup>40</sup> Auch weil die Entscheidung über den Förderantrag i.d.R. mehr als ein halbes Jahr in Anspruch nimmt, sollte früh mit der Antragstellung begonnen werden. Zur Erstellung eines Exposés, das sowohl Doktorvater oder Doktormutter als auch die Stiftungen verlangen können, kann zudem eine mit deutlich weniger Aufwand verbundene Bewerbung um ein Exposéstipendium<sup>41</sup> erwogen werden. Meist werden zwar nur wenige Stipendien vergeben; da die Entscheidung aber schnell getroffen wird, ist diese Finanzierungsoption v.a. zu Beginn der Promotion attraktiv.

Zudem lohnt die Weitung des Blicks auf fachspezifische Stiftungen, die Voll- oder Teilstipendien und Druckkostenzuschüsse vergeben.<sup>42</sup> Aber auch Anwaltskanzleien gewähren mitunter Stipendien. Als oft nur kurzzeitig überbrückende Finanzierungsoption können in bestimmten Sonderlagen auch Familien- oder Notfallstipendien und andere Finanzierungshilfen von Stiftungen, der Fakultät oder der Göttinger Graduiertenschule Gesellschaftswissenschaften (GGG) bereitgestellt werden.

Beratung und Hilfestellung bei Bewerbungen können außerdem von Seiten der GGG, von den Lehrstühlen und von Mitpromovierenden erfolgen – nachzufragen lohnt sich! Auch direkte Rückfragen bei in Betracht kommenden Stiftungen sind neben einer detaillierten Online-Recherche ratsam.<sup>43</sup> Stipendien und andere Zuschüsse kommen jedenfalls deutlich mehr Promovierenden zugute als viele denken, sodass auch hier die Devise gilt: Versuch macht klug!

<sup>39</sup> Auch Auslandsförderungen und Familienzuschläge werden bei Vorliegen der Voraussetzungen geleistet.

<sup>40</sup> Diese Gutachten werden regelmäßig insbesondere bei einer vormaligen engagierten Mitarbeit in Seminaren oder Vorlesungen bzw. guten Studienleistungen gern geschrieben. Es bietet sich an, den Gutachtern zumindest schlagwortartig eigene positive Eigenschaften und Erfolge zukommen zu lassen sowie v.a. rechtzeitig anzufragen.

<sup>41</sup> Zu nennen ist etwa das Exposéstipendium der Studienstiftung des deutschen Volkes. Abschlussstipendien für die Fertigstellung der Promotion werden dagegen kaum vergeben.

<sup>42</sup> Für den rechtsgeschichtlichen Bereich etwa sind die Gerda Henkel Stiftung oder die Stiftung Zeitlehren zu nennen, die teils besonders attraktive Förderkonditionen für Archivreisen anbieten.

<sup>43</sup> Eine Suchmaschine bietet etwa die Plattform <https://www.mystipendium.de/stipendien/promotionsstipendium> (zuletzt abgerufen am 30.06.2022) an.

<sup>38</sup> Eine Übersicht bietet die Informationsbroschüre des BMBF, die hier abrufbar ist: <https://www.bmbf.de/SharedDocs/Publikationen/de/bmbf/pdf/mehr-als-ein-stipendium.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.06.2022).

#### 4. Weitere Finanzierungsquellen

Neben den genannten Anstellungen können Promovierende aber auch etwa bei Unternehmen oder in Behörden einer Beschäftigung nachgehen. Abseits der Sicherung des Lebensunterhalts kann eine solche Tätigkeit, ungeachtet des im Einzelfall freilich variierenden juristischen Gehalts mit Blick auf die spätere Berufswahl, dem Kennenlernen zuvor unbekannter Branchen dienen sowie für den Erwerb von *soft skills* hilfreich und alles andere als eine bloße Verlegenheitsvariante sein.

Außerdem besteht die Möglichkeit, auf Werkvertragsbasis etwa bei der Korrektur von Klausuren und Hausarbeiten Geld zu verdienen, v.a. wohl bei Universitäten<sup>44</sup> sowie Anbietern kommerzieller Repetitorien. Zudem vergeben die juristischen Fakultäten auch an Externe mitunter Lehraufträge (z.B. für das Halten von Begleitkollegs/Arbeitsgemeinschaften).

Insbesondere als Überbrückungslösung, z.B. wenn am Anfang der Promotion keine Stelle am gewünschten Lehrstuhl frei ist, und sofern möglich, kann auch eine Finanzierung durch die Familie und eigene Rücklagen eine Überlegung wert sein. Vorteilhaft ist die Chance, sich ohne die Ablenkung einer Berufstätigkeit ganz auf das Vorantreiben der Dissertation konzentrieren und so etwa in der Anfangsphase recht schnell das Exposé für eine Bewerbung bei Stiftungen fertigstellen zu können.

Speziell in der Endphase der Promotion kommt es nach einer zeitintensiven Erwerbstätigkeit teils vor, dass diese beendet wird, um sich mit ganzer Kraft der Fertigstellung der Doktorarbeit zu widmen. Sobald eine bestimmte Anzahl an Beitragsmonaten erreicht ist, besteht Anspruch auf ALG-I-Leistungen, die zum übergangsweisen Bestreiten des Lebensunterhalts genutzt werden können.

### III. Die Themenwahl

Ist nun der Entschluss zur Promotion gefasst und auch das Finanzielle geklärt, hat man schon einige schwierige Entscheidungen hinter sich. Doch die größte Schwierigkeit<sup>45</sup> steht noch bevor: »Ein gutes Dissertationsthema zu stellen, kommt einer wissenschaftlichen Entdeckung gleich.«<sup>46</sup> Erforderlich sind dazu umfassende Kenntnisse im anvisierten Rechtsgebiet wie in der Methodik einer Dissertation gleichermaßen. Man muss wissen, wo überhaupt Bedarf an einer Untersuchung besteht und ob zu diesem Thema auch eine Herangehensweise denkbar ist, die im Untersuchungs-gang und Ergebnis den Ansprüchen einer Dissertation ge-

recht wird. Selbst wer diese Hürde nimmt, tut sich schwer damit, die methodische Eignung des Themas zu ermitteln,<sup>47</sup> denn dazu muss man über Erfahrungen im Umgang mit einer Promotion verfügen. Die Frage nach dem richtigen Promotionsthema ist also eine äußerst schwierige – ein Umstand, der nicht gerade dadurch erträglicher wird, dass das Dissertationsthema die zentrale Entscheidung für die gesamte Promotion ist.<sup>48</sup>

Der Blick fällt daher schnell auf die Doktorväter und -mütter, deren Herangehensweise sehr unterschiedlich sein kann. Einige überlassen dem Promovenden in spe nahezu vollständig die Themensuche und justieren bloß zur Unterzeichnung der Betreuungsvereinbarung nach. Andere geben das Thema oder gleich mehrere Themen zur Auswahl vor,<sup>49</sup> vielleicht gerade auf Wunsch des Promovenden.<sup>50</sup> Sucht man auf eigene Faust den Untersuchungsgegenstand, steht die Gefahr eines großen Zeitverlustes dem Vorteil eines ureigenen Interesses am Thema gegenüber;<sup>51</sup> nimmt man einen Vorschlag vorbehaltlos an, steht der Vorteil eines zügigen Arbeitsbeginns dem Nachteil einer womöglich geringeren Identifikation mit dem Thema gegenüber.<sup>52</sup> Man erkennt sofort, dass man die goldene Mitte treffen oder beides kombinieren<sup>53</sup> muss, was allemal sehr individuell gelingt und kaum zu pauschalisieren ist. Einige Aspekte lassen sich dennoch abstrahieren: Wichtig ist, dass bei einer Betrachtung *ex nunc et ex post* eine Begeisterung für das Thema gegeben ist. Wichtiger scheint ersteres, denn ohne eine ungezwungene Begeisterung und intrinsische Motivation für das Thema kann die Ausarbeitung kreativer Forschungsansätze nicht gelingen.<sup>54</sup> Mit dem Dissertationsthema wird man häufig ringen und hadern und sich doch immer wieder arrangieren müssen, was nur gelingt, wenn man es denn schätzt. Die Perspektive *ex post* ist keineswegs zu unterschätzen, fällt aber weniger schwer ins Gewicht. So hat der Promovend einen Berufsbezug seiner Arbeit vielleicht gar nicht beabsichtigt, etwa weil er sich mit den Grundlagenfächern beschäftigt. Und selbst wenn eine bewusst getroffene thematische Vorfestlegung dann nicht eingehalten wird, ist die Promotion dennoch vollendet und ein großer Lernerfolg eingestrichen.

Von größter Wichtigkeit für den Erfolg der Dissertation ist weiterhin, dass sie eine Antwort auf ein relevantes Problem liefert.<sup>55</sup> Sie sollte offenstehende Streitfragen an-

<sup>44</sup> Etwa im Klausurenkurs des universitären Examensrepetitoriums sind solche Tätigkeiten verbreitet, aber sie werden auch regelmäßig auf den Lehrstuhl- oder Fakultätsseiten ausgeschrieben.

<sup>45</sup> Mit dieser Einschätzung *Mann* (Fn. 7), Rn. 342; *Schimmel/Basak/Reiß*, Juristische Themenarbeiten, 3. Auflage 2017, Rn. 684; vgl. auch *Martens* (Fn. 5), Kap. V S. 14.

<sup>46</sup> Dieser Ausspruch ist *Levin Ludwig Schücking* (1878–1964) zuzuschreiben, vgl. *von Münch/Mankowski* (Fn. 3), Kap. IV S. 52.

<sup>47</sup> *Beyerbach* (Fn. 3), § 2 Rn. 39.

<sup>48</sup> *Martens* (Fn. 5), Kap. V S. 14; wohl auch *von Münch/Mankowski* (Fn. 3), Kap. IV S. 52.

<sup>49</sup> *Mann* (Fn. 7), Rn. 342.

<sup>50</sup> *Möllers* (Fn. 12), § 1 Rn. 60 mit § 9 Rn. 7.

<sup>51</sup> Vgl. *Mann* (Fn. 7), Rn. 343; *von Münch/Mankowski* (Fn. 3), Kap. IV S. 54. Für diese Herangehensweise *Martens* (Fn. 6), Kap. V S. 17 und *Schimmel/Basak/Reiß* (Fn. 45), Rn. 686.

<sup>52</sup> *Klippel* (Fn. 8), Kap. 1 S. 11; *Schimmel/Basak/Reiß* (Fn. 45), Rn. 691; *von Münch/Mankowski* (Fn. 3), Kap. IV S. 53; zur mitunter besseren Betreuung bei Vorgabe des Themas *Möllers* (Fn. 12), § 9 Rn. 16.

<sup>53</sup> Dafür *von Münch/Mankowski* (Fn. 3), Kap. IV S. 55.

<sup>54</sup> *Möllers* (Fn. 12), § 9 Rn. 7.

<sup>55</sup> *Mann* (Fn. 7), Rn. 344; *Möllers* (Fn. 12), § 9 Rn. 6; *Beyerbach* (Fn. 3), § 1 Rn. 20; *Martens* (Fn. 5), Kap. II S. 6.

gehen,<sup>56</sup> startet aber mit einer schweren Hypothek, wenn in der Wissenschaft und Praxis keinerlei Ankerpunkte für die Behandlung des Problems bestehen. Bestenfalls also findet sich zumindest ein rudimentärer Unterbau zum ange-dachten Thema, auf dessen Boden die aktuelle Problematik weiterführend gelöst werden kann.<sup>57</sup> Der Aspirant sollte entsprechend seinen thematischen Vorkenntnissen, die insbesondere aus dem Schwerpunktbereich,<sup>58</sup> aus Praktika oder der Presse schon bestehen können, den Stand der Wissenschaft auf Streitpositionen oder Verbesserungswünsche untersuchen, wofür sich im geltenden Recht etwa die Arbeit mit einem Großkommentar am besten eignet. Hat man einen neuralgischen Punkt gefunden, ist die Relevanz des Problems mit der Tiefgründigkeit einer Dissertation zu kontrastieren – bringt eine Untersuchung einen wirklichen Mehrwert? Ferner gilt zu eruieren, ob die Thematik komplex genug für eine längere Untersuchung ist, wobei ein tiefgreifender Lösungsaufbau,<sup>59</sup> der ein stringentes Ergebnis ergibt, denkbar sein muss. Lassen sich diese Fragen bejahen, ist es an der Zeit, einen Rahmenentwurf in Form einer Gliederung anzufertigen, die bestenfalls durch ein Exposé (C III) abgerundet wird.<sup>60</sup> Erst mit diesem konkreten Anhaltspunkt für eine Diskussion sollte das Gespräch mit dem Doktorvater oder der Doktormutter bestritten werden. Das Exposé (oder vielleicht gar eine Schwerpunktarbeit) kann für das Promotionsprojekt gut als Grundgerüst verwendet werden.<sup>61</sup> Eine inhaltliche Vorfestlegung im Einzelfall darf das aber nicht bedeuten. Die Lösungsfindung sollte schließlich aus guter Wissenschaftlichkeit heraus nicht *prima facie* erfolgen, sondern muss wohlüberlegt sein. Das gilt auch mit Blick auf den Arbeitstitel – ihn im Laufe des Promotionsverfahrens umzuformulieren ist mehr Normalität denn Ausnahme. Endgültig ist nur, was so auch der Fakultät offiziell eingereicht wurde.

### C. Der Schreibprozess

Von zentraler Bedeutung für die Promotion ist der Schreibprozess. Sein genauer Verlauf ist dabei abhängig von der Phase, in der sich die Arbeit befindet. So wird etwa zu Beginn der Promotionsphase anders gearbeitet bzw. geschrieben als in der Haupt- oder späteren Abschlussphase. Im Folgenden soll daher ein chronologischer Überblick über Anforderungen und typische Herausforderungen des Schreibprozesses gegeben werden.

<sup>56</sup> Salter/Mason (Fn. 11), Chap. 2 S. 16.

<sup>57</sup> Vgl. auch Beyerbach (Fn. 3), § 1 Rn. 9.

<sup>58</sup> Etwaige Vorkenntnisse, insbesondere aus der Schwerpunktbereichsprüfung, minimieren die Einarbeitungszeit des Promovenden, s. Mann (Fn. 7), Rn. 346 (2. Spiegelstrich).

<sup>59</sup> Zur Rolle der Dogmatik in der Dissertation Möllers (Fn. 12), § 9 Rn. 31 f.

<sup>60</sup> Möllers (Fn. 12), § 9 Rn. 21; Beyerbach (Fn. 3), § 2 Rn. 47; Klippel (Fn. 8), Kap. 1 S. 13. Auch kritisch zum Exposé von Münch/Mankowski (Fn. 3), Kap. V S. 79 f.

<sup>61</sup> Beyerbach (Fn. 3), § 2 Rn. 49.

### I. Der Beginn des Recherche- und Schreibprozesses

Zu Beginn der Promotionszeit wird die Schreibearbeit regelmäßig erst einmal hinter einer breiter angelegten Recherche-phase zurückstehen. Neben der wichtigen klassischen Recherche mittels Literatur<sup>62</sup> und anderen Quellen, Datenbanken oder virtuellen Katalogen<sup>63</sup> kann auch eine breite Online-Recherche vertiefungswürdige Ansätze zutage fördern. Erste, auch vertiefte Materialsammlungen, das Exzerpieren von Gefundenem, das Herauskrystallisieren (und Wieder-Verwerfen) von Fragestellungen, die Erstellung einer genaueren Gliederung sowie die Erprobung eines Wissens- und Schreibmanagements stehen nun zunächst im Vordergrund. Hier empfiehlt es sich, frühzeitig eigene (einheitliche!) Zitierstandards, Formatvorlagen und sonstige Formalia festzulegen,<sup>64</sup> sich bereits systematisch zu überlegen, wie man in fremden Verweisen aufgeführte Werke als noch nicht durchgelesen markiert (z.B. durch gelbe Hintergrundmarkierung) und wie man Quellen- und Literaturverzeichnis<sup>65</sup> »managt«. Wengleich es auch hier individuelle Unterschiede gibt, empfehlen die Autoren, bereits frühzeitig mit dem textlichen Niederschreiben erster Erkenntnisse zu beginnen. Niemand wird alle gelesenen Inhalte einschließlich ihrer Verortung in der Literatur ewig lange erinnern, sodass allein schon zur Ersparnis späterer Mehrarbeit die genaue Herkunft fremder Gedanken durch Fußnoten gleich von Beginn an nachgewiesen werden sollte. Sobald zu einzelnen Kapiteln tiefergehende Inhalte niedergeschrieben sind, sollte auch eine geschliffenere Ausformulierung der Sätze erfolgen. Dass man mit einem zu Beginn ganz natürlicherweise wohl kaum perfekten Schreibstil unter Umständen unzufrieden ist, sollte in dem Bewusstsein hingenommen werden, dass ohnehin meist erst das Nachschärfen im Laufe der Zeit *peu à peu* zur Verbesserung beitragen wird. *Mut zum Schreiben* sei daher allen sehr empfohlen!

### II. Zitier- und Literaturverwaltungsprogramm: mit oder ohne?

Des Weiteren sollte man sich schon in der Anfangsphase überlegen, ob die Arbeit mit einem Zitier- oder Literaturverwaltungsprogramm in Frage kommt. Gängige Programme

<sup>62</sup> Gerade auch Literaturverzeichnisse und Fußnoten v.a. neuerer Werke können dabei von großem Wert sein.

<sup>63</sup> Neben dem Göttinger Universitätskatalog (GUK) und Gemeinsamen Verbundkatalog (GVK) ist insbesondere der umfangreiche Karlsruher Virtuelle Katalog (KVK) empfehlenswert. Eine umfangreichere Übersicht findet sich bei Möllers (Fn. 12), Anhang 1, S. 236 ff. Zudem können Kurse bei der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek (SUB) besucht oder direkte Rücksprache mit den sehr oft beeindruckend sachkundigen Bibliothekaren gehalten werden.

<sup>64</sup> Anregungen liefert Möllers (Fn. 12), Anhang 2, S. 239 ff. (Zitierregeln) und Anhang 3, S. 247 ff. (Äußere Form und Verzeichnisse), sowie zum Zitieren ausführlich Beyerbach (Fn. 3), § 5.

<sup>65</sup> Dieses sollte ebenfalls schon von Beginn an geführt werden. Zur Orientierung bzgl. der Anlage und genauen Verzeichnung bieten sich bereits in namhaften Verlagen publizierte und ausgezeichnete Dissertationen an. Auch kann in einer separaten Spalte die Signatur in der jeweiligen Bibliothek und in einer weiteren sonst noch Bemerkenswertes zum jeweils verzeichneten Werk aufgeführt werden.

dafür sind etwa *Citavi*, *Zotero*, *Mendeley* oder *EndNote*.<sup>66</sup> Änderungen sind in späteren Stadien nur noch mit großem Aufwand durchführbar und sollten durch eine möglichst frühe Festlegung verhindert werden. Es verbietet sich hier ein pauschaler Ratschlag – außer der, sich für das konkrete Fachgebiet umfangreich zu erkundigen, etwa im Kollegenkreis, durch Gespräche mit den Betreuungspersonen, Online-Tutorials oder auch in individuelleren Kursen etwa bei der SUB. Durch gute Lizenzvereinbarungen der Göttinger Universität können Promovierende die wichtigsten Programme kostenfrei nutzen und die bibliographischen Angaben von im Universitätskatalog aufgelisteten Werken durch wenige Klicks übernehmen. Andererseits sind eine gewisse Einarbeitungszeit und ggf. Starrheit sowie potenziell gerade bei angewachsener Länge des Dissertationsdokuments eine wachsende Schwerfälligkeit des Programms zu bedenken. Die einmal getroffene Wahl sollte man sodann grundsätzlich entschlossen beibehalten.

