

AUFSÄTZE

AMÉLIE ISABELLE MÜLLER
Der Fall China

GRETA LUISE STEINKAMPF
Gleichheit und Diskriminierung im sportlichen Wettbewerb

HENDRIK UKEN
Zur Reform der Strafbarkeit des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen

PROF. DR. GUNNAR DUTTGE
Zum Abschlussbericht der Nds. Enquetekommission Kinderschutz

MAXIMILIAN ALEXANDER MITTER
Geschichte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik – Vornehmlich der Normenkontrolle

FALLBEARBEITUNGEN

TIM KONRAD BECKER
Im Regen stehen gelassen

NELE RUBIN
Das Schweigen eines Rechtsanwaltes

MATTHIAS DÖLLING
Kontrollverlust

STUDIUM UND DIDAKTIK

LUCA FYNN DUDA UND LENA JOHN
Der 10. Monzeler Weinrechtstag

NIKLAS MITTELBECK
Die praktische Studienzeit in der Niedersächsischen Staatskanzlei



GRZ | Göttinger
Rechtszeitschrift

Impressum



Göttinger
Rechtszeitschrift e. V.

Platz der Göttinger Sieben 6
37073 Göttingen

Registergericht: Amtsgericht Göttingen
Registernummer: VR 201862

Vorstandsvorsitzende: Jennifer Reh
Schriftführer: Jakob Schünemann
Kassenwartin: Carlotta Schümann

Mail: 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 2/2022, 5. Jahrgang, 1. Auflage, Dezember 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.

Zitiervorschlag

Autor:in, GRZ 2022, Seite

Mitwirkende

Redaktionsleitung

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

Schriftkoordination

Tim Konrad Becker

Ressort für Zivilrecht

Tim Konrad Becker, Sven Neubert

Ressort für Öffentliches Recht

Jonas Backhaus, Vera Bahlmann, Changling Chen, Johanna Gärtner, Julian Jansen, Sophie Norbeck, Jakob Schünemann, Sven Wedemeyer

Ressort für Strafrecht

Anneke Alberts, Tom Hendrik Becker, Belinda Behrens, Amélie Klein, Ottilia Voigt, Lea Kruse, Katharina Reisch, Paul Schäfer, Ole Johannes Timm, Hendrik Uken

Ressort für Grundlagen des Rechts

Timo Marcel Albrecht, Mattis Bieberle-Aumann, Franz Keßeler, Tim Priet, Jennifer Reh, Tristan Wißgott

Ressort für Studium und Didaktik

David Simon Diekmann, Leonard Hoffmann

Öffentlichkeitsarbeit

Fides Lisei Richter

Publikationsdirektor

Nils Kretzmer

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Martin Ahrens
Prof. Dr. Stefanie Bock
Prof. Dr. Gunnar Duttge
Prof. 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
Dr. Nikolaus Linder
Prof. Dr. Gerhard Lingelbach
Prof. Dr. Thomas Mann
Prof. Dr. Joachim Münch
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 J. Thiele
Prof. Dr. Meik Thöne, M. Jur. (Oxford)
Prof. Dr. Peter Unruh

Vorwort

Sehr geehrte Leserinnen und Leser, liebe Studierende,

wir freuen uns, Ihnen und Euch die neuste Ausgabe der Göttinger Rechtszeitschrift zu präsentieren! Die Arbeit an dieser war geprägt durch viele schöne und produktive Redaktionstreffen, die in alter Gewohnheit in den Universitätsräumlichkeiten stattfinden konnten. Viele neue Redaktionsmitglieder sind in den letzten Monaten dazugestoßen und haben zum Entstehen dieser Ausgabe beigetragen. Dafür bedanken wir uns als Vorstand sehr herzlich!

Die Autorinnen und Autoren decken in dieser Ausgabe ein facettenreiches und interessantes Spektrum aus studienrelevanten, aber auch rechtspolitischen Themen ab. Die Beiträge wären ohne das herausragende und konstruktive Engagement der Mitglieder unseres Wissenschaftlichen Beirates nicht möglich gewesen. Für die Begutachtung der zahlreichen Beitragseinreichungen gebührt Ihnen wieder unser herzlicher Dank!

In der Aufsatzrubrik untersucht *Amélie Isabelle Müller*, inwieweit die Volksrepublik China den völkerrechtlichen Menschenrechtsdiskurs prägt. *Greta Luise Steinkampf* beleuchtet in ihrem Beitrag die Verwirklichung des Rechts intergeschlechtlicher Menschen auf Teilhabe im sportlichen Wettbewerb. *Hendrik Uken* wendet sich in seinem Aufsatz der bisher wenig beachteten Reform des § 174 StGB von 2015 zu, der den sexuellen Missbrauch von Schutzbefohlenen unter Strafe stellt. Einen Ausblick auf den präventiven Schutz von Kindern vor sexualisierten Missbrauchs- und Gewalttaten gewährt unser Beiratsmitglied Herr Prof. Dr. *Gunnar Dutte* mit einem Bericht über die gewonnenen Erkenntnisse der niedersächsischen Enquete-Kommission Kinderschutz. *Maximilian Alexander Mitter* gibt in seinem Beitrag einen prägnanten Überblick zum Weimarer System der Verfassungsgerichtsbarkeit und zeigt die enge Verwandtschaft zur grundgesetzlichen Entwicklung auf.

Zum Klausurtraining enthält diese Ausgabe wie gewohnt Fallbearbeitungen. Im Zivilrecht beinhaltet die Fallbearbeitung für Fortgeschrittene von *Tim Konrad Becker* neben einem erbrechtlichen Einstieg klassische Fragestellungen aus dem Kaufmängelgewährleistungsrecht. *Nele Rubin* schärft in der ebenfalls zivilrechtlichen Fallbearbeitung für Fortgeschrittene das Bewusstsein für handelsrechtliche Fallstricke. Im Strafrecht ermöglicht die Fallbearbeitung für Anfänger von *Matthias Dölling* das Trainieren grundlegender Fragestellungen aus dem allgemeinen Teil des Strafrechts.

In der Rubrik Studium und Didaktik berichten *Luca Fynn Duda* und *Lena John* über den 10. Monzeler Weinrechtstag, der unter dem Generalthema »Klimawandel und Weinbau« vom hiesigen Institut für Landwirtschaftsrecht veranstaltet wurde. Als Fortsetzung unserer Reihe zu den vielfältigen Möglichkeiten der Absolvierung von Verwaltungspraktika erzählt *Niklas Middelbeck* von seinen Erfahrungen in der Niedersächsischen Staatskanzlei.

Den Abschluss bilden die Rechtsprechungsübersichten in allen drei Rechtsgebieten, die von *Tim Konrad Becker*, *Julian Jansen* und *Sven Wedemeyer* sowie *Paul Schäfer* und *Tom Hendrick Becker* erstellt wurden.

Wir wünschen eine anregende und lehrreiche Lektüre! Über Zuschriften und Anregungen unserer Leserinnen und Leser freuen wir uns stets, sodass Sie bitte nicht zögern, uns bei einem Anliegen zu kontaktieren. Wir wünschen erholsame Weihnachtsfeiertage und blicken mit Vorfreude auf das Jahr 2023, das einige spannende Projekte der GRZ erwarten lässt.

Im Namen der Redaktion

Der Vorstand der Göttinger Rechtszeitschrift e.V.

Jennifer Reh, Carlotta Schümann und Jakob Schünemann

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

Amélie Isabelle Müller
ÖffR Der Fall China → 116

Greta Luise Steinkampf
ÖffR Gleichheit und Diskriminierung im sportlichen Wettbewerb → 125

Hendrik Uken
StrafR Zur Reform der Strafbarkeit des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen → 133

Prof. Dr. Gunnar Duttge
StrafR Zum Abschlussbericht der Nds. Enquetekommission Kinderschutz → 140

Maximilian Alexander Mitter
GdR Geschichte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik – Vornehmlich der Normenkontrolle → 145

Fallbearbeitungen

Tim Konrad Becker
ZivilR Im Regen stehen gelassen → 155

Nele Rubin
ZivilR Das Schweigen eines Rechtsanwaltes → 160

Matthias Dölling
StrafR Kontrollverlust → 168

Studium und Didaktik

Luca Fynn Duda und Lena John
StuDi Der 10. Monzeler Weinrechtstag → 179

Niklas Middelbeck
StuDi Die praktische Studienzeit in der Niedersächsischen Staatskanzlei → 182

Varia

Tim Konrad Becker
ZivilR Rechtsprechungsübersicht Zivilrecht → 186

Julian Jansen und Sven Wedemeyer
ÖffR Rechtsprechungsübersicht Öffentliches Recht → 188

Paul Schäfer und Tom Hendrik Becker
StrafR Rechtsprechungsübersicht Strafrecht → 190

ÖffR Aufsatz

Amélie Isabelle Müller*

Der Fall China

Bewegen wir uns weg von universalen Menschenrechten, hin zu Menschenrechten mit chinesischen Charakteristika?

China nimmt mittlerweile in der internationalen Staatengemeinschaft einen bedeutsamen Platz ein. Als etablierte Ordnungsmacht in Ostasien weitet die Volksrepublik ihren Einflussbereich systematisch weiter aus, darunter auch in internationalen Organisationen. In dem Aufsatz soll untersucht werden, inwieweit China seine neu gewonnene Position beansprucht, um den Menschenrechtsdiskurs zu prägen.

A. Einleitung

»Sollte ein autoritäres China die internationalen Beziehungen dominieren, wird sich der Stellenwert der Menschenrechte in der Welt verändern.«¹ Mit dieser Prognose konstatiert *David Forsythe*, dass Chinas Aufschwung die normative Ordnung untergraben würde.² In den letzten Jahren war die Menschenrechtssituation in China durch ein hartes Vorgehen gegen Menschenrechtsaktivisten und vermeintliche Dissidenten gekennzeichnet.³ Dies zeigt sich insbesondere in Hongkong nach dem Erlass des »Gesetzes zum Schutz der nationalen Sicherheit« und der Verletzung des Prinzips »Ein Land zwei Systeme«.⁴ Repressionen gegen Minderheiten in der autonomen Region Xinjiang wurden unter dem Vorwand von Extremismus, Terrorismus und Separatismus vollzogen.⁵ Die westliche Kritik wird jedoch nicht widerstandslos hingenommen. Seitdem China im Jahr 1971 den Vereinten Nationen (VN) beigetreten ist, hat es die Universalität der Menschenrechte auf dem Papier anerkannt, allerdings auch ein eigenes Konzept mit der Veröffentlichung der Weißbücher und der aktiven Mitarbeit in den VN gefördert.⁶ Fraglich ist, inwiefern die Vorstellung

Chinas und seinem »Konzept der Menschenrechte« mit unserem herkömmlichen Verständnis von universellen Menschenrechten kollidiert.

I. Zwischen Universalismus und Relativismus – Der Fall China

1993 wurde in der Wiener Erklärung festgelegt, dass »alle Menschenrechte universell, unteilbar [sind], sich gegenseitig bedingen und miteinander zusammenhängen.«⁷ Der Ausdruck »Universalität« der Menschenrechte kodifiziert die Allgemeingültigkeit dieser Rechte im Sinne eines Geltungsanspruchs. Jene Rechte kommen dem Menschen allein aufgrund ihres »Menschseins« zugute.⁸ Obgleich eine einvernehmliche Erklärung in Wien unter Teilnahme von 171 Staaten erfolgte, divergiert das Verständnis von Menschenrechten regional.⁹ Veranschaulicht wird dies im zweiten Satz der Erklärung »[...] wenn auch die Bedeutung nationaler und regionaler Besonderheiten und verschiedener historischer, kultureller und religiöser Hintergründe berücksichtigt werden müssen, [...]«¹⁰ Das Vordringen kulturrelativistischer Auffassungen deutet Menschenrechte als Produkt der jeweiligen kulturellen Gegebenheiten.¹¹ Rechte

festigte sich eine Politik des grundlegenden Misstrauens Chinas gegenüber externen Menschenrechtsprüfungen. Menschenrechte würden instrumentalisiert, um die sozialistische Politik Chinas zu destabilisieren, siehe hierzu *Inboden*, *China and the International Human Rights Regime 1982-2017* (2021), S. 48 f.

⁷ U. N. Doc. A/CONF.157/23, I.5, S. 5.

⁸ Präambel und Art. 1 der Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR) v. 10. Dezember 1948; *Bielefeldt*, *Menschenrechte und Interkulturalität*, in: Yousefi (Hrsg.), *Menschenrechte im Weltkontext*, S. 245 (245); Absolute Theorien begründen die Menschenrechte mit der Tradition des Naturrechts oder des Vernunftrechts, mit dem Begriff *Kants* der Selbstzweckhaftigkeit des Menschen als eines absoluten Wertes oder mit dem Begriff der Menschenwürde, vgl. *Lohmann*, *Universelle Menschenrechte und kulturelle Besonderheiten*, <https://www.bpb.de/themen/recht-justiz/dossier-menschenrechte/38709/universelle-menschenrechte-und-kulturelle-besonderheiten/>, zuletzt abgerufen am 20.10.2022.

⁹ *Svensson*, *Debating human rights in China: A conceptual and political history* (2002), S. 75.

¹⁰ U.N.Doc. A/CONF.157/23, I.5, S. 5.

¹¹ *Deinhammer*, *Menschenrechte und Kulturrelativismus*, ARSP 2010, 51 (55); Andere folgen einem »cross-cultural approach«, der durch einen Kulturvergleich versucht, empirische Gemeinsamkeiten als Basis festzustellen. Schwach relative Positionen verstehen den egalitären Universalismus der Menschenrechte zu bestimmten Moralvorstellungen oder politischen Positionen. Relationale Positionen versuchen den Objektivitäts- und Universalitätsanspruch von Menschenrechten durch Korrespondenzen zwischen Menschenrechten und Volkssouveränität einzulösen, näher dazu *Lohmann* (Fn. 11).

* Die Autorin studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen. Der Beitrag ging aus einer Studienarbeit im Seminar »Menschenrechte im Spannungsfeld zwischen Universalität, kultureller Diversität und postkolonialer Realität« bei BVR a.D. Prof. Dr. *Andreas Paulus* hervor.

¹ *Forsythe*, *Human Rights in International Relations* (2012), S. 9.

² *David Forsythe* ist Professor an der Universität in Nebraska-Lincoln. Er hat zahlreiche Bücher zum Thema internationale Beziehungen publiziert.

³ *Amnesty International*, *China 2020* (2021), <https://www.amnesty.de/informieren/amnesty-report/china-2020>, zuletzt abgerufen am 22.10.2022.

⁴ BT-Drs. 19/21, 19/22599, S. 1.

⁵ *Roth*, in: *Human Rights Watch*, *China Events of 2020*, <https://www.hrw.org/world-report/2021/country-chapters/china-and-tibet>, zuletzt abgerufen am 22.10.2022.

⁶ Die »*Republic of China*« ist seit 1945 in den VN und im Sicherheitsrat als ständiges Mitglied der VN vertreten. Trotz der Niederlage des Kuomintang-Regimes, welches sich auf die Insel Taiwan zurückzog, wurde ganz China weiterhin von der Exilregierung vertreten. Vgl. *Pächter*, *Chinas Vertretung in den Vereinten Nationen*, *Vereinte Nationen* (Hrsg.), *German Review on the United Nations 1967*, S. 112 (112). Erst 1971 wurde die VRC als einziger rechtmäßiger Vertreter der VN anerkannt. Bereits zu diesem Zeitpunkt

stellen damit eine sozial bedingte Lebensform dar.¹² An diese Argumentationsstruktur hat eine Gruppe ostasiatischer Staaten mit sog. »Asiatischen Werten« angeknüpft, die als Verfechter des Relativismus gelten.¹³

Eine erste Bekennung Chinas zur relativistischen Theorie lässt sich nach dem Tian'anmen-Massaker 1989 in Peking konstatieren.¹⁴ Das gewaltsame Niederschlagen einer friedlichen Demokratiebewegung durch das chinesische Militär bedingte eine Vielzahl an zivilen Opfern, wodurch die VRC unter die verschärfte Beobachtung des Westens gelang.¹⁵ Chinas neues Selbstbewusstsein durch eine gestärkte Wirtschaft nach der Reform- und Öffnungspolitik unter *Deng Xiaoping*¹⁶ und der hierdurch hervorgerufenen Zunahme von Wohlstand im Land führten zur Veröffentlichung des ersten Weißbuchs im Jahr 1991 als Antwort auf die Kritik des Westens.¹⁷ Um die stabile wirtschaftliche und politische Lage aufrecht erhalten zu können, wurde die Universalität der Menschenrechte zwar anerkannt, jedoch mit dem kulturrelativistischen Argument abgeschwächt.¹⁸

II. Kulturelle und rechtliche Unterschiede der Volksrepublik Chinas zum Westen

Die Herausbildung von Menschenrechten mit chinesischen Charakteristika kann nur vor dem Hintergrund der Debatte um asiatische Werte und der Bedeutung des subjektiven Rechts in China erklärt werden. Beide Punkte geben Auskunft darüber, inwiefern historische, kulturelle sowie wirtschaftliche Aspekte mit in die chinesische Menschenrechtsdogmatik eingeflossen sind.

1. Die »Asiatischen Werte« in der chinesischen Menschenrechtsdogmatik

Trotz der kulturellen, sprachlichen und religiösen Heterogenität in Ostasien wurde seit den 1970er-Jahren eine Wertedebatte um eine ethische, asiatische Gesinnung ausgelöst.¹⁹ Die Erfolgsgeschichte der »Asiatischen Werte«

kann jedoch nicht ohne den Zusammenhang mit dem wirtschaftlichen Erfolg in Ostasien erklärt werden.²⁰ Die Reform- und Öffnungspolitik gegenüber der Welt trug zu einem wirtschaftlichen Aufschwung der VRC und zu einem neuen Selbstbewusstsein des Ostens bei.²¹ In dem Bemühen Chinas, die autoritäre Herrschaft zu rechtfertigen, hat die kommunistische Führung begonnen, mit der traditionellen Kultur als mögliche ideologische Tarnung zu experimentieren.²²

Konträr zum westlichen Verständnis der Menschenrechte beruft sich die VRC auf »einheimische«, konfuzianistisch geprägte Werte.²³ Wesentliche Merkmale sind hiernach sowohl der Vorrang von Pflichten vor Rechten, der als Auslöser für die kommunitaristische Präferenz der Menschenrechte erachtet werden kann, als auch die Priorisierung der Gesellschaft und des Staates gegenüber dem Individuum.²⁴ Mit dem Konfuzianismus wird die Vorstellung von einer moralischen, harmonischen und kompromissbereiten Gesellschaft gekennzeichnet.²⁵ Recht und Moral bilden die »höchste Gerechtigkeit«. Ein autonomes Gewissen mit eigenen Wünschen und Hoffnungen wird hierdurch den Bedürfnissen der Gesellschaft untergeordnet.²⁶ Der Konfuzianismus verlangt strikten Gehorsam in Übereinstimmung mit den fünf Beziehungen.²⁷ Der Pflichtenkatalog leitet sich aus der jeweiligen Stellung ab, die der Mensch innerhalb der fünf Beziehungen einnimmt.²⁸ Ziel dessen ist das Erreichen von Harmonie sowie Mitte und Maß.²⁹ Die Überreste des konfuzianistischen Erbes werden bedarfsweise eingesetzt, um die Abneigung des Parteistaates gegen die rationale Beschränkung von Macht zu stützen.³⁰ Die Kommunistische Partei Chinas (KPCh) hat zudem die Tradition der Harmonie genutzt, um ihre Vorliebe für Redebeschränkungen zu untermauern, die einen »disharmonischen« öffentlichen Diskurs verhindern sollen und im weiteren Sinne die Unterdrückung von Rechtsstreitigkeiten als inhärent »unharmonisch« und daher als »nicht chinesisch« zu klassifizieren.³¹

¹² Vgl. Pohl, Zur Universalität und Relativität von Ethik und Menschenrechten im Dialog mit China, in: v. Hoffmann (Hrsg.), Universalität der Menschenrechte (2008), S. 117 (118).

¹³ Müller-Kolodziej, Meinungsfreiheit in West und Ost: ein Vergleich der Rechtssysteme von Deutschland, Japan, Hongkong und China unter Berücksichtigung völkerrechtlicher und kultureller Normen (2019), S. 78.

¹⁴ Foot, Rights Beyond Borders, Introduction (2000), S. 4.

¹⁵ Kent, China, The United Nations and Human Rights: The Limits of Compliance (1999), S. 15.

¹⁶ Deng Xiaoping war Parteiführer der Kommunistische Partei Chinas (KPCh) und hat von 1979 bis 1997 in der VRC regiert.

¹⁷ Vgl. Kent (Fn. 15), S. 66; Heinz, Vom Mythos der »asiatischen Werte«, in: Schubert (Hrsg.), Menschenrechte in Ostasien (1999), S. 53 (57).

¹⁸ Im Vorfeld der Weltkonferenz von 1993 verabschiedeten Minister mehrerer asiatischer Staaten die Erklärung von Bangkok. Sie forderten, dass die nationalen Besonderheiten, unterschiedlichen Wertevorstellungen, Normen und Traditionen bei der Auslegung und Umsetzung der Menschenrechte Berücksichtigung finden. Die Erklärung ist enthalten in: U.N. Doc. A/CONF.157/ASRM/8 A/CONF.157/PC/59.

¹⁹ Callabero-Anthony, Human Rights, Economic Change and Political Development: A Southeast Asian Perspective, in: Tang (Hrsg.), Human Rights

and International Relations (1995), S. 39 (49).

²⁰ Potter, Exporting virtue? China's International Human Rights Activism in the Age of Xi Jinping (2021), S. 95 f.

²¹ Angle, Human Rights and Chinese Thoughts: A Cross-Cultural Inquiry (2001), S. 4.

²² Thompson, Whatever happened to »Asian Values«?, Journal of Democracy (2001), 154 (163).

²³ Habermas, zur Legitimation der Menschenrechte, in: ders. (Hrsg.), Die postnationale Konstellation, S. 169 (184).

²⁴ Habermas (Fn. 23), S. 169 (184).

²⁵ Sun, Human Rights Protection System in China (2014), S. 5.

²⁶ So Schubert, in: ders., Menschenrechte in Ostasien, S. 24.

²⁷ Die fünf Beziehungen werden gekennzeichnet durch Herrscher und Untertan, Vater und Sohn, Ehemann und Ehefrau, älterer Bruder und jüngerer Bruder sowie Freund und Freund, vgl. v. Albertini Mason, The Case for Liberal Democracy in China: Basic Human Rights, Confucianism and the Asian Value Debate (2005), S. 142; Potter (Fn. 20), S. 13.

²⁸ v. Albertini Mason (Fn. 27), S. 142.

²⁹ Pils, Human Rights in China: A Social Practice in the Shadows of Authoritarianism, S. 21.

³⁰ Pils (Fn. 29), S. 24.

³¹ Pils (Fn. 29), S. 21.

Konträr hierzu beruhen nach westlichem Verständnis die Menschenrechte auf Vorstellungen von individueller Freiheit, individuellen Interessen und Wahlmöglichkeiten.³² Staatlicher Zwang und die Auferlegung einer Pflicht ist lediglich dann gerechtfertigt, wenn zugleich die Individualrechte respektiert werden. Schließlich kommt dem Recht die Aufgabe zu, staatliche Macht über den Einzelnen zu begrenzen.³³ Die KPCh betont dagegen die Rechte des Staates, die der Einzelne über seine eigenen Rechte zu stellen hat.³⁴ Der gemeinschaftsbezogene Ethos, der von den Individuen eine Ein- bzw. Unterordnung verlangt, wird als unvereinbar mit dem universalistischen Zuschnitt der Menschenrechte angesehen.³⁵ Die Beziehung zwischen Staat und Gesellschaft wird von einer asiatischen Lesart des Gesellschaftsvertrags geprägt, der konsensuales Verhalten und die Pflichterfüllung der Bürger gegenüber der wiederum wohlthätigen, »*law and order*« aufrechterhaltenden Regierung verlangt und damit dem konfuzianischen Ideal entspricht.³⁶ Auch wenn eine strenge hierarchische Gesellschaft angestrebt wurde, ist das Prinzip der Begrenzung hoheitlicher Macht, in dem der Untergebene auf das Fehlverhalten aufmerksam macht, dem Konfuzianismus nicht fremd.³⁷

2. Die Bedeutung des subjektiven Rechts in China

Anders als im Westen existierte der Begriff des subjektiven Rechts in China lange Zeit nicht. Die frühen Übersetzer der westlichen Philosophie hatten bereits Schwierigkeiten, eine chinesische Bezeichnung für den Begriff »Recht« zu finden.³⁸ Erst Anfang des 20. Jahrhunderts wurde das subjektive Recht i.R.d. Zivilgesetzbuchs aufgenommen und später in der chinesischen Verfassung weiter ausgearbeitet.³⁹ Unserer Definition nach ist ein subjektiv-öffentliches Recht, eine dem Einzelnen zuerkannte Rechtsmacht, zur Verfolgung eigener Interessen vom Staat ein bestimmtes Verhalten verlangen zu können.⁴⁰

³² *Pils* (Fn. 29), S. 16.

³³ *Pils* (Fn. 29), S. 16.

³⁴ *Sen*, *Human Rights and Asian Values* (1997), S. 10. Art. 51 VerVCh: Die Bürger der VRC dürfen bei der Ausübung ihrer Freiheiten weder die Interessen des Staates, der Gesellschaft oder des Kollektivs, noch die rechtmäßigen Freiheiten und Rechte anderer Bürger verletzen.

³⁵ *Habermas* (Fn. 23), S. 184.

³⁶ Vgl. *Koh*, *The 10 Values that Undergird East Asian Strength and Success*, *The New York Times* (1993), <https://www.nytimes.com/1993/12/11/opinion/IHT-the-10-values-that-undergird-east-asian-strength-and-success.html>, zuletzt abgerufen am 22.10.2022.

³⁷ Siehe *Roetz*, der die These aufstellt, dass der theoretische Abstand zwischen den philosophischen Grundlagen der chinesischen Kultur und der Anerkennung der Menschenrechte nicht größer ist als der im Westen, siehe hier *Menschenrechte und Konfuzius*, *Die Zeit* (1995), https://www.zeit.de/1995/24/Menschenrechte_und_Konfuzius?utm_referer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F, zuletzt abgerufen am 22.10.2022.

³⁸ *Lo*, *Human Rights in the Chinese Tradition*, in: UNESCO (Hrsg.), *Human rights- comments and interpretation- a symposium edited by UNESCO* (1948), S. 185 (185).

³⁹ Vgl. *Pils* (Fn. 29), S. 18; *Heuser*, *Subjektives Recht und Rule of Law in China: Rechtstheorie und Rechtssysteme in China*, in: *Kötter/Schuppert* (Hrsg.), *Normative Pluralitäten ordnen* (2009), S. 231 (232).

⁴⁰ *Vofskuhle/Kaiser*, *Das subjektiv-öffentliches Recht*, *JuS* (2009), 16 (16).