### III. Das Exposé

Nach erfolgter Einarbeitungszeit steht entweder für den Doktorvater bzw. die Doktormutter oder für eine Stipendienbewerbung das Schreiben eines Exposés<sup>67</sup> an. Darin sind v.a. Forschungsstand (und dessen Lücken), Forschungsfragen, Methodik, Zeitplan und ausgewählte Schlüsselliteratur anzugeben. Es dient damit auch dazu, sich selbst systematisch einen substantiierten Überblick über das Promotionsthema zu verschaffen. Der genaue Umfang hängt vom jeweils Geforderten ab. Von großer Bedeutung ist dabei das Erstellen einer dem Stand der Arbeit gemäßen Gliederung.<sup>68</sup> Diese sollte bereits aussagekräftige und sinnvolle Untergliederungen enthalten – schließlich gibt sie als Leitgerüst den roten Faden der Arbeit vor. Genaue Formulierungen werden sich im Laufe der Zeit meist noch verändern und auch neue Großkapitel weiterhin Eingang finden. Auch hier sollten Perfektionsansprüche keineswegs hemmen und am schrittweisen Strukturieren hindern. Wichtig für den weiteren Schreibprozess ist vielmehr, dass das mit Doktorvater oder Doktormutter abgestimmte Grobgerüst nunmehr steht und die weitere Arbeit strukturiert. Da die darin geforderten Ausführungen im Laufe der Promotionszeit ohnehin unerlässlich sind, eine gebündelte Bearbeitung in der Anfangszeit aber auch für die thematische Fokussierung hilfreich ist, empfiehlt sich das Schreiben eines Exposés auch dann, wenn es nicht explizit eingefordert wird. Zudem hilft selbst in späteren Phasen der Rückblick auf im Exposé niedergelegte Leitfragen, Methodik-Überlegungen, Themenzuschnitte, Hypothesen oder Zeitplanungen mehr als man mitunter denken mag.

<sup>66</sup> Dazu umfangreich *Beyerbach* (Fn. 3), § 3 Rn. 78–87d.

<sup>67</sup> S. hierzu *Klippel* (Fn. 8), Kap. 1 S. 13 ff. m.w.N. sowie *Wergen*, Promotionsplanung und Exposee. Die ersten Schritte auf dem Weg zur Dissertation, 3. Auflage 2019, S. 75 ff., und *Beyerbach* (Fn. 3), § 3 Rn. 188–203.

<sup>68</sup> Dazu *Brandt*, Dr. jur.: Wege zu einer erfolgreichen Promotion, 2018, S. 68 ff., sowie *Beyerbach* (Fn. 3), § 3 Rn. 141–187, der in der Gliederung der Doktorarbeit ein »Ergebnis der systematischen Lückensuche« erkennt (Überschrift zu Rn. 141).

### IV. Der Schreibprozess im engeren Sinne

Nach erfolgreicher Startphase und der Finalisierung des Exposés steht schließlich der Großteil der Promotionsphase an: der eigentliche und systematische Schreibprozess bzw. das Verfassen der durchschnittlich (aber mit teils erheblicher Varianz) etwa 200 bis 300 Seiten langen Dissertation.<sup>69</sup> Nachdem das Grobgerüst der Arbeit dank der Gliederung errichtet ist, kann mit dem Ausfüllen der Unterkapitel, mit einem im Schwerpunkt kapitelweisen Vorschreiten bzw. dem Schließen von Forschungslücken fortgefahren werden. Die Autoren dieses Beitrags empfehlen hierfür bereits von Beginn an die Formulierung eines Textes und ein systematisch strukturiertes Vorgehen. Es bietet sich die parallele Bestellung oder digitale Einsichtnahme in möglichst viel relevante Literatur an.<sup>70</sup> Vorsicht geboten ist jedoch bei einem »Schneeballsystem«<sup>71</sup>, demzufolge ein gesichteter Nachweis schnell zu einer Vielzahl weiterer führt – es besteht stets das Risiko des Ausuferns; dennoch sollte ein cursorischer Blick in weitere Nachweise geworfen werden (die dann etwa prophylaktisch mit entsprechender Kennzeichnung ins Literaturverzeichnis übernommen werden können, um sie nicht zu vergessen).

Neben der Aufarbeitung fremder (und selbstverständlich zu zitierender) Gedanken sollten aber auch schon früh *eigene* Stellungnahmen und Gedanken notiert werden – diese ergeben sich bei kritischer Recherche ohnehin zuhauf. Schließlich ist die Dissertation eine eigenständige wissenschaftliche Leistung, die auch eigene Wertungen enthalten darf – und muss! Die Beachtung der vorab gestellten bzw. modifizierten Leitfragen, des im Rahmen der Gesamtarbeit verfügbaren Raumes und des wichtigen roten Fadens gleicht dabei einem Jonglieren mehrerer Bälle. Vielfaches (effizientes)<sup>72</sup> Lesen, Einarbeiten, Korrigieren, Weiterlesen usw. führt schließlich dazu, dass man (fast) alle zentralen Aspekte abdeckt.

Oft fällt bei der Ausleihe von Literatur ins Auge, dass ein Einarbeiten des jeweiligen Werks an mehreren Stellen in Frage kommt. Auch wenn dies das gefühlte Vorankommen teils deutlich verlangsamt, empfehlen die Autoren, die relevanten Aussagen dennoch gleich an geeigneter Stelle einzuarbeiten bzw. die Gedanken (ggf. als Direktzitat) an den nach der Gliederung richtigen Stellen zu notieren. So stehen relevante Ideen, Thesen oder Argumente inklusive Nachweis zumindest in etwa an korrekter Stelle und damit für die spätere Detailarbeit zur Verfügung. Diese Kernphase der Promotion ist ein kontinuierlicher Ergänzungs- und Anpassungsprozess – die Erkenntnis vom *Promovieren als*

<sup>69</sup> Anders als in früheren Zeiten zählen heutige Dissertationen regelmäßig nicht weniger als 150 Seiten. Dazu insgesamt *Klippel* (Fn. 8), Kap. 1 S. 3.

<sup>70</sup> Um während des Schreibprozesses stets auf dem aktuellen Stand der Literatur zu bleiben, kann ein Blick in die Karlsruher Juristische Bibliographie, welche systematisch neue Bücher und Aufsätze unterschiedlichster Rechtsgebiete in monatlicher Abfolge ausweist, empfehlenswert sein.

<sup>71</sup> So *Klippel* (Fn. 8), Kap. 3 S. 39.

<sup>72</sup> Dazu auch *Beyerbach* (Fn. 3), § 3 Rn. 102–110. Empfehlenswert kann spätestens auch in der Promotionsphase die Belegung eines Kurses oder das Anschauen von Online-Tutorials sein.

Prozess und dass sich beim »Marathon« Promotion Fortschritte nur Schritt für Schritt erzielen lassen, bewahrheitet sich spätestens hier.

Gerade dieses Wissen kann zudem dabei helfen, wenn – was immer vorkommen kann – Schreibblockaden<sup>73</sup> auftauchen. Mitunter hilft dagegen ein im Bewusstsein der späteren »Überarbeitbarkeit« vorgenommenes trotziges Losschreiben – verbessern lässt sich der Text später schließlich immer noch.<sup>74</sup> Das Schreiben einer Promotion ist, frei nach *Max Weber*, nun einmal das Bohren eines harten und dicken Brettes! Mit Blick auf das Endstadium der Ausarbeitung kann man in selbigem Bewusstsein allerdings manches auch noch aufschieben. Nicht jedes Rechtsproblem bedarf einer sofortigen Lösung, sondern man kann die Thematik teils noch etwas liegenlassen, einen anderen Gliederungspunkt bearbeiten und erst im Nachhinein zur Formulierung eines Lösungsansatzes kommen. Dieser Ansatz sucht etwas abzumildern, dass das Durchringen zu einer Lösung bisweilen sehr anspruchsvoll sein kann. Jene kann ausgewogener gelingen, wenn man sich etwas Zeit lässt und so wieder »unbefangen« wird; ebenso beugt dieses Prozedere den genannten Schreibblockaden vor, die gerade dann entstehen können, wenn man sich zu einer Entscheidung partout nicht durchringen kann.

Bei alldem ist zudem zu bedenken, dass es der regelmäßigen Reflexion darüber bedarf, in der richtigen Richtung unterwegs zu sein. Kritisches Nachdenken über den eingeschlagenen Weg und Raum für Muße<sup>75</sup> sollten nicht zu kurz kommen, sondern sich bewusst genommen werden. Auch das Verschriftlichen und bewusste Feiern von Erfolgserlebnissen – etwa das Erreichen von (empfehlenswerten) Etappenzielen – kann helfen, die Motivation aufrechtzuerhalten.

Empfehlenswert ist zudem schon während des laufenden Schreibprozesses die Weitergabe selbst formulierter Textausschnitte an Freunde, Kollegen oder auch die Betreuungsperson, um kritische Rückmeldungen zu Inhalt, Schreibstil und anderen Aspekten zu erhalten. Sowohl fachnahes als auch bewusst fachfremdes Feedback können dabei gewinnbringend sein. Wird die regelmäßige, fokussierte Arbeit an der Dissertation fortgesetzt, so ist zugleich die wichtigste Grundlage für einen erfolgreichen, lehrreichen Schreibprozess gelegt!

<sup>73</sup> Hierzu u.a. *Brandt* (Fn. 68), S. 95 ff., sowie *Beyerbach* (Fn. 3), § 4 Rn. 283–294. Ein konstruktiver Umgang mit dem Ziel der Überwindung wird regelmäßig im Rahmen von Kursen und Workshops etwa der GGG vermittelt. Auch andere einschlägige juristische Ratgeber enthalten dazu Einzelkapitel.

<sup>74</sup> Vgl. ferner die Ausführungen von *Beyerbach* (Fn. 3), § 4 Rn. 222–282 mit Tipps für einen effizienten Schreibprozess.

<sup>75</sup> *Möllers* (Fn. 12), § 1 Rn. 9.

## D. Zeitliche Rahmenvorgaben, Zeitmanagement und Zusatztipps

### I. Zeitrahmen und Zeitmanagement

In wohl kaum einer anderen Lebensphase kann einem Projekt in so großer Freiheit nachgegangen werden wie in der Promotionszeit. Diese Freiheit gilt auch für deren Gesamtdauer. Durchschnittlich wird rund drei bis vier Jahre an einer juristischen Dissertation gearbeitet.<sup>76</sup> In Abhängigkeit vom Themenzuschnitt, Rahmenbedingungen (wie Arbeitsverpflichtungen) und individuellem Zeitmanagement sind jedoch Ausnahmen nach oben und unten möglich. In Konzeption wie Umsetzung ist man Herr der eigenen Zeit – eine nach der regelmäßig strukturierten Phase bis zu den beiden juristischen Examina ungewohnte Erfahrung.<sup>77</sup> Die zeitlichen Rahmenvorgaben grundsätzlich selbst bestimmen zu können und zu müssen, mag sich mal als Fluch und mal als Segen anfühlen – sich zu vergegenwärtigen, dass dies ein großes Privileg bedeutet, führt oft zu einem bewussteren Umgang mit der wertvollen Lebenszeit.

Unerlässlich für einen zielgerichteten und erfolgreichen Abschluss der Promotion ist zweifellos die regelmäßige, kontinuierliche Arbeit am Promotionsprojekt.<sup>78</sup> Das Erzielen von spürbarem Fortschritt ist dabei sowohl für das Näherkommen zum anvisierten Ziel essenziell als auch für die Aufrechterhaltung der Motivation. Das klingt einfacher, als es in der Praxis oftmals ist. Es empfiehlt sich, während der Recherche- und Schreibphase auf eine für mehrere Stunden am Tag störungsfreie Arbeitsumgebung zu achten (etwa mit Blick auf Geräuschpegel, Ablenkungen oder digitale Erreichbarkeit) und diese auch gegen potenzielle Störquellen zu verteidigen. In einer normalen Arbeitswoche sollte mindestens die Hälfte der Wochenarbeitszeit für dieses Projekt aufgewendet werden. Zur besseren Nachvollziehbarkeit kann die Verschriftlichung von Tages- und Wochenplänen sowie von geleisteten Stunden ratsam sein. Durch (natürlich auch notwendige)<sup>79</sup> Urlaube, freiwilliges Engagement, fordernde berufliche Projekte und Ablenkungen anderer Art besteht stets das latente Risiko, dass die Dissertation auch für längere Phasen nur zum Nebenprojekt herabzusinken droht. Dies aber sollte aus vielerlei Gründen möglichst vermieden werden – die Promotion als Hauptjob zu begreifen und zu verinnerlichen kann dabei zur erforderlichen Selbstdisziplinierung beitragen. Die Einübung sinnvoller Routinen, die ausreichend Freiräume zum konzentrierten Arbeiten, aber auch für notwendige Pausen und sozialen Austausch lassen, ist dabei sinnvoll. Nicht nur Promovierenden, die damit Schwierigkeiten haben, sondern auch jenen, die

<sup>76</sup> Dazu m.w.N. *Beyerbach* (Fn. 3), § 2 Rn. 55–59.

<sup>77</sup> Ausnahmen stellen dabei die strikter gefassten strukturierten Promotionsprogramme, etwa an den juristischen Max-Planck-Instituten oder an themenspezifischen Graduiertenkollegs, dar. Ihr zeitliches Korsett ist enger geschnürt und oft auch mit zu belegenden Pflichtkursen verbunden. Wer weiß, eine festere externe Struktur zu benötigen, sollte gerade auch solche Programme mit in den Blick nehmen.

<sup>78</sup> Dazu auch *Brandt* (Fn. 68), S. 76 ff. und 85 f.

<sup>79</sup> Unterstreichend *Brandt* (Fn. 68), S. 85 f.

die Thematik genauer durchdringen und neue Strategien kennenlernen möchten, sei die Teilnahme an einem Zeitmanagement-Kurs empfohlen. Eines nämlich ist sicher: Kluges Zeitmanagement einschließlich notwendiger Selbstdisziplinierung stellt einen zentralen Schlüssel zum Erfolg dar, nicht nur beim Großprojekt Promotion!

## II. Weitere Tipps zum erfolgreichen Promovieren

Neben dem kontinuierlichen Schreibprozess (für den feste, bewusst gestaltete Tagesabläufe helfen)<sup>80</sup> kann des Weiteren empfohlen werden, sich im behandelten Themenkreis möglichst breit und auch interdisziplinär einzulesen bzw. umzuhören – sein Promotionsthema kann und sollte man schließlich von vielen verschiedenen Perspektiven betrachten. Und da man im Laufe des Promotionsprojekts immer mehr als Experte wahrgenommen wird, will man entsprechende Nachfragen schließlich auch parieren können. Auf (ggf. informelle) Veröffentlichungen relevanter Institutionen – staatliche Institutionen, Interessenverbände, Firmen etc. – z.B. mit Blick auf Veranstaltungsangebote oder Stellungnahmen sollte gleichfalls geachtet werden. Das Eintragen in entsprechende Newsletter oder das Lesen neuer Entscheidungen oder Zeitschriftenausgaben kann ebenso lohnenswert sein wie die aktive Kontaktaufnahme zu anderen Wissenschaftlern (auch anderer Universitäten), Praktikern oder weiteren relevanten Personen. Zudem ist es aus fachlicher Sicht ratsam wie auch persönlich-sozial angenehm, im Laufe des Promotionsprozesses an einschlägigen Konferenzen<sup>81</sup> oder Kolloquien (ggf. anderer Einrichtungen) teilzunehmen sowie bei Gelegenheit auch (mehrmals) selbst vorzutragen. Solche Foren stellen eine wunderbare Gelegenheit dar, eigene Thesen und erste Forschungsergebnisse anderen Fachleuten vorzustellen und hoffentlich hilfreiche, konstruktive Kritik zu erhalten. Bei geeigneten Formaten ist dies zu allen Phasen der Promotion zu empfehlen. Auf solche bei dieser Gelegenheit geknüpften Gesprächskanäle kann man später noch zurückgreifen.

Um die unerlässliche Disziplin und Struktur für das Großprojekt Promotion in Gemeinschaft zu entwickeln, kann es zudem klug sein, sich gleich zu Beginn als Kleingruppe Gleichgesinnter<sup>82</sup> zusammenzufinden, um sich dort regelmäßig und in informellem Rahmen über Fortschritte (und Rückschläge) auf dem langen Weg auszutauschen. Nicht nur weil geteiltes Leid bekanntlich nur halbes Leid bedeutet, sondern auch, um erste Erkenntnisse und Thesen in einem vertrauten Umfeld diskutieren zu können, kann ein solcher Kreis von großer Hilfe sein. Denkbar sind zudem gemeinsame mehrtägige Arbeits-Retreats an Orten fernab des

<sup>80</sup> So auch *Beyerbach* (Fn. 3), § 4 Rn. 235–243.

<sup>81</sup> Zur (Teil-)Finanzierung können die Lehrstühle oder andere universitäre wie auch externe Geldgeber beitragen.

<sup>82</sup> Keine zwingende Voraussetzung indes (wenn auch natürlich hilfreich) ist dafür eine enge fachliche Nähe zwischen den Promotionsthemen der dem Kreis angehörigen (idealerweise wohl zwei bis maximal fünf) Personen. Wichtiger sind der Wille zum gemeinsamen und regelmäßigen Austausch, echtes Interesse und Neugierde. Die Gruppe kann, muss sich aber nicht aus Promovierenden desselben Lehrstuhls rekrutieren.

Alltags – teils bieten selbst Jugendherbergen oder Klöster attraktive Konditionen.<sup>83</sup>

Schließlich sollte man sich, wenn es auf die Zielgerade zugeht, auch zu den Einreichungsmodalitäten, den Möglichkeiten zur Einarbeitung etwaiger Korrekturanmerkungen (etwa während des Referendariats), den Vorgaben für die mündliche Prüfung sowie den (preislich sehr variierenden) Gelegenheiten zur Veröffentlichung der Monographie informieren. Angesichts der Bandbreite dieser Optionen sei an dieser Stelle auf die zahlreiche Ratgeberliteratur verwiesen.<sup>84</sup>

## III. Externe Hilfs- und Unterstützungsangebote

Die Promotion ist meistens eine Phase voller Höhen und Tiefen. Neben Wochen des spürbaren Arbeitsfortschritts stehen solche, in denen es kaum voranzugehen scheint. Dass dies angesichts der Größe des anvisierten Projektes ganz normal und kein Grund zum Verzweifeln sein sollte, bildet die grundlegende Erkenntnis zum resilienten Umgang mit schwierigen Phasen. Um systematisch die für die Promotion erforderlichen Fähigkeiten nicht nur bzgl. des Schreibprozesses zu erwerben, auszubauen und anzuwenden, bieten viele Akteure nicht nur auf dem hiesigen Campus Unterstützungsangebote an. In Göttingen sind dies neben der auch für rechtswissenschaftlich Promovierende zuständigen GGG die SUB, das internationale Schreiblabor sowie die Psychosoziale Beratungsstelle der Universität, die allesamt neben einem spezifisch auf Promovierende zugeschnittenen Kursangebot auch persönliche Beratung unter vier Augen sowie im letztgenannten Fall sogar ein Promotionscoaching anbieten. Daneben gibt es die Möglichkeit, nicht nur bei Konflikten im Betreuungsverhältnis die universitäre Ombudsstelle für gute wissenschaftliche Praxis<sup>85</sup>, die Ombudsperson der jeweiligen Fakultät sowie die Promovierendenvertretung an Fakultät<sup>86</sup> und Graduiertenschule<sup>87</sup> zu kontaktieren. Und *last but not least* sei auf die gerade angelaufene fachspezifische Promovierendenausbildung unserer Fakultät verwiesen. Hierüber wird jeden Monat zu wechselnden Inhalten mindestens eine Veranstaltung angeboten – Ideen und Engagement sind gern gesehen! Auch wenn es mitunter während der Promotionsphase so erscheinen mag: Allein gelassen wird man beim Promovieren nicht!

<sup>83</sup> In der Göttinger Umgebung bieten sich etwa die Heimvolkshochschule Mariaspring, das Kloster Bursfelde sowie die Akademie Waldschlösschen an, die allesamt ohnehin vielfältig mit der hiesigen Universität zusammenarbeiten.