Mit der chinesischen Reform- und Öffnungspolitik war die Rede von einem Zeitalter der subjektiven Rechte.⁴¹ Trotz der Bemühungen um rechtliche Grundlagen entfalten diese jedoch nur in den vom Parteienstaat vorgeschriebenen Grenzen ihre Wirkung.⁴² Dies veranschaulicht Art. 36 der chinesischen Verfassung, welcher die Religionsfreiheit normiert.⁴³ Der zunächst vermeintliche Schutz des Individuums, seinen religiösen Glauben frei ausüben zu können, wird unmittelbar in Art. 36 S. 2 und S. 3 VerVCh relativiert. Dort heißt es: »Der Staat schützt normale religiöse Tätigkeiten. Niemand darf sich auf die Religion berufen, um sich an Aktivitäten zu beteiligen, die die öffentliche Ordnung stören, die Gesundheit der Bürger beeinträchtigen oder das Erziehungssystem des Staates stören.«⁴⁴ Formulierungen wie »entsprechend dem Gesetz« oder nur »normale« religiöse Tätigkeiten schränken Freiheitsrechte ein. Verfassungsrechte sind ferner nicht unmittelbar einklagbar.⁴⁵ Rechte der chinesischen Bevölkerung werden durch das von der Partei vorgegebene »Gemeinwohl« relativiert oder gänzlich aufgehoben.⁴⁶ Die chinesischen Autoritäten betrachten diese als vom Staat definiert und verliehen, wobei sie sich auf die marxistische Geschichtsauffassung stützen.⁴⁷

Den primären Schwerpunkt der Verfassung bilden die Beschreibung politischer Absichten sowie die Stärkung des Entwicklungsprogramms für China und nicht Individualrechte. Darüber hinaus dient die Gesetzgebung lediglich als Mittel zur Durchsetzung von politischen Leitlinien. Eine Gewaltenteilung existiert nicht.⁴⁸ Die Macht wird im Nationalkongress durch die KPCh gebündelt.⁴⁹ Institutionen staatlicher Machtbeschränkungen fehlen.⁵⁰

Eine Destabilisierung des subjektiven Rechts ist zudem durch die Koexistenz von Gewohnheitsrecht/Volksrecht und der chinesischen Verfassung zu beobachten.⁵¹ Gesellschaftliche und traditionell anerkannte Ansätze werden zur Lösung von Rechtsstreitigkeiten herangezogen, oft zum Nachteil des Einzelnen.⁵² Die chinesische Sozialtradition

⁴¹ Vgl. *Heuser* (Fn. 39), S. 231 (232), *Pils*, *The Dislocation of the Chinese Human Rights Movement*, in: *Mosher/Stacy* (Hrsg.), *A Sword and a Shield: Chinas Human Rights Lawyers* (2009), S. 141 (148).

⁴² *Chen*, *Das Verständnis der Menschenrechte in China und im Westen*, in: *Nolte/Schreiber* (Hrsg.), *Der Mensch und seine Rechte* (2002), S. 137 (146).

⁴³ Verfassung der Volksrepublik Chinas, englische Übersetzung, <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/constitution2019/constitution.shtml>, zuletzt abgerufen am 22.10.2022.

⁴⁴ Ebd.

⁴⁵ *Ghai*, *Understanding Human Rights in Asia*, in: *Krause/Scheinin* (Hrsg.), *International Protection of Human Rights*, S. 547 (554).

⁴⁶ *Chen*, in: *Nolte/Schreiber*, *Der Mensch und seine Rechte*, S. 137 (147).

⁴⁷ *Ghai* (Fn. 45), S. 547 (554).

⁴⁸ *Hui-Yun*, *Idealism and the Abuse of Power* (2010), S. 95 f.

⁴⁹ Art. 57 VerVCh: Der Nationale Volkskongress der Volksrepublik China ist das höchste Organ der Staatsmacht. Sein ständiges Organ ist der ständige Ausschuss des Nationalen Volkskongresses.

⁵⁰ *Zhen*, *Der Menschenrechtsschutz in der VRC und seine Geschichte aus chinesischer Sicht* (2015), S. 290.

⁵¹ *Heuser* (Fn. 39), S. 235 f.

⁵² *Heuser* (Fn. 39), S. 232.

steht ebenso unter dem Eindruck, individuelle Rechte zu schwächen. In der Verfassung werden die Grenzen der Rechtsausübung dort gesetzt, wo die Belange der Gesellschaft berührt werden.⁵³ Dabei werden Interessenkonflikte nach dem konfuzianischen Bild stets zu Lasten der Individuen gelöst.⁵⁴ Die Bevorzugung des Kollektivs veranschaulicht, dass Menschenrechte vorrangig Staatsziele sind, die der Staat verleiht.⁵⁵ *Xi Jinpings* Fünfjahresplan über den Aufbau von Rechtsstaatlichkeit bis 2025 ist hierbei nicht als Konzept von »Herrschaft durch das Recht« (*rule by law*) sondern als »Herrschaft des Rechts« (*rule of law*) zu klassifizieren.⁵⁶ Der Begriff des sozialistischen Staates als »demokratische« Diktatur in Art. 1 VerfVCh verdeutlicht, dass die »demokratische« Mitwirkung des Volkes und die Ausübung ihrer subjektiven Rechte nur im Rahmen der Vorgaben der Partei erfolgen kann (»diktatorisch«), wobei diese definiert, wer als Staatsvolk im Sinne der Verfassung gilt.

3. Zwischenergebnis

Die KPCh bringt selektiv das historische und kulturelle Erbe in den Menschenrechtsdiskurs ein, um mit ihrer kulturrelativistischen Positionierung Menschenrechtsverletzungen vereinfacht rechtfertigen zu können.⁵⁷ Rechte werden für politische Interessen missbraucht, sodass Menschenrechte nicht als Schutzrechte des Einzelnen gegenüber dem Staat klassifiziert werden können.

III. Chinas Einfluss auf den Menschenrechtsdiskurs

Der folgende Abschnitt widmet sich den Weißbüchern Chinas und wie diese den Menschenrechtsdiskurs in den VN geprägt haben. Zudem stellt sich die Frage, inwiefern das Beharren auf staatlicher Souveränität den Universalitätsanspruch der Menschenrechte begrenzt.

1. Die Weißbücher – Eine Selbstdarstellung Chinas

Anlass für die Veröffentlichung des ersten Weißbuchs waren wirtschaftliche Sanktionen des Auslands gegenüber der VRC nach dem Tian'anmen-Massaker.⁵⁸ Das anfängliche Wirtschaftswachstum infolge der Öffnungspolitik

wurde durch die Sanktionen des Westens gehemmt.⁵⁹ Eine Reaktion der chinesischen Regierung war infolgedessen unentbehrlich. Die asiatische Wertedebatte förderte dabei Chinas Rechtfertigung einer kulturrelativistischen Antwort auf die scharfe Kritik.⁶⁰ Seit jeher erfolgt bis heute die regelmäßige Veröffentlichung der Weißbücher. Sie können dabei als Grundsatzdokumente eingeordnet werden, welche die Leitlinien für das politische Handeln definieren.⁶¹ Bei den Büchern handelt es sich nicht um freie politische oder akademische Auseinandersetzungen über Menschenrechte, sondern um kalkulierte Parteipropaganda.⁶² Hierbei sind insbesondere die Jahre 1991, 2018 und 2021 von Bedeutung für den Menschenrechtsdiskurs, zumal sich hierin deutlich die Haltung Chinas manifestiert.

a) Das Weißbuch von 1991 – Eine Abwehr internationaler Kritik

Das erste Weißbuch unter dem Namen »Menschenrechte in China« wurde 1991 veröffentlicht. In dieser Zeit nahmen die chinesischen Bestrebungen zu, Menschenrechte zu untersuchen und eigene »chinesische Merkmale« zu entwickeln.⁶³

Im Vorwort des Weißbuchs wurden die Aktivitäten der VN hinsichtlich des Schutzes von Menschenrechten gelobt, im gleichen Zuge jedoch auch der kulturelle Relativismus und die nationale Unabhängigkeit hinsichtlich der Menschenrechte betont.⁶⁴ Von der KPCh wird in allen Kapiteln ein Bild der Verteidiger und Förderer der Menschenrechte gezeichnet: »Seit dem Tag ihrer Gründung hat die KPCh das Banner der Demokratie und der Menschenrechte hochgehalten.«⁶⁵ Die Bestrebungen, die Menschen aus der Armut zu befreien und ihnen ihre Rechte, als die »wahren Herren des Landes« zu garantieren, werden detailliert beschrieben, während andere, nicht so ruhmreiche Aspekte der Parteigeschichte ignoriert werden.⁶⁶

Der Fokus des ersten Weißbuchs liegt mitunter auf der Einhaltung und Achtung von politischen und bürgerlichen Rechten, die nach dem Tian'anmen-Massaker bewusst in den Vordergrund gerückt wurden. Die chinesischen Bürger, genossen umfassende und gleiche politische sowie bürgerliche Rechte.⁶⁷ Die Grenze dieser Rechte bildet das

⁵³ Heuser (Fn. 39), S. 233.

⁵⁴ Lo (Fn. 38), S. 185 (186).

⁵⁵ Krumbein, Menschenrechtsdiskurse in China und den USA (2012), S. 143.

⁵⁶ Vgl. Krumbein (Fn. 55), S.143; Liebman, China's Courts: Restricted Reform, *The China Quarterly* (2007), S. 620 (628).

⁵⁷ Müller-Kolodziej (Fn. 13), S. 85; kritisch gegenüber dem Argument, dass Kulturrelativismus verallgemeinert für Menschenrechtsverletzungen missbraucht wird, siehe Frick, Relativismus der Menschenrechte, *EWE* 2013, 159 (168).

⁵⁸ Kinzelbach, Weißbuch Menschenrechte in China, S. 1, <https://www.geschichte-menschenrechte.de/schlusseltex-te/weissbuch-menschenrechte-in-china?type=98765>, zuletzt abgerufen am 22.10.2022; Chen, Explaining China's Changing Discourse on Human Rights, 1978-2004, *Asian Perspective* Vol. 29 No.3 (2005), 155 (180 f.), welcher weitere historische und politische Ereignisse für die Veröffentlichung des ersten Weißbuchs als Auslöser erachtet.

⁵⁹ Kinzelbach (Fn. 58), S. 1.

⁶⁰ Pisano, Human Rights and Social Development in the Chinese White Papers on Human Rights, *PHRG* 2018, 302 (305).

⁶¹ Kinzelbach, (Fn. 58), S. 1.

⁶² Vgl. Svensson, (Fn. 9), S. 416; Kinzelbach, (Fn. 58), S. 2.

⁶³ Kent (Fn. 15), S. 149.

⁶⁴ Information Office of the State Council of the People's Republic of China, Human Rights in China, White Paper, 1991, Preface, <http://www.china.org.cn/e-white/7/index.htm>, zuletzt abgerufen am 22.10.2022.

⁶⁵ Vgl. Svensson (Fn. 9), S. 14; Sun (Fn. 25), S. 35; Information Office of the State Council of the People's Republic of China, Human Rights in China, White Paper, 1991, II., <http://www.china.org.cn/e-white/7/index.htm>, zuletzt abgerufen am 22.10.2022.

⁶⁶ Kinzelbach (Fn. 58), S. 1 f.

⁶⁷ Information Office of the State Council of the People's Republic of China, Human Rights in China, White Paper, 1991, II., <http://www.china.org.cn/e-white/7/index.htm>, zuletzt abgerufen am 22.10.2022.

Kollektiv.⁶⁸ Dieses Verständnis drückt sich auch im Abschluss des II. Kapitels aus, in dem darauf hingewiesen wird, dass jeder Bürger Rechte beanspruchen kann, sofern er gleichzeitig seine Pflichten erfüllt. Wenngleich dem Einzelnen bürgerliche Rechte, wie das Recht auf Meinungsfreiheit, garantiert werden, beabsichtigen verschleierte Formulierungen, das Individuum unter das Primat des Parteistaates unterzuordnen.⁶⁹ Dies korrespondiert mit der Bedeutung des subjektiven Rechts des Einzelnen in der Verfassung.

Einen weiteren Schwerpunkt bilden die favorisierten sozio-ökonomischen Rechte, durch die Manifestierung des Rechts auf Subsistenz.⁷⁰ Wenngleich das Weißbuch von 1991 keine konkrete Definition für das Recht auf Subsistenz angibt, verweist es auf Art. 3 der Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR), dem Recht auf Leben, Freiheit und Sicherheit. Nach chinesischer Lesart zielt das Recht auf Subsistenz auf die Bekämpfung von Armut ab.⁷¹ Im Gegensatz zu Habermas, der das Subsistenzrecht zur Sicherung von politischen und bürgerlichen Rechten als primäre Ordnungsrechte anerkennt, verfolgt der chinesische Ansatz eine entgegengesetzte Richtung.⁷² Das Recht auf Subsistenz wird als ein primäres Recht der ersten Ordnung erachtet.⁷³ Indem die Bevölkerung durch soziale und wirtschaftliche Maßnahmen aus ihrer Armut befreit und ihnen hierdurch das Recht auf Subsistenz zugesichert wird, können erst politische und bürgerliche Rechte erwachsen. Der Staatsrat betont im ersten Kapitel, dass ohne das Recht auf Subsistenz andere Menschenrechte keine Wirkung entfalten können.⁷⁴ Einen Erklärungsansatz für die Priorisierung der Rechte aus der dritten Generation⁷⁵ bieten die historischen Konflikte Mitte des 19. Jahrhunderts. Die sich aneinanderreihenden, demütigenden Niederlagen im Opiumkrieg (1842), im Lorcha-Krieg (1856) und beim Boxeraufstand (1900) führten zu der Befürchtung Chinas, erneut in der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung zurückversetzt zu werden.⁷⁶ Die gewöhnlich wahrgenommene imperialistische Bedrohung führt zu einer dem Westen entgegengesetzten Priorisierung von sozialen und wirtschaftlichen Menschenrechten und

der Hervorhebung der Rechte der sog. dritten Generation.⁷⁷ Dies äußert sich auch in dem Ratifikationsverhalten Chinas.⁷⁸ Obgleich sowohl die internationale Konvention der bürgerlichen und politischen Rechte als auch die der sozialen und wirtschaftlichen Rechte von China unterzeichnet worden sind, ist nur Letztere 2001 verbindlich ratifiziert worden.⁷⁹

Das erste Weißbuch dient als stetige Argumentationshilfe, um internationale Kritik abzuwehren und die Fortführung der sozialistischen, autoritären Herrschaft zu stützen.⁸⁰ Wenngleich in der Wiener Erklärung die Universalität der Menschenrechte auch von China schriftlich akzeptiert wurde, setzt sich die historische und kulturelle Auslegung der Menschenrechte des Staatsrates aus dem ersten Weißbuch bis heute durch.

b) Die Weißbücher von 2018 bis heute – Sozialismus mit chinesischer Prägung

Ein Wendepunkt war das Jahr 2018, in dem unter dem Buchtitel der »Fortschritt der Menschenrechte in 40 Jahren Reform und Öffnung Chinas« gefeiert wurde.⁸¹ Das Buch, welches sich an das ausländische Publikum zu wenden scheint,⁸² reflektierte unkritisch seinen Fortschritt hinsichtlich der Entwicklung der Menschenrechte in China.⁸³ Erstmals fiel offiziell der Begriff »Sozialismus mit chinesischen Merkmalen« in einem Weißbuch.⁸⁴

Auf dem 19. Parteitag der KPCh im Jahr 2018 hat *Xi Jinping* nicht nur den Fortschritt Chinas angepriesen, sondern auch das Entwicklungsmodell Chinas als nachahmenswertes Beispiel für andere Staaten positioniert: »Die Kultur des Sozialismus mit chinesischen Merkmalen hat sich weiterentwickelt und anderen Entwicklungsländern einen alternativen Weg zur Modernisierung eröffnet. Sie bietet eine neue Option für andere Staaten und Nationen, die ihre Entwicklung beschleunigen und gleichzeitig ihre Unabhängigkeit bewahren wollen, und sie bietet chinesische Weisheit und einen chinesischen Ansatz zur Lösung der Probleme,

68 Information Office of the State Council of the People's Republic of China, 1991, II. (Fn. 67).

69 Information Office of the State Council of the People's Republic of China, 1991, II. (Fn. 67).

70 Pons Wörterbuch, zugänglich unter: <https://de.pons.com/übersetzung/chinesisch-deutsch/shengcun+quan?bidir=1>, zuletzt abgerufen am 22.10.2022.

71 *Svensson* (Fn. 9), S. 206 f.

72 *Ingram*, Of Sweatshops and Subsistence: Habermas on Human Rights, *Ethic and Global Politics* (2009), S. 193 (199 f.).

73 *Pisanò* (Fn. 62), S. 302 (315).

74 *Kent* (Fn. 15), S. 156.

75 Rechte der ersten Generation bilden politische und bürgerliche Rechte, Rechte der zweiten Generation bestehen aus sozialen und wirtschaftlichen Rechten und der dritten Generation beinhalten das Recht auf Subsistenz und Entwicklung. Diese Unterteilung ist auf den Universitätsprofessor Karel Vašák zurückzuführen.

76 Vgl. *Chen* (Fn. 42), S. 137 (143); so auch: Information Office of the State Council of the People's Republic of China, *Human Rights in China*, White Paper, VIII., <https://bit.ly/35uDBqp>, zuletzt abgerufen am 22.10.2022.

77 *Huawen*, *Chinas Path of Human Rights Development* (2018), S. 8.

78 *Svensson* (Fn. 9), S. 399.

79 United Nation treaty bodies database, https://tinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=36&Lang=EN, zuletzt abgerufen am 22.10.2022.

80 *Foot* (Fn. 14), S. 26.

81 Information Office of the State Council of the People's Republic of China, *Human Rights in China*, White Paper, 2018, Foreword, http://english.www.gov.cn/archive/white_paper/2018/12/13/content_281476431737638.htm, zuletzt abgerufen am 22.10.2022.

82 Bei dem ersten Weißbuch handelt es sich noch um ein Buch, welches sich sowohl dem Aus- als auch dem Inland zuwendet, als Rechtfertigung nach dem Tian'anmen-Massaker. Die darauffolgenden Bücher dienen nur noch außenpolitischen Zwecken, vgl. *Carrai*, From Defensive to Assertive, *Chinas White Paper on Human Rights*, <https://verfassungsblog.de/from-defensive-to-assertive-chinas-white-paper-on-human-rights/>, zuletzt abgerufen am 26.09.2022.

83 Information Office of the State Council of the People's Republic of China, 2018 (Fn. 81).

84 A/HRC/WG.6/31/CHN/, S. 2 f.

vor denen die Menschheit steht.«⁸⁵ Was unter »Sozialismus mit chinesischen Merkmalen« zu verstehen ist, geht aus den Texten nicht hervor.⁸⁶ *Boar* begreift hierunter ein politisches Konzept der KPCh, welches marxistische und ebenso leninistische Ideen wiederaufgreift und an China anpasst.⁸⁷ Um die Anfangsphase des Sozialismus überwinden zu können, in der sich China laut Angaben führender Politiker weiterhin befindet, sollen vorrangig Produktivkräfte entwickelt werden, um den Lebensstandard anzuheben.⁸⁸ Langfristiges Ziel sei die Etablierung des Kommunismus. Um dieses Ziel zu erreichen, hat China sich an die internationalen ökonomischen Bedingungen angepasst und mit der sozialistischen Ideologie kombiniert.⁸⁹

Das Weißbuch 2018 legt den Fokus auf die Verbesserung der wirtschaftlichen und sozialen Situation der Einwohner Chinas, dem Recht auf Subsistenz und Entwicklung.⁹⁰ Dies entspricht der Interpretation *Boars* von dem »Sozialismus mit chinesischen Charakteristika«.

Nach der Auslegung des Art. 5 I GG der deutschen Verfassung »ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist.«⁹¹ Antagonistisch hierzu werden im dritten Kapitel vielfältige Mittel zur Gewährleistung des Rechts auf »freie Meinungsäußerung« zugesichert, jedoch lediglich die Anzahl der Zeitungen, der Breitbandnutzer und des Internetzugangs aufgelistet, konkrete Anhaltspunkte wie die Freiheit pluralistischer Meinung gesichert werden kann, gehen hieraus nicht hervor.⁹² Die Fokussierung auf soziale und wirtschaftliche Rechte und den hierdurch erreichten Erfolg, bereits über 80 Millionen Menschen aus der Armut geholfen zu haben, verdeckt die mangelnde Berichterstattung über bürgerliche und politische Rechte und konsentiert mit dem chinesischen Verständnis einen »einzigartigen Weg« eingeschlagen zu haben.⁹³ In einem Regierungsdokument wurde dem Menschenrechtsrat dargelegt, dass ein universeller Menschenrechtsweg nicht möglich sei.⁹⁴ Die wirtschaftliche

und soziale Entwicklung der Staaten müssen mitberücksichtigt werden, sodass Menschenrechte gerade nicht durch eine weltstaatliche Autorität definiert werden können.⁹⁵ Sie führen in einer Erklärung an, dass sich die Republik vorerst als sozialistischer Staat begreift, der die Menschenrechte anerkennt, jedoch mit Partikularität in Einklang bringen möchte.⁹⁶ Trotz einiger Parallelen zum ersten Weißbuch betont China erstmals den nachahmenswerten sozialistischen Weg der Menschenrechte. Ein genauer Ideenvorschlag, wie dies umzusetzen sei, bleibt aus. Die KPCh geht jedoch zu einem selbstbewussteren Auftreten hinsichtlich der Förderung ihrer Vision der Menschenrechte über.

Wenngleich das Weißbuch 2021 nur wenige neue Informationen enthält, ist es das erste Mal, dass die chinesische Regierung die Verbindung zwischen ihrer »Gürtel- und Straßeninitiative«⁹⁷ und ihrer Agenda für Entwicklungszusammenarbeit betont hat. Die neue Seidenstraße wird wiederholt als »übergreifende, treibende Kraft für die Auslandshilfe« erwähnt.⁹⁸ Chinas neue, selbstbewusste Haltung zu den Menschenrechten geht Hand in Hand mit der Förderung der Verwirklichung einer »globalen Schicksalsgemeinschaft«, die namentlich bereits mehrfach im Weißbuch 2018 erwähnt wird.⁹⁹ Der Begriff »Schicksalsgemeinschaft« wurde erstmals 2013 von *Xi Jinping* in einer Rede für internationale Beziehungen verwendet.¹⁰⁰ Die Bezeichnung zielt darauf ab, die *Belt and Road Initiative* weiter auszubauen. Die »Schicksalsgemeinschaft« gibt Aufschluss über Chinas Absicht, andere Länder von ihrem eigenen Weg zu überzeugen und durch eine wirtschaftliche Verbindung zu prägen.

c) Gesamteindruck der Weißbücher

Chinas fast dreißigjährige Tradition von Menschenrechts-Weißbüchern zeigt die anhaltende Relevanz des Menschenrechtsdiskurses. Obgleich die Bücher keine verlässliche

⁸⁵ *China Daily*, Full text of Xi Jinping's report at 19th CPC National Congress (2017), Abschnitt I., https://www.chinadaily.com.cn/china/19thcpcnationalcongress/2017-11/04/content_34115212.htm, zuletzt abgerufen am 22.10.2022.

⁸⁶ Information Office of the State Council of the PRC, Human Rights Action Plan of China 2021-2025, 2021, Introduction, http://english.www.gov.cn/news/topnews/202109/09/content_WS6139a111c6d0df57f98dfeec.html, zuletzt abgerufen am 22.10.2022.

⁸⁷ *Boar*, Socialism with Chinese Characteristics (2021), S. 8 f.

⁸⁸ China questions and answers, <http://www.china.org.cn/english/features/Q&A/161553.html>, zuletzt abgerufen am 26.09.2022; *Boar* (Fn. 87), S. 19.

⁸⁹ *Boar* (Fn. 87), S. 92.

⁹⁰ Information Office of the State Council of the PRC, Progress in Human Rights, 2018 (Fn. 81).

⁹¹ Vgl. BVerfGE 7, 198 (208); 62, (230, 247); 76, 196 (208 f.); 102, (347, 363).

⁹² Information Office of the State Council of the PRC, Progress in Human Rights, 2018, III (Fn. 81).

⁹³ Information Office of the State Council of the PRC, Progress in Human Rights, 2018, Foreword (Fn. 81); *Carrai* (Fn. 82).

⁹⁴ Human Rights Council, Working Group on Universal Periodic Review,

China, A/HRC/WG.6/31/CHN/, S. 2.

⁹⁵ Ebd.

⁹⁶ Information Office of the State Council of the PRC, Progress in Human Rights, 2018, VIII. (Fn. 81).

⁹⁷ Die *Belt- and Road Initiative* ist Chinas größtes internationales Wirtschaftsprojekt zum Aufbau interkontinentaler Handels- und Infrastrukturnetze. Die Initiative zielt auf eine Neugestaltung von Chinas Außenwirtschaft ab, um sein starkes Wachstum weiter zu fördern und diesen Prozess auch bei anderen Schwellenländern hervorzurufen. Kritiker werfen dem Projekt vor, als Schuldenfalle für Entwicklungsnationen zu fungieren. Hierzu *Huang*, Understanding Chinas Belt and Road Street, *China Economic Review* (2016), 314 (314 f.).

⁹⁸ *Saldinger*, New white paper outlines China's development past and future, *Devex* (2021), <https://www.devex.com/news/new-white-paper-outlines-china-s-development-past-and-future-98898>; Information office of the state council of the PRC, China's International Development, 2021, VI., https://english.www.gov.cn/archive/whitepaper/202101/10/content_WS5ffa6bbbc6d0f72576943922.html, zuletzt abgerufen am 22.10.2022.

⁹⁹ Information office of the state council of the PRC, Progress in Human Rights, white paper, 2018, Foreword (Fn. 81).

¹⁰⁰ China Internet Information Centre, Schicksalsgemeinschaft der Menschheit wird zum Topbegriff (2018), <https://on.china.cn/3tHpeqW>, zuletzt abgerufen am 22.10.2022.

Informationsquellen über die Menschenrechtslage in China bilden, kann hieraus zweifellos die offizielle Position und Ideologie in Bezug auf die Menschenrechte hergeleitet werden.¹⁰¹ Chinas Bemühungen um die Prägung eines ideologischen Menschenrechtsverständnisses findet Eingang in den aktuellen Menschenrechtsdiskurs, indem das Weißbuch 2018 im Vergleich zum Jahr 1991 Lösungen für die globale Menschenrechtspolitik anbietet und ihre Rolle aktiv in den VN fördert.¹⁰² Die Sprache der Weißbücher drückt den Willen aus, ein kollektives Menschenrechtsbild aufzubauen, sowie ein Entwicklungs- und Subsistenzrecht nach chinesischer Leseart in der Menschenrechtscharta zu verankern. Politische und bürgerliche Rechte gehören dabei nicht zu dem »einzigartigen Weg« Chinas.¹⁰³ Die Universalität des Menschenrechtsdiskurses wird durch das Vordringen der chinesischen Vorstellung zunehmend erschüttert.

2. Chinas Fußabdruck in den Vereinten Nationen

»Wir haben es nicht so eilig mit dem Beitritt zu den Vereinten Nationen«, erklärte *Mao Zedong* noch 1957 vor einer Konferenz von Provinz- und Stadtsekretären.¹⁰⁴ Diese Haltung hat sich seit der Öffnungspolitik drastisch verändert. China gehört mittlerweile zu einem der größten Geldgeber der VN.¹⁰⁵ Auffällig ist zudem, dass der Anteil der Stimmen in den VN, die China unterstützen, stetig zugenommen hat, während bei westlichen Nationen ein Abwärtstrend zu erkennen ist.¹⁰⁶ Allein das Abstimmungsverhalten gibt jedoch noch keinen Aufschluss darüber, inwiefern China substantiell auf die herrschende normative Menschenrechtsordnung Einfluss nimmt.¹⁰⁷ Ungeachtet des Datenmangels über den tatsächlichen Einfluss der VRC auf menschenrechtsbezogene Abstimmungen besteht kein Zweifel daran, dass das Land im letzten Jahrzehnt an internationaler Macht gewonnen hat.¹⁰⁸ Ihre Absichten, die ehemalige Menschenrechtskommission in Richtung des »Lernens aus gegenseitigen Erfahrungen« zu lenken, statt gezielt die Menschenrechtslage in bestimmten Staaten zu analysieren, fand bei einer Vielzahl an

Staaten, darunter Russland, Iran und Nordkorea Anklang.¹⁰⁹ Angeheizt wurde diese Debatte durch den Hinweis Chinas, dass lediglich Entwicklungsstaaten die Zielscheibe von Menschenrechtskritik seien.¹¹⁰ Diese Linie manifestierte sich in der ablehnenden Haltung der VRC gegenüber länderspezifischen Resolutionen zur Überprüfung der Menschenrechtslage in verschiedenen Staaten. Seitdem die Kommission durch den Menschenrechtsrat ersetzt wurde und nun eine periodische Überprüfung der Menschenrechtslage aller Mitgliedstaaten erfolgt, hat auch China seine Strategien weiterentwickelt. Seither werden bei der Überprüfung der Menschenrechtssituation auch regionale Unterschiede im Bewertungshorizont berücksichtigt.¹¹¹ Chinas beharrliches Eintreten für die Ausarbeitung einer Erklärung über die soziale Verantwortung des Menschen stellt eine Destabilisierung des herkömmlichen Verständnisses der Menschenrechte dar.¹¹² Menschenrechte sollen bedingungslos Geltung entfalten und nicht an Pflichten gegenüber der Gesellschaft und dem Staat geknüpft sein.¹¹³

Einen mittelbaren, aber bemerkenswerten Einfluss auf die Menschenrechtspolitik sind die Bemühungen der VRC mit gleichgesinnten Staaten, bspw. Russland oder Saudi-Arabien zu kooperieren.¹¹⁴ Es handelt sich überwiegend um autoritäre Staaten, die ebenfalls ihre staatliche Souveränität hervorheben und eine länderspezifische Auslegung der Menschenrechte fordern.¹¹⁵ Die Durchsetzung eigener Standpunkte in den VN konnte durch den Zusammenschluss eines losen Bündnisses der sog. »like-minded group« (LGM) weiter ausgestaltet werden, sodass Chinas Position an Bedeutung gewonnen hat.¹¹⁶

Die Politik der Nichteinmischung und Präferenz der staatlichen Souveränität äußert sich auch an der Anzahl an Diplomaten, die die Regierung in verschiedene internationale Institutionen entsandt hat.¹¹⁷ Die Repräsentanten sollen entgegen dem Neutralitätsprinzip gem. Art. 100 der UN-Charta dem eigenen Land verpflichtet sein.¹¹⁸ Indem China wichtige Führungspositionen erhält, hat es die Möglichkeit, Themen auf die Agenda zu setzen sowie Verhandlungen und Arbeitspläne zu koordinieren.¹¹⁹ Peking hat es zudem geschafft, die *Neue Seidenstraße* als offiziellen Teil der UN-Ziele für nachhaltige Entwicklung zu etablieren.¹²⁰

¹⁰¹ So wurden beispielsweise in Xianjing Hunderttausende Mitglieder der uigurischen Gemeinschaft in Umerziehungslagern inhaftiert. Vgl. Amnesty International, China: Verbrechen gegen die Menschlichkeit in Xinjiang (2021), https://www.amnesty.de/allgemein/pressemitteilung/china-xinjiang-muslimische-minderheiten-inhaftierung-folter_zuletzt_abgerufen_am_22.10.2022.

¹⁰² *Carrai* (Fn. 82).

¹⁰³ *Kinzelbach*, Chinas Menschenrechtspolitik in der UN, Zeitschrift der Vereinten Nationen (2013), 57 (57).

¹⁰⁴ *Fabritzek*, Die Volksrepublik China und die Vereinten Nationen, Zeitschrift der Vereinten Nationen (1977), S. 11 (11).

¹⁰⁵ *Steinmetz*, Wie China seinen Einfluss bei der UNO ausbaut, Spiegel (2019), <https://www.spiegel.de/politik/ausland/china-baut-seinen-einfluss-bei-den-vereinten-nationen-aus-a-1277057.html>, zuletzt abgerufen am 22.10.2022.

¹⁰⁶ *Gowan/Brantner*, A global force for human rights? An audit of European Power at the UN (2008), S. 13.

¹⁰⁷ *Kinzelbach*, Will China's rise lead to a new normative order? An analysis of China's Statements on Human Rights at the United Nations, Netherlands Quarterly of human rights 2012, 299 (300).

¹⁰⁸ *Huang* (Fn. 97), S. 2 f.

¹⁰⁹ *Kinzelbach* (Fn. 107), 299 (313).

¹¹⁰ Vgl. UN Doc. E/CN.4/2005/SR.20, para. 14; *Kinzelbach* (Fn. 103), 57 (58).

¹¹¹ *Kinzelbach* (Fn. 107), S. 299 (315).

¹¹² *Kinzelbach* (Fn. 107), S. 299 (310).

¹¹³ UN Doc. E/CN.4/2004/SR.57, para. 47-48.

¹¹⁴ *Inboden* (Fn. 6), S. 30 f.

¹¹⁵ Ebd.

¹¹⁶ *Inboden* (Fn. 6), S. 238 f.

¹¹⁷ *Foot*, China, the UN and Human Right Protection (2020), Conclusion, S. 8.

¹¹⁸ Art. 100 UN-Charta, zugänglich unter: <https://legal.un.org/repertory/art100.shtml>, zuletzt abgerufen am 22.10.2022.

¹¹⁹ *Hall/Woods*, Theorizing the role of executive heads and international organizations, EJIR 2017, 865 (880 f.).

¹²⁰ *Sahay*, Wie es uns gefällt, SZ (2017), <https://www.sueddeutsche.de/meinung/volksrepublik-china-vereinte-nationen-xi-jinping-taiwan-uigur>

Damit wird die Idee *Xi Jinpings* von einer »neuen gleichberechtigten Schicksalsgemeinschaft der Menschheit« gefördert.¹²¹ Chinas Regierung scheidet keine Bemühungen, ihren Einfluss in den VN weiter auszubauen. Derzeit beläuft sich der Einfluss auf einen Fußabdruck, der jedoch in der Zukunft tiefere Spuren hinterlassen kann und dies voraussichtlich auch wird.

3. Internationaler Schutz der Menschenrechte gegenüber dem Grundsatz staatlicher Souveränität

Einen Eckpunkt der chinesischen Menschenrechtsdiplomatie bildet der nachdrückliche Schutz der nationalen Souveränität.¹²² Trotz der vertraglichen Unterwerfung von einer Vielzahl von Menschenrechtsverträgen akzeptiert die VRC nicht die Kompetenz internationaler Spruchkörper und Gremien zur Überprüfung und Einhaltung dieser Verträge.¹²³

Das Verhältnis von Völkerrecht und innerstaatlichem Recht ist in der chinesischen Verfassung nicht konkret geregelt. Es besteht jedoch Einigkeit darüber, dass der Staat an die von ihm geschlossenen und ratifizierten Verträge gebunden und folglich auch zur Umsetzung verpflichtet ist.¹²⁴ Indessen ist auf der internationalen Bühne die staatliche Souveränität einer der häufigsten verwendeten Begriffe im Kontext mit Menschenrechten.¹²⁵ Souveränität kann als ein von außen anerkanntes Recht einer territorial begrenzten politischen Einheit, das höchste politische Autorität im Inneren auszuüben vermag, definiert werden.¹²⁶ Souveränität und Menschenrechte werden in der UN-Charta gleichwertig behandelt.¹²⁷ Angesichts der zentralen Rolle des Staates zur Durchsetzung von Menschenrechten spielt das Souveränitätskonzept für die Akzeptanz der internationalen Normen eine entscheidende Rolle.¹²⁸

China verteidigt das Konzept der staatlichen Souveränität als Garant für Frieden, Sicherheit und Wohlstand. Das Beharren auf staatlicher Souveränität wird gemeinhin als Strategie erklärt, um der Kritik an der Menschenrechtssituation in China zu begegnen und als Folge der Er-

fahrungen des Landes mit Imperialismus aus dem 19. Jahrhundert.¹²⁹ Menschenrechtsverletzungen können nach chinesischem Verständnis nie ein Eingreifen in die inneren Angelegenheiten eines anderen souveränen Staates rechtfertigen.¹³⁰ Diese Haltung manifestiert sich ferner in einer zuletzt, gemeinsam mit Russland abgegebenen Erklärung zu den internationalen Beziehungen. Dieser zufolge dürfen Demokratie und Menschenrechte nicht dazu benutzt werden, um Druck auf andere Länder auszuüben. Die Staatsoberhäupter wenden sich gegen den »Missbrauch demokratischer Werte« und die »Einmischung in innere Angelegenheiten souveräner Staaten unter dem Vorwand des Schutzes von Demokratie und Menschenrechten«, sowie gegen die Versuche »kulturelle und zivilisatorische Vielfalt und das Recht der Völker auf Selbstbestimmung zu missachten.«¹³¹

Chinas Entschlossenheit, um jeden Preis die staatliche Souveränität zu erhalten, findet auch seinen Ausdruck in den Weißbüchern durch die Hervorhebung der Art. 2 Abs. 1 und Abs. 7 UN-Charta.¹³² Hingegen wurden die Verpflichtungen der Förderung und Achtung der Menschenrechte kaum erwähnt, die sich aus verschiedenen Artikeln, mitunter aus Art. 1 Abs. 3 und Art. 55 c) der UN-Charta, ergeben. Die VRC betont, dass die Souveränität die Voraussetzung für die Garantie anderer Menschenrechte sei.¹³³ Diese Erklärung wurde häufig zur Unterstützung der Forderung der »Nichteinmischung« angeführt.¹³⁴ Die Nichteinmischung, welche auf die staatliche Souveränität zurückzuführen ist, bedingt jedoch faktisch, dass internationale Regeln und Institutionen kaum noch wirksam Menschenrechtsverletzungen vorbeugen oder verhindern können.¹³⁵

UN-Generalsekretär *António Guterres* wies darauf hin, dass: »[Nationale] Souveränität kein Vorwand für die Verletzung von Menschenrechten sein darf.«¹³⁶ Jedoch ist gerade für die VRC die Wahrung der staatlichen Souveränität und der nationalen Autonomie eine wesentliche Quelle für die

ren-1.5445800, zuletzt abgerufen am 22.10.2022.

121 Stellungnahme von Xi Jinping, President of the People's Republic of China at the General Debate of the 70th Session of the UN General Assembly, New York, 28.9.2015, Zugang unter: https://www.chinadaily.com.cn/china/19thcpnationalcongress/2017-11/04/content_34115212.htm, zuletzt abgerufen am 22.10.2022.

122 *Kinzelbach*, Chinas Menschenrechtspolitik in den UN, ZVN 2013, 57 (62).

123 Wissenschaftliche Dienste des deutschen Bundestags, Die Volksrepublik China und der internationale Menschenrechtsschutz, WD 2- 30000-027/20, S. 10.

124 *Epping*, Völkerrecht, 7. Auflage (2019), § 5, S. 70.

125 *Shao*, EU, China and the Concept of Human Rights (2013), S. 34.

126 *Bierstecker/Weber*, Reconstructing the analysis of sovereignty: concluding reflections and directions for the future research, in: dies. (Hrsg.), State sovereignty as social construct (1996), S. 278 (277).

127 Art. 1, Art. 2 Abs. 1 und Abs. 7 UN-Charta, Art. 2 der UN-Charta verweist auf die Verfolgung der in Art. 1 UN-Charta festgelegten Ziele nach den in Art. 2 UN-Charta erörterten Grundsätzen.

128 *Kent* (Fn. 15), S. 26.

129 *Zhu*, China and the International Human Rights Diplomacy, China: An International Journal 2011, 217 (221).

130 *Kinzelbach* (Fn. 107), S. 299 (320).

131 Joint Statement of the Russian Federation and the PRC on the International Relations Entering a New Era and the Global Sustainable Development, <http://en.kremlin.ru/supplement/5770#sel=38:261:6xx,39:1:U2x>, zuletzt abgerufen am 26.09.2022.

132 Vgl. Information Office of the State Council of the PRC, Progress in Human Rights, 2018, X. (Fn.83); UN Doc. A/C.3/55/SR.36, para. 104.

133 *Ghai* (Fn. 45), S. 54 (57); Information Office of the State Council of the People's Republic of China, Human Rights in China, White Paper, Beijing 1991 (Fn. 66).

134 *Kinzelbach* (Fn. 107), S. 299 (321).

135 Amnesty International, 5. Grundsatz der souveränen Gleichheit, <https://whatchinasays.org/de/concept/5-grundsatz-der-souveraenen-gleichheit/>, zuletzt abgerufen am 22.10.2022.

136 *António Guterres*, Secretary General's remark on the UN Human Rights Council, »The Highest Aspiration: A Call to Action for Human Rights«, 24.02.2020, <https://www.un.org/sg/en/content/sg/state-ment/2020-02-24/secretary-generals-remarks-the-un-human-rights-council-«the-highest-aspiration-call-action-for-human-rights-delivered-scroll-down-for-all-english>, zuletzt abgerufen am 22.10.2022.

Legitimität der Regierung und den Erhalt der Kontrolle.¹³⁷ Die mangelnde Akzeptanz von internationalen Überprüfungsgremien zur Einhaltung von Menschenrechtsverträgen dient der Sicherung innerstaatlicher Souveränität. Deutlich wird, dass China mit der Betonung der Menschenrechte auf staatlicher Souveränität und nationaler Unabhängigkeit diese nicht als emanzipatorisch, sondern als innere Angelegenheit erachtet. Die VRC verwehrt sich damit jeglicher Kritik aus dem Ausland gegenüber der Menschenrechtslage innerhalb Chinas.

IV. Resümee: (K-)Ein universeller Weg für Menschenrechte? – Ein Ausblick

Abschließend bleibt zu bilanzieren, inwiefern tatsächlich von Menschenrechten mit chinesischen Charakteristika die Rede sein kann. Chinas anfänglich zurückhaltende Rolle im Menschenrechtsdiskurs und der damit einhergehenden Akzeptanz der Universalität veränderte sich mit dem zunehmenden Fokus der internationalen Gemeinschaft auf die Menschenrechtslage in der Volksrepublik. Das Regime der VRC stand vor dem Dilemma, sich an internationale Standards anzupassen, ohne die für seine Herrschaft essenzielle, nationale Souveränität zu gefährden. Der Parteienstaat hat sich jedoch gegen das Eindringen ausländischer Ideen gewehrt, die seine Macht infrage stellen könnten. Die chinesische Menschenrechtsdogmatik wird im Verlauf der Zeit immer deutlicher den liberalen Normen des Westens gegenübergestellt.

Hierbei wird China zum Gestalter einer eigenen Menschenrechtsorthodoxie, die als legitime Alternative der Weltgemeinschaft in den Weißbüchern und durch eine aktive Rolle in den VN präsentiert wird. Die Verbreitung der chinesischen Menschenrechtsdogmatik dient dabei der Normalisierung von Menschenrechtsverletzungen innerhalb Chinas, unter dem Deckmantel des Kulturrelativismus.¹³⁸ Menschenrechte mit chinesischen Charakteristika beschreiben den Versuch, bürgerliche und politische Rechte beiseitezuschieben und zugleich ein höheres Wirtschaftswachstum zu erlangen.¹³⁹ Der Hintergedanke Chinas, ihr »mianzi«¹⁴⁰ (Gesicht Chinas innerhalb der Weltgemeinschaft) nicht zu verlieren, wie auch der soziale Status, die innerstaatliche Stabilität Chinas und die wirtschaftliche Prosperität, haben dazu beigetragen, die Rolle der VRC von der Rechtfertigung hin zu einer aktiven Auslegung der Menschenrechte zu verschieben.¹⁴¹ Die Frage ist nicht mehr nur, wie China sich auf internationale Standards einlassen wird, sondern vielmehr, inwieweit das Weltsystem die Vorteile des wirtschaftlichen Potenzials Chinas nutzen und gleichzeitig das Wesen der liberalen internationalen

Ordnung bewahren kann. Die chinesische Menschenrechtsdogmatik ist jedoch noch zu jung, um von einer tatsächlichen Veränderung des Stellenwerts der Menschenrechte, wie Forsythe behauptet, sprechen zu können. Menschenrechte mit chinesischen Charakteristika existieren als solche noch nicht, wenngleich sich eine deutliche Förderung der Menschenrechte aus der zweiten und dritten Generation sowie eine Politik der Nichteinmischung abzeichnet.

Eine wirksame Antwort von liberalen Staaten und Organisationen ist vor dem Hintergrund der Verletzung individueller Freiheitsrechte unerlässlich. Einen Anlasspunkt für eine geschlossene Antwort der internationalen Gemeinschaft bietet hierzu der erst kürzlich veröffentlichte Bericht der Hohen Kommissarin, der die Menschenrechtslage der unterdrückten Uiguren dokumentiert. Trotz weniger neuer Informationen zu der Situation der Menschen in Xinjiang werden die Misshandlungen der muslimischen Bevölkerung von den VN erstmals offiziell als mögliche Verbrechen gegen die Menschlichkeit und damit als Verstoß gegen geltendes Völkerrecht klassifiziert.¹⁴²

Die VRC dazu zu bewegen, sich an internationale Menschenrechtsstandards anzupassen, gelangt jedoch an die Grenzen des wirtschaftlichen und politischen Einflusses Chinas. Ermittlungen innerhalb des Landes, welche durch den internationalen Strafgerichtshof angeordnet werden könnten, scheitern zudem an der Vetomacht Chinas im Sicherheitsrat. Umso dringlicher ist die Aufgabe der internationalen Staatengemeinschaft durch Sanktionen als wirtschaftliches Mittel und eine Isolierung Pekings im Menschenrechtsrat nach der Veröffentlichung des Berichts eigene demokratische Werte zu erhalten und die VRC zu einer erhöhten Transparenz im Land zu drängen. Das Ziel, die VRC zu einem Abweichen der Politik der »Nichteinmischung« zu bewegen sowie politische und bürgerliche Rechte zu ratifizieren, kann nur unter dem Kompromiss erfolgen, dass auch Staaten wie die USA wirtschaftliche und soziale Rechte anerkennen. Vorangegangene Maßnahmen sollen dazu dienen, sich den Bemühungen Chinas, der Menschenrechtsdogmatik eine »chinesische Lesart« zu verpassen, zu widersetzen und kritisch zu hinterfragen.

Zu berücksichtigen bleibt, dass Rechte und damit auch Menschenrechte nicht zwangsweise die Ausprägung kultureller Gegebenheiten sind. Kultur und Tradition werden häufig zur Unterdrückung genutzt und als Rechtfertigung herangezogen. Rechte gehen der Kultur voraus. Wo kulturelle Vielfalt in einem Land aufeinandertrifft, Solidarität und kulturelle Identität gesichert werden müssen, werden Rechtskonzepte am meisten gebraucht und gleichzeitig am häufigsten zurückgewiesen.¹⁴³

¹³⁷ Zhu (Fn. 129), S. 217 (222).

¹³⁸ Kritisch hierzu v. Senger, Die VRC und die Menschenrechte, in: Schubert (Hrsg.), Menschenrechte in Ostasien, S. 123 (162 ff.).

¹³⁹ Subedi, China's Approach to Human Rights and the UN Human Rights Agenda, Chinese Journal of International Law 2015, 437 (445).

¹⁴⁰ Pons Übersetzung, zugänglich unter: <https://de.pons.com/übersetzung/chinesisch-deutsch/mianzi>, zuletzt abgerufen am 22.10.2022.

¹⁴¹ Inboden (Fn. 6), S. 15.

¹⁴² Bachelets OHCHR Assessment of human rights concerns in the Xinjiang Uyghur Autonomous Region, People's Republic of China, Bericht vom 31. August 2022, S. 44.

¹⁴³ Ghai (Fn.45), S. 547 (563).



Greta Luise Steinkampf*

Gleichheit und Diskriminierung im sportlichen Wettbewerb

Möglichkeiten der Teilhabe intergeschlechtlicher Sportler*innen vor dem Hintergrund des Beschlusses des BVerfG zur personenstandsrechtlichen Anerkennung intergeschlechtlicher Menschen

Der Beitrag befasst sich mit der Verwirklichung des Rechts intergeschlechtlicher Menschen auf Teilhabe am Geschlechterbinär gestalteten Sportwettkampf. Erläutert werden verschiedene Lösungsansätze anhand des Falls der Läuferin Caster Semenya, die seit mehreren Jahren für ein unbeschränktes Teilnahmerecht an internationalen Leichtathletikwettbewerben kämpft.

A. »Wann ist ein Mann ein Mann?«

Diese Frage stellte Herbert Grönemeyer bereits 1984 in seinem Klassiker »Männer«¹ und setzte sich dabei mit diversen männlichen Stereotypen auseinander. Einige davon haben trotz zunehmender Abkehr von Geschlechterrollen bis dato überlebt, doch zumindest aus biologischer Sicht schien die Antwort stets eindeutig: Männlich ist, wer männliche Geschlechtsmerkmale besitzt. Andersherum machen weibliche Geschlechtsmerkmale eine Person zur Frau. Die Folge ist eine Dichotomie von männlich und weiblich: das binäre System der Geschlechter. Was aber, wenn eine Person Merkmale sowohl des männlichen als auch des weiblichen Geschlechts besitzt und deswegen keinem dieser beiden Geschlechter eindeutig zugeordnet werden kann? In den letzten Jahren wurden diese, in der Biologie und Medizin längst bekannten,² sogenannten Varianten der Geschlechtsentwicklung, auch Intergeschlechtlichkeit genannt,³ gesellschaftlich zunehmend enttabuisiert – und kürzlich die Rechte der Betroffenen höchstrichterlich bestätigt.

Das BVerfG entschied im Oktober 2017, dass es gegen das besondere Diskriminierungsverbot des Art. 3 III 1 GG und das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 I iVm Art. 1 I GG verstößt, wenn personenstandsrechtlich ein Geschlechtseintrag erforderlich, aber keine positive Ein-

tragung jenseits von männlich und weiblich möglich ist.⁴ Offen bleiben Fragen in all den Bereichen der Gesellschaft, die auf dem Konzept der Geschlechter-Binarität basieren.

In dieser Arbeit soll die Umsetzung im sportlichen Wettkampf näher untersucht werden. Die geschlechtliche Zuordnung spielt in diesem Bereich eine sehr grundlegende Rolle; die Differenzierung nach dem Geschlecht dient gewissermaßen der Chancengleichheit. Hintergrund ist das Ziel, ein sogenanntes »level playing field« zu kreieren: Alle Teilnehmenden sollen unter gleichen Voraussetzungen antreten können und in der Folge gleiche Gewinnchancen haben.⁵ Dies wird verwirklicht durch die Einteilung von Leistungsklassen.⁶ Da an die biologischen Unterschiede zwischen Männern und Frauen grundsätzlich unterschiedliche Leistungsfähigkeiten geknüpft werden, stellt das Geschlecht eines der Einteilungskriterien dar.⁷ Dass Frauen und Männer im Sport getrennt antreten, verstößt nach allgemeiner Ansicht auch nicht gegen Bestimmungen des AGG, die eine Benachteiligung aufgrund des Geschlechts verbieten (§ 1 Var. 3 AGG).⁸ Die allgemein praktizierte Trennung

⁴ BVerfGE 147, 1; dazu zum Beispiel *Sanders*, Hat das Recht ein Geschlecht?, NZFam 2018, 241; problematisch die Kritik von *Märker*, Drittes Geschlecht? – Quo vadis Bundesverfassungsgericht, NZFam 2018, 1, der die wissenschaftlichen Erkenntnisse zum rechtlichen und biologischen Geschlecht verneint.

⁵ Zur allgemeinen Definition siehe Cambridge Dictionary, »a level playing field«, <https://dictionary.cambridge.org/de/worterbuch/englisch/level-playing-field>, zuletzt abgerufen am 25.9.2022; in Bezug auf den sportlichen Wettkampf siehe CAS SpuRt 2019, 211 (213); *Jakob*, Das Geschlecht als sportliche Zugangsregelung – Intersexuelle im internationalen und deutschen Wettkampfsport, SpuRt 2018, 143 (145); ausführlich zudem *J. Block*, Geschlechtergleichheit im Sport: Mit besonderer Berücksichtigung der Diskriminierung von trans- und intersexuellen Sportlerinnen unter den Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (2014), S. 15 ff.

⁶ *J. Block* (Fn. 5), S. 102.

⁷ Neben zum Beispiel dem Alter: *J. Block* (Fn. 5), S. 102; *Gutzeit*, Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf das Sportrecht – Erste Gedanken zu sportarbeitsrechtlichen Konsequenzen, in: Vieweg (Hrsg.), Facetten des Sportrechts, Referate der achten und neunten interuniversitären Tagung Sportrecht (2009), S. 55 (65); *Jakob*, Weiblich – Männlich – Divers: Die Entscheidung des BVerfG vom 10. Oktober 2017 sportlich betrachtet, Wirtschaftsführer für junge Juristen 1/2018, 8; *dies.* (Fn. 5), SpuRt 2018, 143 (144 f.). Die grundsätzliche Möglichkeit der unterschiedlichen Behandlung der Geschlechter aufgrund biologischer Unterschiede bestätigte auch schon das BVerfG: BVerfGE 92, 91 (97 f.).

⁸ *Gutzeit* (Fn. 7), S. 55 (64 ff.); ausführlich *M. Block*, Die Geschlechtertrennung im Sport unter Gesichtspunkten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes AGG (1. Teil), SpuRt 2012, 46; Die Geschlechtertrennung im Sport unter Gesichtspunkten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes AGG (2. Teil), 99; *Jakob* (Fn. 7), Wirtschaftsführer für junge Juristen

* Die Autorin studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen. Der Beitrag ist im Rahmen eines Forschungskolloquiums zum Öffentlichen Recht bei Frau Prof. Dr. *Schwerdtfeger* entstanden.

¹ *Grönemeyer*, Männer, 1984, <https://www.groenemeyer.de/bochum/>, zuletzt abgerufen am 15.8.2022.

² Vgl. zum Beispiel Bundesärztekammer, Stellungnahme Intersexualität, 30.1.2015, S. 2; *Lee/Nordenström/Houk u. a.*, Global Disorders of Sex Development Update since 2006: Perceptions, Approach and Care, Hormone Research in Paediatrics 2016, 158 (158 ff.).