<sup>84</sup> Exemplarisch: *Beyerbach* (Fn. 3), § 6 und *Brandt* (Fn. 69), S. 32 ff. Die Bewertungskultur bei juristischen Promotionen erläutert *Beyerbach* (Fn. 3), § 1 Rn. 33–36.

<sup>85</sup> Eine umfangreiche Auflistung hilfreicher weiterer Informationen findet sich auf der Seite dieser Einrichtung unter <https://www.uni-goettingen.de/de/ombudsstelle+fu%3bc3%bcr+gute+wissenschaftliche+praxis/223832.html> (zuletzt abgerufen am 30.06.2022)

<sup>86</sup> Informationen hierzu können der Seite <https://www.uni-goettingen.de/promv> (zuletzt abgerufen am 30.06.2022) entnommen werden.

<sup>87</sup> Dazu hält die Seite <https://www.uni-goettingen.de/de/447778.html> (zuletzt abgerufen am 30.06.2022) nähere Angaben bereit.

## E. Fazit

Nach alldem bleibt festzuhalten, dass die Entscheidung für eine Promotion, ausgehend von verschiedenen Aspekten, gut überlegt sein will. Die Arbeitsweise während der Promotion unterscheidet sich vom aus dem Studium oder Referendariat Gewohnten – keineswegs heißt es also »weiter so«. Der Entschluss für die juristische Promotion ist nicht pauschal immer eine gute oder gleich die beste Wahl. Doch hat man ihn gefasst, bedeutet er stets ein tiefes und fokussiertes Eintauchen in die Welt der Wissenschaft, ein mehrjähriges Projekt mit vielen Freiheiten und Raum für Entdeckungen, aber auch notwendiger Selbstdisziplinierung. Persönliche und fachliche Weiterentwicklung sind also garantiert!

## StuDi Aufsatz

Prof. Dr. Joachim Münch\*

# Ein kleiner Dekalog für Promovierende

Ich bin von den Autoren gebeten worden, den vorstehenden Beitrag zu kommentieren – kann ich das denn überhaupt? Denn ich passe so gar nicht ins gezeichnete Bild:

(1) Ich habe »erst« nach dem zweiten Staatsexamen begonnen zu promovieren, was aber nicht ungewöhnlich war, weil es (fast) jeder so machte – dafür muss ich aber etwas ausholen: Ich habe an der Universität Konstanz »ein-stufig« studiert, das war ein integrierter Studiengang aus Universitätsstudium (drei Jahre), Praxisphase (zwei Jahre) und anschließendem Vertiefungsstudium (ein Jahr). Das Programm war anspruchsvoll, vorher an eine Promotion nicht zu denken. Ein Staatsexamen mit Spitzennote hatte oberste Priorität für den Berufseinstieg (vor allem angesichts der uns bei Studienbeginn prophezeiten schlechten Berufschancen – mit aber einem »schönen« Trost, der sich mir einbrannte: »On the top is always room«).

(2) Ich habe mir mein erstes Promotionsthema selbst gesucht, dann irgendwann in einer abseitigen Schrift entdeckt, dass den Grundgedanken schon jemand anderes hatte und mich davon abschrecken lassen. Das zweite, endgültige Thema hat mir mein Doktorvater gegeben – aber: Die Arbeitshypothese war auch nicht neu, sondern wurde von mir »nur« umfassend begründet und konsequent durchgeführt. Die Arbeit<sup>1</sup> wird gerade darum bis heute als grundlegend wahrgenommen. Am Ende war dieser Themenwechsel ein Glücksfall: ein hartes dogmatisches Thema statt weicher, womöglich arbiträrer, Abwägung. Ein Rezensent hat die Arbeit später als brillant bezeichnet – auch wenn sie die falschen Ergebnisse begründe... Für mich war dies die »Eintrittskarte in die Wissenschaft« (damals sah ich das anders).

(3) Ich habe mir weder einen stringenten Zeitplan noch eine genauere Gliederung gemacht, sondern nur einfach entscheidende Themenfelder identifiziert: Aufarbeitung historischer und dogmatischer Grundlagen (Teil 1: §§ 2–4), Begründung, dass der Anspruch i.S.v. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO nicht etwa der materiellen Rechts ist, sondern das Synonym für Streitgegenstand (Teil 2: §§ 5–10), und schließlich die Erörterung von Konsequenzen für praktische Einzelprobleme (Teil 3: §§ 11–13). Problembeschreibung (§ 1) und Thesenzusammenstellung (§ 14) runden das Werk ab. Es liest sich wie von vorne nach hinten »durchgeschrieben« – nur stimmt das nicht. Zu verschiedener Zeit habe ich an verschiedenen »Ecken und Enden« gearbeitet – es muss am

Ende nur dann alles bündig zusammenpassen. Das ist die große Herausforderung. Übrigens: Die Einleitung schreibt man immer zum Schluss!

(4) Ich habe meine ersten Seiten handschriftlich verfasst, an eine Unterstützung durch Textverarbeitung war nicht zu denken. Es galt die Regel am Lehrstuhl, dass die Sekretariate zum Abschreiben eingesetzt werden durften, wenn vom Chef nichts Prioritäres vorlag – das aber war fast immer der Fall! Außerdem passte das nicht zu meiner Arbeitsweise, es gab ja noch keinen ganz »finalen« Text. Einen gewissen Fortschritt brachte die fakultäre Anschaffung *einer* »Olivetti ET« für sämtliche Sekretariate, die von der Zielgruppe nicht so recht angenommen wurde (»total neumodisches Zeugs«) und in den Randzeiten daher auch von Assistenten benutzt werden durfte. »ET« stand für »Electronic Typewriter«, nicht für etwas Außerirdisches<sup>2</sup>, obgleich von mir so empfunden: die Möglichkeit zu korrigieren, sowie vor allem Geschriebenes wiederverwertbar zu konservieren – auf einer 5,25“-Diskette, in einem höchst langwierigen und geräuschvollen Vorgang (speichern hieß zu warten).

Einen Quantensprung bedeutete die private (!) Anschaffung eines Schreibsystems, das man PC bzw. Personal Computer nannte. Ich hatte den Tipp von einem sehr guten Freund und Consemester; er hatte mit einem Mathematikstudium begonnen und verdiente sich immer noch ein Zubrot als Hilfskraft im universitären Rechenzentrum<sup>3</sup> – heutzutage wirken die technischen Daten dieses Gerätes bizarr: Betriebssystem MS-DOS<sup>4</sup> (programmierbar!); neben der 5,25“-Diskette (sog. »Floppy Disk«) als externem Speicher (Kapazität: 1.200 kB – ja, das sind 1,2 MB!) trat noch ein interner Speicher, Festplatte genannt (Kapazität: 20 MB – habe ich dann später aufgerüstet: 40 MB); Röhrenbildschirm (12“, VGA, monochrom [bernstein], 720x400 Pixel); Textverarbeitung MS-WORD 5.0. Trotz allem: Für mich war dies das Optimum, denn nun passte meine persönliche Arbeitsweise zu den Möglichkeiten. Ein Wermutstropfen blieb: Olivetti und Microsoft waren inkompatibel.

(5) Ich habe zu einer Zeit meine Dissertation geschrieben, in der es kaum Datenbanken und schon gar nicht elektronischen Zeitschriften- oder Bücherzugriff gab, natürlich erst recht nicht etwa Handyfotos. Vieles war nur mittels Fernleihe umständlich zu beschaffen und vorher mühevoll

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handelsrecht, deutsches und ausländisches Zivilprozessrecht an der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen.

<sup>1</sup> Münch, Vollstreckbare Urkunde und prozessualer Anspruch [PA 72] (1989).

<sup>2</sup> Der Film datiert vom Jahr 1982 – letztendlich zufällige Koinzidenz oder verdeckte Andeutung?

<sup>3</sup> Von ihm stammt übrigens eine der ersten Einführungen: *Becker/Mehl*, Textverarbeitung mit Microsoft Word (1987) – da stecken auch meine persönlichen Lernerfahrungen drin.

<sup>4</sup> Das steht für »MicroSoft: Disk Operation System« – und ist der Vorgänger von Windows.

zu bibliographieren (man musste der Fernleihstelle praktisch den »Urkundsnachweis« erbringen, dass die Quelle auch existiert – das Internet war unbekannt, Google ist ohnehin erst ein Vierteljahrhundert alt). Es blieb die Abwägung zwischen Kopieren (teuer) und Kartieren (zeitaufwändig). Konsequenz war intensives Textstudium, allein um verlässlich zu entscheiden, ob der Aufwand sich lohnte. Das ist vielleicht immer noch ein guter Ratschlag fürs Promovieren: mehr Jagen, weniger Sammeln. Man war gezwungen, sich frühzeitig mit Inhalten auseinanderzusetzen. Das hat auch heute noch seine positive Seite.

(6) Ich habe das Glück gehabt, eine universitäre Freihandbibliothek benutzen zu können und (anfangs) nicht mit Magazinen umgehen zu müssen. Bücher haben etwas Faszinierendes, nicht bloß als schlicht haptisches Erlebnis – sie erlauben Zufallsfunde. Heute müssen Sie wissen, wonach Sie suchen, der Suchvorgang selbst ist allerdings komfortabler, umfassender, schneller. Wissenschaft lebt oft aber von verblüffenden Querverbindungen. Häufig liegt doch der Erkenntnisgewinn links und rechts des Weges. Man darf mithin nicht »betriebsblind« werden. Was unter den alten Arbeitsbedingungen mehr aus der Not heraus geboren war, dieses sollte man nunmehr zur Tugend machen. Dazu tragen auch Fachdiskussionen mit Mitpromovierenden bei – aber: Promovieren bleibt immer eine Einzeldisziplin.

(7) Ich habe mich eher »zufällig« zur Promotion entschieden. Eine große Anwaltskanzlei hatte mich nie gereizt (es gab auch nicht die heute bekannte, beinahe irrealer Bezahlung für Berufseinsteiger), ich wollte Richter werden – und war enttäuscht von Arbeitsbedingungen und Fließbandbetätigung. Die Justiz hat verdeckt gar »gedroht«: Wenn ich nicht sofort nach dem Examen zusagte, sei später kein Platz mehr für mich frei; mit der Promotion sei man gleichsam wissenschaftlich verbildet und praxisuntauglich. Irgendwie hat mich das zusätzlich noch abgeschreckt: Zählt dort nicht auch Leistung? Für mich ist eine berufliche Tür mit der Promotion aufgegangen, von der ich vorher nicht einmal zu träumen wagte.

Also noch einmal auf Anfang: Kann ich wirklich denn mit dieser »umfassenden Vorbelastung« den vorstehenden Beitrag aktuell Promovierender kommentieren? Ich meine: JA.

Alle Bedingungen waren grundsätzlich andere... – jedoch bin ich der festen Überzeugung, dass die Persönlichkeit, die sich der Herausforderung stellte, eine ähnliche war. Meine Botschaften habe ich in meinen Bildern verpackt, Sie müssen nur suchen. Und noch ein Schlusswort. Promovieren braucht Kraft und Wille, nicht zuletzt um mit dem Risiko eigenen Scheiterns umgehen zu können. Vielleicht wandere ich auch deswegen gerne allein in den Bergen: fordernder Anstieg, Höhenrausch, geschickter Abstieg; Stolpern und Straucheln auf dem Pfad, die man sogleich geschickt abzufangen hat; Weitsicht und Panorama; aber manchmal auch Dunst, Wolken, Nebel; und dann gibt es noch den Baum oder Fels, den man wegräumen oder umgehen muss. Jene Bilder ähneln sich. Seien Sie mutig und entdecken Sie. Übrigens: Unsere Profession hat die Möglichkeit, beim Wandern zu denken; und seit es Handys mit Diktierfunktion gibt, kann man sich das Ausgedachte unkompliziert konservieren, früher war das mühsam (ich hatte mir rasch angewöhnt, immer Notizblock und Bleistift dabei zu haben). Kreativität entsteht i.d.R. ungeplant – man muss zudem aber das Sitzfleisch mitbringen zu recherchieren, zu kontrollieren sowie vor allem zu formulieren, meist eine harte Kärnerarbeit. Am Ende zählt eben das Geschriebene, im Fließtext wie in den Fußnoten<sup>5</sup> – und Schreiben ist auch eine Kunst. Vermeiden sie den typischen Juristenstil, die vielen Substantive, das Geschraubte<sup>6</sup>, den reinen Fachjargon. Sprache ist variabel und facettenreich, man erlernt sie allemal nicht aus juristischen, sondern schöngestigen Büchern. So sind noch einmal drei weitere Ratschläge dazugekommen: (8) mentale Kraft fördern, (9) kreative Pausen einlegen und (10) Sprache gezielt stärken.

So erklärt sich am Ende nunmehr ferner die Überschrift meines ergänzenden Kommentars zum Promovieren, welcher subjektiv geprägt erscheint. Viel Erfolg und Glück auf!

<sup>5</sup> Nicht etwa bloß die neuesten Quellenbelege benennen, sondern immer die grundlegenden: Wem wird die Idee zugeschrieben (Primärquellen!) – nicht: Wer hat sie *abgeschrieben*?

<sup>6</sup> Abschreckend und Schulbeispiel ist bekanntlich die Eisenbahndefinition bei RGZ 1, 247, 252.

## GdR Kurzbiografie

Josefa Birr\* und Lisa Blume†

## Rudolf von Jhering (1818-1892): Die Geschichte seines Kampfes mit dem Recht

»Diese Lebensgeschichte ist, wenn man will, arm an äußeren spannenden Momenten; es ist das Bild eines Gelehrtenlebens, ohne die Zuthaten, welche für viele demselben erst seinen Reiz geben.«<sup>1</sup> Dieser Einschätzung des Lebens Rudolf von Jherings wird in diesem Beitrag eine zeitgemäßere Erzählung gegenübergestellt. Es geht um das Leben des einflussreichsten Rechtsgelehrten in Deutschland in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts, dessen Göttinger Vorlesungen Hörer aus aller Welt besuchten und der einer der wenigen deutschen Juristen ist, die Weltruhm erlangt haben.<sup>2</sup>

Das Göttinger Tageblatt nannte ihn im Jahr 1938 Göttingens berühmtesten Juristen. Auf dem Göttinger Stadtfriedhof hat er seine letzte Ruhe gefunden und sein schriftlicher Nachlass – entstanden in emsiger Arbeit, unter anderem versehen mit Portweinflecken – liegt zum überwiegenden Teil im Historischen Gebäude der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek (SUB) in der Prinzenstraße. Nicht nur die tatsächlichen Spuren, die er in Göttingen hinterlassen hat; sein Haus in der Bürgerstraße 12 – kenntlich gemacht mit einer entsprechenden Gedenktafel – sein Schreibtisch<sup>3</sup> und die Marmorbüste, die ihm die *Georgia Augusta* schon zu Lebzeiten gewidmet hat, machen einen Blick auf diesen Menschen interessant: *Rudolf von Jhering*<sup>4</sup> (1818-1892).

\* Dr. Josefa Birr, Ass. jur., war bis Ende März Doktorandin an Göttingens Juristischer Fakultät und arbeitete als Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Römisches Recht, Bürgerliches Recht und Neuere Privatrechtsgeschichte (Prof. Dr. Inge Hanewinkel).

† Dipl.-Jur. Lisa Carlotta Blume war bis Mitte 2020 Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Römisches Recht, Bürgerliches Recht und Neuere Privatrechtsgeschichte (Prof. Dr. Inge Hanewinkel). Sie ist Rechtsreferendarin am LG Braunschweig und Justizassistentin im 3. Zivilsenat des OLG Braunschweig.

1 *Mitteis*, Jhering, Rudolf, in: Allgemeine Deutsche Biographie (ADB), Bd. 50 (1905), S. 653.

2 *Hollerbach*, Ihering, Rudolf von, in: Neue Deutsche Biographie (NDB), Bd. 10 (1974), S. 123.

3 Dieser befand sich lange Zeit am Institut für Grundlagen des Rechts. Nun ist der *Jheringsche* Schreibtisch Ausstellungsstück im zukünftigen Wissensmuseum FORUM WISSEN der Universität Göttingen, das im Frühjahr 2022 eröffnet wurde. Dieser befand sich lange Zeit am Institut für Grundlagen des Rechts.

4 Der Adelstitel wurde ihm erst im Jahre 1872 verliehen. Bis heute herrscht ein (obsoleter) Streit über die Schreibweise seines Nachnamens. Obwohl *Jhering* sich selbst mit »J« schrieb und seine Geburtsanzeige (Amtsblatt der Provinz Ostfries- und Harrlingerland, Jahrgang 1818, 68tes Stück, S. 936) dies bestätigt, vertreten einige die Schreibweise mit I« (u. a. *Neuhaus*, Jhering oder Ihering, in: Juristenzeitung 1954, Nr. 20 v. 20.10.54, S. 647 f.; *Ebel*, Rudolf Ihering, Ostfriesland Zeitschrift für Kultur, Wirtschaft und Verkehr 1968/2, S. 6-16; *Hollerbach*, (Fn.2), S. 123 f.; *Fikentscher*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung Bd. 3 (1976), S.104 Anm. 6) [vgl.

Auch in rechtlicher Hinsicht hat *Jhering* sich nicht nur rechtsphilosophisch bleibend im Kanon der großen Juristen verewigt, sondern ebenso in der Gestaltung des geltenden Rechts. Hervorzuheben ist hier insbesondere die Entwicklung der Figur der *culpa in contrahendo*, die Jurist\*innen bereits in den ersten Semestern des Studiums kennenlernen. Für alle, die genauso wie *Jhering* die *Georgia Augusta* ihre *Alma mater* nennen, sollte die Verknüpfung von § 311 BGB mit diesem großen Geist ein gedanklicher Reflex sein oder werden.

Neben der geistigen Größe des einstigen Göttinger Studenten und langjährigen Professors, der Göttingen über Jahrzehnte die Treue gehalten hat, ist auch sein sonstiges Leben interessant. Denn als Abkömmling einer ostfriesischen »Juristen-Dynastie« tat er sich zunächst schwer damit, den Weg der Jurisprudenz zu beschreiten. Der Appetit kam dann jedoch – wie so häufig – beim Essen und sein eigentlich schriftstellerischer Impetus erzielte in Verbindung dieser beiden Leidenschaften hohe Synergie-Effekte, sodass *Jhering* über den rechtswissenschaftlichen Leserkreis hinaus derartige Berühmtheit erlangte, dass er in den erblichen Adelsstand erhoben wurde und *Otto von Bismarck* ihm persönlich zum Geburtstag gratulierte.

*Jhering* hatte viele Facetten; den liebenden, aber auch strengen, bisweilen in cholerische Ausbrüche verfallenden Ehegatten und Vater, den eloquenten und mitreißenden Redner auf der wissenschaftlichen Bühne wie auf dem Katheder, aber auch den strengen Prüfer, dessen Lehre vom Besitz die gefürchtete Gretchenfrage einer Prüfung werden konnte. Außerdem genoss er – ähnlich wie der fiktive Professor *Slughorn* in der Harry Potter-Reihe – gutes Essen, gute Gesellschaft, anregende geistige Gespräche und kulturelle Veranstaltungen. *Jhering* war ein »typischer Ostfrieser, von breitschultriger und untersetzter Gestalt, feurigen und energischen Temperaments, zu frischem Lebensgenuss geneigt, in seinen Meinungsäußerungen sich rasch und entschieden bis an die Grenzen der Derbheit verlierend, in der Verteidigung dessen, was er für recht hielt, leidenschaftlich und hartnäckig«.<sup>5</sup>

*Kunze*, Rudolf von Jhering - ein Lebensbild, in: Behrends (Hrsg.), Rudolf von Jhering. Beiträge und Zeugnisse aus Anlaß der einhundertsten Wiederkehr seines Todestages am 17.9.1992, 2. Auflage (1993), S. 11 (24 Anm. 1)].

5 Göttinger Tageblatt, Montag, den 22. August 1938, Göttingens berühmtester Jurist. Zum 120. Geburtstag Rudolf von Jherings.