³ Im Folgenden werden die Bezeichnungen »Intergeschlechtlichkeit« und »Varianten der Geschlechtsentwicklung« verwendet; zur Terminologie siehe *Schweizer/Köster/Richter-Appelt*, Varianten der Geschlechtsentwicklung und Personenstand – Zur »Dritten Option« für Menschen mit intergeschlechtlichen Körpern und Identitäten, Psychotherapeut 2019, 106; DGU e.V./DGKCH e.V./DGKED e.V. (Hrsg.), S2k-Leitlinie Varianten der Geschlechtsentwicklung, 2016, S. 5 f.; Bundesärztekammer (Fn. 2), S. 2.

nach Geschlecht ist also grundsätzlich rechtmäßig, ja sogar geboten. Was aber geschieht, wenn diese traditionelle Kategorisierung mit der Realität der Intergeschlechtlichkeit konfrontiert wird? Ein ebenso prominentes, wie auch tragisches Beispiel dafür ist die südafrikanische Leichtathletin Caster Semenya, die seit einigen Jahren im Mittelpunkt der Debatte um Intergeschlechtlichkeit im Sport steht.⁹

Um zunächst das rechtliche Grundgerüst für die darauffolgenden Überlegungen zu schaffen, soll die personenstandsrechtliche Lage in Deutschland vor und insbesondere nach dem richtungsweisenden Beschluss des BVerfG skizziert werden (B.). Anschließend wird der Fall Caster Semenya erläutert und darauf aufbauend untersucht, wie unter Wahrung der Interessen der Beteiligten das Recht intergeschlechtlicher Menschen, am sportlichen Wettkampf teilzuhaben, verwirklicht werden kann (C.).

B. Rechtslage

Grundsätzlich wird im Geburtenregister gem. § 21 I Nr. 3 PStG das Geschlecht eines Kindes beurkundet. § 22 III PStG a.F. hatte noch vorgesehen, dass bei Unmöglichkeit der Zuordnung eines Kindes zum männlichen oder weiblichen Geschlecht auf eine Angabe zu verzichten ist. Am 10. Oktober 2017 entschied das BVerfG durch Beschluss über die Unvereinbarkeit der einschlägigen Normen des PStG mit der Verfassung.¹⁰ Der Entscheidung vorausgegangen war die Verfassungsbeschwerde einer Person, die sich dauerhaft weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zuordnet.¹¹ Die klagende Person wurde als Kind als »weiblich« im Geburtenregister eingetragen, hat aber das sogenannte Turner-Syndrom, also einen atypischen Chromosomensatz.¹² Sie beantragte zunächst beim Standesamt die Eintragung als »inter/divers«, hilfsweise »divers«, gegen die Ablehnung wandte sie sich erfolglos an die Zivilgerichte.¹³ Das BVerfG entschied, dass es gegen die Verfassung verstoße, eine Person einerseits zur Eintragung eines Geschlechts zu zwingen, andererseits jedoch Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, soweit sie sich dauerhaft keinem Geschlecht zuordnen, eine positive Angabe zu verwehren.¹⁴ Betroffen sei zum einen das allgemeine Persönlichkeitsrecht

aus Art. 2 I iVm Art. 1 I GG in der Ausprägung des Schutzes der geschlechtlichen Identität.¹⁵ Zum anderen werde gegen das besondere Diskriminierungsverbot aus Art. 3 III 1 GG verstoßen.¹⁶

Der Gesetzgeber hat auf die vom BVerfG gesetzte Frist zur Neuregelung reagiert und § 22 III PStG abgeändert.¹⁷ Nach der n.F. kann bei Unmöglichkeit der Zuordnung weiterhin auf eine Angabe verzichtet oder die Option »divers« gewählt werden. Außerdem bietet nun § 45b I PStG intergeschlechtlichen Menschen die Möglichkeit zur Änderung des Personenstandseintrags.

Die durch das BVerfG veranlasste Änderung im PStG zieht überall dort Konsequenzen nach sich, wo das Geschlecht in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht eine Rolle spielt.¹⁸ Neuerungen werden vor allem für das Familienrecht erwartet.¹⁹ Daneben gibt es einen weiteren Bereich, auf den die Änderung des Personenstandsrechts bzw. die dadurch zum Ausdruck kommende Wertung Potenzial für erhebliche Auswirkungen besitzt, namentlich den sportlichen Wettbewerb, insbesondere auf professioneller Ebene.²⁰

C. Abkehr von der Geschlechter-Binarität auch im Sportwettkampf?

Dem sportlichen Wettkampf liegt eine Geschlechter-binäre Struktur zugrunde, es gibt Wettkämpfe jeweils für Männer und Frauen. Nun aber könnte diese akzeptierte Praxis ins Wanken geraten. Es drängt sich die Frage auf, ob und inwiefern eine Umgestaltung des auf der Vorstellung der Geschlechter-Binarität beruhenden organisierten Sportwettkampfs zu erfolgen hat – einerseits im Lichte der einschlägigen Grundrechte, bestärkt durch den Beschluss des BVerfG,²¹ andererseits vor dem Hintergrund der Lebens-

1/2018, 8; *Fritzweiler*, Sport und Staat, in: *Fritzweiler/Summerer*, Praxis-handbuch Sportrecht, 4. Auflage (2020), Rn. 17 mwN.

⁹ Vgl. *Brems*, Nur mit Medikamenten eine Frau, 2.5.2019, <https://www.zeit.de/sport/2019-05/caster-semenya-frau-cas-urteil>, zuletzt abgerufen am 25.9.2022. Der Fall Semenya wird (schieds-)gerichtlich nicht am Maßstab des Grundgesetzes gemessen. Vertieft auf weitere Gleichheits- und Persönlichkeitsrechte einzugehen, würde jedoch den Umfang dieses Aufsatzes überschreiten (vgl. aber *Jakob* (Fn. 5), *SpuRt* 2018, 143 [146 f.]). Der Fall Semenya soll der Veranschaulichung dienen.

¹⁰ Siehe Fn. 4.

¹¹ BVerfGE 147, 1 (4). Unterstützt wurde die Person beispielsweise von der Kampagne »dritte Option. Für einen dritten Geschlechtseintrag«, www.dritte-option.de, zuletzt abgerufen am 25.9.2022.

¹² BVerfGE 147, 1 (4).

¹³ BVerfGE 147, 1 (4); BGH NJW 2016, 2885 (*Brachthäuser/Remus*); OLG Celle BeckRS 2015, 7058; AG Hannover BeckRS 2016, 13848.

¹⁴ BVerfGE 147, 1 (14).

¹⁵ BVerfGE 147, 1 (15 f.). Dabei stellt das BVerfG ausdrücklich klar, dass von diesem Schutz auch Personen erfasst sind, die weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuzuordnen sind: BVerfGE 147, 1 (16).

¹⁶ BVerfGE 147, 1 (20 f.). Auch bezogen auf das Diskriminierungsverbot weist das BVerfG darauf hin, dass dieses auch Menschen schützt, die sich weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen: BVerfGE 147, 1 (21). So auch schon *Sachs*, Besondere Gleichheitsgarantien, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts* Bd. 8, 3. Auflage (2010), S. 839 (861); *Dürig/Herzog/Scholz/Langefeld*, GG, 74. EL (2015), Art. 3 III 2 Rn. 24, Art. 3 III Rn. 42.

¹⁷ Vgl. BT-Drs. 19/4669; dazu kritisch *Lindenberg*, Das Dritte Geschlecht – Eine Bewertung des Gesetzesentwurfs zur Einführung des Geschlechtseintrags »divers« sowie möglicher Folgeeregungen, *NZfAm* 2018, 1062.

¹⁸ *Pfister*, Das »dritte Geschlecht« im Sport, *SpuRt* 2018, 1 nennt das Beispiel der getrennten Zimmer auf Schulausflügen; ähnlich *Berndt-Benecke*, Die weitere Geschlechtskategorie im Geburtenregister, *NVwZ* 2019, 286 (288); missverständlich insofern *Meier*, Mehr als zwei Geschlechter im Sport? – Auswirkungen der Rechtsprechung des BVerfG auf die Reglements der Sportverbände, *NVwZ-Extra* 14/2018, 1, der der Entscheidung des BVerfG keine weitreichenden praktischen Auswirkungen bescheinigt.

¹⁹ Übersichtlich *Frie*, *NZfAm* 2017, 1141 (1151 f.), die für zeitige Reform plädiert; einschränkend *Berndt-Benecke* (Fn. 18), *NVwZ* 2019, 286 (289); zu arbeitsrechtlichen Auswirkungen *Dutta/Fornasier*, Das dritte Geschlecht im Arbeitsrecht und öffentlichen Dienstrecht des Bundes, *NZA* 2021, 605.

²⁰ *Pfister* (Fn. 18), *SpuRt* 2018, 1.

²¹ *Meier* (Fn. 18), *NVwZ-Extra* 14/2018, 1 (1 f.).

realität von Menschen wie Caster Semenya. Im Folgenden wird zunächst der dogmatische Grundstein gelegt, indem untersucht wird, welche Rolle die Grundrechte im Verhältnis zwischen Sportler*in und Verband spielen (I.). Anschließend soll der Gang des Falls Caster Semenya vertieft dargestellt und anhand dessen eine erste Möglichkeit der Teilhabe intergeschlechtlicher Menschen am Sport erläutert werden, namentlich die Lösung des zuständigen Sportverbandes (II.). Es wird sich zeigen, dass diese Lösung nicht zufriedenstellend ist, sodass anschließend Alternativen untersucht werden (III.).

I. Dogmatische Grundlagen: Grundrechte im Verhältnis zwischen Sportler*in und Verband

Zwar ist das Verhältnis zwischen Sportler*in und Verband privatrechtlicher Natur, sodass der Verband bei Verabschiedung eines Regelwerks nicht unmittelbar an die Grundrechte gebunden ist.²² Nichtsdestotrotz besitzen die Grundrechte eine mittelbare Drittwirkung auf Privatrechtsverhältnisse.²³ Die Gerichte müssen grundrechtliche Wertentscheidungen bei der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts in Anschlag bringen, vermittelt durch Generalklauseln²⁴ und unbestimmte Rechtsbegriffen des Zivilrechts.²⁵ Dies wurde zuletzt durch die Stadionverbotsentscheidung des BVerfG, die das bundesweite Stadionverbot für einen Fußballanhänger betraf, für die Freiheitsrechte bestätigt und hinsichtlich des Gleichheitsgrundsatzes erweitert.²⁶ Das BVerfG erkennt in dem Beschluss für »spezifische Konstellationen« an, dass die Erfordernisse des Gleichheitssatzes auch in Privatrechtsverhältnissen erfüllt werden müssen.²⁷ Betroffen seien Konstellationen, in denen Veranstaltungen grundsätzlich der Allgemeinheit zugänglich sind und eine Teilnahme bedeutend ist für die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben.²⁸ Ganz generell schreibt das BVerfG derjenigen Person eine der Verfassung entwachsende spezielle »rechtliche Verantwortung« zu, die ein solches Ereignis veranstaltet.²⁹ Die Grundgedanken dieser Rechtsprechung lassen sich auf die Situation intergeschlechtlicher Sportler*innen übertragen. Zwar stehen die betroffenen Sportereignisse nicht jeder Person als aktive bzw. aktivem Teilnehmer*in gleichermaßen offen wie als bloße bzw. bloßem Zuschauer*in. Eindeutige Parallelen zeigen sich aber insofern, als dass hier der bzw. dem einzelnen Sportler*in der sozial übermächtige, strukturell überlegene Sportverband gegenübersteht, der über den Zugang zur Veranstaltung entscheidet.³⁰ Betroffen sind darüber hinaus nicht

²² Meier (Fn. 18), NVwZ-Extra 14/2018, 1 (2); zum Rechtsgeschäftscharakter BGHZ 128, 93 (96 f.); generell zum Fehlen der unmittelbaren Drittwirkung siehe BVerfGE 7, 198 (202); BVerfGE 148, 267 (276 f.); 152, 152 (176).
²³ StRSpr des BVerfG, siehe BVerfGE 7, 198 (203 f.); 148, 267 (276 f. mwN).
²⁴ Vgl. speziell für Reglements der Sportverbände: BGHZ 128, 93 (101 ff.).
²⁵ BVerfGE 148, 267 (276 f.).

²⁶ BVerfGE 148, 267.

²⁷ BVerfGE 148, 267 (279); BVerfG NJW 2019, 3769 (3770).

²⁸ BVerfGE 148, 267 (279); BVerfG NJW 2019, 3769 (3770).

²⁹ BVerfGE 148, 267 (279).

³⁰ Zu diesen Kriterien siehe BVerfGE 148, 267 (277, 279); BVerfG NJW 2019, 3769 (3770); vgl. auch BVerfGE 128, 226 (243); zur ganzen Entwicklung Jobst, Konsequenzen einer unmittelbaren Grundrechtsbindung Privatrecht,

nur die gesellschaftliche Teilhabe, sondern mit der Berufsfreiheit (Art. 12 GG)³¹ sowie dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I iVm Art. 1 I GG) in der Ausprägung der Teilhabe an sportlichen Wettbewerben³² auch ausdrücklich grundrechtlich geschützte Bereiche, was die Dringlichkeit der zumindest mittelbaren Geltung der Freiheits- und Gleichheitsrechte verstärkt. Verfassungsrechtliche Wertentscheidungen, hier insbesondere der Gleichheitssatz nach Art. 3 I GG, müssen also mittelbar auch von Verbänden im Bereich des organisierten Sports beachtet werden. Die Teilhabe intergeschlechtlicher Sportler*innen ist mithin grundrechtlich geschützt. Ein vollständiger Ausschluss wäre außerdem nach dem AGG unzulässig.³³

Relevanz erlangt die Frage nach der Teilhabe intergeschlechtlicher Sportler*innen, sobald konsequent nach Geschlecht getrennt wird, der Wettbewerb also nicht gleichermaßen allen Personen zugänglich ist. Dies trifft selbst bei »mixed« Wettbewerben zu, beispielsweise beim Biathlon oder Ultimate Frisbee. Denn auch dort ist vorgeschrieben, wie viele Männer und Frauen jeweils ein Team bilden, die binäre Einteilung ist mithin grundlegend.³⁴ Folglich ist festzuhalten, dass die Regelwerke der Sportverbände und die medizinisch-biologische³⁵, gesellschaftliche und nunmehr auch rechtliche Wirklichkeit auseinanderklaffen und eine Lücke hinterlassen, die es durch Aufzeigen möglicher Alternativregelungen zu schließen gilt, um ein zufriedenstellendes Niveau des Diskriminierungsschutzes zu gewährleisten. Denn beschließt das BVerfG, dass der Mangel positiver personenstandsrechtlicher Anerkennung einer geschlechtlichen Zuordnung außerhalb von männlich und weiblich verfassungswidrig ist, muss diese Wertung auch für sämtliche Bereiche der Gesellschaft gelten – ansonsten liefe die Entscheidung faktisch ins Leere.

ter, NJW 2020, 11.

³¹ Meier (Fn. 18), NVwZ-Extra 14/2018, 1 (4); Wegmann, Im Blickpunkt: Rechtliche Probleme der Geschlechtsbestimmung im Sport, SpuRt 2010, 102 (102 f.); J. Block (Fn. 5), S. 358.

³² Meier (Fn. 18), NVwZ-Extra 14/2018, 1 (4); vgl. auch OLG Frankfurt SpuRt 2014, 74 (78); zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht allgemein siehe zum Beispiel BVerfGE 54, 148 (148 ff.); 101, 361 (361 ff.); Martini, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Spiegel der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JA 2009, 839.

³³ Siehe mit ausführlicher Herleitung Meier (Fn. 18), NVwZ-Extra 14/2018, 1 (2 ff.); zur Eröffnung des Anwendungsbereichs des AGG für den Fall intergeschlechtlicher Sportler*innen M. Block (Fn. 8), SpuRt 2012, 46 (46 ff.); J. Block (Fn. 5), S. 207 ff., 236 f. Das AGG setzt EU-Gleichbehandlungsrichtlinien um und soll zur Gewährleistung des Diskriminierungsschutzes iSd Art. 3 GG beitragen, schreibt damit das Verbot der Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts einfachgesetzlich vor, BT-Drs. 16/1780, S. 1 f., 20.

³⁴ So sind bei Ultimate Frisbee »mixed« Teams generell nicht unüblich, die Regeln enthalten aber einen Abschnitt zum Verhältnis von weiblichen und männlichen Spieler*innen: WDFD »Rules of Ultimate«, Rule 5.1 Annotation iVm Appendix v2.0, A6. Meier (Fn. 18), NVwZ-Extra 14/2018, 1 (2), Fn. 8 sieht hier fälschlicherweise kein Problem.

³⁵ Siehe Fn. 2.

II. Die Leichtathletin Caster Semenya oder das »Gleichheits-Dilemma«

Die Südafrikanerin Caster Semenya wurde bei der Geburt rechtlich als weiblich anerkannt und identifiziert sich als Frau.³⁶ Sie gehörte jahrelang zur Welt-Elite der Leichtathletik und konnte diverse Erfolge erzielen, unter anderem mehrere Siege bei den Olympischen Spielen.³⁷ Seit fast genauso langer Zeit bekommt die Läuferin jedoch Gegenwind vom Leichtathletik-Weltverband, World Athletics (ehemals IAAF). Denn sie besitzt Varianten der Geschlechtsentwicklung, sie produziert mehr Testosteron als andere Sportlerinnen.³⁸ Um etwaige Wettbewerbsvorteile für Sportler*innen mit Varianten der Geschlechtsentwicklungen zu vermeiden, erließ der Leichtathletik-Weltverband die sogenannten DSD-Regelungen, die die Einhaltung eines bestimmten Testosteron-Werts zur Bedingung machen, um bei ausgewählten Disziplinen antreten zu dürfen.³⁹ Gegen diese Regelungen klagte Semenya vor dem Internationalen Sportgerichtshof – erfolglos.⁴⁰ Die Schwierigkeit des Prozesses bestand vor allem darin, auf Grundlage nicht unumstrittener medizinwissenschaftlicher Erkenntnisse⁴¹ komplizierte rechtliche und ethische Fragestellungen abzuwägen.⁴² Im Grunde erklären beide Seiten den Anspruch auf Chancengleichheit zum Kern ihrer Argumentation. Der Leichtathletik-Weltverband hat es sich zur Aufgabe gemacht, das »level playing field« sicherzustellen, insbesondere weibliche Athletinnen vor jeglicher »nicht-weiblicher« Konkurrenz zu schützen.⁴³ Auf diesem Wege solle es Sportlerinnen ermöglicht werden, sich unter ähnlichen Voraussetzungen auf höchstem Niveau mit der Konkurrenz zu messen und erfolgreich zu sein.⁴⁴

Was aber macht jemanden zur – bei der weiblichen Konkurrenz teilnahmeberechtigten – Frau? Wie erfolgt die Grenzziehung zwischen den Geschlechtern? Dabei handelt es sich um komplexe Fragestellungen, die sich nicht durch einen schnellen Blick in das Personenstandsregister oder gar durch medizinische Tests beantworten lassen – zumindest nicht nur. Denn zum Geschlecht zählt nicht allein die bio-

logische Einordnung, sondern auch die individuelle Identität.⁴⁵ So identifiziert sich Semenya als Frau.⁴⁶ Sie führt an, dass die Regeln eine ungerechtfertigte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellen, da sie nur weibliche Athletinnen mit bestimmten körperlichen Eigenschaften betreffen.⁴⁷ Semenya macht also auf der anderen Seite ebenfalls ihr Recht auf gleiche Chancen geltend und beantragt, die DSD-Regelungen für nichtig erklären zu lassen, um ohne jegliche Beschränkungen an Wettbewerben der weiblichen Konkurrenz teilnehmen zu können.⁴⁸

Die schwierige Frage, wessen »Anspruch auf Gleichheit« schwerer wiegt, hat der Internationale Sportgerichtshof letzten Endes zugunsten des Leichtathletik-Weltverbandes entschieden. Die Schiedsrichter*innen sehen in den Regeln grundsätzlich eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, denn gestützt auf diese Regeln werden Sportler*innen mit bestimmten physischen Eigenschaften anders behandelt als ihre männlichen Kollegen.⁴⁹ Die Diskriminierung sei aber gerechtfertigt: Das Schiedsgericht hält die Regeln für geeignet, erforderlich und angemessen, um den Zweck der Schaffung eines »level playing fields« zu erfüllen.⁵⁰ Zur Begründung wird angeführt, dass kein operativer Eingriff erforderlich sei, sondern die Einnahme kontrazeptiver Mittel genüge.⁵¹ Die Nebenwirkungen dieser Kontrazeptiva, die körperlichen Untersuchungen und die Vertraulichkeit der medizinischen Daten der Betroffenen wurden zwar in die Abwägung mit einbezogen, spielten aber eine gegenüber dem Zweck der Regelungen untergeordnete Rolle.⁵² Gegen diese Entscheidung wehrte sich Semenya beim Schweizer Bundesgerichtshof, doch die Beschwerde wurde abgewiesen.⁵³ Semenya hat nun beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte Individualbeschwerde eingelegt;⁵⁴ die DSD-Regelungen kommen jedoch vorerst weiterhin zur Anwendung.

³⁶ CAS SpuRt 2019, 211 (212).

³⁷ CAS SpuRt 2019, 211 (212); *Ahrens*, Sie will nur laufen, 1.5.2019, <https://www.spiegel.de/sport/sonst/caster-semenya-kaempft-seit-zehnjahren-mit-dem-zweifel-a-1265184.html>, zuletzt abgerufen am 25.9.2022; Munzinger-Archiv GmbH, Eintrag »Semenya, Caster«, <http://www.munzinger.de/document/01000008033>, zuletzt abgerufen am 25.9.2022.

³⁸ Vgl. CAS SpuRt 2019, 211 (212).

³⁹ Vgl. CAS SpuRt 2019, 211 (212, 217); die aktuellen Regelungen: World Athletics, Eligibility Regulations for the Female Classification (Athletes with Differences of Sex Development), gültig ab 10.12.2021: »DSD« steht für »differences of sex development«, dt. »Varianten der Geschlechtsentwicklung«.

⁴⁰ CAS SpuRt 2019, 211.

⁴¹ Vgl. *Seppelt/Wozny/Winderfeldt*, Testosteron-Debatte: Korrektur ohne Bedeutung, 27.8.2021, <https://www.sportschau.de/investigativ/debatte-testosteron-leichtathletik-100.html>, zuletzt abgerufen am 25.9.2022.

⁴² CAS SpuRt 2019, 211 (213 f.); *Jakob* (Fn. 7), *Wirtschaftsführer für junge Juristen* 1/2018, 8 (10).

⁴³ CAS SpuRt 2019, 211 (212): »protected class« weiblicher Athletinnen.

⁴⁴ CAS SpuRt 2019, 211 (212).

⁴⁵ Unterschieden wird das biologische (»sex«), das psychische und das soziale Geschlecht (»gender«), Deutscher Ethikrat (Hrsg.), *Intersexualität – Stellungnahme*, 23.2.2012, S. 27 ff.; *Ankermann*, Dimensionen des Geschlechts, *MERKblatt* 2/2011, 6 (7); vgl. auch CAS SpuRt 2019, 211 (213).

⁴⁶ CAS SpuRt 2019, 211 (212); Semenya ficht auch nicht die binäre Einteilung als Grundlage des Wettkampfsports an, CAS SpuRt 2019, 211 (213).

⁴⁷ CAS SpuRt 2019, 211 (211); dazu, welche Athletinnen nach der aktuellen Fassung der Regelungen betroffen sind (»Relevant Athlete«) siehe World Athletics (Fn. 39), Rule 2.2. (a).

⁴⁸ CAS SpuRt 2019, 211 (211).

⁴⁹ CAS SpuRt 2019, 211 (215 f.).

⁵⁰ CAS SpuRt 2019, 211 (216 ff.).

⁵¹ CAS 2018/O/5794 *Semenya v. IAAF*, 2018/O/5798 *ASA v. IAAF*, Rn. 590 ff.

⁵² CAS SpuRt 2019, 211 (217 f.).

⁵³ BGer, Urt. v. 25.8.2020, Az. 4A_248/2019, 4A_398/2019; Medienmitteilung des Bundesgerichts zum Urteil vom 25.8.2020, 8.9.2020; siehe auch *Stopper/Keidel/Fischer*, Wichtige Sportrechtsfälle 2020, SpuRt 2021, 6 (8 f.).

⁵⁴ European Court of Human Rights, Registrar of the Court, Pressemitteilung ECHR 148, 17.5.2021, <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-7021287-9471834>, zuletzt abgerufen am 25.9.2022. Die Individualbeschwerde von ASA, dem südafrikanischen Leichtathletik-Verband, der ebenfalls wegen der DSD-Regelungen gegen den Leichtathletik-Weltverband geklagt hatte, wurde vom EGMR abgewiesen, EGMR BeckRS 2021, 33106.

Mit Blick auf den Fall Caster Semenya wird deutlich, dass neue Lösungswege aufgezeigt werden müssen. Zum einen hegt das Schiedsgericht ernsthafte Zweifel an der Umsetzbarkeit der DSD-Regelungen: So bestünde zum Beispiel die Möglichkeit, dass Betroffene medizinisch nicht in der Lage sind, trotz der vorgesehenen Behandlung ihr Hormonlevel ausreichend gering zu halten.⁵⁵ Während das Schiedsgericht also zugunsten des Leichtathletik-Weltverbands entschieden hat, hält es die Verantwortlichen gleichzeitig ausdrücklich an, die Anwendung der DSD-Regelungen fortlaufend zu überprüfen, um deren Verhältnismäßigkeit zu gewährleisten.⁵⁶ Zum anderen sind die Regeln nicht mit der psychischen und physischen Gesundheit der Betroffenen in Einklang zu bringen. Caster Semenya leidet einerseits körperlich und mental unter den Hormonwert senkenden Medikamenten,⁵⁷ andererseits darunter, dass ihr Geschlecht als Teil ihrer Identität öffentlich infrage gestellt wird⁵⁸. Auch wenn das Schiedsgericht im Fall Semenya diese Faktoren nicht als ausschlaggebend angesehen hat,⁵⁹ muss ihnen im Geltungsbereich des Grundgesetzes mit Blick auf Art. 2 II 1 GG und Art. 1 I iVm Art. 2 I GG Bedeutung beigemessen werden.⁶⁰ Daneben sind Menschenrechte wie das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und das Recht auf Achtung des Privatlebens betroffen (Art. 14 Var. 1, 8 I EMRK).⁶¹ Auf der anderen Seite stehen die Interessen der konkurrierenden Athletinnen. Vor diesem Hintergrund besteht die Notwendigkeit alternativer Lösungsansätze. Einige sollen im Folgenden dargestellt und bewertet werden.

III. Einbezug Intergeschlechtlicher in den sportlichen Wettbewerb

Als Vorüberlegung soll zunächst das Spannungsfeld erläutert werden, in dem sich die Diskussion bewegt: Die Schwierigkeit besteht darin, dass persönliche Identifikation und biologisches Geschlecht nicht immer zueinander passen.⁶²

⁵⁵ CAS SpuRt 2019, 211 (218 f.).

⁵⁶ CAS SpuRt 2019, 211 (219); siehe auch CAS, 2018/O/5794 *Semenya v. IAAF*, 2018/O/5798 *ASA v. IAAF*, Rn. 592: Sollten die Kontrazeptiva nicht ausreichen, um den Hormonwert zu senken, muss die Verhältnismäßigkeit ggf. neu überprüft werden.