## A. Familiärer Hintergrund

Bereits Jahrhunderte zurück lässt sich die Anwesenheit der Familie *Jhering* in Ostfriesland belegen. Die Gründung des Ortes Jheringsfehn bei Leer in Ostfriesland 1754 geht auf *Sebastian Eberhard Jhering*<sup>6</sup> zurück.<sup>7</sup> In eine seit 1522 ununterbrochene Ahnenreihe von Juristen, die dem bürgerlichen Patriziat Ostfrieslands angehört, wird am 22. August 1818 *Rudolf Caspar Jhering* in Aurich hineingeboren.<sup>8</sup> Sein Vater, *Georg Albrecht Jhering*<sup>9</sup>, Rechtsanwalt und Sekretär der ostfriesischen Stände, stirbt 1825 – als *Jhering* sieben Jahre alt ist. Er hinterlässt seine Frau *Anna Maria* (geb.) *Schwers* mit sechs Kindern.<sup>10</sup>

## B. Schulische Ausbildung

Wie so viele Hochbegabte, beispielsweise *Thomas Hobbes*, ist der kleine *Jhering* der Ansicht, seine Mutter sei mit seiner und der Erziehung seiner Geschwister überfordert: Auch das Überreichen eines kinderpädagogischen Ratgebers<sup>11</sup> schaffte keine Abhilfe,<sup>12</sup> sodass sie den schwer zu bändigenden *Jhering*-Spross in die Obhut seines Lehrers *Wilhelm Reuter* gab.<sup>13</sup>

In der Schule unterfordert, scheint er in die typische Rolle des Klassenclowns verfallen zu sein. Allerdings zeigte sich hier bereits seine Fähigkeit, skurrile und fabulöse Texte gekonnt humoristisch sowohl zu entwerfen als auch vorzutragen. Obwohl er kein überbordendes Interesse für den Unterricht an den Tag legte, schloss er die Reifeprüfung bereits mit 17 Jahren – ein Jahr vor der üblichen Zeit – ab.<sup>14</sup>

<sup>6</sup> *Sebastian Eberhard Jhering* (1700-1759), er ist »unseres« Jherings Urgroßvater.

<sup>7</sup> Ortschronisten der Ostfriesischen Landschaft: Jheringsfehn, Gemeinde Moormerland, Landkreis Leer, [https://www.ostfriesischelandschaft.de/fileadmin/user\\_upload/BIBLIOTHEK/HOO/HOO\\_Jheringsfehn.pdf](https://www.ostfriesischelandschaft.de/fileadmin/user_upload/BIBLIOTHEK/HOO/HOO_Jheringsfehn.pdf), abgerufen am 12. April 2022.

<sup>8</sup> *Mitteis*, (Fn.1), S. 652; *Kunze* (Fn. 4), S. 11. *Jhering* war Alturgroßenkel *Hermann Conrings* [vgl. *Schröder*, Rudolf von Jhering, in: Kleinheyer/ Schröder (Hrsg.), *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*, 5. Aufl. (2008), S. 230].

<sup>9</sup> Vgl. *Gittermann*, Biographie des Herrn Georg Albrecht Jhering (1865) (Separatdruck aus »Neuer Nekrolog der Deutschen«, Dritter Jahrgang (1825)).

<sup>10</sup> *Mitteis*, (Fn. 1), S. 652; *Kunze* (Fn. 4), S. 11.

<sup>11</sup> Damaliger pädagogischer Bestseller – das dreibändige Werk von *Niemeyer*, Grundsätze der Erziehung und des Unterrichts für Eltern, Hauslehrer und Schulmänner, 8. Auflage (1824) [so *Behrends*, Rudolf von Jhering, Ein Kampf um Recht und Gerechtigkeit, in: Freudenstein (Hrsg.), Göttinger Stadtgespräche, Persönlichkeiten aus Kultur, Politik, Wirtschaft und Wissenschaft erinnern an Größen ihrer Stadt (2016), S. 113 (115)].

<sup>12</sup> *Behrends*, (Fn. 11), S. 113 (115); *Kunze* (Fn. 4), S. 11 (24 Anm. 5).

<sup>13</sup> *Janssen*, Wilhelm Reuter, der Lehrer Rudolf Jherings, in: *Behrends* (Hrsg.), Rudolf von Jhering. Beiträge und Zeugnisse aus Anlaß der einhundertsten Wiederkehr seines Todestages am 17.9.1992, 2. Auflage (1993), S. 29 (29 f.); *Kunze* (Fn. 4), S. 11.

<sup>14</sup> *Kunze* (Fn. 4), S. 11 (12).

## C. Studium/Beginn seiner Hochschulkarriere

Die Familientradition ließ ihn 1836 das Studium der Rechte in Heidelberg<sup>15</sup> ergreifen, um als praktischer Jurist in den Staatsdienst zu treten; eigentlich träumte er jedoch von einer Zukunft als Dichter.<sup>16</sup> In Heidelberg begann er seine Studien bei *Anton Friedrich Justus Thibaut*, wechselte dann jedoch für ein Sommersemester nach München – kam mit dem juristischen Stoff aufgrund mangelnder Motivation jedoch nur schleppend voran. Nachdem er stolz ein Manuskript eines belletristischen Textes an die Familie versendet hatte, wurde er postwendend nach Hause beordert. Dort bestimmte der Familienrat, dass er sein Studium nun endlich ernsthaft aufnehmen sollte.<sup>17</sup> Hierfür wurde Göttingen als geeigneter Ort auserkoren, sodass er im Dezember 1837 Zeitzeuge der Vertreibung der »Göttinger Sieben« wurde.<sup>18</sup>

Der Zahn, belletristischer Schriftsteller zu werden, wurde ihm damit gezogen – endgültig kam er selbst auch zu dieser Einsicht, als er seinen ehemaligen Kommilitonen *Friedrich Hebbel*, den er zuvor als literarisches Vorbild angesehen hatte, eineinhalb Jahre später wiedertraf. Aufgrund des lumpigen Eindrucks, den dieser machte, stellte *Jhering* für sich fest, dass die Unsicherheit des freischaffenden Künstlers nicht zu seinem Sicherheits- und Behaglichkeitsanspruch einer bürgerlichen Existenz passte. Fortan hing er diesem Wunschenken nicht mehr nach.<sup>19</sup> Stattdessen hatte sein akademischer Lehrer *Heinrich Thöl* tatsächlich ein ernsthaftes Interesse an der Jurisprudenz wecken können, was *Jhering* auf die Spuren *Georg Friedrich Puchtas* und *Eduard Gans*<sup>20</sup> brachte, deren Schriften er auch für seine eigene spätere Lehrtätigkeit verwendete.<sup>21</sup> Umso härter traf ihn persönlich die Zurückweisung seines Antrages auf Zulassung zum Staatsexamen durch die Hannoveraner Ständekammer aufgrund der Aufnahme seines älteren Bruders, die zwei *Jherings* nicht in den Dienst nehmen wollte.<sup>22</sup> Auf Anraten seines ehemaligen Lehrers schlug er – entgegen seinem ursprünglichen Wunsch – die wissenschaftliche Laufbahn ein. Hierfür begab er sich nach Berlin zu *Friedrich Rudorff*, wo auch *Friedrich Carl von Savigny* lehrte.<sup>23</sup>

Bereits knapp zwei Jahre später, im Januar 1842, promovierte *Jhering* mit einer lateinischen Abhandlung »*de hereditate possidente*« (frei übersetzt: über den Erbschaftsbesitz) und im Frühjahr 1843 reichte er seine Habilitationsschrift ein:

<sup>15</sup> Immatrikulation am 2. Mai 1836; vgl. *Toepke*, Die Matrikel der Universität Heidelberg. 5. Teil (1904). S. 561.

<sup>16</sup> *Kunze* (Fn. 4), S. 11 (12).

<sup>17</sup> *Kunze* (Fn. 4), S. 11 (12).

<sup>18</sup> *Behrends*, (Fn. 11), S. 113; vgl. auch *ders.*, Caspar Rudolf von Jhering, in: Biographisches Lexikon für Ostfriesland (1993), S. 211-215.

<sup>19</sup> *Kunze* (Fn.4), S. 11 (12).

<sup>20</sup> »Cursus der Institutionen« von *Puchta* und »System des römischen Civilrechts« von *Gans*.

<sup>21</sup> Vgl. zu *Puchtas* Pandektenvorlesung: *Jäde*, Pandektenvorlesung nach *Puchta*. Ein Kollegheft aus dem Wintersemester 1859/60 (2008).

<sup>22</sup> *Kunze* (Fn. 4), S. 11 (13); *Behrends* (Fn. 11), S. 113.

<sup>23</sup> *Kohut*, Rudolf von Jhering. Eine biographisch-kritische Studie, in: Westermanns Illustrierte Deutsche Monatshefte, Heft 357 (1886), S. 1, (2 f.); *Kunze* (Fn. 4), S. 11 (13).

»Inwieweit muß der, welcher eine Sache zu leisten hat, den mit ihr gemachten Gewinn herausgeben?«. <sup>24</sup> Bereits am 6. Mai 1843 hielt er seine erste Vorlesung »Principien des römischen Rechts«, die von einem zahlenden Zuhörer besucht wurde. <sup>25</sup>

Im Frühjahr 1845 ging er – nun als Ordinarius <sup>26</sup> – nach Basel, nachdem er sich mit der Freundin seiner Schwester, *Helene Hoffmann* aus Oldenburg, verlobt hatte. Diese drängte ihn zur Rückkehr und so nahm er zum Herbst einen Ruf nach Rostock an. <sup>27</sup> Hier wirkte er nun an der Seite seines ehemaligen Mentors und väterlichen Freundes *Thöl*, der ebenfalls einen Ruf erhalten hatte. Außerdem heiratete er seine Verlobte, mit der er nach eigenem Bekunden zwei wunderschöne Jahre verbrachte und nebenher mit zunehmender Hörerschaft Pandekten, Institutionen und Rechtsgeschichte las. In der neben der akademischen Tätigkeit zu entbehrenden Zeit betätigte er sich als munterer und beliebter Gesellschafter, der auch als musikalisches Talent selbst hervortrat. <sup>28</sup> Da seine von ihm verehrte Frau Heimweh nach Schleswig-Holstein und ihrer Familie hatte, bemühte er sich um einen Ruf nach Kiel. Bevor er diesem folgen konnte, erlag seine geliebte Gattin jedoch am 3. April 1848 den Folgen der Geburt ihres Sohnes, der zwei Monate später ebenfalls verstarb. *Jhering* stürzte daraufhin emotional in ein tiefes Loch. <sup>29</sup>

Im Sommer 1849 trat er nach einigen verwaltungsbedingten Verzögerungen seinen Dienst in Kiel an, wo er mit der Tochter eines ihm schon länger bekannten Anwalts, *Ida Frölich*, am 20. November 1849 den Bund der Ehe einging. Bereits 1850 erblickte der erste Sohn der Eheleute, *Hermann Albrecht Friedrich*, das Licht der Welt. <sup>30</sup>

Derartig behaglich in seinem neuen Glück eingerichtet, begann er, einen bereits das ganze Jahrzehnt über gehegten Wunsch in die Tat umzusetzen: Die Veröffentlichung seiner Vorlesung über die Prinzipien des römischen Rechts. Mit dem am 27. April 1851 unterzeichneten Vertrag mit dem Leipziger Verleger *Härtel* war die erste Hürde genommen. Nicht einkalkuliert hatte er, dass ihm der Stoff unter den Fingern wuchs; er hatte das Gefühl, mit den Gedanken zu diesem Thema niemals fertig zu werden – war nun allerdings zur Ablieferung von Manuskripten in den Druck gezwungen.

<sup>24</sup> *Kunze* (Fn. 4), S. 11 (13). Die Schrift wurde im Jahr 1844 zusammen mit zwei weiteren Arbeiten aus dem Besitz- und Erbrecht unter dem Titel »Abhandlungen aus dem Römischen Recht« veröffentlicht, gewidmet seinem »theuern Lehrer und Freunde, Herrn W. Reuter, Conrector am Lyceum zu Aurich in Ostfriesland, in tiefster Dankbarkeit« gewidmet [vgl. *Kunze*, (Fn. 4), S. 11 (24 Anm. 28)].

<sup>25</sup> *Kunze* (Fn. 4), S. 11 (14).

<sup>26</sup> Zur Erläuterung: Inhaber eines Lehrstuhls an einer wissenschaftlichen Hochschule, nachdem er einen Ruf erhalten und angenommen hatte.

<sup>27</sup> *Kunze* (Fn. 4), S. 11 (14).

<sup>28</sup> Vgl. auch *Hall*, Erinnerungen einer alten Rostockerin an Rudolf von Jhering, in: Göttinger Jahrbücher 1955/56, 85 (88 f.).

<sup>29</sup> *Kunze* (Fn. 4), S. 11 (14).

<sup>30</sup> 1. Kind: (1850–1930) ∞ *Maria Anna Clara Belzer* (1846–1906) und ∞ *Meta Johanna Buff* (-1929) Tochter des Physikers *Heinrich Buff* und seiner zweiten Frau *Johanna Moldenhauer*.

So gestaltete sich die Entstehung des »Geist des römischen Rechts« zu einem Wettlauf gegen den eigenen Ehrgeiz und die Zeit. Weil er sich in immer neuen und tiefgehenden Fragen verlor und wegen seiner Unzufriedenheit häufig ganze Passagen umschrieb, musste er sich zwingen, Teile seines Manuskripts *peu à peu* in den Druck zu geben. <sup>31</sup>

#### D. Gießen (1852-1868)

1852 folgte er fast wider Willen einem Ruf nach Gießen, <sup>32</sup> einem seinerzeit eher provinziatischen Nest von knapp 9.000 Einwohnern, nachdem alle seine bewusst utopischen Forderungen der Berufungsverhandlungen erfüllt worden waren. Seinem anfänglichen Unwillen zum Trotz genoss er bald sein neues Leben in seiner Villa mit Garten, in der er Ruhe und Konzentration zum Arbeiten an seinen Werken fand und umfangreiche Korrespondenz pflegen konnte. <sup>33</sup> Darüber hinaus frönte er seinem Bedürfnis nach Geselligkeit, indem er als Pianist zu Kammermusikabenden bat oder bekannte Virtuosen zu Gastspielen in den örtlichen Konzertverein lud sowie anregende Diskussionsabende und Kartenspiele mit Freunden und Bekannten veranstaltete.

»Seine ungewöhnliche ausgiebige, schlagfertige, sprudelnde, dabei witzige und freundliche Art machte ihn bald zum Mittelpunkt lebhaft bewegter Juristengruppen; seine Lust und Gabe Anekdoten drastisch vorzutragen, unerschöpflich und allezeit bereit zu geselliger Initiative, machte ihn zum beliebtesten Gesellschafter.« <sup>34</sup>

In Gießen kamen zwischen 1852 und 1862 auch seine weiteren vier Kinder zur Welt: *Elise Marie Agathe Helene, Karl Friedrich August, Ernst Albrecht Wilhelm Heinrich und Rudolf Justus Heinrich Hermann Ludwig*. <sup>35</sup> Seinen Kindern erlaubte er teilweise, ihn auf seinen Spaziergängen in der Umgebung Gießens zu begleiten oder kletterte mitunter nach dem Mittagessen mit ihnen in die Krone des Kirschbaums im Garten seiner Villa. <sup>36</sup>

Die Gießener Juristische Fakultät war eine der damaligen Spruchfakultäten. Diese wurden von den Oberappellationsgerichten im Wege der sog. Aktenversendung beauftragt, um Rechtsrat einzuholen. <sup>37</sup> Diese Aktenversendung, die *trans-*

<sup>31</sup> *Kunze* (Fn. 4), S. 11 (14).

<sup>32</sup> *Klippel*, Rudolf von Jhering an der Juristischen Fakultät der Ludwigs-Universität Gießen (1852-1868), in: Behrends (Hrsg.), Rudolf von Jhering. Beiträge und Zeugnisse aus Anlaß der einhundertsten Wiederkehr seines Todestages am 17.9.1992, 2. Auflage (1993), S. 31-35.

<sup>33</sup> *Kunze* (Fn. 4), S. 11 (15).

<sup>34</sup> *Kuntze*, Nachruf, Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß, Bd. 2 (1892), S. 609.

<sup>35</sup> 2. Kind: *Helene* (1852-1920) ∞ *Victor Gabriel Ehrenberg* (1851-1929): Professor Dr. iur. Dr. rer. pol. in Göttingen; 3. Kind: *Friedrich* (1853-1919); 4. Kind: *Albrecht* (1856-1924) ∞ *Emma Hildebrand*; 5. Kind: *Rudolf* (1862-1934) ∞ *NN. Hube*.

<sup>36</sup> *Kunze* (Fn. 4), S. 11 (15); vgl. ferner *Kunze*, »Lieber in Gießen als irgendwo anders ...«, Rudolf von Jherings Gießener Jahre (2018), S. 11-39.

<sup>37</sup> *Behrends*, Rudolf von Jhering. Beiträge und Zeugnisse aus Anlaß der einhundertsten Wiederkehr seines Todestages am 17.9.1992, 2. Auflage (1993), S. 67.

*missio actorum*, galt als charakteristische Rechtsinstitution der frühneuzeitlichen Rechtspflege.<sup>38</sup>

Ende 1858 hatte *Jhering* in seiner Funktion als Rechtsgutachter für die Gießener Spruchfakultät unter anderem einen Rechtsfall zu begutachten, der später als Schiffspartenfall gewisse Berühmtheit erlangte.<sup>39</sup> Bei der Begutachtung protestierte sein Rechtsgefühl: Betroffen war »die Frage, ob ein Verkäufer, der eine Sache zweimal verkauft hat, durch Untergang der Sache den Kaufpreis von beiden Käufern einklagen kann«, die *Jhering* im Jahre 1844 in seiner Habilitationsschrift »den Quellen nach geglaubt hätte bejahen zu müssen.«<sup>40</sup> *Jhering* hinterfragte nun zunehmend den Stellenwert seiner Konstruktionslehre. Rückblickend offenbarte *Jhering*, dass dieses Rechtsgutachten in ihm einen methodischen »Umschwung«<sup>41</sup> hervorgerufen hatte.<sup>42</sup> »[T]rotz wochenlangen Nachdenkens«, formulierte er in einem Brief an seinen Freund *Carl Friedrich von Gerber*, sei »er nicht imstande« gewesen, »die Ablehnung der Klage, von deren rechtlichen Unhaltbarkeit er nunmehr überzeugt war, mittels der juristischen Konstruktion zu begründen.«<sup>43</sup> Sein Rechtsgefühl war es, das ihn entgegen der Konstruktionslösung »mit einem dem Kaufrecht ganz fremden ad hoc-Argument« zu einer Entscheidung verhalf.<sup>44</sup>

Die Begutachtung dieses Falls und letztendlich sein Rechtsgefühl bewirkten, dass *Jhering* die dogmatische Lösung des Rechtsfalls hinsichtlich Sinn und Zweck des anzuwendenden Gesetzes überprüfte und die Anwendung des Gesetzes gegebenenfalls anpasste. Auf diese Weise hatte *Jhering* eine

neue, auf den Einzelfall bezogene Kontrollinstanz für die Prüfung der Korrektheit der rechtlichen Lösung geschaffen.<sup>45</sup>

Insbesondere in seiner Gießener Zeit<sup>46</sup> vollzog sich inhaltlich eine bereits in seinen Studien zuvor angelegte Abkehr von der Historischen Rechtsschule. Letztere war von *Savigny* begründet worden – und bereits in dessen letzter Vorlesung im Wintersemester 1841/42 fühlte er sich über ihn hinausgewachsen. In offene Opposition ging er mit seinen Qualifikationsschriften zwar noch nicht, aber bereits in Rostock veröffentlichte er 1847 seine »Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen« zur Begleitung seines Pandekten-Praktikums. Darüber hinaus veröffentlichte er bereits 1861 – allerdings zunächst anonym<sup>47</sup> – »Vertrauliche Briefe über die heutige Jurisprudenz. Von einem Unbekannten.«<sup>48</sup>, in denen er die Historische Rechtsschule inhaltlich scharf kritisierte. *Jhering* hielt der Historischen Schule insbesondere einen irrealen, zu einseitigen Blick auf das Recht vor. In seiner spöttischen Art beschreibt er ihre Jurisprudenz als einen »Tummelplatz für die Fanatiker des Gedankens«, die »ausschließlich nur noch die Fata Morgana einer Welt [erblicken], in der der abstracte Gedanke das Scepter führt.«<sup>49</sup> Mit dieser Kritik zielte er insbesondere auf *Savignys* Vorstellung vom Volksgeist, der diesen als etwas Feststehendes, Vorgegebenes ansah. *Jhering* hingegen verstand Recht als Ergebnis eines historisch-progressiven Erfahrungsprozesses.<sup>50</sup> Aufgrund seiner Tätigkeit als Praktiker strebte er insbesondere nach der Analyse konkreter Lebensverhältnisse<sup>51</sup>; die Rechtspraxis und nicht der Gelehrte im Elfenbeinturm sollte die praktischen Bedürfnisse offenlegen und die Rechtsdogmatik sodann Ergebnisse für die tatsächlichen Probleme liefern.