⁵⁷ CAS, 2018/O/5794 *Semenya v. IAAF*, 2018/O/5798 *ASA v. IAAF*, Rn. 78 (Witness Statement Ms. Semenya); Rn. 100 (Witness Statement Dr. Dreyer); Rn. 105 f. (Witness Statement Dr. de Jager). Ähnlich erging es der Leichtathletin *Dutee Chand*, die einige Jahre vor *Semenya* ebenfalls vor dem Internationalen Sportgerichtshof gegen Hormonwert-Regelungen vorgegangen war: CAS, 2018/O/5794, *Semenya v. IAAF*, 2018/O/5798 *ASA v. IAAF*, Rn. 89 f. (Witness Statement Ms. Chand); siehe auch *Wegmann* (Fn. 31), SpuRt 2010, 102 (102).

⁵⁸ CAS 2018/O/5794 *Semenya v. IAAF*, 2018/O/5798 *ASA v. IAAF*, Rn. 73 ff. (Witness Statement Ms. Semenya); siehe auch *J. Block* (Fn. 5), S. 351, 353.

⁵⁹ Siehe Fn. 52.

⁶⁰ *J. Block* (Fn. 5), S. 358. Auch wenn der Eingriff als solcher freiwillig bleibt (CAS, 2018/O/5794, *Semenya v. IAAF*, 2018/O/5798 *ASA v. IAAF*, Rn. 591), entsteht doch ein mittelbarer Zwang, wenn die Betroffenen ihren Sport (und Beruf) weiter ausüben möchten.

⁶¹ Vgl. European Court of Human Rights, Registrar of the Court (Fn. 54), S. 1: Semenya macht daneben auch Art. 3, 6 und 13 EMRK geltend.

⁶² Vgl. *Hoffmann*, Intersexualität, in: Grandel/Stockmann (Hrsg.), StichwortKommentar Familienrecht, 3. Auflage (2021), Rn. 1; LG Frankfurt am

Darauf aufbauend sollen verschiedene bereits existierende Lösungsansätze kritisch beleuchtet sowie daraus ein eigener entwickelt werden.

1. Geschlechtliche Identifikation und biologische Eigenschaften im Spannungsfeld

Um dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I iVm Art. 1 I GG) Geltung zu verschaffen, ist von herausragender Bedeutung, auch der persönlichen geschlechtlichen Identifikation der Betroffenen Beachtung zu schenken.⁶³ Sofern sich Betroffene als weiblich identifizieren – wie beispielsweise auch Caster Semenya – ist es problematisch, ihnen den Zugang zur weiblichen Startklasse zu verwehren. Ebenso müssen Menschen jenseits der binären Einordnung einbezogen werden. Vor diesem Hintergrund ist auch im Sport eine zumindest teilweise Verabschiedung von der binären Einteilung unausweichlich. Denn das BVerfG verurteilte ausdrücklich den Mangel positiver Anerkennung einer Geschlechtszuordnung außerhalb des binären Systems. Dies darf aber nicht nur auf dem Papier der Gesetzbücher, sondern muss auch in der Welt des Sports umgesetzt werden, ein Bereich, der nicht unerheblich zur persönlichen Entfaltung beiträgt.⁶⁴

Es gilt eine Lösung zu finden, die gleichermaßen das Persönlichkeitsrecht der Betroffenen verwirklicht wie biologisch-medizinische Aspekte berücksichtigt. Auch in dieser Hinsicht ist die Lösung des Leichtathletik-Weltverbands unzureichend. Menschen, die sich jenseits von männlich und weiblich identifizieren, werden in keiner Weise einbezogen,⁶⁵ und die Schaffung eines »Sportgeschlechts«⁶⁶ diskriminiert Menschen wie Semenya in ihrer Identifikation als Frau.⁶⁷

2. Eine dritte Startklasse auf Grundlage des rechtlichen Geschlechts

Im Lichte dessen scheint auf den ersten Blick die Einführung einer dritten Startklasse für intergeschlechtliche Menschen neben der Startklasse »männlich« und »weiblich« die naheliegendste Lösung zu sein.⁶⁸ Parallel zum Beschluss des BVerfG könnte auch auf Wettkampfebene eine »dritte Option« eingerichtet werden.

Main VuR 2021, 232 (234 f.).

⁶³ Vgl. außerhalb des Sport-Kontextes BVerfG NJW 1997, 1632 (1633); LG Frankfurt am Main VuR 2021, 232 (234 f.); in diesem Sinne auch *J. Block* (Fn. 5), S. 360.

⁶⁴ Intergeschlechtliche Personen »könnten ihre Persönlichkeit möglicherweise ungehinderter entfalten, wenn der geschlechtlichen Zuordnung generell geringere Bedeutung zukäme«, BVerfGE 147, 1 (16). Das BVerfG räumt aber sogleich ein, dass momentan die geschlechtliche Zuordnung gesellschaftlich eine große Rolle spielt. So ist es auch im Sport.

⁶⁵ Vgl. CAS SpuRt 2018, 211 (213); World Athletics (Fn. 39), Rule 1.1.1 b.

⁶⁶ CAS SpuRt 2019, 211 (213).

⁶⁷ *Meier* (Fn. 5), NVwZ-Extra 14/2018, 1 (5), der sich explizit gegen ein »sportspezifisches Geschlecht« ausspricht; zu Semenyas Sicht siehe CAS SpuRt 2019, 211 (213).

⁶⁸ Angedacht zum Beispiel von *Jakob* (Fn. 5), SpuRt 2018, 143 (146).

Bei näherem Hinsehen treten jedoch erhebliche Umsetzungsprobleme zutage. So ist zunächst einmal festzustellen, dass der Grund der Trennung nach Geschlecht nicht im unterschiedlichen Eintrag in das Personenstandsregister liegt, sondern in den biologischen Unterschieden.⁶⁹ Das rechtliche Geschlecht als Trennungskriterium scheidet also aus.⁷⁰ Denn es stellte sich – bei Betrachtung der nationalen Ebene – vorab die Frage, wer sich in Deutschland als »divers« eintragen lassen darf und mithin in der neuen Startklasse startberechtigt wäre. Voraussetzung für eine Änderung des Geschlechtseintrags ist, dass die Person Varianten der Geschlechtsentwicklung besitzt (§ 45b I 1 Hs. 1 PStG). Ob eine »lediglich empfundene«⁷¹ Intergeschlechtlichkeit ausreicht, ist in der Literatur umstritten.⁷² Aus der für die vorliegende Frage entscheidenden praktischen Perspektive hat dieser Streit jedoch keine Relevanz: Der BGH entschied im April 2020, dass zwar eine körperliche Intergeschlechtlichkeit Voraussetzung ist, um die personenstandsrechtliche Eintragung nach §§ 45b, 22 III PStG vornehmen zu lassen.⁷³ Allerdings erlaubt der BGH Menschen, die keine körperlichen Varianten der Geschlechtsentwicklung besitzen, sich jedoch selbst keinem Geschlecht zuzuordnen, die Änderung ihres Eintrags in analoger Anwendung von § 8 I TSG.⁷⁴ Denn dass Personen, die eindeutig dem männlichen oder weiblichen Geschlecht zugeordnet werden können, sich aber mit keinem dieser beiden Geschlechter identifizieren, nicht von § 45b PStG erfasst sind, stellt eine planwidrige Regelungslücke dar.⁷⁵ Auch die Interessenlage ist vergleichbar, denn in beiden Fällen deckt sich das biologische mit dem bisher eingetragenen Geschlecht, es besteht jeweils aber eine Abweichung zur subjektiven geschlechtlichen Zuordnung.⁷⁶ Während der Weg über § 8 I TSG analog ein beschwerlicher ist,⁷⁷ wäre eine Änderung des Registereintrags letztendlich

möglich. Zöge man nun für die Einteilung der Startklassen das rechtliche Geschlecht als Grundlage heran, könnten in einer dritten Startklasse in der Theorie biologisch männliche, weibliche und intergeschlechtliche Personen konkurrieren.⁷⁸ Dies entspricht aber gerade nicht der ursprünglichen *ratio* der Trennung nach Geschlecht.

Auch auf internationaler Ebene zeigt ein solches Modell Schwächen. Aufgrund der abweichenden Regelungen in verschiedenen Ländern könnte keine Einheitlichkeit geschaffen werden.⁷⁹ Vor dem Hintergrund des geringen Anteils intergeschlechtlicher Personen an der Gesamtgesellschaft und insbesondere im Wettkampfsport würde die Einführung einer dritten Klasse zudem faktisch einen Ausschluss darstellen.⁸⁰ Denn eine den Frauen- und Männerklassen vergleichbare Konkurrenz zu schaffen wäre – zumindest im Teamsport – nahezu unmöglich.⁸¹ Die Folge wäre eine mittelbare Benachteiligung aufgrund des Geschlechts, die mit Blick auf bestehende Alternativen unzulässig ist.⁸² Im Ergebnis stellt die Einführung einer dritten Startklasse auf Grundlage des Personenstandsrechts keine Lösung dar, die den Interessen aller Beteiligten gleichermaßen gerecht wird.

3. Die Einteilung nach dem Hormonwert

Unter der Prämisse, dass der Hormonwert unmittelbar die sportliche Leistungsfähigkeit bedingt, erscheint dieser als Grundlage für die Einteilung in Startklassen sinnvoll.⁸³ Vergleichbar wäre dies im Prinzip mit der Klassifizierung im paralympischen Wettkampf, die ebenfalls über die Kriterien

⁶⁹ CAS 2018/O/5794 *Semenya v. IAAF*, 2018/O/5798 *ASA v. IAAF*, Rn. 558; *Jakob* (Fn. 5), SpuRt 2018, 143 (146).

⁷⁰ Zu diesem Ergebnis kommt auch das Schiedsgericht im Fall *Semenya*: CAS SpuRt 2019, 211 (212 f.); siehe ferner *Meier* (Fn. 5), NVwZ-Extra 14/2018, 1 (5).

⁷¹ Begriffswahl des BGH: BGHZ 225, 166. Kritisch zum Beispiel *Theilen*, Der biologische Essentialismus hinter »lediglich empfundener Intersexualität«, 24.5.2020, <https://verfassungsblog.de/der-biologische-essentialismus-hinter-lediglich-empfundener-intersexualitaet/>, zuletzt abgerufen am 7.11.2022.

⁷² Dafür zum Beispiel *Bruns*, Das »Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben«, StAZ 2019, 97 (100); OLG Düsseldorf FamRZ 2019, 1663 (1663 ff.); dagegen zum Beispiel *Berndt-Benecke*, Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben, StAZ 2019, 65 (70); *Krömer*, Anwendungsbereich des § 45b PStG neu: Wer fällt unter den Begriff »Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung«, StAZ 2019, 280 (281) sowie die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/4669, S. 7.

⁷³ BGHZ 225, 166 (170 f.).

⁷⁴ BGHZ 225, 166 (177 ff.).

⁷⁵ BGHZ 225, 166 (179); zu den Voraussetzungen einer Analogie im Allgemeinen siehe zum Beispiel BGH NJW 2016, 3174 (3175 mwN).

⁷⁶ BGHZ 225, 166 (179 f.).

⁷⁷ Das Verfahren ist in seinen Voraussetzungen bedenklich und wird zu Recht stark kritisiert, siehe zum Beispiel *Sieberichs*, Die diversen Geschlechter, FamRZ 2019, 329 (331 f.); *Jäschke*, Überlegungen zur Abschaffung des Transsexuellengesetzes (TSG) – Zugleich eine Kritik am Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der Änderung des Geschlechtsein-

trags vom 8.5.2019, NZFam 2019, 895. Siehe auch BT-Drs. 19/6467, S. 13 f. Als Reaktion ist im Koalitionsvertrag die Ersetzung des TSG durch das sogenannte Selbstbestimmungsgesetz vorgesehen und derzeit in Arbeit, siehe BMFSFJ/BMJ, Eckpunkte des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend und des Bundesministeriums der Justiz zum Selbstbestimmungsgesetz, Juni 2022.

⁷⁸ Ebenso wäre es denkbar, dass sich eine intergeschlechtliche Person als weiblich identifiziert und entsprechend registriert ist, *Jakob* (Fn. 5), SpuRt 2018, 143 (146). Unklar bliebe auch, wo Personen teilnahmeberechtigt sind, die auf einen Geschlechtseintrag verzichten.

⁷⁹ CAS SpuRt 2019, 211 (212); *Jakob* (Fn. 5), SpuRt 2018, 143 (146), siehe auch Fn. 33. Vgl. zum Umgang in anderen Ländern *Bigalke/Dörries/Kuhn* u. a., Ein eigenes Pronomen, Toiletten-Gesetze und »Herm Alex«, 10.11.2017, <https://www.sueddeutsche.de/leben/intersexualitaet-ein-eigenes-pronomen-toiletten-gesetze-und-herm-alex-1.3742059-0#seite-2>, zuletzt abgerufen am 25.9.2022.

⁸⁰ *Meier* (Fn. 5), NVwZ-Extra 14/2018, 1 (5); siehe auch *Pfister* (Fn. 18), SpuRt 2018, 1. Abhängig ist der Anteil davon, welche Erscheinungen mitumfasst werden, das BVerfG geht von ca. 160.000 intergeschlechtlichen Personen in Deutschland aus: BVerfGE 147, 1 (7 f.); die Bundesärztekammer gibt eine Zahl von 8.000 bis 10.000 an: Bundesärztekammer (Fn. 2), S. 4.

⁸¹ *Meier* (Fn. 5), NVwZ-Extra 14/2018, 1 (5). Auch im paralympischen Wettkampf sollen zu kleine Startklassen vermieden werden, um die Spannung nicht zu beeinträchtigen: Deutscher Behindertensportverband e.V., Leitfaden für die Klassifizierung der paralympischen Sportarten, März 2021, S. 3.

⁸² *Meier* (Fn. 5), NVwZ-Extra 14/2018, 1 (5).

⁸³ Angedacht zum Beispiel von *Jakob* (Fn. 5), SpuRt 2018, 143 (147 f.); ebenso die transsexuelle Sportlerin Kristen Worley, siehe *Wegmann* (Fn. 31), SpuRt 2010, 102 (104).

Alter und Geschlecht hinausgeht.⁸⁴ Allerdings ist aus wissenschaftlicher Sicht anzumerken, dass ein mit einem Mann vergleichbarer Wert männlicher Sexualhormone im Blut einer intergeschlechtlichen Person nicht automatisch dazu führt, dass die Leistungsfähigkeit mit der eines Mannes vergleichbar ist, sodass diese Lösung ebenfalls kein »level playing field« gewährleisten würde.⁸⁵ Zudem bestünde für Betroffene wie Semenya trotzdessen die Gefahr der Diskriminierung, wenn sie in einer Hormon-Klasse gegen voraussichtlich überwiegend männliche Konkurrenz antreten müssten.

Noch schwerwiegender sind praktische Umsetzungsprobleme. Vor jedem Wettkampf, zumindest sehr regelmäßig, sei es auf Amateur- oder professionellem Level, müsste der Hormonwert aller Teilnehmenden mittels Blutuntersuchung festgestellt werden.⁸⁶ Zudem ist die notwendige Preisgabe vertraulicher medizinischer Daten als solche unter Datenschutzgesichtspunkten höchstproblematisch.⁸⁷

4. Unterscheidung nach biologischem Geschlecht und Identifikation

Die hier vorgeschlagene Lösung baut auf der Erkenntnis auf, dass körperliche Unterschiede dem sportlichen Wettkampf immanent sind, gewissermaßen den Wettkampf ausmachen und in den meisten Fällen über Sieg und Niederlage entscheiden.⁸⁸ So machten ihre körperlichen Anlagen Athleten wie den Ausnahmeschwimmer Michael Phelps gerade zu den Helden ihrer Sportart.⁸⁹ Solchen Sportler*innen vorzuschreiben, ihre natürlichen Vorteile durch körperliche Eingriffe zu vermindern, wäre undenkbar.⁹⁰

Diese Erkenntnis rechtfertigt es zum einen, die männliche Startklasse Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung zugänglich zu machen: *Meier* schlägt vor, eine so-

genannte »offene Klasse« zu schaffen.⁹¹ In dieser wären intergeschlechtliche Menschen der biologisch männlichen Konkurrenz zwar durchschnittlich unterlegen, dies sei aber hinzunehmen,⁹² zumal die Trennung dem Schutz der Leistungsschwächeren und nicht der Leistungsstärkeren dient.⁹³ Dies kann aber nur für intergeschlechtliche Personen gelten, die sich als männlich identifizieren oder sich außerhalb des binären Systems einordnen. Denn selbst wenn man die männliche als »offene Klasse« betitelte, was erforderlich wäre, um Menschen außerhalb des binären Systems zu erfassen, bliebe es auf der anderen Seite bei der weiblichen Klasse – und diese wäre intergeschlechtlichen Personen, die sich als weiblich identifizieren, verschlossen. Dies wäre mit dem Persönlichkeitsrecht nicht vereinbar und bedeutete wiederum eine Diskriminierung aufgrund körperlicher Eigenschaften, stellte mithin für Betroffene wie Caster Semenya keine zufriedenstellende Lösung dar.

Aufgrund der Bedeutung des verfassungsrechtlich gewährleisteten allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Form des Schutzes der geschlechtlichen Identität muss es Inter-geschlechtlichen, die sich als Frau identifizieren, möglich sein, als Frau zu starten.⁹⁴ Denn die geschlechtliche Identität in Gestalt der subjektiven geschlechtlichen Zuordnung ist rechtlich geschützt.⁹⁵ Alles andere wäre eine unzulässige Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. *Meiers* Argument, dem Sport lägen körperliche Unterschiede zugrunde, mit denen Athlet*innen rechnen müssten,⁹⁶ lässt sich in diese Richtung genauso anwenden. Benachteiligt ist dann die biologisch weibliche Konkurrenz, was jedoch hinzunehmen wäre.⁹⁷ Diese Lösung stellt einen Weg dar, das Recht intergeschlechtlicher Athlet*innen auf Schutz ihrer geschlechtlichen Identität und auf körperliche Unversehrtheit zu wahren. Um eine gewisse Sicherheit für alle Beteiligten und Planbarkeit der Wettkämpfe sicherzustellen, müsste die Zuordnung zu der der Identifizierung entsprechenden Startklasse im Vorfeld des jeweiligen Wettkampfs, zum Beispiel im Zuge der Qualifikation oder Anmeldung, erklärt werden. Die Erklärung erfolgt gegenüber dem ausrichtenden Sportverband und ist für diesen ebenso wie für die Teilnehmenden für die Dauer des Wettbewerbs verbindlich. Ein beliebiger Wechsel zwischen den Startklassen und eine daraus resultierende Unübersichtlichkeit ist nicht zu befürchten. Denn es muss zwar grundsätzlich möglich sein, entsprechend der Entwicklung der Geschlechtsidentität auch die Startklasse (noch einmal) zu wechseln. Allerdings sind erneute Änderungen des personenstandsrechtlichen

⁸⁴ Vgl. Deutscher Behindertensportverband e.V. (Fn. 82), S. 3 ff.

⁸⁵ *Jakob* (Fn. 5), SpuRt 2018, 143 (147 f.); *J. Block* (Fn. 5), S. 349, 359.

⁸⁶ *Jakob* (Fn. 5) SpuRt 2018, 143 (147): Auf professioneller Ebene wäre dies im Rahmen der Doping-Kontrolle und damit einfacher möglich. Allerdings ist hiergegen einzuwenden, dass Doping-Kontrollen zeitlich unregelmäßig und dazu nicht flächendeckend stattfinden, vgl. NADA, Standard für Dopingkontrollen und Ermittlung, 1.1.2021, Art. 2, 3. Die Kontroll-Kapazitäten müssten also immens in die Höhe geschraubt werden.

⁸⁷ *Jakob* (Fn. 5), SpuRt 2018, 143 (147); *Wegmann* (Fn. 31), SpuRt 2010, 102. Zum (grundrechtlichen) Schutz persönlicher Daten im Allgemeinen BVerfGE 65, 1.

⁸⁸ Vgl. *Sachs*, Gleichheit im Sport, SpuRt 2019, 50; *Meier* (Fn. 18), NVwZ-Extra 14/2018, 1 (6); ausführlich *J. Block* (Fn. 5), S. 356 f., 381 ff., der auf verschiedene genetische Unterschiede eingeht.

⁸⁹ Vgl. zu diesem Beispiel *Ahrens* (Fn. 37); *Dahmer*, Intersexualität im Sport: »Sportverbände können intersexuelle Personen nicht länger ausschließen«, 27.10.2020, <https://www.zeit.de/zett/politik/2020-10/sport-verbände-koennen-intersexuelle-personen-nicht-laenger-ausschliessen-soziologie-caster-semenya-intersexualitaet>, zuletzt abgerufen am 25.9.2022; *J. Block* (Fn. 5), S. 356.

⁹⁰ *J. Block* (Fn. 5), S. 356; *Wegmann* (Fn. 31), SpuRt 2010, 102; *Jakob* (Fn. 5), SpuRt 2018, 143 (147); *Dreger*, Where's the Rulebook für Sex Verification?, 21.8.2009, <https://www.nytimes.com/2009/08/22/sports/22runner.html>, zuletzt abgerufen am 25.9.2022; siehe auch Redaktion beck-aktuell, Pressemitteilung becklink 2012978 vom 2.5.2019.

⁹¹ *Meier* (Fn. 18), NVwZ-Extra 14/2018, 1 (5).

⁹² *Meier* (Fn. 18), NVwZ-Extra 14/2018, 1 (6).

⁹³ »Abschottung [...] nach oben«: *Gutzeit* (Fn. 7), S. 55 (65 f.).

⁹⁴ Zu diesem Ergebnis kommt auch *J. Block* (Fn. 5), S. 379.

⁹⁵ Vgl. BVerfGE 115, 1 (12 f.); 121, 175 (186 ff.).

⁹⁶ *Meier* (Fn. 18), NVwZ-Extra 14/2018, 1 (6) würde hiergegen einwenden, dass aufgrund der Nähe zum männlichen Geschlecht eine Startberechtigung Inter-geschlechtlicher in der männlichen Klasse eher sinnvoll wäre.

⁹⁷ So im Ergebnis auch *Jakob* (Fn. 5), SpuRt 2018, 143 (148), die jedoch weiterhin die binäre Trennung zugrunde legen möchte und Personen, die sich nicht-binär identifizieren, nicht ausreichend berücksichtigt; vor der Einführung der Option »divers« bereits *J. Block* (Fn. 5), S. 362, 379, 382, der grundsätzlich das rechtliche Geschlecht als Basis heranzieht.

Geschlechtseintrags praktisch sehr selten,⁹⁸ nichts anderes ist auch im Rahmen des sportlichen Wettbewerbs zu erwarten.

Diese Lösung zeigt sicherlich ebenso Schwächen: Möglich – aber nichtsdestotrotz abwegig⁹⁹ – wäre, dass Betroffene vorgeben, sich als Frau zu identifizieren, um in der weiblichen Klasse starten zu dürfen. Der Leichtathletik-Weltverband und die biologisch-weibliche Konkurrenz sowie unter Umständen deren Unterstützer*innen und Fans werden weiter darauf pochen, dass die Betroffenen ihren Hormonwert künstlich senken, um mögliche Vorteile zu minimieren. In der Tat geht dieser Ansatz zu Lasten des »level playing field«. Denkbar wäre, potenzielle Nachteile der Konkurrenz in der weiblichen Startklasse durch beispielsweise versetzte Starts oder Punktegutschriften auszugleichen, wie es in einigen paralympischen Disziplinen geschieht.¹⁰⁰ Allerdings ist ein Vergleich nur bedingt möglich. Zunächst ist unklar, inwieweit die hormonellen Unterschiede tatsächlich zu unterschiedlicher Leistungsfähigkeit führen.¹⁰¹ Damit besteht bereits keine sinnvolle Grundlage für mögliche Ausgleichsregelungen.¹⁰² Solche würden zudem der geschlechtlichen Identifikation der Betroffenen nicht gerecht. Sportliche Überlegenheit würde als Abweichung von einer vorgestellten »weiblichen Norm« eingestuft, die es auszugleichen gilt, und die Qualifizierung dieser Überlegenheit als Resultat von Training und Talent negiert. Hinsichtlich einer Übertragung auf die vorliegend behandelte Frage ist also Zurückhaltung geboten. Ausschlaggebend ist schlussendlich die Erkenntnis, dass absolute Chancengleichheit eine utopische Vorstellung darstellt.

Wie die vorgeschlagene Lösung umzusetzen wäre, macht der Deutsche Fußballbund nun zumindest auf Amateur-Ebene vor. Nach dem Vorbild des Berliner Fußball-Verbands¹⁰³ dürfen ab der Spielzeit 2022/23 Personen, die ihre Geschlechtsangabe offengelassen haben, sowie Personen, die als »divers« eingetragen sind, selbst entscheiden, ob sie bei den Männern oder Frauen spielberechtigt sein möchten.¹⁰⁴

⁹⁸ Für den Anwendungsbereich des TSG siehe *Adamietz/Bager*, Gutachten: Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen, November 2016, S. 205.

⁹⁹ Siehe zur Unwahrscheinlichkeit dieser Vorgehensweise bezogen auf den Fall, dass eine Geschlechtsangleichung erforderlich wäre, *J. Block* (Fn. 5), S. 358.

¹⁰⁰ Vgl. Deutscher Behindertensportverband (Fn. 82), S. 3: Ziel ist auch hier Herstellung von Chancengleichheit; siehe auch World Triathlon, Para Triathlon – The Interval Start System, 20.1.2022.

¹⁰¹ Siehe Nachweise in Fn. 86.

¹⁰² Siehe daneben zur Kritik am Klassifizierungssystem der Paralympics *Hendel*, Stichwort Klassifizierung – Chancengleichheit bei den Paralympics?, 10.3.2022, <https://www.sportschau.de/paralympics/stichwort-klas-sifizierung-chancengleichheit-paralympics-100.html>, zuletzt abgerufen am 7.11.2022.

¹⁰³ Im Geltungsbereich dessen Spielordnung dürfen Personen, die als »divers« eingetragen sind, entscheiden, bei welchem Geschlecht sie spielberechtigt sein möchten: § 3 Nr. 2 Meldeordnung des Berliner Fußball-Verbands e.V.

¹⁰⁴ Ebenso Personen, die ihr Geschlecht angleichen lassen: DFB, Regelung zum Spielrecht trans*, inter* und nicht nicht-binärer Personen, 23.6.2022,

D. Fazit

Dass Art. 3 III GG und das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht nur biologisch männliche und weibliche Personen schützen, hat das BVerfG eindeutig klargestellt. Und auch im Lichte der begrüßenswerten gesellschaftlichen Entwicklung in Hinblick auf Akzeptanz vielfältiger geschlechtlicher Identitätsbilder werden sich Fragen wie die in dieser Arbeit behandelten in Zukunft für weitere Bereiche des gesellschaftlichen Zusammenlebens stellen.

In Bezug auf den sportlichen Wettbewerb steht die Schwierigkeit eines Lösungsweges außer Frage, der zwecks Realisierung eines tatsächlichen Grund- und Menschenrechtsschutzes im Wege praktischer Konkordanz alle Interessen gleichermaßen einbezieht. Fragen nach dem biologischen Geschlecht vermischen sich mit Fragen nach der Geschlechtsidentität. Beides ist vielfältig, und aus diesem Grund ist es fast unmöglich, alle Sportler*innen in nur zwei unterschiedliche Startklassen zu pressen. Die Geschlechtsidentität ist verfassungsrechtlich geschützt, weswegen das biologische Geschlecht und damit zusammenhängende körperliche Eigenschaften keinesfalls die einzigen Kriterien für eine faire Einteilung sein dürfen. Während die Einteilung in verschiedene Leistungsklassen als solche weiter sinnvoll ist, muss auch der geschlechtlichen Identifizierung Bedeutung zukommen. Dabei müssen mögliche Vorteile intergeschlechtlicher Menschen in Kauf genommen werden – vielmehr noch: akzeptiert werden wie andere körperliche Unterschiede im sportlichen Wettbewerb.

»Geschlecht« wird neu geschrieben: Die Medizin hält schon länger nicht mehr an einem binären Geschlechter-Modell fest. Der deutsche Gesetzgeber zog nun nach und erkannte eine weitere Option an. Fraglich ist, ob der Sport, der sich regelmäßig die Botschaft von Anti-Diskriminierung und Inklusion auf die Fahne schreibt, diesen Worten Taten folgen lässt und sich anschließt.

<https://www.dfb.de/news/detail/regelung-zum-spielrecht-trans-inter-und-nicht-binaerer-personen-241346/>, zuletzt abgerufen am 25.9.2022.

StrafR Aufsatz

Hendrik Uken*

Zur Reform der Strafbarkeit des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen

2015 wollte der Gesetzgeber empfindliche Lücken des § 174 StGB schließen, etwa die sogenannten »Vertretungslehrerfälle« oder Missbrauch innerhalb moderner Familienkonstellationen. Wie erfolgreich ihm das gelungen ist, will dieser Beitrag beleuchten.¹

A. Einleitung

»The right to sexual autonomy has developed into a fundamental human right [...]. Because states are obliged to protect this right, the importance of consent for the assessment of sexual acts is obvious.«²

Wie wollen wir als Gesellschaft mit sexuellen Handlungen umgehen, die zwar faktisch im gegenseitigen Einvernehmen stattfinden, gleichwohl aber nach rechtlichen Maßstäben von nicht einwilligungsfähigen Personen vorgenommen werden? § 174 StGB,³ welcher den sexuellen Missbrauch von Schutzbefohlenen unter Strafe stellt, soll unter anderem dieses Szenario in gewissen Fällen regulieren. Spätestens seit dem Odenwaldschule-Komplex,⁴ einer sich über Jahrzehnte erstreckenden Reihe unzähliger Missbrauchsfälle mit hunderten Opfern,⁵ ist jener Teil des Sexualstrafrechts,

der Minderjährige schützen will, immer wieder Thema gesellschaftlicher Debatten⁶ und dadurch naturgemäß ständigem Wandel unterworfen; so auch am 21.1.2015 durch das 49. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung europäischer Vorgaben⁷ zum Sexualstrafrecht.⁸ Besonderer Anlass für die Reform des § 174 waren mitunter zwei kontroverse Entscheidungen des OLG Koblenz und des BGH zu den sogenannten »Vertretungslehrerfällen«.⁹

Kurz zusammengefasst schützt § 174 Minderjährige vor sexuellem Missbrauch durch Täter,¹⁰ zu denen die Opfer in einem besonderen Abhängigkeits- respektive Obhutsverhältnis stehen. Dies können bspw. Eltern, Lehrer, Ausbilder oder Gruppenleiter sein. Das genaue Schutzgut des § 174 ist umstritten,¹¹ die Diskussion soll und kann hier nicht weitergeführt werden. Hingegen ist Zweck dieses Beitrags, die direkten Änderungen der Norm, ohne mittelbare Änderungen etwa der Verjährungsfristen, durch das 49. StrÄndG in einem ersten Schritt erläuternd darzulegen (B.) und im Anschluss daran kritisch zu bewerten (C.). Mitte 2021 veränderte der Gesetzgeber Teile des § 174 erneut,¹² allerdings ist die Novelle 2015 von weit erheblicherer Bedeutung und bisher wenig behandelt, weswegen sich ein genauerer Blick auf diese lohnt.

B. Darstellung der Änderungen

Im Folgenden werden die Änderungen des § 174 durch das 49. StrÄndG, bspw. die Ausweitung von Personenkreisen oder die Einführung eines neuen Auffangtatbestands, deren

* Der Autor studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und ist Hilfskraft am dortigen kriminalwissenschaftlichen Institut sowie am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Rechtssoziologie von Prof. Dr. Katrin Höffler in Leipzig und an der Juniorprofessur für Kriminologie, Criminal Compliance, Risk Management und Strafrecht von Jun.-Prof. Dr. Lucia Sommerer in Halle (Saale). Der Beitrag ist aus einer vorbereitenden Leistung im Rahmen eines Seminars zu »Aktuellen Fragen und Problemen des Sexualstrafrechts« (Prof. Dr. Boris Burghardt) hervorgegangen.

1 Hinweis: Der Aufsatz behandelt sexuellen Missbrauch an Kindern. Explizite Details sind nicht enthalten, dennoch könnte das Thema beunruhigen. Betroffene können hier Hilfe finden: Infotelefon Aufarbeitung sexueller Kindesmissbrauch, 0800-4030040 (kostenfrei und anonym), www.aufarbeitungskommission.de; Hilftelefon sexueller Missbrauch, 0800-2255530 (kostenfrei und anonym), www.hilfe-portal-missbrauch.de.

2 Scheidegger, Balancing Sexual Autonomy, Responsibility, and the Right to Privacy: Principles for Criminalizing Sex by Deception, GLJ 2021, 769 (770).

3 Alle folgenden Paragraphen sind – sofern nicht anders bezeichnet oder Teil einer Quellenangabe – solche des Strafgesetzbuchs (StGB).

4 Vgl. Jud, Sexueller Kindesmissbrauch – Begriffe, Definitionen und Häufigkeiten, in: Fegert et al. (Hrsg.), Sexueller Missbrauch von Kindern und Jugendlichen: Ein Handbuch zur Prävention und Intervention für Fachkräfte im medizinischen, psychotherapeutischen und pädagogischen Bereich (2015), S. 41 (47).

5 Vgl. nur Frankfurter Rundschau/Schindler, Der Lack ist ab, 8.3.2010, <https://perma.cc/85MW-4B2U>; Frankfurter Rundschau/Schindler, Chronik des Skandals, 16.4.2010, <https://perma.cc/3R7G-GYAE>; Keupp et al., Die Odenwaldschule als Leuchtturm der Reformpädagogik und als Ort sexualisierter Gewalt: Eine sozialpsychologische Perspektive, 2019.

6 Jüngst hat etwa die in Niedersachsen eingesetzte Enquetekommission zur Verbesserung des Kinderschutzes und zur Verhinderung von Missbrauch und sexueller Gewalt an Kindern ihren Abschlussbericht vorgelegt, vgl. Nds. LT-Drs. 18/11600 S. 49 ff. Siehe dazu auch in diesem Band den Beitrag von Duttge, Zum Abschlussbericht der Nds. Enquetekommission, GRZ 2022, 149 ff.

7 U.a. Richtlinie 2011/93/EU des EU-Parlaments und des Rates.

8 BGBl. 2015 I S. 10; fortan (nichtamtlich) abgekürzt mit: 49. StrÄndG.

9 OLG Koblenz NJW 2012, 629; BGH NSZ 2012, 690. Näheres dazu unter B.II.

10 Die Verwendung des generischen Maskulinums zur Platzeffizienz und Lesbarkeit soll geschlechtsneutral verstanden werden.

11 Genannt werden das sexuelle Selbstbestimmungsrecht von LK-Online/Hörnle, 2014, § 174 Rn. 2; Fischer, StGB, 69. Auflage (2022), § 174 Rn. 2, die ungestörte sexuelle Entwicklung von Fischer (ebd.); Kindhäuser/Hilgen-dorf, StGB, 9. Auflage (2022), § 174 Rn. 1 sowie der Schutz vor Fremdbestimmung von NK-StGB/Frommel, Nomos-Kommentar: Strafgesetzbuch, 5. Auflage (2017), § 174 Rn. 3, 8a.

12 Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder v. 16.6.2021, BGBl. I 2021 S. 1810.

Zwecke sowie die zugrundeliegenden Anlässe deskriptiv dargestellt und erläuternd näher beleuchtet.

I. Erweiterter Personenkreis des § 174 I Nr. 3

Bis zur Reform 2015 schützte die Nr. 3 des ersten Absatzes von § 174 nur das leibliche oder angenommene noch nicht achtzehn Jahre alte Kind des Täters vor sexuellem Missbrauch durch diesen.¹³ Die Modifikation 2015 hin zur geschützten »Person unter achtzehn Jahren, die sein [des Täters] leiblicher oder rechtlicher Abkömmling ist oder der seines Ehegatten, seines Lebenspartners oder einer Person, mit der er in eheähnlicher oder lebenspartnerschaftsähnlicher Gemeinschaft lebt«¹⁴ lässt sich folgenderweise in zwei Aspekte unterteilen:

Zur Korrektur vom »angenommenen« zum »rechtlichen« Kind respektive Abkömmling wird in dem zugrundeliegenden Gesetzesentwurf der damaligen Regierungsfractionen¹⁵ begründend angeführt, dass die bisherige Formulierung durch das Adoptionsgesetz ein »Redaktionsversehen«¹⁶ gewesen sei, welche bspw. Fälle, in denen der Täter zwar Vater des Opfers i.S.d. § 1592 BGB, aber nicht dessen biologischer Vater ist oder in denen rechtliche und biologische Mutterschaft divergieren, unintendierterweise nicht umfasse.¹⁷ Diese Lücke soll dadurch nun geschlossen worden sein.¹⁸

Die Umwandlung des »Kindes« zum »Abkömmling« nicht nur des Täters, sondern auch dessen Partners, sollte den Tatbestand in dem Sinne ausweiten, dass spezifischere, vermeintlich neue Täter-Opfer-Konstellationen pönalisiert werden können. Der Gesetzgeber wollte lückenschließend¹⁹ die »soziale Bedeutung von Lebensverhältnissen, die der Elternschaft ähnlich sind«²⁰ berücksichtigen und so der klassischen Eltern-Kind-Beziehung modernere Formen des familiären Zusammenlebens gleichstellen, wie die Lebenspartnerschaft, »Patchworkfamilien«, Großeltern, Stief(groß-)eltern oder eben »ähnliche« Gemeinschaften – in denen der Täter und dessen Partner dauerhaft mit gemeinsamer Haushaltsführung zusammenleben²¹ und in denen das Opfer nicht immer leiblicher oder formell recht-

licher Abkömmling des Täters ist, jedoch trotzdem in dessen Erziehungsverantwortung liegt.²²

Ferner sollte fortan für die Täterqualität eben nur noch diese aus der familiären häuslichen Gemeinschaft an sich entstehende Erziehungsverantwortung relevant sein und nicht mehr, ob der Täter tatsächlich erzieherisch tätig wird.²³ Letzteres war bis dato ausschlaggebend für die Tatbestandsverwirklichung: dem Täter musste das Opfer zur Erziehung anvertraut worden sein und er musste dies auch aktiv wahrnehmen.²⁴ Dies wurde scharf kritisiert, da die Schranken zu idealistisch gedacht seien und deswegen den Täterkreis zu sehr einengen würden.²⁵ Der verantwortungslose Stiefvater, der nicht erzieherisch tätig wird, sollte nicht mehr besser gestellt sein, als der engagierte.²⁶ Der Gesetzgeber erkannte diese Kritik an und erweiterte wie dargelegt den Personenkreis der Norm entsprechend.

Die Regierungsfractionen entwarfen die Änderung der Nr. 3 erst etwas anders, weswegen sie darüber hinaus einen neuen Satz 2 des Abs. 1 konzipierten, welcher den Tatbestand des Abs. 1 erheblich ausgeweitet hätte. Er bestrafte zusätzlich auch jenen Täter, der »an einer mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebenden Person unter sechzehn Jahren sexuelle Handlungen vornimmt oder an sich vornehmen lässt und dabei ihre ihm gegenüber fehlende Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung ausnutzt.«²⁷ Die Formulierung wurde indessen vom Rechtsausschuss des Bundestages berechtigerweise gestrichen.²⁸ Der Satz erfasste in der Form nämlich auch bspw. Verhältnisse zwischen Jugendlichen und jungen Erwachsenen in Wohngemeinschaften – etwa einen 17-jährigen und einen 19-jährigen Studenten in einer gemeinsamen WG – oder in derselben Wohnung lebende Stiefgeschwister untereinander. In solchen Verhältnissen liegt regelmäßig aber kein dem Telos der Norm entsprechendes Schutzbefohlenenverhältnis vor.²⁹ Der Ausschuss strich deswegen richtigermaßen diesen Satz 2 und modifizierte die Neuformulierung der Nr. 3 des Satz 1, um den Tatbestand wie eigentlich gewollt zu fassen.

II. Einführung des § 174 II – »Vertretungslehrerfälle«

Völlig neu führte der Gesetzgeber durch Art. 1 Nr. 8 b) 49. StrÄndG den § 174 II n.F.³⁰ ein. Anlass dazu waren u.a. die

¹³ »leiblich oder angenommen« seit Art. 6 Nr. 4 G. v. 2.7.1976 (Adoptionsgesetz), BGBl. 1976 I S. 1756 a.E.

¹⁴ Vgl. Art. 1 Nr. 8 a) 49. StrÄndG.

¹⁵ Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD vom 23.9.2014, BT-Drs. 18/2601.

¹⁶ Ebd., S. 26.

¹⁷ Ebd., so auch Schönke/Schröder/*Eisele*, StGB, 30. Auflage (2019), § 174 Rn. 13.

¹⁸ Die Rechtsprechung erkennt dies an, vgl. nur BGH NJW 2021, 3798; BGH NSStZ-RR 2022, 145.

¹⁹ Vgl. u.a. *Johannes Fechner* (SPD) in der 1. Lesung, BT Plenarprotokoll 18/54, 4945D.

²⁰ BT-Drs 18/2601, S. 26.

²¹ Angelehnt an § 24 b III S. 3 EStG, vgl. HK-GS/*Laue*, Gesamtes Strafrecht: StGB, StPO, Nebengesetze: Handkommentar, 5. Auflage (2022), § 174 Rn. 12; Matt/Renzikowski/*Eschelbach*, StGB, 2. Auflage (2020), § 174 Rn. 23.

²² Eine erhöhte Risikoträchtigkeit in diesen Konstellationen nahm etwa die Enquetekommission zur Verbesserung des Kinderschutzes und zur Verhinderung von Missbrauch und sexueller Gewalt an Kindern des Niedersächsischen Landtags in ihrem Abschlussbericht im September 2022 an, vgl. Nds. LT-Drs. 18/11600 S. 49 ff.

²³ Vgl. Schönke/Schröder/*Eisele* (Fn. 17), § 174 Rn. 13; der Art. 9 b) der EU-Richtlinie 2011/93/EU ist noch weiter.

²⁴ Vgl. LK-Online/*Hörnle* (Fn. 11), § 174 Rn. 9.

²⁵ Vgl. *Hörnle*, Der lückenhafte Schutz jugendlicher Opfer im Sexualstrafrecht, in: FS Schöch (2010), S. 401 (410); LK-Online/*Hörnle* (Fn. 11), § 174 Rn. 13, 37, 39.

²⁶ Hörnle (Fn. 25), S. 401.

²⁷ BT-Drs. 18/2061, S. 7.

²⁸ Vgl. BT-Drs. 18/3202, S. 9.

²⁹ Vgl. ebd., S. 26; Schönke/Schröder/*Eisele* (Fn. 17), § 174 Rn. 13.

³⁰ Verwendet wird a.F. für die Fassung vor 2015, n.F. für die Fassung nach

eingangs erwähnten vielbeachteten³¹ Entscheidungen des OLG Koblenz³² und des BGH³³, welche der Gesetzgeber in Folge der öffentlichen Diskussion als »zu eng, um alle strafwürdigen Fälle zu erfassen«³⁴ bewertete und sich deswegen veranlasst sah, den Normtext zu ergänzen und den Tatbestand des § 174 nicht unerheblich auszuweiten.

Kurz exemplarisch zusammengefasst, sind durch den neuen Abs. 2 fortan die Verhältnisse »zwischen allen Lehrern und Schülern einer Schule«³⁵ oder entsprechend an Einrichtungen zur Ausbildung oder Betreuung in der Lebensführung tatbestandsmäßig. Das Opfer muss dem Täter also nicht mehr wie bisher konkret individuell zugeordnet respektive anvertraut worden sein und der Täter muss das Opfer auch nicht mehr unmittelbar erziehen/ausbilden/betreuen. Hingegen lässt es der Gesetzgeber von nun an ausreichen, dass der Täter und das Opfer lediglich derselben Institution angehören, solange der Täter an dieser Institution erzieherisch/ausbildend/in der Lebensführung betreuend tätig ist und dazu auch von dieser beschäftigt wird – Hausmeister o.ä. sind also keine tatbestandsauglichen Täter³⁶ – und das Opfer in einem entsprechenden Rechtsverhältnis zu dieser Institution steht. Der Absatz dient folglich als Auffangtatbestand für Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2.³⁷ Daraus folgt weiter, dass die Tat grundsätzlich auch außerhalb der Einrichtung tatbestandsmäßig sein kann,³⁸ wobei an späterer Stelle noch auf die Möglichkeit des Absehens von Strafe in solchen Fällen eingegangen wird.

Im vom OLG Koblenz entschiedenen Fall kam es zwischen einem Lehrer (dem Angeklagten) und einer 14-/15-jährigen Schülerin einer regionalen Schule in 22 Fällen zu einvernehmlichen sexuellen Handlungen. Der Angeklagte gab freiwillig und unabhängig vom Fachunterricht für den gesamten Jahrgang des Opfers einen Tanzkurs für die Abschlussfeier und organisierte an anderer Stelle einen Musicalbesuch, an denen das Opfer teilnahm und wo die beiden sich näher kennenlernten. Ansonsten war der Angeklagte allerdings weder Klassen- noch Fachlehrer des Opfers. Im Tatzeitraum vertrat er dann dreimal den Unterricht der Klasse des Opfers und beaufsichtigte die Pausen. Nach Ansicht des OLG Koblenz bestand hierin mangels erzieherischer Einfluss-

nahme nach damaliger Rechtslage kein tatbestandsmäßiges Obhutsverhältnis.

Im Fall des BGH vertrat der Angeklagte ebenfalls mehrfach in der Klasse des Opfers den Unterricht und führte einen schulinternen Sanitätsdienst mit Schülern durch, in dem das Opfer sehr engagiert mitwirkte. Darüber hinaus war der Angeklagte im Vorfeld des Tatzeitraums in einem Verein ehrenamtlich aktiv, in dem auch das Opfer teilnahm. Doch auch hier sah der BGH kein erzieherisches Obhutsverhältnis als per natura gegeben an.³⁹

Da der Gesetzgeber im expliziten Gegensatz zu dieser Rechtsprechung die Meinung vertrat, dass »die überlegene soziale Rolle eines Erwachsenen in einem Erziehungsverhältnis [ohne ein konkretes Über- und Unterverhältnis] ein dem konkreten Obhutsverhältnis nahekommendes Machtgefälle [...] begründe[t]« und es sich ferner »um ein strukturelles, Institutionen innewohnendes Macht- und Autoritätsverhältnis [handelt]«,⁴⁰ weitete er den Tatbestand des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen wie gezeigt immens aus. Damit sollten nun alle Fälle pönalisiert werden können, in denen ein solches Verhältnis »vermutet werden kann«. ⁴¹ Es dürfe eben überhaupt nicht von tatbestandlicher Bedeutung sein, ob der Täter Klassen- oder Vertretungslehrer des Opfers ist.⁴²

In Nr. 2 ist es parallel zu Abs. 1 Nr. 2, den Tatbestand einengend, bei Opfern zwischen 16 und 18 Jahren zusätzlich notwendig, dass dem Täter die Tat durch seine Beschäftigung in der Einrichtung erleichtert wird und er sich dies bewusst zu Nutze macht.⁴³ Fischer engt dies weiter ein, sodass das simple Nutzen der aus der Situation entstehenden Gelegenheit noch nicht für ein »Ausnutzen der Stellung« reichen darf.⁴⁴ Zudem interpretiert die Literatur die Gesetzesbegründung so, dass aufgrund des älteren Opfers eben kein konkretes Machtgefälle – dessen es hier bedarf – aus dem Alter herausgelesen werden kann, sondern andere Umstände dieses indizieren müssen, bspw. – aber nicht zwingend – ein konkretes Abhängigkeitsgefühl seitens des Opfers.⁴⁵

Des Weiteren wurde der Auffangtatbestand in den Abs. 3 n.F. aufgenommen.⁴⁶ Damit sind auch nichtkörperliche sexuelle Kontakte, also sexuelle Handlungen des Täters vor dem

der Reform 2015 und d.F. für die derzeitige Fassung nach der Reform 2021.

³¹ Vgl. nur PANORAMA, Freispruch für Lehrer nach Sex mit Minderjähriger, 9.1.2012, <https://perma.cc/2573-B3GY>; Süddeutsche Zeitung/Widmann, Justizminister will Schüler besser schützen, 14.11.2012, <https://perma.cc/HXW8-G4J8>.

³² OLG Koblenz NJW 2012, 629.

³³ BGH NSTZ 2012, 690.

³⁴ BT-Drs. 18/2601 S. 27. Vgl. ferner Aussprachen des Bundesjustizministers Heiko Maas und von Thomas Strobl (CDU), BT Plenarprotokoll 18/54, S. 4932C u. 4944A.

³⁵ OLG Koblenz NJW 2012, 629 bezugnehmend auf BGHSt 19, 163.

³⁶ Vgl. nur SK-StGB/Wolters, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Auflage (2017), § 174 Rn. 44.

³⁷ Vgl. HK-GS/Laue (Fn. 21), § 174 Rn. 22; Schönke/Schröder/Eisele (Fn. 17), § 174 Rn. 19.

³⁸ Vgl. MüKoStGB/Renzikowski, Münchener Kommentar zum StGB, Band 4, 4. Auflage (2021), § 174 Rn. 44; HK-GS/Laue (Fn. 21), § 174 Rn. 7.

³⁹ BGH NSTZ 2012, 690. Der BGH forderte hingegen eine ausführliche Darlegung der Gründe, die ein Obhutsverhältnis nach den konkreten Umständen zu begründen vermögen. Im zweiten Rechtszug erkannte er die darauffolgenden Ausführungen des LG Bochums diesbezüglich an und bestätigte die Verurteilung (Beschl. v. 6.5.2014, 4 StR 503/13).

⁴⁰ BT-Drs. 18/2601, S. 27 f.

⁴¹ Ebd., S. 28.

⁴² Vgl. hierzu nur Aussprachen von Christina Schwarzer, BT Plenarprotokoll 18/67 S. 6360B; Dirk Wiese, ebd., S. 6348D.

⁴³ Vgl. Schönke/Schröder/Eisele (Fn. 17), § 174 Rn. 24; MüKoStGB/Renzikowski (Fn. 38), § 174 Rn. 44; Schroeder, Straftaten unter Ausnutzung von Lagen und Zuständen, in: FS Rengier (2018), S. 335 (338).

⁴⁴ Vgl. Fischer (Fn. 11), § 174 Rn. 15b.

⁴⁵ Vgl. SK-StGB/Wolters (Fn. 36), § 174 Rn. 45; Schönke/Schröder/Eisele (Fn. 17), § 174 Rn. 24.

⁴⁶ Art. 1 Nr. 8 c) 49. StrÄndG.

Opfer oder umgekehrt, mit sexueller Erregungsabsicht in den Konstellationen des Abs. 2 n.F. unter Strafe gestellt.

III. Änderung des § 174 V – Absehen von Strafe

§ 174 V n.F. sieht Möglichkeiten zum Absehen von Strafe vor, in denen das Unrecht gering ist. Er wurde durch Art. 1 Nr. 8 e) 49. StrÄndG ergänzt sowie gekürzt. Neu aufgenommen in den Katalog wurde Abs. 2 Nr. 1 n.F., wodurch bei körperlichen (Abs. 2 Nr. 1 n.F.) oder nichtkörperlichen (Abs. 3 n.F. i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 n.F.) sexuellen Handlungen mit/an/vor/von Opfern unter 16 Jahren ohne Ausnutzung der Stellung auch in den neuen Konstellationen des Abs. 2 bei geringem Unrecht von Strafe abgesehen werden kann. Einen anderen Grund als »redaktionelle Änderungen« für diese Aufnahme nannten weder der Gesetzentwurf⁴⁷ noch der Rechtsausschuss des Bundestages.⁴⁸

Ferner wurde das bis dahin bestehende Erfordernis der Berücksichtigung des Verhaltens des Schutzbefohlenen zum Absehen von Strafe restlos gestrichen. Die Regierungsfractionen führten hierzu an, dass »Schuldzuweisungen in Richtung auf den betroffenen Jugendlichen verhinder[t]«⁴⁹ werden sollen. Durch die Streichung dieses konkreten Erfordernisses sollte zudem ermöglicht werden, dass »andere Aspekte [...] berücksichtigt werden können«.⁵⁰ Als Beispiel für solch einen »anderen« Aspekt wird die Situation genannt, in der sich die Handelnden außerhalb ihrer Einrichtung kennenlernten und ihre jeweiligen sozialen Stellungen in dieser für die sexuellen Kontakte nicht von Bedeutung sind. Der Gesetzgeber verweist diesbezüglich auf *Hörnle*, nach der für das Absehen von Strafe relevant sei, dass die gesetzliche Fiktion der Einwilligungsunfähigkeit nicht einschlägig ist.⁵¹ Dies sei in solchen Fällen gegeben.

C. Bewertung

Die soeben dargelegten Änderungen des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen im Strafgesetzbuch durch das 49. StrÄndG sollen im Folgenden kritisch bewertet werden. Dazu wird gegebenenfalls ein Blick auf bestehende Kritik und relevante neue Rechtsprechung geworfen und diese in einer eigenen Bewertung verarbeitet.

I. Ausweitung des § 174 I Nr. 3 – Neue Personenkreise

Bestehende Kritik oder Bewertungen der Erweiterung des § 174 I Nr. 3 sind in der juristischen Kommentar- und Aufsatzliteratur nur sporadisch vorhanden. Vermutlich wird Zustimmung von manch einer Stimme in der Literatur durch das Ausbleiben von Kritik impliziert, gleichwohl verdienen die Änderungen ausdrücklichere Unterstützung.

⁴⁷ Vgl. BT-Drs. 18/2601, S. 28.

⁴⁸ Vgl. BT-Drs. 18/3202, S. 27.

⁴⁹ BT-Drs. 18/2601, S. 28.

⁵⁰ Ebd.

⁵¹ Vgl. LK-Online/*Hörnle* (Fn. 11), § 174 Rn. 70.

1. Begrifflichkeiten

Die redaktionell-korrigierenden Änderungen der Begrifflichkeiten in der Opferspezifizierung sind zunächst schwerlich zu kritisieren, da sie schlechterdings planwidrige Regelungslücken schließen. Eine diesen Änderungen entgegenlaufende bewusste Andersbehandlung von direkten Kindern des Täters, die bisher unintendierterweise nicht unter den Tatbestand fielen, vermag darüber hinaus in keiner denkbaren Weise einzuleuchten. Vertreter solch einer verfehlten Ansicht sind entsprechend ebenfalls nicht bekannt.