38 *Kischkel*, Die Spruchtätigkeit der Gießener Juristenfakultät. Grundlagen – Verlauf – Inhalt (2016), et passim.

39 *Jhering*, Nachlass SUB Göttingen Cod. Ms. Jhering 8:10, aus dem Göttinger Nachlass erstmals ediert von *Kroppenberg*, Die Plastik des Rechts. Sammlung und System bei Rudolf v. Jhering (2015), Anhang, S. 60-87; ferner *Jhering*, Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontract (1), in: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 3 (1859), S. 449 ff.

40 *Jhering*, Brief an Gerber v. 06. Januar 1859, Ehrenberg-Briefe (1913), S. 108. Vgl. ferner *ders.*, Abhandlungen aus dem Römischen Recht (1844), S. 36 f.

41 Objektiv betrachtet war die Entwicklung kein tatsächlicher Umschwung; im Gegenteil, *Jhering* blieb zeitlebens der Dogmatik verhaftet. So passt auf die Beschreibung *Jherings* methodischer Entwicklungen daher besser die Bezeichnung eines »Perspektivwechsel[s] von einer rein wissenschaftsimmanent operierenden Dogmatik zu einer Dogmatik, die ihre Verwirklichungsbedingungen in den Institutionen und Verfahren der Rechtsanwendung« einbezieht. [*Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates. Geschichte und Theorie einer juristischen Denkfigur (2015), S. 85]. Zu Recht löst sich die *Jhering*-Forschung nach und nach von der herrschenden Auffassung von einem »Damaskus«-Erlebnis. [vgl. zu seiner methodenkritischen Wende: *Birr*, Der Schatten des Wanderers. Einzelfall, Rechtswandel und Fortschritt in Rudolf von Jherings Lehre vom Rechtsgefühl, Dissertation im Erscheinen (2022), Kap. 1 II. 3.].

42 *Jhering*, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum, 13. Auflage (1924), S. 338 f.

43 *Jhering* (Fn. 40), S. 108 f.

44 *Behrends*, Jherings »Umschwung«, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung (ZRG RA) 134 (2017), 539 (549).

45 Vgl. *Birr* (Fn. 41), Kap. 3 III.; *Fikentscher* (Fn. 4), S. 244; jüngst *Mecke*, Begriff des Rechts und Methode der Rechtswissenschaft bei Rudolf von Jhering (2018), S. 245.

46 In dieser Zeit bildete sich eine neue Art eines Juristenstandes, die Naturwissenschaften erlebten in der wissenschaftlichen Anerkennung einen beachtlichen Aufstieg [*Haferkamp*, Pandektistik und Gerichtspraxis, in: Quaderni fiorentini 40 (2011), S. 177 (198 ff.); *ders.*, Die Historische Rechtsschule, 2018, S. 315], der Romanisten-Germanisten-Streit spitzte sich um 1840 zu und seit 1850 kam es zu einer Kodifikationswelle.

47 Die tatsächliche Urheberchaft *Jherings* lässt sich durch sein 1884 veröffentlichtes Sammelwerk »Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum« (vgl. Fn. 42) belegen.

48 Preußische Gerichtszeitung. Organ des deutschen Juristentages, Bd. 3, S. 161-163; Deutsche Gerichts-Zeitung. Organ des deutschen Juristentages, Bd. 3, S. 341-344.

49 *Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Dritter Theil. Erste Abtheilung (1865), S. 300.

50 Vgl. *Behrends*, Jherings Evolutionstheorie des Rechts zwischen Historischer Rechtsschule und Moderne. Eine wissenschaftsgeschichtliche Einordnung des *Jheringschen* Rechtsdenkens aus Anlaß der Herausgabe der Wiener Antrittsvorlesung »Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?«, in: *ders.* (Hrsg.), Rudolf von Jhering, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? *Jherings* Wiener Antrittsvorlesung vom 16. Oktober 1868. Aus dem Nachlaß herausgegeben und mit einer Einführung, Erläuterungen sowie einer wissenschaftsgeschichtlichen Einordnung versehen (1998), S. 93 (102).

51 *Jhering*, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? *Jherings* Wiener Antrittsvorlesung vom 16. Oktober 1868, in: *Behrends* (Hrsg.), (Fn. 48) S. 19 (76).

Der Volksgeistlehre der Historischen Rechtsschule setzte *Jhering* damit eine (kontinuierliche) Hervorhebung des menschlichen Verstandes<sup>52</sup> und des juristischen Geistes entgegen, die die »Erfahrungen, Lehren und Warnungen der Geschichte« reflektieren und praktisch umsetzen.<sup>53</sup> Als eine Ausprägung dieses (gelehrten bzw. juristisch gebildeten) Verstandes sah er als kritische Instanz das Rechtsgefühl an,<sup>54</sup> gleichsam als eine Art Kompass oder Diagnosewerkzeug.<sup>55</sup> Nach *Jhering* besitzt die am Recht gebildete Person ein Rechtsgefühl im Sinne eines Erfahrungsspeichers, der ihr bei der Herleitung einer dogmatischen Lösung behilflich ist. Daher spricht *Jhering* das Rechtsgefühl auch den Richtern der Vorinstanzen – und eben nicht nur den akademischen Rechtsgelehrten – zu, ohne dass jedoch eine Garantie für die Korrektheit des dogmatischen Resultats bestünde.<sup>56</sup> Darüber gibt wesentlich auch das von der Co-Autorin »Oheim-Fall« getaufte Rechtsgutachten aus dem »Umschwungs«-Jahr 1859 Aufschluss, welches im Rahmen ihrer Dissertationschrift erstmals in dem *Jheringschen* Nachlass ernsthaft wahrgenommen, besprochen und ediert wird.<sup>57</sup> Dennoch war die Idee des sich aufgrund des Erfahrungsschatzes und des praktischen Bedürfnisses der Gesellschaft entwickelnde Recht und seiner Begriffe für *Jhering* keine neue Erkenntnis. Bereits in der Abhandlung »Die Consolidation der *bonae fidei possessio* und der *jura in re alieno* durch die Analogie des Eigentums« stellt *Jhering* im Jahr 1844 den historischen Prozess dar, in dem die Römer von *Ulpianus* bis *Paulus* aufgrund der Fiktion des Ablaufs der Ersitzungsfrist im Rahmen der *actio Publiciana* den Ersitzungsbesitz (*bonae fidei possessio*) Schritt für Schritt, aber ohne dahinterstehendes System, von Fall zu Fall dem Eigentum gleichstellten.<sup>58</sup>

Gemeinsam mit *Gerber* gründete *Jhering* die »Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts«, deren erster Band 1857 erschien. Auch seine berühmte Abhandlung zur *Culpa in contrahendo*<sup>59</sup> veröffentlichte er in den Jahrbüchern. Auch in dieser Abhandlung macht *Jhering* die produktive Kraft des Rechtsgefühls in Abgrenzung zur starren und sturen Sichtweise des antiquierten Volksgeistes stark. Die Grundproblematik der Situation des heutigen § 311 II BGB dürfte allen Leser\*innen bekannt sein

52 Ausführlich zur Kritik *Jherings* an der Historischen Rechtsschule vgl. *Birr*, (Fn. 39), Kap. 1 I.; ferner *Haferkamp*, 2018 (Fn. 46), S. 318 ff.

53 *Jhering*, *Der Zweck im Recht*, Zweiter Bd., 2. Auflage (1886), S. 133; *ders.*, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Zweiter Theil. Zweite Abtheilung (1858), S. 446.

54 *Jhering*, *Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontract* (2), in: *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. Bd. 4 (1861), S. 366 (367).

55 Vgl. auch *Birr*, *Jhering's concept of Rechtsgefühl and its role in The Struggle for Law*, in: *Transformacje Prawa Prywatnego* 4/2017, 5-16.

56 *Birr* (Fn. 41), Kap. 3 II.-IV.

57 *Birr* (Fn. 41), Kap. 3.

58 *Jhering*, *Die Consolidation der bonae fidei possessio und der jura in re aliena* durch die Analogie des Eigentums, in: *ders.* (Hrsg.), *Abhandlungen aus dem Römischen Recht* (1844), S. 87 (89-118).

59 *Jhering*, *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*, in: *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Bd. 4, 1861, S. 1-112.

– *Jhering* begründete den Lösungsansatz, den das (damals als gemeines Recht Anwendung findende) römische Recht noch nicht kannte, so:

»Man muß in seinem Glauben an das römische Recht jede Regung des gesunden Rechtsgefühls in sich unterdrückt haben, wenn man sich dabei zu beruhigen vermag, daß der Contract wegen mangelnden Consenses über das Quantum der Waare nicht zu Stande gekommen, eine Contractsklage folglich nicht möglich sei, die Voraussetzungen der act. legis Aquiliae aber nicht vorlägen. Wer fühlt nicht, daß es hier einer Schadensersatzklage bedarf?«<sup>60</sup>

Im Jahr 1861 wird *Jhering* einer der Mitbegründer des noch heute bestehenden Deutschen Juristentages und engagiert sich als äußerst aktives Mitglied.<sup>61</sup> Dennoch geht die Arbeit an »seinem Geist« weiterhin nur schleppend voran. Durch seine nun offen geäußerte Opposition zur immer noch herrschenden Historischen Rechtsschule ist er an den deutschen Hochschulen nicht mehr vermittlungsfähig und so bleibt er eineinhalb Jahrzehnte bei seinem behaglichen Lebensalltag in Gießen.<sup>62</sup>

Dieses beschauliche Leben findet jedoch ein schmerzvolles Ende, als auch seine zweite Frau an ihrer Tuberkulose im September 1867 stirbt. Obwohl dies abzusehen war, traf dieser erneute Schicksalsschlag ihn tief. Sein Elend war niederschmetternd, was aus seiner charakteristischen, starken Emotionalität resultiert – weshalb er es in Gießen nun gar nicht mehr aushielt und die Zelte abbrechen musste. In seiner Verzweiflung nahm er den zuvor kategorisch ausgeschlossenen Ruf nach Wien an.<sup>63</sup>

## E. Wien (1868-1872)

Die Veränderung, auf die *Jhering* sich einließ, war einschneidend.<sup>64</sup> In Wien wurde *Jhering* nach anfänglicher Bestürzung über den Trubel und die Hektik der Großstadt mitgerissen von der in der Metropole herrschenden Aufbruchsstimmung. Nachdem die Österreichische Armee bei Königgrätz 1866 den Preußen unterlag, herrschte in Wien ein Wind des Neuanfangs und der Liberalisierung. Anstelle der alten Stadtmauer wurde ab den 1860er Jahren die Ringstraße gebaut und die Stadt blühte – auch kulturell – auf. Wenige Gehminuten von der alten Universität entfernt wohnte *Jhering* mit seinen jüngeren Kindern und deren Erzieherin *Luise Wilders*.<sup>65</sup>

Euphorisch arbeitete er produktiv auf seine Antrittsvorlesung »Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?« am 16. Oktober 1868 hin: Seine Vorlesungen erzielten einen solchen Erfolg,

60 *Jhering* (Fn. 59), S. 1 (4 f.).

61 *Behrends* (Fn. 18), S. 211 (214).

62 *Kunze* (Fn. 4), S. 11 (17).

63 *Kunze* (Fn. 4), S. 11 (18).

64 *Hofmeister*, *Jhering in Wien*, in: *Behrends* (Hrsg.): *Rudolf von Jhering. Beiträge und Zeugnisse aus Anlaß der einhundertsten Wiederkehr seines Todestages* am 17. 9. 1992, 2. Auflage (1993), S. 38-48.

65 *Kunze* (Fn. 4), S. 11 (18 f.).

dass sie von Hunderten besucht wurden. Auch kulturell kam *Jhering* auf seine Kosten – Opern und Konzerte, aber auch Abende in gebildeter Gesellschaft ließen sein Herz höher schlagen. Im Sommer 1869 ehelichte er zudem seine dritte Ehefrau, ebenjene Erzieherin seiner Kinder.<sup>66</sup>

Doch bald schon verdüsterte sich *Jherings* Stimmung, denn die Arbeit am »Geist« kam nun völlig ins Stocken. In der Bearbeitung des Kapitels der allgemeinen Theorie der Rechte drängte sich ihm auf, dass die Interessen des Einzelnen von den Zwecken der Gesellschaft abhingen, die diese mit der Rechtsordnung verfolge. Die zunehmend drängender werdende Erkenntnis, dass er sich zunächst mit diesem Gedanken auseinandersetzen müsste, lähmte ihn bei der Fertigstellung des »Geistes«. Hinzu tritt, dass sein enger Freund *Bernhard Windscheid* bei der Besetzung des Heidelberger Lehrstuhls, mit dem er geliebäugelt hatte, ihm vorgezogen wurde.<sup>67</sup>

Der Ausbruch des Krieges zwischen Deutschland und Frankreich 1870 machte ihn plötzlich zum eifrigen Nationalisten und Verehrer *Bismarcks*<sup>68</sup> und drängte seine persönlichen Probleme zeitweilig in den Hintergrund. Die Anfrage seines ehemaligen Mentors *Thöl* motivierte ihn ob der zu erwartenden Ruhe in einer (nord)deutschen Kleinstadt und aufgrund der geringeren Hörschaft, zu ihm nach Göttingen zu wechseln. Er erwartete, sich aufgrund weniger Ablenkung wieder voll auf seinen »Geist« konzentrieren zu können.<sup>69</sup> In Wien selbst fühlte er sich jedoch weiterhin nicht wohl.

Zum Abschied aus Wien hielt *Jhering* am 11. März 1872 auf Einladung der Wiener Juristischen Gesellschaft eine Rede über die Bedeutung der Rechtsverwirklichung für die Rechtsordnung.<sup>70</sup> Dieser berühmte Vortrag »Kampf ums Recht« eröffnet mit einer weiteren Opposition zu *Savignys* Historischer Rechtsschule und zur Akademisierung des rechtswissenschaftlichen Studiums. »Das Recht ist kein logischer, sondern ein Kraftbegriff. Darum führt die Gerechtigkeit, die in der einen Hand die Waagschale hält, mit der sie das Recht abwägt, in der andern das Schwert, mit dem sie es behauptet.«<sup>71</sup> Veröffentlicht als Essay, wurde diese Schrift bereits in zwei Jahren zwölfmal aufgelegt und in 26 Sprachen übersetzt. Mit dem außerordentlichen Erfolg dieser Schrift wurde *Jhering* nach Einschätzung einiger zum berühmtesten deutschen Rechtswissenschaftler. Die Anerkennung erstreckte sich nicht nur auf Fachkreise, sodass es nun Berufungen hagelte, sondern auch auf breiteres gebildetes Publikum.<sup>72</sup> Der österreichische Kaiser verlieh ihm – veranlasst durch den Kultusminister als Dank für die geleisteten Dienste – obendrein am 15. April 1872 den

erblichen Adel.<sup>73</sup> Optimistisch in die Zukunft schauend verließ er Wien mit großen Erwartungen für seine Göttinger Wirkungsstätte.

## F. Göttingen (1872-1892)

Die Villa in der heutigen Bürgerstraße 12 – außerhalb des Walls, damals also noch im Grünen vor der eigentlichen Stadt gelegen – bezog *Jhering* im Juni 1872. Obwohl ihn regelmäßig Rufe in andere deutsche Städte ereilten, beispielsweise nach Leipzig und Heidelberg im Jahr 1874, hielt *Jhering* Göttingen für die restlichen zwanzig Jahre seines Lebens die Treue.<sup>74</sup> Grund dafür war mitunter, dass er sich behaglich eingerichtet hatte und als »Ritter vom Geist«, wie er sich im Scherz nannte, nach seinem Gusto Hof halten konnte. Auch in Göttingen lud er regelmäßig zu Essen und musikalischen Abenden ein und war generell gastfreundlich und beherbergte privat durchreisende Kollegen. Mit einem damals exorbitanten Gehalt konnte er es in der ihm noch aus seinen Studententagen bekannten Kleinstadt sehr gut aushalten.<sup>75</sup>

Auch zur Produktivität fand *Jhering* in seinem großen Arbeitszimmer samt Flügel und Sofa mit Blick auf den parkartigen Garten wieder. Er hatte sich nun doch entschieden, zunächst den »Zweck im Recht« zu bearbeiten. Seine Vorlesungen zogen sowohl ausländische Adelige wie auch hervorragend talentierte Studenten an, woran er seine Freude hatte.<sup>76</sup>

Im Zweck führt *Jhering* seine bereits im zweiten Teil des Geistes anklingende Überlegung, die Rechtsentwicklung entstünde durch die »bewußte und zweckmäßige Mit- und Nacheinanderarbeit Einzelner«,<sup>77</sup> fort. Recht sei das Ergebnis der weitsichtigen Koppelung von Erfahrungswissen und Selbstbeherrschung zum Wohle des menschlichen Zwecklebens, das den niederen oder vorübergehenden Vorteil opfert, um den höheren, langanhaltenden Gewinn zu erzielen.<sup>78</sup> Er versucht, nicht lediglich die Teleologie einzelner Normen zu ergründen, sondern die gesamte Rechtswissenschaft auf dem Entwicklungsgedanken zu basieren, womit er seinen lebenslangen Feldzug gegen die formalistische Historische Rechtsschule fortführt. Dass es ihm hier um die Implementierung einer neuen juristischen Methode geht, verdeutlicht er in einem Brief an *Windscheid*, dem er die Motivation für sein 1889 erschienenes Spätwerk »Der Besitzwille« schildert: »Aber [die Schrift über den Besitzwille] ist zugleich eine Tendenzschrift in [B]ezug auf die herrschende juristische Methode, und der Besitzwille dient mir nur als ein höchst geeignetes Objekt, um die Verkehrtheit der herrschenden Methode daran zu veranschaulichen

<sup>66</sup> Kunze (Fn. 4), S. 11 (19).

<sup>67</sup> Kunze (Fn. 4), S. 11 (19).

<sup>68</sup> Vgl. *Poschinger*, Bismarck und Jhering, Aufzeichnungen und Briefe (1908).

<sup>69</sup> Kunze (Fn. 4), S. 11 (20).

<sup>70</sup> Vgl. *Hofmeister* (Fn. 64), S. 38 (43 f.).

<sup>71</sup> *Jhering*, Der Kampf ums Recht, 4. Auflage (1874), S. 2.

<sup>72</sup> Kunze (Fn. 4), S. 11 (20 f.).

<sup>73</sup> *Hofmeister* (Fn. 64) S. 38 (46).

<sup>74</sup> *Mitteis* (Fn. 1), S. 652 (653).

<sup>75</sup> Kunze (Fn. 4), S. 11 (21).

<sup>76</sup> Kunze (Fn. 4), S. 11 (21).

<sup>77</sup> Vgl. *Mitteis* (Fn. 1), S. 652 (657).