Darüber hinaus überzeugt die Ausweitung des Personenkreises auf Abkömmlinge alleinig des Partners des Täters. Es ist nicht ersichtlich, weswegen es dem sexuellen Selbstbestimmungsrecht oder auch der ungestörten sexuellen Entwicklung⁵² des geschädigten Kindes weniger schadhaft wäre, dass bspw. der missbrauchende Täter als neuer Partner des leiblichen/rechtlichen Elternteils das Opfer nicht auf dem Papier förmlich adoptiert hat, sondern sich nur »informell« in die Rolle des Stiefelternteils – also eines gleichwertig relevanten Teils der engsten sozialen Sphäre des Opfers⁵³ – begibt. Dass zwischen Opfer und Täter streng genommen kein leibliches/rechtliches Verhältnis besteht, negiert folglich nicht das Bestehen der für den Normzweck relevanten Verhältnisse. Gerade *Hörnles* Kritik⁵⁴ traf also zu und wurde berechtigterweise legislatorisch verarbeitet, sodass neue Formen familiären Zusammenlebens tatsächlich vom Gesetzgeber besser abgedeckt werden.

2. Pflegekinder

Pflegekinder werden zwar regelmäßig von Abs. 1 Nr. 1 geschützt,⁵⁵ sind hingegen weiterhin nicht von Abs. 1 Nr. 3 umfasst.⁵⁶ Dadurch bleibt weiterhin eine empfindliche Lücke bestehen: Der missbrauchende Pflegeelternteil – oder seit der Reform auch dessen Partner –, welcher das Kind nicht erzieht, fällt weiterhin nicht unter den Tatbestand des § 174. Für diese Täter gilt allerdings entsprechend das soeben für Stiefeltern Gesagte und es erschließt sich nicht, weswegen der Gesetzgeber diese bereits langanhaltende klaffende Lücke mit der Reform nicht geschlossen hat. Hier besteht folglich weiter Nachholbedarf.

3. Kritik aus der Literatur

Eschelbach kritisiert nachvollziehbarerweise die Gesetzesformulierung der »[...]ähnlichen Gemeinschaft« als zu unscharf, gibt sich aber mit der Konkretisierung durch die Rechtsprechung richtigerweise zufrieden.⁵⁷

⁵² Bezüglich des Streits um das Schutzgut der Norm vgl. oben.

⁵³ Vgl. vorstehende Darstellung unter B.I.

⁵⁴ Vgl. Fn. 25 f.

⁵⁵ Vgl. MüKoStGB/*Renzikowski* (Fn. 38), § 174 Rn. 19; LK-Online/*Hörnle* (Fn. 11), § 174 Rn. 12. Zu differenzieren wäre aber nach der konkreten Form des Pflegeverhältnisses nach dem SGB VIII.

⁵⁶ Vgl. Lackner/Kühl/*Heger*, StGB, 29. Auflage (2018), § 174 Rn. 4; Matt/*Renzikowski/Eschelbach* (Fn. 21), § 174 Rn. 23.

⁵⁷ Vgl. Matt/*Renzikowski/Eschelbach* (Fn. 21), § 174 Rn. 23.

Wolters kritisiert an der Reform, dass sie durch ihre neuen Schutzgedanken der schützenswerten sozialen Sphäre »Familie«, den § 174 I Nr. 3 »in die Nähe eines (...) Grundtatbestandes zu § 173 I«⁵⁸ rücke. Infolgedessen verlängert er die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen den unter Strafe gestellten Beischlaf zwischen Verwandten auf § 174 I Nr. 3. Überraschenderweise verweist er an der Stelle auf BVerfGE 120, 224 und dazugehörige Literatur.⁵⁹ In der Entscheidung und auch der Literatur ging es allerdings speziell um den Geschwisterinzeß, nicht um den Beischlaf zwischen Elternteil und leiblichem Abkömmling. In dem Beitrag von *Hörnle*, auf den *Wolters* verweist, differenziert diese sogar ausdrücklich zwischen diesen Szenarien und deutet eine Verfassungskonformität des Verbots des Beischlafs zwischen Elternteil und leiblichem Kind zumindest an.⁶⁰ Weitere Argumente werden von *Wolters* nicht genannt und sind auch nicht ersichtlich. Ferner scheint die Kommentierung von *Wolters* noch weiter unsauber, wenn er gestützt auf *Hörnle* im Leipziger Kommentar schreibt, Enkel seien von § 174 I Nr. 3 nach der Reform weiterhin nicht geschützt.⁶¹ *Hörnle* traf ihre Aussage vor der Reform und gerade jene nahm Enkel mit dem Begriff »Abkömmling« explizit mit in den Schutzbereich auf,⁶² was aufgrund der dem Normzweck entsprechenden Verhältnisse zwischen Großelternteil und Opfer zu begrüßen ist. Die Kritik von *Wolters* greift somit bei näherer Betrachtung nicht durch und ist folglich zurückzuweisen.

4. Auslegung durch die Rechtsprechung

Daneben erscheint die höchstrichterliche Auslegung⁶³ zutreffend, nach der für die ein Schutzbefohlenenverhältnis begründende sozial-familiäre Gemeinschaft keine ständige häusliche Gemeinschaft notwendig ist.⁶⁴ Auch den nach längerem konstantem Zusammenleben nur noch am Wochenende mit dem Opfer und seiner Mutter zusammenlebenden Partner der Mutter trifft eine besondere Erziehungs- und Schutzpflicht, dessen starke Schädigung durch sexuellen Missbrauch besonders verwerflich und somit strafwürdig ist.

Die Reformkommission 2017 bestätigte richtigerweise die Ablehnung der angedachten Ausweitung des Täterkreises auf jeden in der häuslichen Gemeinschaft des Opfers.⁶⁵

⁵⁸ Vgl. SK-StGB/*Wolters* (Fn. 36), § 174 Rn. 33.

⁵⁹ Etwa *Hörnle*, Das Verbot des Geschwisterinzeßs – Verfassungsgerichtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik, NJW 2008, 2085; *Roxin*, Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzeßs: Zur verfassungsrechtlichen Überprüfung materiellrechtlicher Strafvorschriften, StV 2009, 544.

⁶⁰ Vgl. *Hörnle* (Fn. 59), NJW 2008, 2085 (2086); zustimmend *Roxin* (Fn. 59).

⁶¹ SK-StGB/*Wolters* (Fn. 36), § 174 Rn. 34.

⁶² Vgl. BT-Drs. 18/2601, S. 26; Schönke/Schröder/*Eisele* (Fn. 17), § 174 Rn. 13; BeckOK StGB/*Ziegler*, 1.2.2022, § 174 Rn. 10.

⁶³ Vgl. BGH NJW 2018, 2139.

⁶⁴ Zustimmend *Matt/Renzikowski/Eschelbach* (Fn. 21), § 174 Rn. 23; *Lackner/Kühl/Heger* (Fn. 56), § 174 Rn. 4.

⁶⁵ Vgl. *BMJV*, Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht (2017), S. 131 f.

II. Einführung des Auffangtatbestandes in § 174 II

1. Relevanz

Wie in der vorstehenden Darstellung des Norminhalts und der Anlässe zum Normerlass des neuen § 174 II ausgeführt, dient dieser Absatz als Auffangtatbestand für seltene Fälle, die nicht unter Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 subsumierbar sind. Nichtsdestotrotz ist seine Relevanz nicht zu gering zu schätzen.⁶⁶ So sah dies auch die Reformkommission 2017.⁶⁷

Wenn auch scheinbar nur manche obergericht- oder höchstrichterlich entschiedenen Einzelfälle den Bedarf eines solchen Auffangtatbestandes aufzeigten, so hat doch die öffentliche und politische Debatte⁶⁸ gezeigt, wie wichtig die Feststellung war, dass auch solche Fälle strafwürdig sind. Nun finden im Rahmen dieses Beitrags angesichts der faktischen Einvernehmlichkeiten in genannten Fällen keine vertieften Auseinandersetzungen mit fiktiven Einwilligungsunfähigkeiten,⁶⁹ rechtsphilosophischen Überlegungen über Strafsinn und -zwecke⁷⁰ oder grundlegende systematische Reformgedanken⁷¹ Platz. Es kann vielmehr nur auf einzelne Punkte eingegangen werden.

2. Kritik eines »Moralstrafrechts«

Exakt obigen Punkt der öffentlichen Meinung kritisiert bspw. *Frommel*: Das Strafrecht werde »unter der Hand zu einem neuen Moral-Strafrecht«.⁷² Die Erwägungen des Gesetzgebers, nach denen bspw. das Verhältnis zwischen Vertretungslehrer und Schüler dem zwischen Klassenlehrer und Schüler gleichwertig sei, basierten zwar auf pädagogischen Erfahrungen, nicht aber auf wissenschaftlichen Erkenntnissen und seien damit kein verlässliches Fundament. Die Reform transformiere die Norm zu einem Pflichtdelikt, erlege dadurch Berufspflichten per Strafrecht auf und sei eindeutiger Teil eines transpersonalen Rechtsgüterschutzes, der bisher als überholt respektive überwunden galt. Das Strafrecht werde ferner damit zur *prima* statt zur *ultima ratio*.⁷³

Diesen Ausführungen müssen indes durchgreifende Bedenken entgegengehalten werden. Zuerst sei darauf hingewiesen, dass die Erziehungswissenschaft generell in maßgeblichen Teilen als Erfahrungswissenschaft angesehen wird,⁷⁴ weswegen die künstliche Trennung *Frommels* allen-

⁶⁶ Konträr dazu bezeichnet *Frommel* die komplette Norm angesichts niedriger Fallzahlen (vergleichbar mit denen des § 211) als bedeutungslos, vgl. NK-StGB/*Frommel* (Fn. 11), § 174 Rn. 7. Die Schlussfolgerung erscheint zumindest fragwürdig.

⁶⁷ Vgl. *BMJV* (Fn. 65), S. 133.

⁶⁸ Vgl. oben.

⁶⁹ Vgl. etwa LK-Online/*Hörnle* (Fn. 11), § 174 Rn. 2 ff., 34; kritisch NK-StGB/*Frommel* (Fn. 11), § 174 Rn. 2.

⁷⁰ Ebd.

⁷¹ Vgl. etwa *Renzikowski*, Primat des Einverständnisses?: Unerwünschte konsensuelle Sexualitäten, in: *Lembke* (Hrsg.), Regulierungen des Intimen: Sexualität und Recht im Modernen Staat (2016), S. 197.

⁷² Vgl. NK-StGB/*Frommel* (Fn. 11), § 174 Rn. 1.

⁷³ Ebd.

⁷⁴ Vgl. *Brinkmann*, Allgemeine Erziehungswissenschaft als Erfahrungswis-

falls oberflächliche Kritik der Nichtangabe von Studien sein kann. Freilich kann allein schon rein rational betrachtet der Vertretungslehrer oder auch nur der Klassenlehrer der Parallelklasse des Opfers Einfluss auf bspw. die Notengebung, Projektvergabe oder andere erzieherische Maßnahmen das Opfer betreffend ausüben oder zumindest diesen Anschein beim Opfer erwecken: Er ist Kollege des direkten Lehrers des Opfers, vielleicht mit diesem (wenn auch nur angeblich) befreundet und Teil des Autoritätskreises »Lehrerschaft«. All dies sind Gründe, die ein Machtgefälle zwischen Täter und Opfer begründen und damit ein Szenario darstellen, das vom ursprünglichen Normzweck bereits umfasst war.

Des Weiteren ist nicht erkennbar, inwiefern die Norm als *prima ratio* Berufspflichten auferlegt. Nun soll und kann an dieser Stelle nicht tiefer erörtert werden, ob das Strafrecht überhaupt (immer) *ultima ratio* sein muss oder was das überhaupt bedeutet.⁷⁵ Wohl aber ist vehement abzulehnen, dass sich der Gesetzgeber mit dem neuen § 174 II das Leben leicht machen und sich vor »sinnvolleren«⁷⁶ Alternativen drücken wollte. Das Bestehen von Präventionsprogrammen negiert gerade nicht den Bedarf einer strafrechtlichen Regelung,⁷⁷ im Gegenteil: sie bedingen sich wechselseitig. Zur (zugegebenermaßen zugespitzten) Verdeutlichung: mit derselben Argumentation *Frommels* ließe sich so denn behaupten, der Gesetzgeber solle doch besser Präventionsprogramme für Tötungsdelikte ausbauen, anstatt letztere zu sanktionieren. Es wirkt geradezu bizarr, das Schließen von ungeplanten Regelungslücken im Strafrechtskatalog zum besseren Schutz von Opfern als »Auferlegen von Berufspflichten« negativ konnotiert zu beurteilen. Die Grundlage, auf der *Frommel* zwischen strafwürdigem Missbrauch durch den Klassenlehrer und nicht strafwürdigem – weswegen es »Berufspflichten« brauche – Missbrauch durch den Vertretungslehrer zu differenzieren vermag, ist schlicht nicht nachvollziehbar.

Obendrein ist die Klassifizierung des gesamten⁷⁸ (!) § 174 als »Pflichtdelikt« unzutreffend: Ein solches zeichnet sich dadurch aus, dass man auch Täter ohne Tatherrschaft sein kann.⁷⁹ Dies ist nach der Pflichtdeliktslehre bei einem eigenhändigen Delikt wie dem § 174 schlechthin nicht möglich⁸⁰ und nach herrschender Ansicht in Literatur und

Rechtsprechung zutreffenderweise auch nicht bei § 174.⁸¹ Weitere Ausführungen erübrigen sich. Wenn auch präzisere Differenzierungen des Gesetzgebers teilweise angemessen erscheinen, ist die Bewertung *Frommels* an sich zu undifferenziert und somit abzulehnen.

3. Altersgrenzen

Berechtigte Kritik ließe sich indessen an den verschiedenen Altersgrenzen der Nr. 1 und 2 des neuen Abs. 2 üben. Starre Altersgrenzen sind stets unglücklich, jedoch in der Regel schwierig zu ersetzen.⁸² Dieses fundamentale Problem hier zu vertiefen, ist leider wie schon erläutert nicht möglich. Jedoch erscheint mit Blick auf die Reform 2021⁸³ zumindest fraglich, weshalb der Gesetzgeber es dort für angemessen hielt, nur im Abs. 1 und nicht im Abs. 2 die Altersgrenzen zu vereinheitlichen.⁸⁴ In der Gesetzesbegründung wird sogar ausgeführt, dass kein Unterschied zwischen unter 16- und unter 18-Jährigen bestehe.⁸⁵ Die vorhergehende Reformkommission bekräftigte die Vereinheitlichung in Abs. 1⁸⁶ sowie auch für Abs. 2.⁸⁷ Allerdings wählte sie den Weg, die Nr. 1 des Abs. 2 zu streichen und so das absolute Abstinenzgebot für unter 16-Jährige zu lockern. Möglicherweise schreckte das den Gesetzgeber so sehr ab, dass er Abs. 2 gleich unverändert ließ. Der Weg der Kommission verdient indes keine Zustimmung: die bisherige Regelung zum besonderen Schutz jüngerer Jugendlicher und Kinder *de lege lata* ist wohlbegründet⁸⁸ und bedarf keiner Änderung. Allenfalls wäre *de lege ferenda* eine Streichung der Nr. 2 und eine Anhebung der Altersgrenze in Nr. 1 – also parallel wie in Abs. 1 d.F. – wünschenswert gewesen.

4. Täterkreis und Vorsatz

Im Gegensatz dazu lag die Kommission dahingehend richtig, dass sie nicht empfahl, den Täterkreis des Abs. 2 auf nichtpädagogisches Einrichtungspersonal auszuweiten.⁸⁹ Eine solche Ausweitung würde den Normzweck schlicht sprengen. Die Aufnahme des Auffangtatbestands in den Abs. 3 n.F. ist ebenfalls nicht zu beanstanden und als systematisch kohärent einzuordnen.

senschaft. Versuch einer sozialtheoretischen Bestimmung als theoretisch-empirische Teildisziplin, Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Pädagogik 2016, 215; *Bollnow*, Der Erfahrungsbegriff in der Pädagogik, in: Brinkmann (Hrsg.), Phänomenologische Erziehungswissenschaft von ihren Anfängen bis heute: Eine Anthologie (2019), S. 163 (168).

⁷⁵ Vgl. hierzu insb. *Prittwitz*, Das Strafrecht: Ultima Ratio, propria ratio oder schlicht strafrechtliche Prohibition?, ZStW 129, 390; *Kindhäuser*, Straf-Recht und ultima-ratio-Prinzip, ZStW 129, 382. Das ganze Heft behandelt diesen Themenkomplex, auch in Bezug auf das Sexualstrafrecht.

⁷⁶ Vgl. NK-StGB/*Frommel* (Fn. 11), § 174 Rn. 1 a.E.

⁷⁷ Vgl. auch *Sulzner*, Prävention sexualisierter Gewalt an Kindern: eine Wirkungsanalyse eines Fortbildungsprogramms zur Kompetenzentwicklung von Pädagog*innen (2021).

⁷⁸ NK-StGB/*Frommel* (Fn. 11), § 174 Rn. 1.

⁷⁹ Vgl. *Roxin*, Pflichtdelikte und Tatherrschaft, in: FS Schünemann (2014), 509.

⁸⁰ Vgl. *Rengier*, Täterschaft und Teilnahme – Unverändert aktuelle Streit-

punkte, JuS 2010, 281 (284).

⁸¹ Vgl. MüKoStGB/*Renzikowski* (Fn. 38), § 174 Rn. 53f.; *Matt/Renzikowski/Eschelbach* (Fn. 21), § 174 Rn. 41; *Schönke/Schröder/Eisele* (Fn. 17), § 174 Rn. 31f.; BGHSt 41, 242; BGH NSTZ 2007, 699; BGH Beschl. v. 25.9.2018, 2 StR 275/18.

⁸² Vgl. nur *Renzikowski/Schmidt*, Nach der Reform ist vor der Reform: Zum Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, KriPoZ 2018, 325 (328).

⁸³ Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder v. 16.6.2021, BGBl. 2021 I S. 1810.

⁸⁴ Vgl. Art. 1 Nr. 5 G. v. 16.6.2021.

⁸⁵ Vgl. Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 19/27928, S. 22 f.

⁸⁶ Vgl. *BMJV* (Fn. 65), S. 127 ff.

⁸⁷ Ebd., S. 133.

⁸⁸ Vgl. oben.

⁸⁹ Vgl. *BMJV* (Fn. 65), S. 134.

Hörnle kritisierte bereits vor der Reform, dass für den Abhängigkeitsmissbrauch in Abs. 1 Nr. 2 auch *dolus eventualis* ausreichen müsse.⁹⁰ Diese Kritik lässt sich analog auf den Abs. 2 Nr. 2 übertragen.⁹¹ Dem Eventualvorsatz steht allerdings der Wortlaut entgegen: ein billigendes Inkaufnehmen, dass man eine Abhängigkeit/eine Stellung missbraucht/ausnutzt, ist paradox. Missbrauchen/Ausnutzen beinhaltet das Wissen darum. Folglich bedarf es *dolus directus*,⁹² was die Reformen 2015 und 2021 richtigerweise auch nicht änderten.

III. Änderung des § 174 V – Absehen von Strafe

Die Aufnahme des Abs. 2 Nr. 1 in den Katalog der Möglichkeiten des Absehens von Strafe nach Abs. 5 ist schlichtweg als konsequent zu bewerten. Wenn Fälle geringen Unrechts bei direktem Anvertrautsein des Opfers an den Täter nicht bestraft werden sollen, muss dies erst recht auch für Fälle ohne unmittelbares Obhutsverhältnis gelten. Es wäre gleichwohl trotzdem begrüßenswert gewesen, wenn der Gesetzgeber diesen Schritt selbst begründet hätte.⁹³

Ebenso zu begrüßen ist die Streichung der Berücksichtigungspflicht des Schutzbefohlenenverhaltens. Das Anliegen, nicht nur letzteres, sondern auch andere Faktoren in die Abwägung des Gerichts aufzunehmen, ist sinnvoll, um tatsächliche Verhältnisse besser verwerten zu können. Die bisherige Formulierung war dafür zu eindimensional.

Fischer⁹⁴ stellt weitergehend die Frage, ob in bspw. den vom Gesetzgeber genannten Szenarien (das Kennenlernen und Interagieren unabhängig von der Einrichtung, wodurch die fiktive Einwilligungsunfähigkeit gar nicht gegeben sei⁹⁵) die Strafbarkeit an sich überhaupt verhältnismäßig sei und der

Weg des möglichen Absehens von Strafe dadurch gar nicht erst beschritten werden muss.⁹⁶ Der Gedanke ist interessant und bedarf einer eingehenderen Beschäftigung an anderer Stelle. Vorerst scheint aber auch der derzeitige Weg des Gesetzgebers ausreichend, um strafunwürdige Fälle angemessen zu behandeln.

Die weitere Begründung des Gesetzgebers für die Streichung hingegen, so Schuldzuweisungen in Richtung des Jugendlichen zu vermeiden,⁹⁷ scheint undurchdacht: Trotz der Streichung ist das Verhalten des Jugendlichen weiterhin maßgeblich. Es ist nicht ersichtlich, weshalb eine aggressive Verteidigungsstrategie nicht weiterhin diesen Weg beschreiten würde.

D. Fazit

Die Änderungen des § 174 durch das 49. StrÄndG verdienen überwiegend Zustimmung. Die Ausweitung des Personenkreises beim innerfamiliären Missbrauch, das Erfassen der »Vertretungslehrerfälle« sowie die bessere Ausgestaltung der Absehmöglichkeit von Strafe sind im Großen und Ganzen gelungen. Das Schließen anderer Lücken und die Vornahme sonstiger naheliegender Änderungen, wie die Zusammenführung von § 174 und § 180 III a.F. oder eine tiefergehende Beschäftigung mit den Altersgrenzen innerhalb der Norm sind in der Reform leider ausgeblieben, allerdings in der späteren Reform 2021⁹⁸ immerhin partiell angegangen worden.

Wenige Rechtsgebiete werden gesellschaftlich so regelmäßig und meinungsstark debattiert, wie das Sexualstrafrecht. Erforderlich ist ein umfangreicherer wissenschaftlicher Diskurs auch empfindlicher Fragen, um diese Debatten noch fundierter weiterzuführen.

⁹⁰ Vgl. LK-Online/Hörnle (Fn. 11), § 174 Rn. 35; zustimmend u.a. Fischer (Fn. 11), § 174 Rn. 16 und Schönke/Schröder/Eisele (Fn. 17), § 174 Rn. 28f.

⁹¹ So auch Fischer und Eisele (Fn. 90).

⁹² So auch MüKoStGB/Renzikowski (Fn. 38), § 174 Rn. 40; Gössel, Das neue Sexualstrafrecht: eine systematische Darstellung für die Praxis (2005), § 4 Rn. 34.

⁹³ Vgl. oben.

⁹⁴ Vgl. Fischer (Fn. 11), § 174 Rn. 20.

⁹⁵ Vgl. BT-Drs. 18/2601, S. 28; LK-Online/Hörnle (Fn. 11), § 174 Rn. 70.

⁹⁶ Ähnlich SK-StGB/Wolters (Fn. 36), § 174 Rn. 23.

⁹⁷ Vgl. oben.

⁹⁸ Vgl. oben.

StrafR Aufsatz

Prof. Dr. Gunnar Duttge*

Zum Abschlussbericht der Nds. Enquetekommission Kinderschutz

In den letzten Jahren sind bundesweit eine Reihe von Tatserien und Missbrauchsstrukturen bekannt geworden; für das Land Niedersachsen war insbesondere der Fall Lügde ein nachdrücklicher »Wake-up Call«. Vor diesem Hintergrund entschloss sich der Niedersächsische Landtag im Oktober 2020, die Defizite des "Kinderschutzes" im Rahmen einer Enquetekommission systematisch zu untersuchen. Die Zielsetzung bestand vor allem darin, alle relevanten regulativen wie organisatorischen Gegebenheiten in Behörden (des Landes wie der Kommunen), Institutionen (wie Schulen, Kindergärten, Kirchen, Sportvereine etc.) und Gesellschaft (Familien) einer gründlichen Schwachstellenanalyse zuzuführen und am Ende konkrete Handlungsempfehlungen zur Verbesserung des Kinderschutzes in Niedersachsen vorzulegen (LT-Drs. 18/7604). Über die gewonnenen Erkenntnisse gibt der hiesige Bericht näher Auskunft.

I. Vorgeschichte, Auftrag und Zielsetzung¹

Für Kinder ist eine ungestörte, positiv fördernde Entwicklung frei von physischer oder psychischer Gewalteinwirkung (vgl. §§ 1626, 1631 BGB, Art. 6 Abs. II, III GG) von geradezu existenzieller Wichtigkeit. Sexualisierte Gewalt kann, wenn sie bereits während der Kindheit erlitten wird, insbesondere den Betroffenen erheblichen Schaden mit Langzeitwirkung zufügen und diese für ihr gesamtes Leben traumatisieren. Deshalb besteht ein überragendes gesamtgesellschaftliches Interesse, gegen Kinder und Jugendliche verübte (sexualisierte) Missbrauchs- und Gewalttaten nicht nur nachdrücklich zu ahnden, sondern schon im Vorfeld durch präventiv wirksame Schutzmechanismen in den verschiedenen sozialen Lebenskontexten möglichst zu verhindern.

In den letzten Jahren sind jedoch bundesweit eine Reihe von Tatserien und Missbrauchsstrukturen bekannt geworden; hierdurch hat sich der Eindruck verstärkt, dass die bestehenden Frühwarn- und Präventionssysteme offenbar bei weitem nicht ausreichend sind. Für das Land Niedersachsen war insbesondere der Fall »Lügde« ein nachdrücklicher »Wake-up Call«: Im Januar 2019 wurde bekannt, dass auf einem Campingplatz im nordrhein-westfälischen Lügde-Elbrinxen eine große Zahl von Kindern langjährig sexueller Gewalt ausgesetzt war. Zu den Opfern zählte u.a. auch ein Mädchen aus Niedersachsen, das bei dem Haupttäter trotz

der dort chaotischen Wohnverhältnisse unter der Verantwortung des Jugendamts Hameln/Pyrmont für mehr als zwei Jahre zur Vollzeitpflege (§ 33 SGB VIII) untergebracht war. Während dieser Zeit der behördlichen Begleitung und Kontrolle wurde die dem Pflegekind vielfach zugefügte sexuelle Gewalt nicht erkannt. Später ist der Haupttäter wegen schweren sexuellen Missbrauchs in 223 Fällen sowie des Herstellens und Besitzes kinderpornographischer Schriften verurteilt worden (LG Detmold, Urteil vom 5.9.2019 – 23 KLS 22 JKS 1087/18 – 14/19).