<sup>78</sup> *Jhering*, Der Zweck im Recht, Erster Bd. (1877), S. 255.

und bei allen einzelnen Punkten, wo ich dazu Gelegenheit habe, die von mir befolgte zur Anwendung zu bringen.«<sup>79</sup>

Das Thema des Besitzes ist insgesamt ein weiteres, das sich durch *Jherings* Leben hindurchzieht, indem er 1868 »Über den Grund des Besitzschutzes«, ebenjenes Werk von 1889 zum Besitzwillen und kurz vor seinem Tode noch einen Beitrag »Der Besitz« im zweiten Band des Handwörterbuchs der Staatswissenschaften publizierte, der *posthum* noch einmal in seinen Jahrbüchern veröffentlicht wurde.<sup>80</sup> Gleichermaßen dürfte es eine plakative Bedeutung haben, denn auch in dieser Hinsicht stellt er sich prominent gegen das weit bewunderte Jugendwerk *Savignys* »Das Recht des Besitzes« von 1803 mit dem Ziel, auch dessen Dogmatik in diesem Bereich inhaltlich zu dekonstruieren.<sup>81</sup>

Im Jahr 1888 summt zu seinem 70. Geburtstag das Haus vor Gratulanten und Glückwünschen, auch in den Zeitungen erscheinen national und international Würdigungen seines Lebenswerkes. Besonders hervorzuheben ist die oben bereits angesprochene Gratulation des Reichskanzlers persönlich. Zu seinem 50-jährigen Doktorjubiläum 1892 gratulieren ihm noch einmal Gott und die Welt, außerdem werden ihm Ehrendoktorwürden und literarische Festgaben zuteil. Zu diesem Zeitpunkt ist er jedoch bereits schwer erkrankt und muss überwiegend das Bett hüten, sodass die Zusammenkunft (fast) aller seiner Kinder und Enkel ihn weitaus mehr erfreut. Seine Werke bleiben überwiegend unvollendet, denn bereits wenige Wochen nach seinem 74. Geburtstag verstirbt er am 17. September 1892 an Herzversagen. Letzte Ehre erweist ihm sein Freund *Windscheid*, der ebenfalls sechs Wochen später verstirbt.<sup>82</sup>

<sup>79</sup> *Jhering*, Brief an *Windscheid* v. 5. August 1888, (Fn. 38), S. 406.

<sup>80</sup> *Jhering*, *Der Besitz*, in: *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*. Bd. 32 (1893), S. 41.

<sup>81</sup> Vgl. *Jhering*, *Über den Grund des Besitzschutzes*, 2. Auflage (1869), S. VI f.

<sup>82</sup> *Kunze* (Fn. 4), S. 11 (22 f.); *Schultz*, Rede am Sarge des Geheimen Oberjustizrates Professor Dr. Rudolf von Jhering, gehalten am 20. September 1892 (1892), S. 3-7.

Die Nachwirkungen von *Jherings* Forschung strahlen noch weit über seinen Tod hinaus in die Rechtswissenschaft aus – zweifelsohne mit geteilter Ansicht in der Fachwelt über deren Güte:

»Wie kaum ein anderer Jurist seiner Zeit genoß *Jhering* auch im 20. Jahrhundert noch fortdauerndes wissenschaftliches Interesse, das von erbitterter Ablehnung bis zu gläubiger Verehrung reicht.«<sup>83</sup>

Indem *Jhering* sich leidenschaftlich, teils daher auch überspitzt mit seinen eigenen früheren Gedanken auseinandersetzte und sie mitunter in drastischer Art revidierte, wurden einige seiner Sätze *posthum* aus ihrem Kontext gerissen und er fälschlicherweise als Vordenker der Freirechtsbewegung und des Sozialdarwinismus angesehen, dessen Frucht im Dritten Reich ans Tageslicht getreten sei.<sup>84</sup> Stattdessen hat *Jhering* dazu beigetragen, dass sich eine moderne Rechtssoziologie und soziologische Jurisprudenz herausbilden konnte, was ihm auch im Ausland hoch angerechnet wird. An seine Gedanken knüpfen die soziologische Strafrechtsschule von *Franz v. Liszt*, die Interessenjurisprudenz *Philipp Hecks* sowie die Freirechtslehre des Privatrechts an.<sup>85</sup>

Gleichsam das Kondensat seines Lebens wurde *Jhering* und der Trauergesellschaft zum Abschied mit ins Grab gegeben:

»Er brachte in das Leben des Gelehrten hinein die starken Triebe einer Natur der That, - heftige Begehren und heftiges Empfinden, aber zugleich den ausdauernden gewaltigen Willen, die Kraft der Arbeit, den Muth zum Wagen, die unverwüsthliche Fähigkeit, des Lebens Inhalt aufzunehmen und zu geniessen, den Herrschersinn, den Andere bestimmt, und den Künstlersinn, der lebendig zu schauen vermag, und den Pulsschlag des Lebens fühlt.«<sup>86</sup>

<sup>83</sup> *Falk*, *Jhering, Rudolph von*, in: *Stolleis* (Hrsg.), *Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert* (1995), S. 324 (325).

<sup>84</sup> *Behrends* (Fn. 11), S. 113 (120).

<sup>85</sup> *Hollerbach* (Fn. 2), S. 123 (124).

<sup>86</sup> *Schultz* (Fn. 82), S. 5.

## Aktuelles Bericht

Timo Marcel Albrecht, Christian Magaard und Jakob Schünemann

# Mein Wille, eure Moral – Patientenautonomie aus rechtlicher und ethischer Sicht

Bericht zur Veranstaltung aus der Reihe »Recht interdisziplinär«

Die Autonomie des Individuums ist ein wichtiger Bestandteil moderner gesellschaftlicher Moralvorstellungen. Dies gilt insbesondere für die Patientenautonomie. Dennoch sind gesellschaftliche Moralvorstellungen oft zugleich auch Ausgangspunkt für Einschränkungen dieser Autonomie. Deutlich wird dieses Spannungsverhältnis beispielsweise bei der ehemaligen Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Suizidhilfe gemäß § 217 StGB a.F., die das Bundesverfassungsgericht 2020 für verfassungswidrig erklärt hat, weil sie gegen das „Recht auf ein selbstbestimmtes Sterben“ verstößt.<sup>1</sup> Aber nicht nur die aktuell im Bundestag diskutierte gesetzliche Regelung des sogenannten assistierten Suizids macht die Frage nach der Reichweite der Selbstbestimmung besonders virulent. Auch in anderen Konstellationen stellt sich die Frage nach den rechtlichen und ethischen Grenzen individueller Autonomie, insbesondere im medizinischem Kontext nach denen der Patientenautonomie. Aber wo können (straf-)rechtliche Eingriffe in die Autonomie des Einzelnen wirklich gerechtfertigt werden und wo nicht?

Dieses Spannungsfeld bildete den Anlass zur vierten Ausgabe von »Recht interdisziplinär«, der Veranstaltungsreihe der Göttinger Rechtszeitschrift und des Alumniver eins der Studienstiftung des deutschen Volkes. In »Recht interdisziplinär« kommen Rechtswissenschaftler:innen mit Fachleuchten anderer Disziplinen und Berufsgruppen über gesellschaftlich relevante juristische Themen ins Gespräch.<sup>2</sup> Am Abend des 13. Juni 2022 diskutierten der Göttinger Straf- und Medizinrechtler Prof. Dr. *Gunnar Duttge* sowie der Göttinger Medizinethiker Prof. Dr. *Alfred Simon* über rechtliche und ethische Perspektiven auf die Patientenautonomie. Die Moderation des Abends führte die Freiburger Verfassungsrechtlerin *Sabine Klostermann*. Eine Aufzeichnung der Diskussion ist auf dem YouTube-Kanal von »Recht interdisziplinär« abrufbar.<sup>3</sup>

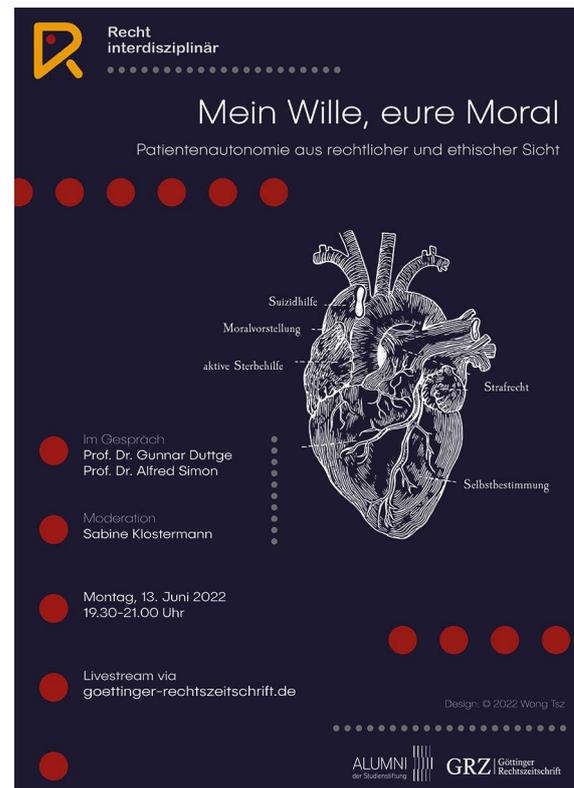
Nach einer Einführung ins Thema stellten die beiden Referenten ihre Ausführungen zunächst in Impulsvorträgen dar, über die sie sodann ins moderierte Gespräch kamen.

<sup>1</sup> BVerfGE 153, 182.

<sup>2</sup> Vgl. auch die Veranstaltungsberichte *Albrecht/Magaard/Schünemann*, Beschleunigter Stillstand – Gesetze einer Pandemie, GRZ 2020, 201 f.; *dies.*, Macht Recht ungleich? – Wie das Recht Vermögen schafft und verteilt, GRZ 2021, 91 ff.; *dies.*, 70 Jahre Bundesverfassungsgericht – Verfassungsgerichtsbarkeit auf dem Prüfstand, GRZ 2021, 169 ff.

<sup>3</sup> Direktlink zum Video:

<https://www.youtube.com/watch?v=zRDM3DzTx9I>.



## A. *Alfred Simon*, Mein Wille, eure Moral – Patientenautonomie aus ethischer Sicht

*Simon* ging in seinem Vortrag einleitend auf die Grundbegriffe von *Moral* und *Ethik* sowie deren Verhältnis zueinander ein. *Moral* ist demnach als Gesamtheit der moralischen Normen und Werte zu verstehen, welche von einer Person oder Personengruppe (z.B. auch einer ganzen Gesellschaft) als verbindlich anerkannt wird. Demgegenüber meint *Ethik* sozusagen die Reflexion bzw. Theorie der *Moral*, versucht also – anhand unterschiedlicher und im Laufe der Geschichte gewandelter Maßstäbe – die tatsächlich vorhandenen Wertvorstellungen einer prüfenden Kritik zu unterziehen. Es folgten verschiedene, auch geschichtliche Beispiele zu sich wandelnden moralischen Vorstellungen insbesondere im Bereich der Medizin. Zudem skizzierte er unter ethischer Beurteilung in Anwendung auf die Sterbehilfe die klinische Praxis der Patientenautonomie. Lege man die Prinzipienethik zugrunde, zeige sich besonders am Verhältnis der Selbstbestimmung zur Fürsorge über die letzten Jahrzehnte ein Wandel gesellschaftlicher Moralvorstellungen. Dies verdeutlichte *Simon* am Beispiel von Stellungnahmen der Bundesärztekammer im

Bereich der Therapieverweigerung sowie von Patientenverfügungen aus den Jahren 1993 bis 2011, an denen sich eine Entwicklung von eher paternalistischer Fürsorge zur Behandlung von selbstbestimmten Patienten offenbare. In der klinischen Praxis äußere sich die Patientenautonomie besonders im Konzept der *informierten Einwilligung*. Voraussetzung für einen ärztlichen Eingriff bildet demnach neben der medizinischen Indikation stets die Einwilligung des Patienten nach einer als Entscheidungsassistenz geltenden Aufklärung, wobei die Einwilligung auch dann noch gelte, wenn der Patient nicht mehr in der Lage ist, einen Willen zu äußern oder zu bilden. Für eine selbstbestimmte Entscheidung gelten prozedurale und substanziale Kriterien, wobei hier auch heute noch die Rationalität des Patientenwillens für wesentlich gehalten werde. Je anspruchsvoller die Kriterien definiert sind, desto sicherer kann die Annahme der Einwilligungsfähigkeit ausfallen. Gleichwohl liegt in anspruchsvolleren Kriterien die Gefahr, dem Patienten die Selbstbestimmungsfähigkeit abzuspüren. In Bezug auf die ethische Begründung der Sterbehilfe veranschauliche das Urteil des BVerfG zum assistierten Suizid, dass eine konsequente Deklination der Selbstbestimmung ausreicht, um auch ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben zu begründen. Im Vergleich dazu würden ausländische Rechtsordnungen die Selbstbestimmung erst in Verbindung mit einer leidvollen Situation als Rechtfertigungsgrund für die Zulässigkeit von Sterbehilfe anerkennen. Der – etwa von *Peter Dabrock*, dem früheren Vorsitzenden des Deutschen Ethikrates geäußerte – Einwand gegen das BVerfG-Urteil, es verabsolutiere die persönliche Autonomie, indem es jede Einschränkung allein durch den Lebensschutz verneine, wies *Simon* als unzulässigen Paternalismus zurück. Eine Schranke der Selbstbestimmung könnte daher nur der Schutz der Selbstbestimmung als solche bilden, wie er in Aufklärungspflichten abgebildet werde.

### **B. Gunnar Duttge, Die Patientenautonomie: Reichweite und Grenzen einer „Moralisierung“ aus (straf-)rechtlicher Sicht**

*Duttge* stellte seinem Vortrag die Folie voran, dass im Mittelpunkt einer freiheitlichen Rechtsordnung der Einzelne als Subjekt seiner selbst stehen müsse. Dieser Kern bilde das Unverfügbare einer auf Akzeptanz angewiesenen, freiheitlichen Rechtsordnung. Gespiegelt auf das Arzt-Patienten-Verhältnis müsse daher der Wille des vulnerablen Patienten als Subjekt eine zentrale Kategorie bilden. Die Perspektive der *Medizinethik* hierauf unterscheidet sich *Duttge* zufolge in den Parametern des Geltungsgrunds und der Geltungskraft zentral von jener des *Medizinrechts*. Schließlich sei die ethische Diskussion ganz auf die Überzeugungskraft des Arguments gerichtet, während das Recht einen legislativ gesetzten Rahmen vorfinde und zur Klärung von Rechtsfragen Instanzen ausgesetzt ist, die letztverbindliche Entscheidungen treffen. Aus der Patientenautonomie folge, dass für einen medizinischen Heileingriff stets der Patient als »Experte« für das eigene Wohlbefinden bewertet wird. Grenzen der Selbstbestimmung des Patienten bildeten die Rechte sowie Rechtsgüter anderer und jene, die die Rechtsordnung der Allgemeinheit zuspricht. Im Strafrecht sind

etwa Kollektivrechtsgüter – wie die Umwelt oder die Sicherheit des Straßenverkehrs – anerkannt, deren Verletzung die Strafbarkeit eines Verhaltens begründen kann, ohne dass Rechte oder Rechtsgüter einer bestimmten Person verletzt wurden und, so *Duttge*, ohne dass ein durch die strafrechtliche Sanktionierung ausgesprochenes Verhaltensverbot Paternalismus bedeute. Deshalb müsse auch der Lebensschutz einen Status in der Rechtsordnung haben, der mit der Selbstbestimmung des Patienten in Einklang zu bringen ist. Das legitime Interesse der Rechtsordnung an der Aufrechterhaltung des Lebens und der Gesundheit darf ihm zufolge indes keinen Zwang zum Weiterleben begründen. Gegen den erklärten Willen des Patienten könne also keine Fürsorge stattfinden. Perfektionistische Moraltheorien hingegen, kraft derer sich die Gesellschaft anmaßt zu beurteilen, welches Leben für den Einzelnen gut und richtig ist, stellen eine heteronome Setzung und bereits einen illegitimen Bereich der Moralisation dar.

Durch einen *assistierten Suizid* seien, wie auch das BVerfG betonte, Rechte anderer nicht berührt, soweit sie nicht zur Mitwirkung gezwungen werden. Legitime Interessen der Gesellschaft an der Ausgestaltung der Suizidpraxis und spiegelbildlich an der Suizidprävention bestünden allerdings sehr wohl. Verfassungsrechtlich sah *Duttge* dies in grundrechtlichen Schutzpflichten in Bezug auf das Leben und die Gesundheit normativiert. Als illegitim bezeichnete er demgegenüber die Einschränkung des Suizidwunsches allein wegen entgegenstehender Moralvorstellungen der Gesellschaft, wie sie als eine Art Makel in den einschlägigen Bundestagsdebatten zur Einführung von § 217 StGB a.F. aber ausgesprochen wurden.

Die *Tötung auf Verlangen* (aktiv-direkte Sterbehilfe) verletze ebenfalls keine Rechte anderer, soweit die Tötungshandlung freiwillig stattfindet. Ein berechtigtes Interesse der Gesellschaft könne dagegen als Ausdruck der Schutzpflicht für Leben und Gesundheit darin bestehen, die Anzahl der Suizide grundsätzlich in Grenzen zu halten (zugespielt im sogenannten Dammbrech-Argument). Hinzukomme, dass die Entscheidung zur Tötung auf Verlangen häufig aus einem besonders labilen persönlichen Hintergrund erfolgt, was die Frage nach der Einwilligungsfähigkeit berührt. *Duttge* akzentuierte hierbei auch insgesamt stärker als *Simon* das autonomieeinschränkende Potenzial gesellschaftlicher Belange, ohne ein solches jedoch den Moralvorstellungen der Gesellschaft zuzubilligen.

Auch in Bezug auf eine *palliative Sedierung*, die der Schmerzlinderung dient und bei der mögliche letale Komplikationen zwar nicht angestrebt, aber in Kauf genommen werden, müssten Patienten aus freiem Willen heraus in die Behandlung einwilligen können. Wegen der Dauer der kontinuierlichen Behandlung können jedoch auch bei der palliativen Sedierung aus der Selbstbestimmung resultierende Grenzen bestehen. Gerade aus dem Zweck der Sedierung als Leidlinderung folgt das Risiko, den Willen des Patienten durch eine hegemonielle Bevormundung zu ersetzen.

Demgegenüber beruht die gesellschaftliche Debatte um die *Impfpflicht* gegen das Corona-Virus *Duttge* zufolge teilweise auf dem Irrglauben, dass die Impfung nur dem Schutz des Geimpften dient. Es gehe stattdessen aber auch um den Gesundheits- und Lebensschutz der anderen Mitglieder der Gesellschaft, also der Allgemeinheit. Das wiederum sei ein legitimes Interesse und eine Schutzpflicht des Staates.

Abschließend hob *Duttge* hervor, dass die in der Rechtsordnung zurecht zentrale Autonomie stets beeinflusst ist von den individuellen Lebenshintergründen der Patienten, die die Urteilsfähigkeit des Einzelnen befördern oder beeinträchtigen können. Die Einflüsse seien erst rudimentär konzeptionalisiert. Gerade aus diesem Grund legen auch aktuell die unterschiedlichen Gesetzesentwürfe ganz unterschiedliche Maßstäbe an die Sicherheit des gebildeten Suizidwillens des Patienten an. Insgesamt zeigten die Ausführungen *Duttges*, dass aus rechtlicher Sicht teils weitgehendere Einschränkungen der Autonomie erlaubt sein können als aus ethischer Perspektive.

### C. Impulse aus der Diskussion

In der Diskussion führte *Simon* weiter aus, dass sogenannte weiche Einschränkungen der Patientenautonomie, die etwa in Form von Beratungspflichten oder Wartezeiten bezwecken, die Willensbildung des Patienten zu fördern, durchaus auch aus dem Lebensschutz gerechtfertigt werden könnten. Die pauschale Einschränkung der Autonomie allein aus dem Lebensschutz begründe dagegen unzulässigen Paternalismus. *Duttge* entgegnete, dass die rechtliche Beurteilung des assistierten Suizids oder auch der Tötung auf Verlangen nicht vernachlässigen könne, dass die betroffenen Grundwerte des Lebens und der Gesundheit von überragender Bedeutung auch für das Allgemeinwesen sind. Wenn es allein um die Verwirklichung von Selbstbestimmung ginge, dürften sich die Bewertungsmaßstäbe dieser Situationen nicht von Alltagsgeschäften unterscheiden. *Simon* hob dagegen die Sicht des Arztes hervor, der Allgemeingüter nicht gegen den Patientenwillen in die Bestimmung der Behandlungsmethoden einbeziehen sollte. Dagegen stellte *Duttge* darauf ab, dass es gerade wegen der Bedeutung der betroffenen Allgemeingüter legitim sei, dem Betroffenen die Entscheidung schwer zu machen.

*Klostermann* leitete sodann auf die Entscheidung des BVerfG zum assistierten Suizid über, deren Reiz *Simon* aus philosophisch-ethischer Sicht gerade als konsequente Deklination der persönlichen Autonomie beschrieb. *Duttge* ordnete die Entscheidung als längst überfällig ein, weil die Regelung des § 217 StGB a.F. stark paternalistische und moralisierende Bezüge gehabt habe, indem sie etwa den freiwilligen Verzicht auf Nahrungsaufnahme, der palliativ und medizinisch begründbar sei, mit dem scharfen Schwert des Strafrechts sanktionierte. Das Defizit der Entscheidung liege darin, dass dem Gesetzgeber für eine Neuregelung eine Vielzahl von möglichen Regelungen vorgeschlagen wurde, ohne ihm hinreichende Leitlinien zu geben. Außerdem habe das BVerfG den auf das interaktionistische Freiheitsmodell *Dieter Suhrs* zurückgehenden Begriff der *relationalen Selbstbestimmung*

nicht weiter ausgeführt, obwohl es ihn selbst in einer Passage verwendet. Für *Simon* indes geht eine gewisse Relationalität der Selbstbestimmung in dem Begriffspaar des bestehenden Rechts auf Selbsttötung und des fehlenden Anspruchs auf die Mitwirkung anderer an der Selbsttötung auf. Die anspruchsvolle Aufgabe des Gesetzgebers beschrieb *Duttge* damit, den ungerechtfertigten Grundrechtseingriff des § 217 StGB a.F. aufzulösen und zugleich den Zugang zur Sterbehilfe zu reglementieren, um der Bedeutung von Leben und Gesundheit als Allgemeingüter nicht der Marginalisierung im alltäglichen Gebrauch auszusetzen. Das Risiko der anstehenden gesetzlichen Regelung bestehe darin, aus dem Auftrag des BVerfG abzuleiten, den Zugang zum assistierten Suizid so weit zu erleichtern, dass ihn von einem Anspruch auf Suizidhilfe kaum noch etwas trennt.

*Klostermann* leitete sodann auf die Folgen der Entscheidung für den Bestand des § 216 StGB (Tötung auf Verlangen) über. *Duttge* betonte den kategorischen Unterschied zwischen § 216 und § 217 StGB a.F. in der Herrschaftsgewalt über die Tötungshandlung, der einer schematischen Übertragung der Ausführungen des BVerfG auf § 216 StGB entgegenstehe. *Simon* ergänzte, dass bei der Tötung auf Verlangen der Suizident gar nicht selbstbestimmt sein muss. Deshalb bestehe auch ein größeres Missbrauchsrisiko als beim assistierten Suizid. Außerdem habe der Patient durch die Inanspruchnahme des assistierten Suizids hinreichende Möglichkeiten, seinen Suizidwillen zu verwirklichen, und sei daher auf die Entpönalisierung der Tötung auf Verlangen nicht unbedingt angewiesen. Der Unterschied zur Suizidhilfe sei zwar nicht kategorial, aber immerhin wesentlich.

Der nächste Diskussionsabschnitt betraf die praktischen Probleme beim Zustandekommen der Suizidhilfe und die Frage, wie man sie rechtlich einhegen könnte. *Simon* betonte den gesetzlichen Regelungsbedarf zur Suizidhilfe, der im Unterschied zur Ausgangslage im Jahr 2015 nunmehr tatsächliche bestehe. Denn zwar habe das Bundesverfassungsgericht das Recht auf selbstbestimmtes Sterben stark betont. Doch die Inanspruchnahme des Rechts sei praktisch problematisch, wie dies etwa die nach herrschender Meinung bestehende Unzulässigkeit der Verabreichung von Betäubungsmitteln an Suizidwillige verdeutliche. Außerdem folge aus der Legalisierung der Suizidhilfe zumindest potenziell ein erhöhter sozialer Druck auf Schwerkranke, dem durch eine gesetzliche Klarstellung begegnet werden müsse. Das Strafrecht sei dafür nicht das richtige Medium, sondern eher das Betäubungsmittelrecht. *Duttge* pflichtete dem bei, denn das strafrechtliche Verbot der Suizidhilfe könne schon gar nicht beschreiben, vor welchem Unrecht geschützt werden soll. Die gesetzgeberische Herausforderung sei, eine fundierte, willkürfreie Rechtfertigung zu schaffen und einzelne Anforderungen an die Verwirklichung des Suizidwunsches zu setzen, die der Schutzpflicht für das Leben Rechnung tragen. Das Strafrecht sei dafür ungeeignet und bislang in diesem Kontext missbraucht worden.

Abschließend diskutierten die Referenten die aktuellen Gesetzesentwürfe zur Neuregelung des assistierten Suizids. Im Gespräch seien Aufklärungs- bzw. Gutachtenpflichten

sowie retardierende Wartefristen nach der Aufklärung. *Simon* hob hervor, dass noch unklar ist, wer die geforderte Aufklärung vornehmen darf, also etwa eine staatlich anerkannte Stelle oder ein Arzt (mit noch zu klärender Qualifikation). Zudem beanstandete er, dass starre Fristen das persönliche Leiden der jeweiligen Person nicht berücksichtigen können. Außerdem solle es weniger darum gehen, die Freiverantwortlichkeit einer Entscheidung positiv nachzuweisen, sondern eher darum, im Falle von gegenteiliger Indikation eine Umsetzung des assistierten Suizids zu versagen. Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis sah *Duttge* bei existenziellen Fragen wie der über Leben und Tod unter Verweis auf die Lebensrealität der betreffenden Menschen umgekehrt. Er betonte hierbei das Problem der Herstellung einer aufgeklärten Entscheidung über die Beendigung des eigenen Lebens. Das neuzeitliche Dogma der allumfassenden Autonomie offenbare sich gerade in den vulnerablen Situationen der Selbsttötung als Trugschluss, weil die Entscheidung stets durch äußere Faktoren beeinflusst werde. Dieses Paradoxon aufzulösen sah er als die Aufgabe des Gesetzgebers. Die bisherigen Reformentwürfe ließen jegliches Gespür dafür vermissen. Es sei überdies nicht zielführend, bekannte Instrumente etwa aus dem Bereich des Schwangerschaftsabbruchs schematisch auf die Regelung der Sterbehilfe übertragen zu wollen. Unterschiedlicher Meinung blieben *Simon* und *Duttge* über die Frage, ob zwischen dem Fall einer Therapiebegrenzung bzw. eines Behandlungsabbruchs einerseits und dem assistierten Suizid andererseits ein kategorialer Unterschied bestehe, der sich auch in den rechtlichen Anforderungen zur Willensbildung – etwa durch das Einfordern psychiatrischer Fachgutachten – niederschlagen müsste.

#### D. Schluss

In seinem Schlusswort zu dieser interdisziplinären Veranstaltung betonte *Simon*, dass man besser nicht pauschal »die Ethik« und »die Rechtswissenschaft« gegenüberstellt, sondern vielmehr einzelne, oft auch innerhalb des jeweiligen Fachbereichs kontrovers diskutierte Auffassungen. Er reflektierte außerdem über das Verhältnis der Autonomie zu

Gemeinschaftswerten am Lebensende und hob hervor, dass ihn gerade der interdisziplinäre Dialog in der Gesellschaft und in der vorliegenden Diskussion darin bestärkt, dass in dieser Gesellschaft ein Leben lebenswert sei. *Duttge* betonte die zwei für ihn gesicherten Bereiche der rechtlich-ethischen Bewertung des assistierten Suizids. Zunächst dürfe die Gesellschaft nicht aus rein moralischen Gründen den autonom gebildeten Wunsch des Patienten einschränken. Zugleich habe aber die Entscheidung des Suizidenten eine gesellschaftliche Relevanz. Deshalb könne die ethische und rechtliche Bewertung einer Suizidentscheidung nicht allein auf eine Betrachtung der individuellen Autonomie beschränkt werden. Der gesetzlichen Neuregelung müssten deshalb neue Maßgaben der ethisch-rechtlichen Bewertung des Suizidwunsches zugrunde gelegt werden.

Die Organisatoren freuten sich über die gute Resonanz auf diese Veranstaltung und bedanken sich herzlich bei den Gästen und allen Beteiligten.

Recht  
interdisziplinär



**GT/ET+**



© ROBERT KNESCHKE - FOTOLIA.COM

# Unser Studentenangebot: 3 Monate GT/ET+ gratis

Immer mittendrin, bei allem was passiert.

Mit dem **GT/ET+** Studentenangebot bieten wir Ihnen **exklusiven Zugriff zu allen Inhalten auf [goettinger-tageblatt.de](http://goettinger-tageblatt.de)** - und das ganze 3 Monate kostenlos!

Jetzt registrieren und loslegen! [gturl.de/studiangebot](http://gturl.de/studiangebot)



**ZivilR** Rechtsprechungsübersicht

Tim Becker\*

**Rechtsprechungsübersicht Zivilrecht****Nachforschungspflicht der leiblichen Mutter bezüglich der Abstammung des Kindes**

BGH, Beschl. v. 19.01.2022 – XII ZB 183/21

*Amtliche Leitsätze*

1. Anspruchsgrundlage für das Auskunftsverlangen eines Kindes gegen seine leibliche, nicht rechtliche Mutter über die Person seines leiblichen Vaters ist – trotz des von § 1755 I 1 BGB angeordneten Erlöschens des rechtlichen Eltern-Kind-Verhältnisses aufgrund Adoption – § 1618a BGB.

[...]

3. Durch die Mitteilung der leiblichen Mutter, der mögliche Erzeuger oder dessen Name sei ihr nicht bekannt, wird der Auskunftsanspruch nicht erfüllt. Eine fehlende Kenntnis kann von der Mutter aber als eine den Anspruch ausschließende Unmöglichkeit geltend gemacht werden. Dazu gehört auch der Vortrag und erforderlichenfalls der Beweis, dass sie die ihr unter den Umständen des Einzelfalls zumutbaren Erkundigungen eingeholt hat.

**Kein Recht auf Bezeichnung als »Eltern« statt »Mutter«**

BGH, Beschl. v. 26.01.2022 – XII ZB 127/19

*Leitsatz der Redaktion*

Eine Frau-zu-Mann Transsexuelle hat kein Recht darauf, in der Geburtsurkunde ihres Kindes mit der Bezeichnung »Eltern« anstelle von »Mutter« erwähnt zu werden.

**Keine »taggenaue Berechnung« eines Schmerzensgeldes**

BGH, Urt. v. 15.02.2022 – VI ZR 937/20

*Amtliche Leitsätze*

1. Maßgebend für die Höhe des Schmerzensgeldes sind im Wesentlichen die Schwere der Verletzungen, das durch diese bedingte Leiden, dessen Dauer, das Ausmaß der Wahrnehmung der Beeinträchtigung durch den Verletzten und der Grad des Verschuldens des Schädigers. Dabei geht es nicht um eine isolierte Schau auf einzelne Umstände des Falles, sondern um eine Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalles. Diese hat der Tatrichter zunächst sämtlich in den Blick zu nehmen, dann die fallprägenden Umstände

zu bestimmen und diese im Verhältnis zueinander zu gewichten. Dabei ist in erster Linie die Höhe und das Maß der entstandenen Lebensbeeinträchtigung zu berücksichtigen; hier liegt das Schwergewicht. Auf der Grundlage dieser Gesamtbetrachtung ist eine einheitliche Entschädigung für das sich insgesamt darbietende Schadensbild festzusetzen, die sich jedoch nicht streng rechnerisch ermitteln lässt.

2. Diesen Grundsätzen wird die sogenannte »taggenaue Berechnung« des Schmerzensgeldes nicht gerecht.

**Keine Unmöglichkeit einer Hochzeitsfeier durch Beschränkungen im Rahmen der Corona-Pandemie**

BGH, Urt. v. 02.03.2022 – XII ZR 36/21

*Amtliche Leitsätze*

1. Kann eine Hochzeitsfeier aufgrund der zu diesem Zeitpunkt zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie geltenden Maßnahmen nicht wie geplant durchgeführt werden, wird dem Vermieter der hierfür gemieteten Räumlichkeiten die von ihm geschuldete Leistung nicht unmöglich.

2. Der Umstand, dass die Durchführung einer Hochzeitsfeier mit der geplanten Bewirtung von 70 Personen aufgrund verschiedener Regelungen in der zu diesem Zeitpunkt geltenden Corona-Schutzverordnung nicht zulässig war, führt nicht zu einem Mangel des Mietgegenstands im Sinne von § 536 I 1 BGB.

3. Für einen Mieter, der Räume zur Durchführung einer Veranstaltung gemietet hat, kommt grundsätzlich ein Anspruch auf Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 I BGB in Betracht, wenn die Veranstaltung aufgrund von hoheitlichen Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie nicht in der geplanten Form stattfinden kann.

4. Bei der Prüfung, ob dem Mieter ein Festhalten an dem unveränderten Vertrag unzumutbar ist und wie dem gegebenenfalls zu begegnen ist, verbietet sich eine pauschale Betrachtungsweise. Maßgeblich sind vielmehr sämtliche Umstände des Einzelfalles.

**Vorfahrt bei Zusammenführung zweier Fahrstreifen**

BGH, Urt. v. 08.03.2022 – VI ZR 47/21

*Amtlicher Leitsatz*

Bei einer beidseitigen Fahrbahnverengung (Gefahrenzeichen 120 nach Anlage 1 zu § 40 VI und VII StVO) gilt das Gebot der wechselseitigen Rücksichtnahme (§ 1 StVO). Ein

\* Der Autor studiert seit dem Wintersemester 2019/20 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen. Nebenbei ist er studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Kartellrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Eckart Bueren sowie am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Kirchenrecht und Staatskirchenrecht von Dekan Prof. Dr. Hans Michael Heinig.

regelmäßiger Vorrang eines der beiden bisherigen Fahrstreifen besteht nicht.

**Diesel-Skandal: Ungleichbehandlung von Kauf und Leasing bei der deliktischen Vorteilsausgleichung**

BGH, Urt. v. 21.04.2022 – VII ZR 285/21

*Amtlicher Leitsatz*

Im Rahmen der deliktischen Vorteilsausgleichung entspricht der Wert der während der Leasingzeit erlangten Nutzungsvorteile eines Kraftfahrzeugs grundsätzlich der Höhe nach den vereinbarten Leasingzahlungen. Der Wertverlust des Fahrzeugs während der Leasingzeit ist kein geeigneter Maßstab zur Bemessung des Nutzungsvorteils.

**Keine Störung der Geschäftsgrundlage bei Pflegeverträgen während der Corona-Pandemie**

BGH, Beschl. v. 28.04.2022 – III ZR 240/21

*Amtlicher Leitsatz*

Im Rahmen der Bekämpfung der COVID-19-Pandemie hoheitlich angeordnete Besuchs- und Ausgangsbeschränkungen berechtigen Bewohner eines Pflegeheims nicht zur Entgeltkürzung nach § 10 I WBG. Sie stellen grundsätzlich auch keine schwerwiegende Änderung der Geschäftsgrundlage im Sinne des § 313 I BGB dar.

**Wirecard: Vorläufige Deckung von PR-Kosten in der Managerhaftpflichtversicherung**

OLG Frankfurt, Urt. v. 29.04.2022 – 7 U 150/21

*Amtlicher Leitsatz*

Vorläufige Abwehrkosten umfassen auch die Public-Relations-Kosten zur Abwendung oder Minderung des Reputationsschadens des Versicherten.

**Rückzahlung von Mitgliedsbeiträgen durch Fitnessstudios während der Pandemie**

BGH, Urt. v. 04.05.2022 – XII ZR 64/21

*Amtliche Leitsätze*

1. Während der Zeit der Schließung eines Fitnessstudios aufgrund der hoheitlichen Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie war es dem Betreiber rechtlich unmöglich, dem Nutzungsberechtigten die Möglichkeit zur vertragsmäßigen Nutzung des Fitnessstudios zu gewähren und damit seine vertraglich geschuldete Hauptleistungspflicht zu erfüllen. Für den Zeitraum der Schließung hat der Nutzungsberechtigte einen Anspruch auf Rückzahlung der entrichteten Monatsbeiträge, sofern der Betreiber von der »Gutscheinlösung« nach Art. 240 § 5 II EGBGB keinen Gebrauch gemacht hat.

2. Eine Anpassung vertraglicher Verpflichtungen an die tatsächlichen Umstände kommt grundsätzlich dann nicht in Betracht, wenn das Gesetz in den Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung die Folge der Vertragsstörung bestimmt. Daher scheidet eine Anwendung des § 313 BGB aus, soweit der Tatbestand des § 275 I BGB erfüllt ist.

3. Bei Art. 240 § 5 EGBGB handelt es sich um eine spezialgesetzliche Regelung, die die gesetzlichen Rechtsfolgen der Unmöglichkeit modifiziert und in ihrem Geltungsbereich die Anwendung des § 313 BGB ausschließt.

4. Der Betreiber eines Fitnessstudios hat deshalb gegen seinen Vertragspartner keinen Anspruch auf eine Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage dahingehend, dass die vereinbarte Vertragslaufzeit um den Zeitraum einer pandemiebedingten Schließung des Fitnessstudios verlängert wird.

## ÖffR Rechtsprechungsübersicht

Julian Jansen\* und Sven Wedemeyer†

# Rechtsprechungsübersicht Öffentliches Recht

### Gesetzgeber muss Vorkehrungen zum Schutz von Menschen mit Behinderung für den Fall einer pandemiebedingten Triage treffen

BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 – 1 BvR 1541/20

*Amtliche Leitsätze*

1. Aus Art. 3 III 2 GG ergibt sich für den Staat das Verbot unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung wegen Behinderung und ein Auftrag, Menschen wirksam vor Benachteiligung wegen ihrer Behinderung, auch durch Dritte, zu schützen.
2. Der Schutzauftrag des Art. 3 III 2 GG kann sich in bestimmten Konstellationen ausgeprägter Schutzbedürftigkeit zu einer konkreten Schutzpflicht verdichten. Dazu gehören die gezielte, als Angriff auf die Menschenwürde zu wertende Ausgrenzung von Personen wegen einer Behinderung, eine mit der Benachteiligung wegen Behinderung einhergehende Gefahr für hochrangige grundrechtlich geschützte Rechtsgüter wie das Leben oder auch Situationen struktureller Ungleichheit.
3. Der Schutzauftrag verdichtet sich hier, weil das Risiko der Benachteiligung wegen einer Behinderung bei der Zuteilung knapper, überlebenswichtiger intensivmedizinischer Ressourcen besteht.
4. Dem Gesetzgeber steht auch bei der Erfüllung einer konkreten Schutzpflicht aus Art. 3 III 2 GG ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu. Entscheidend ist, dass er hinreichend wirksamen Schutz vor einer Benachteiligung wegen der Behinderung bewirkt.

### Neukonzeption und Fortentwicklung des Vorrangs des Unionsrechts

EuGH, Urt v. 21.12.2021, Rs. C-357/19 u.a., Euro Box Promotion u.a., ECLI:EU:C:2021:1034

*Aus der Zusammenfassung*

1. Die Schaffung einer eigenen Unionsrechtsordnung, die von den Mitgliedstaaten auf der Grundlage der Gegenseitigkeit angenommen wurde, hat zur Folge, dass die Mitgliedstaaten weder gegen diese Rechtsordnung nachträgliche einseitige Maßnahmen geltend machen können noch dem

Unionsrecht Vorschriften des nationalen Rechts gleich welcher Art entgegensetzen können.

2. Bei der Annahme des Reformvertrages von Lissabon hat die Konferenz der Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten in ihrer Erklärung Nr. 17 zum Vorrang ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das Unionsrecht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs unter den in dieser Rechtsprechung festgelegten Bedingungen Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten hat.

3. Die Union achtet nach Art. 4 II EUV die Gleichheit der Mitgliedstaaten, was ihr aber nur möglich ist, wenn es den Mitgliedstaaten nach dem Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts unmöglich ist, eine einseitige Maßnahme welcher Art auch immer gegen die Unionsrechtsordnung durchzusetzen. Die Tragweite des Vorrangs im Hinblick auf die einschlägigen Bestimmungen des Unionsrechts wird bei der Ausübung der ausschließlichen Zuständigkeit des Gerichtshofs für die verbindliche Auslegung des Unionsrechts präzisiert, da diese Tragweite weder von einer Auslegung von mitgliedstaatlichem Recht noch von einer abweichenden Auslegung Unionsrechts durch ein nationales Gericht abhängen darf.

4. Die Wirkungen des Vorrangs sind für alle Einrichtungen eines Mitgliedstaats verbindlich, ohne dass dem die innerstaatlichen Bestimmungen, auch wenn sie Verfassungsrang haben, entgegenstehen könnten. Die nationalen Gerichte sind verpflichtet, jede nationale Regelung oder Praxis, die einer Bestimmung des Unionsrechts mit unmittelbarer Wirkung entgegensteht, unangewendet zu lassen, ohne dass sie die vorherige Beseitigung dieser nationalen Regelung oder Praxis auf gesetzgeberischem Weg oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren beantragen oder abwarten müssten.

### Rechtsstaatskonditionalitätsmechanismus verstößt nicht gegen das Primärrecht

EuGH, Urt. v. 16.2.2022, Rs. C-156/21, Ungarn/Parlament und Rat, ECLI:EU:C:2022:97

EuGH, Urt. v. 16.2.2022, Rs. C-157/21, Polen/Parlament und Rat, ECLI:EU:C:2022:98

*Aus der Zusammenfassung*

1. Das Ziel der angefochtenen Verordnung besteht darin, den Unionshaushalt vor Beeinträchtigungen zu schützen, die sich unmittelbar aus Verstößen gegen die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit ergeben, und nicht etwa darin, derartige Verstöße als solche zu ahnden. Damit ist die Rechtsgrundlage des Art. 322 I lit. a AEUV gewahrt.

\* Der Autor *Jansen* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht bei BVRin Prof. Dr. *Christine Langenfeld* an der Georg-August-Universität Göttingen.

† Der Autor *Wedemeyer* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht bei Prof. Dr. *Frank Schorkopf* an der Georg-August-Universität Göttingen.

2. Das gegenseitige Vertrauen der Mitgliedstaaten beruht darauf, dass diese die gemeinsamen Werte (Art. 2 EUV) achten, auf die sich die Union gründet. Diese Werte haben die Mitgliedstaaten festgelegt, und sie sind ihnen gemeinsam. Sie geben der Union ihr Gepräge als Rechtsgemeinschaft der Mitgliedstaaten. Zu ihnen zählen Rechtsstaatlichkeit und Solidarität. Da die Achtung der gemeinsamen Werte somit eine Voraussetzung für den Genuss all jener Rechte ist, die sich aus der Anwendung der Verträge auf einen Mitgliedstaat ergeben, muss die Union auch in der Lage sein, diese Werte im Rahmen der ihr übertragenen Aufgaben zu verteidigen.

3. Der Unionshaushalt ist eines der wichtigsten Instrumente, mit dem der die Union tragende Grundsatz der Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten konkretisiert werden kann. Soweit dieser Grundsatz mittels des Unionshaushalts umgesetzt wird, basiert dies auf dem gegenseitigen Vertrauen der Mitgliedstaaten in die verantwortungsvolle Verwendung der in diesen Haushalt eingeflossenen gemeinsamen Mittel.

4. Das Verfahren nach Art. 7 EUV hindert nicht die Befugnis der Unionsorgane, in einem Mitgliedstaat begangene Verstöße gegen die in Art. 2 EUV genannten Werte zu prüfen, festzustellen und gegebenenfalls ahnden zu lassen. Art. 7 EUV soll dem Rat die Möglichkeit geben, schwerwiegende und anhaltende Verletzungen eines jeden der gemeinsamen Werte, auf die sich die Union gründet und die ihre Identität ausmachen, zu ahnden, und zwar insbesondere mit dem Ziel, den betreffenden Mitgliedstaat dazu anzuhalten, diese Verletzungen abzustellen. Dagegen zielt die angefochtene Verordnung darauf, den Unionshaushalt zu schützen, und zwar allein im Fall eines in einem Mitgliedstaat begangenen Verstoßes gegen die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit, der die ordnungsgemäße Ausführung des Haushaltsplans der Union beeinträchtigt oder ernsthaft zu beeinträchtigen droht. Zudem unterscheiden sich die Verfahren in Bezug auf ihren Gegenstand, die Voraussetzungen für ihre Einleitung, für den Erlass und die Aufhebung der vorgesehenen Maßnahmen sowie deren Natur.

#### **Keine Ansprüche bei coronabedingten Betriebsschließungen im Frühjahr 2020**

BGH, Urt. v. 17.3.2022 – III ZR 79/21

*Amtliche Leitsätze*

1. § 56 I und § 65 I des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) gewähren Gewerbetreibenden, die im Rahmen der Bekämpfung der COVID-19-Pandemie als infektionsschutzrechtliche Nichtstörer durch eine auf § 28 I IfSG gestützte flächendeckende Schutzmaßnahme, insbesondere eine Betriebsschließung oder Betriebsbeschränkung, wirtschaftliche Einbußen erlitten haben, weder in unmittelbarer oder entsprechender Anwendung noch im Wege verfassungskonformer Auslegung einen Anspruch auf Entschädigung.

2. Mit den Verdienstausschüttungen nach § 56 I und § 56 Ia IfSG, dem Anspruch auf Impfschadensversorgung nach § 60 IfSG und der Entschädigung für Nichtstörer nach § 65 IfSG enthält der Zwölfte Abschnitt des Infektions-

schutzgesetzes punktuelle Anspruchsgrundlagen, denen das planmäßige Bestreben des Gesetzgebers zugrunde liegt, die Entschädigungstatbestände auf wenige Fälle zu begrenzen und Erweiterungen ausdrücklich ins Gesetz aufzunehmen.

3. Entschädigungsansprüchen aus dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht beziehungsweise aus enteignendem Eingriff steht entgegen, dass die im Zwölften Abschnitt des Infektionsschutzgesetzes enthaltenen Entschädigungsbestimmungen – jedenfalls für rechtmäßige infektionsschutzrechtliche Maßnahmen – eine abschließende spezialgesetzliche Regelung mit Sperrwirkung darstellen.

#### **Zum Vorschlagsrecht bei der Wahl eines Vizepräsidenten des Bundestages**

BVerfG, Urt. v. 22.3.2022 – 2 BvE 2/20

*Amtliche Leitsätze*

1. Der Schutzbereich von Art. 38 I 2 GG erstreckt sich auf sämtliche Gegenstände der parlamentarischen Willensbildung.

2. Einschränkungen der Mitwirkungsbefugnisse des Abgeordneten aus Art. 38 I 2 GG müssen dem Schutz gleichwertiger Verfassungsgüter dienen und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung tragen.

3. Die Funktionsfähigkeit des Parlaments stellt ein gleichwertiges Rechtsgut von Verfassungsrang dar, das grundsätzlich geeignet ist, Einschränkungen der Beteiligungsmöglichkeiten der Abgeordneten zu rechtfertigen. Dabei obliegt die Konkretisierung des zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Parlaments Erforderlichen zunächst dem Parlament selbst.

4. Anwendung und Auslegung der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages unterliegen nur eingeschränkter verfassungsgerichtlicher Prüfung. Insoweit findet lediglich eine am Grundsatz der fairen und loyalen Anwendung der Geschäftsordnung orientierte Kontrolle evidenter Sachwidrigkeit statt.

5. Bei einer Beschränkung der Mitwirkungsbefugnisse des einzelnen Abgeordneten unter Rückgriff auf die Geschäftsordnungsautonomie ist eine verfassungsgerichtliche Kontrolle dahingehend geboten, ob den dabei zu beachtenden Rechtfertigungsanforderungen aus Art. 38 I 2 GG Rechnung getragen ist.

#### **Die Wahl eines Vizepräsidenten des Bundestages erfolgt frei**

BVerfG, Beschl. v. 22.3.2022 – 2 BvE 9/20

*Amtliche Leitsätze*

1. Die Reichweite des Mitwirkungsrechts aus Art. 38 I 2 GG wird durch die in Art. 40 I 1 GG angeordnete Wahl des Bundestagspräsidenten und seiner Stellvertreter begrenzt. Das Recht einer Fraktion aus § 2 I 2 GO-BT, im Präsidium mit

mindestens einem Vizepräsidenten vertreten zu sein, steht unter dem Vorbehalt der Wahl durch die Abgeordneten.

2. Die Wahl nach Art. 40 I 1 GG ist frei. Ein Recht der Fraktionen aus Art. 38 I 2 GG auf Steuerung und Einengung der Wahl nach Art. 40 I 1 GG durch prozedurale Vorkehrungen scheidet daher aus.

**Einrichtungsbezogene Pflicht zum Nachweis einer Impfung gegen COVID-19 ist verfassungsgemäß**

BVerfG, Beschl. v. 27.4.2022 – 1 BvR 2649/21

*Amtliche Leitsätze*

1. Staatliche Maßnahmen, die eine mittelbare oder faktische Wirkung entfalten, können in ihrer Zielsetzung und Wirkung einem direkten Eingriff in Grundrechte als funktionales Äquivalent gleichkommen und müssen dann wie ein solcher behandelt werden. Als Abwehrrecht schützt Art. 2 II 1 GG grundsätzlich auch vor staatlichen Maßnahmen, die lediglich mittelbar zu einer Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit und des diesbezüglichen Selbstbestimmungsrechts führen, wenn ein Gesetz an die Wahrnehmung einer grundrechtlich geschützten Freiheit eine nachteilige Folge knüpft, um dieser Grundrechtswahrnehmung entgegenzuwirken.

2. Die in § 20a IfSG geregelte Pflicht, eine COVID-19-Schutzimpfung nachzuweisen, kommt nach ihrer Zielsetzung und Wirkung als funktionales Äquivalent einem direkten Eingriff in Art. 2 II 1 GG gleich. Das Gesetz knüpft an eine Entscheidung gegen die die körperliche Unversehrtheit berührende Impfung nachteilige Folgen; die Konfrontation mit diesen Nachteilen soll auch nach der gesetzgeberischen Zielsetzung zu einer Entscheidung zu Gunsten einer Impfung bewegen. Die Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit ist nicht bloßer Reflex der gesetzlichen Regelung.

**»Klimacamp« mit Infrastruktureinrichtungen unterfällt Art. 8 GG**

BVerwG, Urt. v. 24.5.2022 – 6 C 9.20

*Leitsätze der Redaktion*

1. Protestcamps sind als Versammlungen von der Versammlungsfreiheit umfasst, wenn sich aus der Gesamtkonzeption nach objektivem Verständnis ein auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteter kommunikativer Zweck ergibt.

2. Infrastrukturelle Einrichtungen unterfallen dann dem Schutzbereich von Art. 8 GG, wenn sie einen inhaltlichen Bezug zur intendierten Meinungskundgabe der Versammlung aufweisen oder für die konkrete Veranstaltung logistisch erforderlich sind und zu ihr in einem unmittelbaren räumlichen Zusammenhang stehen.

**Öffentliche Einrichtung i.S.d. § 30 I NKomVG erst bei Durchsetzungsmöglichkeit**

OVG Lüneburg, Beschl. v. 27.5.2022 – 10 ME 71/22

*Leitsatz der Redaktion*

Eine von der Kommune einem privaten Betreiber überlassene Einrichtung ist nicht bereits dann eine öffentliche Einrichtung im Sinne des § 30 I NKomVG bzw. § 5 I 1 PartG, wenn sie öffentlichen Zwecken dient; hinzukommen muss, dass die Kommune durch Ausübung von Mitwirkungs- und Weisungsrechten imstande ist, die öffentliche Zweckbindung nötigenfalls gegenüber dem Betreiber durchzusetzen.

**StrafR** Rechtsprechungsübersicht

Tom Hendrik Becker\*

**Rechtsprechungsübersicht Strafrecht****Fehlende Verdeckungsabsicht bei bereits aufgedeckter Tat aus Sicht des Täters**

BGH, Urt. v. 30.09.2021 – 4 StR 170/21

*Leitsätze der Redaktion*

1. Die Erfüllung des Mordmerkmals der Verdeckungsabsicht ist nicht erfüllt, wenn die Straftat bereits in einem die Strafverfolgung sicherstellenden Umfang aufgeklärt ist.
2. Insbesondere kommt es hierbei auf die subjektive Sicht des Täters im Einzelnen an und nicht auf die tatsächlich objektiv vorhandene Situation.

**Keine Strafbarkeit beim Vorlegen eines gefälschten Impfausweises in der Apotheke**

LG Osnabrück, Beschl. v. 26.10.2021 – 3 Qs 38/21

*Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze*

1. Wird ein gefälschter Impfausweis in einer Apotheke vorgelegt, um ein digitales Impfbzertifikat zu erhalten, fällt dies nicht unter die frühere Gesetzesfassung von § 277 StGB und § 279 StGB (Fassung bis zum 23.11.2021).
2. Zwar handelt es sich bei einem Impfausweis um ein Gesundheitszeugnis im Sinne der §§ 277, 279 StGB, jedoch ist eine Apotheke keine »Behörde« im Sinne dieser. Die fehlende Strafbarkeit ergibt sich dann aus der Privilegierungswirkung der §§ 277, 279 aF StGB gegenüber § 267 StGB.
3. Durch die Neufassung der §§ 277, 279 StGB anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite mit Wirkung zum 24.11.2021 wurde deshalb die Sperrwirkung der §§ 277 ff. StGB gegenüber § 267 I StGB und die Begrenzung der Täuschungsadressaten auf Behörden oder Versicherungsgesellschaften aufgehoben.

**Abgrenzung eines fehlgeschlagenen Versuches vom freiwilligen Rücktritt eines unbeendeten Versuches**

BGH, Beschl. v. 24.11.2021 – 4 StR 345/21

*Leitsätze der Redaktion*

1. Ein Fehlschlag des Versuches ist dann gegeben, wenn die Tat nach Misslingen des zunächst vorgestellten Tatverlaufs mit den bereits eingesetzten oder anderen naheliegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollendet werden kann und der Täter dies erkennt, oder wenn er subjektiv in dem Glauben

ist, die Vollendung der Tat sei unmöglich. Dabei ist insbesondere die Vorstellung des Täters nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung zu beachten und nicht der ursprüngliche Tatplan.

2. Ein Fehlschlag liegt nicht bereits darin, dass der Täter die Vorstellung hat, er müsse von seinem Tatplan abweichen, um den Erfolg herbeizuführen. Hält er die Vollendung der Tat im unmittelbaren Handlungsfortgang noch für möglich, wenn auch mit anderen Mitteln, so ist der Verzicht auf ein Weiterhandeln als freiwilliger Rücktritt vom unbeendeten Versuch zu bewerten.

**Corona-Antigentests sind Gesundheitszeugnisse im Sinne des § 277 StGB**

LG Karlsruhe, Beschl. v. 26.11.2021 – 16 Qs 90/21

*Amtliche Leitsätze*

1. Corona-Antigentests sind Gesundheitszeugnisse im Sinne des § 277 StGB.
2. Ihre Fälschung durch Personen, die keine tauglichen Täter im Sinne des § 277 StGB sind, ist daher nicht nach § 267 StGB strafbar.

**Die Garantenpflicht des Wohnungsinhabers für darin begangene Rechtsgutsverletzungen**

BGH, Beschl. v. 07.12.2021 – 5 StR 329/21

*Leitsatz der Redaktion*

Eine Rechtspflicht zum Handeln für den Inhaber einer Wohnung besteht nur dann, wenn besondere Umstände hinzutreten, die dieses Handeln begründen. Erst in folgedessen hat dieser für Rechtsgutsverletzungen, die in seiner Wohnung begangen werden, strafrechtlich einzustehen.

**Das Beschädigen eines Autodaches durch Steinwurf von einer Brücke ist kein Herbeiführen eines Unglücksfalles**

BGH, Urt. v. 09.12.2021 – 4 StR 167/21

*Von der Redaktion bearbeiteter amtlicher Leitsatz*

Um den vorsätzlichen, gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr im Sinne des § 315 II Nr. 1 Buchst. a StGB (Herbeiführen eines Unglücksfalles) zu qualifizieren, muss die Absicht des Täters darauf gerichtet sein, dass sich gerade eine von ihm herbeigeführte verkehrsspezifische Gefahr verwirklicht. Der alleinige Wille des Täters, die Dächer vorbeifahrender Autos mittels kleinerer Kieselsteine zu beschädigen, genügt dabei nicht.

\* Tom Hendrik Becker studiert seit 2019 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und ist studentischer Mitarbeiter am Göttinger Zentrum für Medizinrecht.

**»Auto-Donuts« stellen kein Kraftfahrzeugrennen  
i.S.v. § 315d I Nr. 3 StGB dar**

KG Berlin, Urt. v. 18.01.2022 (3)  
121 Ss 138/21 (59-60/21)

*Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze*

1. »Donuts« (360-Grad-Kehren auf der gleichen Stelle) sind kein unerlaubtes Kraftfahrzeugrennen und unterfallen nicht § 315d I Nr. 3 StGB.

2. Der Tatbestand der Nötigung erfordert in Bezug auf die Zwangswirkung nicht in jedem Fall Absicht.

**EncroChat-Daten unterfallen nicht dem  
Beweisverwertungsverbot**

BGH, Beschl. v. 02.03.2022 – 5 StR 457/21

*Leitsatz der Redaktion*

Solange es der Aufklärung schwerer Straftaten dienlich ist, können von französischen Ermittlern übermittelte Datenprotokolle des Chat-Anbieters EncroChat, welcher sich, als ein Kriminellen dienendes unüberwachbares Kommunikationssystem, auf eine besondere Verschlüsselung dieser Daten berufen hat, vor Gericht als Beweismittel verwertet werden. Einer Verwertbarkeit stehen weder Vorgaben der »ERMK« bzw. nationalen Verfassungsrechts noch prozessrechtliche oder rechtshilfespezifische Gründe entgegen.

**Das Zahnziehen als gefährliche Körperverletzung  
i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB**

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.03.2022 – 1 Ws 47/22

*Amtlicher Leitsatz*

Extrahiert ein Zahnarzt seinem Patienten ohne medizinische Indikation mehrere Zähne, begeht er die Körperverletzung mittels eines anderen gefährlichen Werkzeuges i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB.

**Die Durchbrechung des Grundsatzes ne bis in idem  
sowie des Rückwirkungsverbot durch den neu  
geschaffenen § 362 Nr. 5 StPO ist verfassungskonform**

OLG Celle, Beschl. v. 20.04.2022 – 2 Ws 62/22

*Leitsatz der Redaktion*

Sollten neue Erkenntnisse zur Beweisfindung aufgetreten sein, durch welche einem Täter eine Tat, auch Jahre später, zweifelsfrei nachgewiesen werden kann, so kann dieser basierend auf diesen Erkenntnissen zulässigerweise verurteilt werden, auch wenn dieser bereits zuvor rechtskräftig freigesprochen wurde. Der § 362 Nr. 5 StPO bietet dafür einen verfassungskonformen Rahmen, um schwerste Straftaten auch nachträglich noch zu bestrafen.