Nach Bekanntwerden der Geschehnisse erteilte das Niedersächsische Ministerium für Inneres und Sport den Auftrag zur detaillierten Überprüfung sämtlicher in diesem Zusammenhang relevanten Verwaltungsabläufe beim zuständigen Jugendamt, insbesondere der inner- und zwischenbehördlichen Kommunikation sowie der Aktenführung. Die beauftragte Expertin stellte in ihrem Bericht vom 29.6.2020 (sog. »Frenzel-Bericht«) u.a. fest, dass die Zusammenarbeit zwischen den Jugendämtern signifikant suboptimal gewesen ist; ein kontinuierlicher Informationsaustausch und eine wechselseitige Beteiligung an den notwendigen Prozessen zur Gefährdungseinschätzung, Hilfeplanung und Perspektivklärung hätte aller Voraussicht nach eine bessere Einschätzung der Situation und das frühzeitige Erkennen von Warnsignalen ermöglicht. Insbesondere der Umgang mit durchaus eingegangenen (mehrfachen) Hinweisen auf eine mögliche Kindeswohlgefährdung war – gemessen an den rechtlichen Erwartungen (vgl. § 8a SGB VIII) – schlechterdings inakzeptabel. Zudem sind notwendige Dokumentationen zum Teil unterblieben oder jedenfalls lückenhaft geblieben.

Obleich bereits diese »Sonderermittlerin« wie wenig später auch eine vom Landespräventionsrat Niedersachsen eingerichtete Kommission (sog. »Lügde-Kommission«) eine Reihe von Handlungsempfehlungen (vor allem zur Kinder- und Jugendhilfe sowie zur defizitären Kooperation mit Polizeibehörden und der Familien- und Strafrechtspflege) formuliert haben, entschloss sich der Niedersächsische Landtag im Oktober 2020, die Gesamthematik unter Einbeziehung von Expertinnen und Experten noch einmal vertieft zu untersuchen. Allgemein zählen Enquetekommissionen zu den klassischen Instrumenten der Legislative, um sich unabhängig von der Exekutive über einen bestimmten Sachverhalt umfassend informieren zu können. Insbesondere geht es dabei regelmäßig um komplexe und politisch bedeutsame gesellschaftliche Anliegen bzw. Problemlagen, die unter Einbeziehung wissenschaftlichen Sachverständnisses aufgeklärt werden sollen; dies soll letztlich die Legislative stärken und zugleich der interessierten Öffentlichkeit die Möglich-

* Prof. Duttge ist Direktor der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht sowie Vorstandsmitglied des Zentrums für Medizinrecht der Universität Göttingen.

¹ Der Text gibt ausschließlich die persönliche Ansicht des Autors wieder und stellt keine Stellungnahme der Enquetekommission Kinderschutz dar.

keit zur Information über aktuelle, gesellschaftsrelevante Problemlagen geben. Im hiesigen Zusammenhang bestand die Zielsetzung der »Kinderschutz-Enquetekommission«² darin, alle relevanten regulativen wie organisatorischen Gegebenheiten in Behörden (des Landes wie der Kommunen), Institutionen (wie Schulen, Kindergärten,³ Kirchen, Sportvereine etc.) und Gesellschaft (Familien) einer gründlichen Schwachstellenanalyse zuzuführen und am Ende konkrete Handlungsempfehlungen zur Verbesserung des Kinderschutzes in Niedersachsen vorzulegen. Vor allem sollten die sog. »Schnittstellen« für den notwendigen Informationsaustausch zwischen den Behörden bzw. sonstigen Institutionen kritisch evaluiert und sollte des Weiteren auch ein gegebenenfalls bestehender rechtlicher Regelungsbedarf im Bereich des Straf- wie des Sozialrechts (vor allem im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe: SGB VIII) näher eruiert werden (LT-Drs. 18/7604).

Die Enquetekommission konstituierte sich im Dezember 2020 und absolvierte bis Anfang September 2022 insgesamt 39 Sitzungen bis zur Verabschiedung des Abschlussberichts (veröffentlicht in LT-Drs. 18/11600).⁴ Innerhalb dieses Zeitraums wurden insbesondere zahlreiche Expertinnen und Experten sowie Institutionen und unabhängige Sachverständige angehört bzw. um schriftliche Stellungnahmen gebeten. In der Funktion eines »wissenschaftlichen Begleiters« der Kommission war es Aufgabe des Verfassers dieses Berichts, die vielfältigen Informationen zu bündeln, zu strukturieren und einen Gesamtentwurf des Abschlussberichts zu erarbeiten. Dieser Abschlussbericht konnte am Ende der inzwischen abgelaufenen Legislaturperiode noch rechtzeitig an die Landtagspräsidentin übergeben und vom Landtag verabschiedet werden. Die niedersächsische Ministerin für Soziales, Gesundheit und Gleichstellung versprach in ihrem Statement (Pressemitteilung vom 12.9.2022) eine sorgfältige Auseinandersetzung mit den insgesamt 162 Empfehlungen.⁵

II. Wesentliche Erkenntnisse und Handlungsempfehlungen

Das Erkenntnisinteresse der Enquetekommission hat sich auf insgesamt 16 Themenfelder konzentriert: Im Mittelpunkt standen dabei ausgewählte soziale Lebensbereiche, in denen ein signifikantes Risiko für (sexualisierte) Gewalt gegen Kinder und Jugendliche existiert (im Einzelnen: Kinder- und

Jugendhilfe, besondere Familienkonstellationen, Schulen und Kindertagesstätten, Sportvereine und Kirchen); des Weiteren lag der Fokus auf besondere Opfer- (z.B. Kinder mit Migrationshintergrund, Geflüchtete, Kinder mit Behinderungen) und Tätergruppen (insbesondere jugendliche Täterinnen und Täter, darüber hinaus aber auch Fragen der Prävention bei erwachsenen Täterpersonen). Das materielle Strafrecht war dagegen von eher untergeordneter Bedeutung, weil das Potential der »Androhungsgeneralprävention«⁶ (Abschreckung der Allgemeinheit) nach der zuletzt (mehrfach) erfolgten Ausweitung und Schärfung des Sexual- und Pornographiestrafrechts weithin ausgeschöpft sein dürfte.⁷ Die Kommission verstand sich daher zu der Einsicht, dass wesentlich höhere Relevanz die praktische Dimension der Strafrechtsanwendung hat: »Es bedarf zeitnaher, schneller und konsequenter Ermittlungen, Anklagen, Aburteilungen und ggf. Strafvollstreckungen, damit für potenzielle Täterpersonen ein hoher Ermittlungsdruck und ein reales Risiko des Entdeckt- und Sanktioniertwerdens spürbar wird« (*Handlungsempfehlung XI*). Denn in der Praxis der Strafverfolgung, insbesondere im Bereich der Kinderpornographie, gibt es bis heute erhebliche Kapazitäts- und Ressourcenprobleme vor allem im Rahmen der polizeilichen Ermittlungen. Vom Einsatz KI-basierter Systeme und entsprechender Software erhofft man sich erhebliche Entlastungseffekte; deshalb empfiehlt die Kommission, entsprechende Forschungs- und Kooperationsprojekte mit der digitalen Privatwirtschaft nachhaltig zu fördern (*Handlungsempfehlung XII*).

Der thematische Schwerpunkt der Expertenanhörungen, weil Kern des Erkenntnisinteresses der Kommission, lag nicht im Bereich der Repression (strafrechtlichen Ahndung), sondern auf dem weiten Feld der Prävention vor (sexualisierter) Gewalt, insbesondere in institutionellen Kontexten. Für den Bereich der Schulen und Kindergärten ist insbesondere die Implementierung einer (strafbewehrten) Anzeigepflicht diskutiert worden (vgl. § 138 StGB); darüber hinaus war man sich einig, dass eine explizite Verpflichtung zur Kooperation mit den zuständigen Jugendämtern geschaffen werden müsse. In Schulen sollte der Themenbereich »Kinderschutz und Selbstbehauptung« stärker als bisher regelhaft thematisiert werden, gegebenenfalls unter Einbindung des Öffentlichen Gesundheitsdienstes sowie der Fachkräfte aus der Kinderpsychologie. Im Bereich der Sportvereine gibt es vor allem eine gravierende Schutzlücke in Bezug auf die hohe Zahl von ehrenamtlich Tätigen, weil die Sportverbände auf diese keinen kontrollierenden Einfluss ausüben können. Die Vereine scheuen sich offenbar aus Sorge vor weitreichendem Verlust ehrenamtlichen Engagements, die Thematik inner-

² Die vollständige Benennung lautete: »Enquetekommission zur Verbesserung des Kinderschutzes und zur Verhinderung von Missbrauch und sexueller Gewalt an Kindern«.

³ Dass es sexualisierte Gewalt auch in Kindergärten und Kitas – in unterschiedlichen Ausprägungen und Schweregraden – gibt, gilt wissenschaftlich als gesichert: *Hemmingsen/Beck/Mantey*, in: Retkowski/Treibel/Tuider (Hrsg.), *Handbuch Sexualisierte Gewalt und pädagogische Konzepte* (2018), S. 442 (443).

⁴ Im Volltext abrufbar unter: https://soziales.niedersachsen.de/startseite/kinder_jugend_familie/landesjugendamt/newsletter_jin/newsletter_03_2022/abschlussbericht-der-enquetekommission-215928.html.

⁵ Abrufbar unter: <https://www.ms.niedersachsen.de/startseite/aktuelles/presseinformationen/ubergabe-des-abschlussberichtes-der-enquete-kommission-zur-verbesserung-des-kinderschutzes-und-zur-verhinderung-von-missbrauch-und-sexueller-gewalt-an-kindern-ekkischg-215240.html>.

⁶ *Hörnle*, *Straftheorien*, in: *Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie*, 2011, <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/80-straftheorien>.

⁷ Mehr noch: Die Hochstufung des § 184b StGB zu einem Verbrechen ist inzwischen im Wege der konkreten Normenkontrolle (Art. 100 I GG) dem Bundesverfassungsgericht zur Überprüfung vorgelegt: *Legal Tribune Online (LTO) v. 17.10.2022*, <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/853ls467js18148621-ag-muenchen-bverfg-sexualstrafrecht-kinderpornografie/>.

halb der Vereinstätigkeit anzusprechen (oder gar auf Selbstverpflichtungserklärungen zu dringen). Die spezifische Problematik innerhalb der beiden christlichen Kirchen hat die Kommission dagegen nicht schwerpunktmäßig noch einmal vertieft, nachdem hierzu bereits anderweitig eine Reihe von Gutachten mit einschlägigen Feststellungen und Empfehlungen vorliegen.⁸ Insoweit hat sich die Kommission vielmehr auf wenige allgemeine Forderungen beschränkt, so insbesondere nach signifikanten »Anstrengungen zu konsequenter Aufarbeitung, möglichst unter Zuhilfenahme externer (wissenschaftlicher) Expertise«, sowie dazu, »Verdachtsfälle regelhaft den Ermittlungsbehörden anzuzeigen, weil kircheninterne Aufklärung keine strafrechtlichen Ermittlungen ersetzen kann« (*Handlungsempfehlungen VII.*).

Der Bereich der Kinder- und Jugendhilfe ist vom Gesetzgeber zuletzt mehrfach nachgeschärft worden, damit gefährdete Kinder in Familien frühzeitig die nötige Aufmerksamkeit der Jugendämter erhalten, gegebenenfalls rechtzeitig in Obhut genommen und sodann in geeigneten Pflegefamilien gesichert untergebracht und versorgt werden können. Wie die Erfahrungen der letzten Jahre jedoch zeigen, bestehen in diesem Bereich offensichtlich eine Vielzahl von organisatorischen, strukturellen sowie personenbezogenen Defiziten. Bis heute muss eher von einer »Jugendhilfe nach Kassenlage« anstelle eines effizient funktionierenden Kinderschutzsystems gesprochen werden. Deshalb empfiehlt die Kommission, dass es hinsichtlich der Organisationsstrukturen und Abläufe in Jugendämtern noch weiterer Qualitätssicherungsmaßnahmen bedarf, etwa zu den regelhaften Abläufen bei Hinweisen auf eine Kindeswohlgefährdung, zur Einholung notwendiger externer Expertise oder zur Zusammenarbeit mit Polizeibehörden, Familiengerichten und Schulen/Kindertagesstätten. Ein besonderes Ärgernis ist beispielsweise die weit verbreitete Missachtung der gesetzlichen Zuständigkeitsregelung nach § 86 VI SGB VIII: Danach wird für Pflegekinder in Vollzeitpflege automatisch (kraft Gesetzes) das wohnortnahe Jugendamt zuständig, in dessen lokalem Umfeld das Pflegekind auch noch nach zwei Jahren dauerhaft lebt mit der Perspektive auf Fortbestand dieses Pflegeverhältnisses. Der Sinn dieser Regelung liegt auf der Hand, gleichwohl verzögern die Jugendämter keineswegs nur selten eine »Fallübergabe«, sei es aufgrund von wirtschaftlichen Unstimmigkeiten (die bisherigen Pflegeverträge werden von den neu zuständigen Jugendämtern nicht immer akzeptiert) oder schlicht aufgrund von eigener Überlastung. Die Folge ist ein zwar zuständiges, aber mangels Fall- und Aktenkenntnis nicht handlungsfähiges Jugendamt (am Wohnort der Pflegefamilie) sowie ein wohnortfernes Jugendamt, das (mangels örtlicher Zuständigkeit) keine rechtmäßigen Maßnahmen mehr vornehmen kann (aber dennoch in praxi weiter tätig wird). Die Kommission sieht das als einen unhaltbaren, aber offenbar keineswegs singulären »Zustand« und verlangt

eine rechtssichere, klare Regulierung des Informationsaustausches zwischen den Jugendämtern und insbesondere Vorgaben zur frühzeitigen Klärung der Sachfragen bei erwartbarem Zuständigkeitswechsel (*Handlungsempfehlung V.*).

Ganz generell gibt es schon seit mehreren Jahren allgemeine Handlungsempfehlungen zu den notwendigen Inhalten von Schutzkonzepten gegen sexualisierte Gewalt in verschiedensten Institutionen und Gemeinschaftseinrichtungen.⁹ In der Praxis werden diese allerdings bis heute nicht verlässlich eingeführt, und wo sie auf einem Papier festgehalten werden, fehlt es noch häufiger an einer tatsächlichen Relevanz und Internalisierung auch im Rahmen der alltäglichen Abläufe. Generell sollten derartige Präventions- und Schutzkonzepte vor allem folgende Regelungen enthalten:

- Thematisierung im Rahmen der Personalauswahl
- erweitertes Führungszeugnis (vgl. §§ 30a, 32 BZRG)
- verbindliche Selbstauskunfts- und Selbstverpflichtungserklärung
- Einbeziehung externer Dienstleister
- Präventionsschulungen der Mitarbeiter im Rahmen der Aus- und Fortbildung
- verbindlicher Verhaltenscodex
- arbeitsrechtlich verbindliche Dienstanweisungen
- Vorgehen im Verdachts- oder Beschwerdefall
- Qualitätsmanagement
- Einbeziehung des Umfeldes in die Präventionsarbeit

Ein besonderer Diskussionsgegenstand war das Verhältnis von »Kinderschutz« und »Datenschutz«: Letzterer wird weithin als ein wesentlicher Hinderungsgrund dafür angesehen, dass Behörden rechtzeitig Informationen teilen und auf diese Weise frühzeitig präventiv aktiv werden können. Von Verfassungs wegen ist das »Recht auf informationelle Selbstbestimmung« (seit BVerfGE 65, 1 ff.) allerdings nicht unantastbar, sondern wird durch hochrangige Allgemeininteressen (wie ohne jeden Zweifel der Schutz von Kindern und Jugendlichen gegen sexualisierte Gewalt) relativiert. Im Kern besteht die Aufgabe also darin, nicht eines der beiden Rechtsprinzipien pauschal zu priorisieren (z.B. »Kinderschutz vor Datenschutz«), sondern den notwendigen Informationstransfer besser zu strukturieren und dadurch – soweit erforderlich – möglich zu machen. Die Kommission hat zwar keinen Konsens in der Frage gefunden, ob die bestehenden datenschutzrechtlichen Regelungen

⁸ Besondere Bedeutung hat insbesondere die von der Deutschen Bischofskonferenz in Auftrag gegebene MHG-Studie zum vielfachen sexuellen Missbrauch an Minderjährigen durch Kleriker der Katholischen Kirche erlangt (zu dieser: https://www.dbk.de/fileadmin/redaktion/diverse_downloads/dossiers_2018/MHG-Studie-gesamt.pdf).

⁹ Siehe z.B. die Erläuterungen der Unabhängigen Beauftragten der Bundesregierung für Fragen des sexuellen Kindesmissbrauchs: <https://beauftragte-missbrauch.de/themen/schutz-und-praevention/schutzkonzepte>.

(insbesondere die europäische Datenschutz-Grundverordnung) den Kinderschutz in mancherlei Hinsicht behindern (und dementsprechend einen »Prüfauftrag« erteilt); sie war sich jedoch darin einig, dass ein wesentlicher Umstand in Defiziten der praktizierten Handhabung des Datenschutzes liegt: Bekanntlich gibt es häufig erhebliche Unsicherheit über die Berechtigung oder gar Verpflichtung zur Datenweitergabe in den verschiedenen Institutionen, was nicht selten seinen Grund in der defizitären Kenntnis über die Rechtslage hat. Dementsprechend bedarf es in sämtlichen Institutionen einer »qualitätsgesicherten ständigen Mitarbeiterschulung, durch institutionsspezifische datenschutzrechtliche Handreichungen und durch fortwährende Kontrollen« (*Handlungsempfehlung II.*).

Ein weiteres Feld der Befassung war die allgemeine Prävention gegen Gewalt für Kinder und Jugendliche sowie die bislang auf vielen Seiten defizitäre Medienkompetenz: Zu ersterer empfiehlt die Kommission insbesondere eine Verpflichtung zur Abhaltung regelmäßiger Präventionsveranstaltungen an Schulen und einen flächendeckenden Ausbau der Schulsozialarbeit an jeder grund- und allgemeinbildenden Schule; des Weiteren bedarf es einer zentralen Datenbank für Ärztinnen und Ärzte zum Zwecke der Unterbindung des sog. »Ärztchoppings« von Eltern, die ihre Kinder vernachlässigen oder missbrauchen (*Handlungsempfehlung IV.*). Vonnöten ist des Weiteren der Ausbau von Beratungsangeboten für ältere Kinder und Jugendliche und eine weit bessere personelle und finanzielle Ausstattung von Beratungsstellen gegen sexuellen Missbrauch (*Handlungsempfehlung III.*). Unsicher ist dagegen, inwieweit das in Niedersachsen etablierte Einladungs- und Meldesystem der Früherkennungsuntersuchungen zu einer stärkeren Prävention zugunsten des Kinderschutzes geführt hat. Immerhin sind dadurch zu einem statistisch höheren Anteil Vorgesorgeuntersuchungen für Kinder durchgeführt worden, was eine Fortführung der (allerdings kostenträchtigen) Praxis rechtfertigen mag.

Erheblicher Anstrengungen bedarf nach Ansicht der Kommission auch die Förderung der Medienkompetenz, sowohl jener der Kinder und Jugendlichen als auch ihrer Eltern: Die Kommission sieht in diesem Zusammenhang vor allem die Schulen (von der Grundschule an) in der Pflicht, entsprechende Konzepte der Vermittlung und Fortbildung zu etablieren. In diesem Zusammenhang besteht ein besonderes Problem darin, dass Kinder und Jugendliche offenbar gehäuft – ohne Unrechtsbewusstsein – kinder- und jugendpornographische Abbildungen über digitale Kommunikations- und Messengerdienste empfangen und weiterleiten. Hier besteht das Problem, dass regelhaft eine Straftat nach § 184b StGB begangen wird, die sogar als Verbrechen (vgl. § 12 I StGB) ausgewiesen ist, so dass eine frühzeitige Einstellung von Ermittlungsverfahren aus Opportunitätsgründen (§§ 153 f. StPO, § 45 JGG) *de lege lata* ausscheidet. Die Kommission hat es deshalb als dringend klärungsbedürftig angesehen, nach Wegen zu suchen, wie »(im Rahmen des geltenden Sexualstrafrechts oder im Wege einer Gesetzesänderung) [...] niedrigschwellige, nicht kriminell motivierte Strafrechtsverstöße beim Besitz

bzw. bei der Weiterleitung von kinder- bzw. jugendpornographischen Abbildungen (z.B. Posing durch Minderjährige) [...] eine tat- und schuldangemessen reduzierte Ahndung bzw. ein nicht stigmatisiertes Verfahren« ermöglicht werden kann (*Handlungsempfehlung X.*).¹⁰

Ein weiteres wichtiges Themengebiet war und ist der defizitäre *Status quo* an benötigten Beratungsstellen und Therapieangeboten für Betroffene (Opfer): Zwar gibt es gerade im Land Niedersachsen ein vielfältiges Angebot an Hilfs- und Unterstützungsmaßnahmen für (kindliche/jugendliche) Opfer von Sexualstraftaten; bei näherer Betrachtung zeigen sich jedoch zahlreiche quantitative und qualitative Lücken, insbesondere – aber nicht nur – in ländlichen Räumen. In vielen Fällen wissen z.B. Erziehungsberechtigte nicht, an welche Stelle sie sich bei einem Missbrauchsverdacht wenden sollen. Auch das Opferentschädigungsrecht ist in mancherlei Hinsicht defizitär: Es weist hohe Zugangsvoraussetzungen auf, ist mit vielen bürokratischen Nachweispflichten verbunden und wird der besonderen Situation von Gewaltopfern nur unzureichend gerecht. Deshalb empfiehlt die Kommission u.a. eine umfassende Evaluation des kompletten Verfahrens im Opferentschädigungsrecht auf Landesebene mit Blick auf die Versorgungsämter sowie die Schaffung eines Rechts auf unentgeltliche Beratung und Stellung eines Rechtsbeistands zur Prüfung etwaiger Entschädigungsansprüche (*Handlungsempfehlung IX.*).

Besonderer Maßnahmen des Kinderschutzes bedarf es aber nicht zuletzt auch im Rahmen von Gerichtsverfahren vor den Toren der (Straf- oder Familien-) Justiz: Hier stehen besonders die multiplen Belastungen von Opferzeugen in der Folge von langen Prozesstagen und durch Mehrfachvernehmungen im Fokus. Letztere lassen sich durch audiovisuelle Vernehmungen bereits im Ermittlungsverfahren (und Vorführung des Audio-Mitschnitts in der Hauptverhandlung: § 255a StPO) zumindest reduzieren. Darüber hinaus ist inzwischen bundesrechtlich eine psychosoziale Prozessbegleitung etabliert (vgl. § 406g StPO), um die außergewöhnliche Situation eines Gerichtsprozesses für (kindliche/jugendliche) Opferzeuginnen und -zeugen besser bewältigen zu können. Bislang ist diese Prozessbegleitung allerdings als »Abholleistung« und nicht als »Bringschuld der Justiz« konzipiert – mit der Folge, dass sie häufig nicht in Anspruch genommen wird. Deshalb empfiehlt die Kommission verstärkte Informationskampagnen und die regelhafte antragsunabhängige Beiordnung eines anwaltlichen Verletztenbeistands von Amts wegen. Darüber hinaus soll modellhaft die Einrichtung eines sogenannten »Childhood-Hauses« erprobt werden (möglichst kindgerechte Umgebung für die Durchführung niedrigschwelliger Vernehmungen): Dieses Konzept stammt ursprünglich aus Skandinavien (dort als Barnahus-Modell bekannt) und meint ein geschütztes Umfeld von Gewaltopfern (vor allem von Kindern und Jugendlichen) in multidisziplinärer Betreuung: Das erste deutsche Childhood-Haus eröffnete 2018 am Universitätsklinikum

¹⁰ Siehe oben Fn. 7 zur neuerdings angenommenen Verfassungswidrigkeit des § 184b StGB.

Leipzig, weitere finden sich unter anderem in Berlin, Düsseldorf, Flensburg, Hamburg-Eppendorf, Heidelberg und Schwerin – bislang aber noch keines in Niedersachsen. Mit einem solchen Childhood-Haus verbindet die Kommission zugleich die Schaffung einer Netzwerkstruktur, durch die Hilfen für Familien, eine psychosoziale Prozessbegleitung und notwendige Entschädigungs- und Unterstützungsleistungen »aus einer Hand« vermittelt und unterstützend begleitet werden könnten (*Handlungsempfehlung XIII.*).

Weitere Empfehlungen betreffen schließlich die Verbesserung der persönlichen Qualifikation von Richterinnen und Richtern, Lehrerinnen und Lehrern, Erzieherinnen und Erziehern usw. in Aus- und Fortbildung: Für den Bereich der Familienjustiz ist beispielsweise unbefriedigend, dass es in Niedersachsen – im Gegensatz zu mehreren anderen Bundesländern – keine spezifische Fortbildungspflicht für Richterinnen und Richter in Bezug auf wesentliche Aspekte des Kinderschutzes gibt. Bislang wird dieses Anliegen ganz nach dem Prinzip der freiwilligen Fortbildung gehandhabt, und gerade für niedersächsische Familienrichtern und -richter steht ein reichhaltiges Angebot an fachspezifischen Fortbildungen zur Verfügung. Es ist jedoch allgemein bekannt, dass derartige Angebote nicht von allen richterlichen Personen gleichermaßen wahrgenommen werden, sodass es de facto an einem Qualitätssicherungssystem fehlt, »das verlässlich, verbindlich und nachprüfbar dafür sorgt, dass bei allen Familienrichtern/-innen ein definierter Kenntnisstand vorhanden ist und erhalten bleibt.«¹¹ In gleicher Weise sieht § 158a I 2, 4 FamFG den Nachweis fachspezifischer Kenntnisse und Fähigkeiten in Bezug auf Verfahrenspflegerinnen und -pfleger lediglich »auf Verlangen des Gerichts« vor: Es weckt jedoch Bedenken, die eigentlich für unabdingbar gehaltenen Qualifikationsanforderungen nicht als regelhaften Qualifikationsstandard effektiv zu etablieren, sondern in das Ermessen des Gerichts zu legen. Die Kommission mahnt deshalb an, die in diesem Bereich fortbestehenden Qualifikationslücken verlässlich zu schließen (*Handlungsempfehlung XIV.*). Bislang zeigt sich im justiziellen Bereich daher das Bild eines Kinderschutzes, der noch nicht überall mit demselben nötigen Nachdruck durchgesetzt wird.

III. Perspektiven

Letztendlich ist es aber eine elementare Aufgabe der gesamten Gesellschaft, Kindern und Jugendlichen ein

gesundes, gewaltfreies Aufwachsen zu ermöglichen. Häufig wird das Vorkommen sexualisierter Gewalt gerade bei kindlichen und jugendlichen Opfern noch immer tabuisiert. Der Kommission war daher wichtig festzuhalten: »Nur eine aufgeklärte und für das Wohlergehen von Kindern – nicht allein der eigenen – in jeder Lebenssituation sensible Gesellschaft schützt vor Gewalt und Missbrauch; [...] deshalb müssen die bisherigen Bemühungen um Aufklärung und Enttabuisierung verstetigt und verstärkt werden«. Es bedarf also der nachdrücklichen Schärfung des gesamtgesellschaftlichen Bewusstseins, »dass sexualisierte Gewalt nicht nur in bestimmten Familien- oder Gruppenkonstellationen, sondern zu jederzeit in jedwedem sozialen Kontext begegnen kann«. Erforderlich ist daher eine verstärkte gesamtgesellschaftliche Aufmerksamkeit zum Zwecke einer frühzeitigen Intervention nach der Leitdevise: »Hinsehen, nicht wegschauen!« (*Handlungsempfehlung XVI.*)

Zu diesem Zweck plant das Land Niedersachsen insbesondere eine Intensivierung der Öffentlichkeitsarbeit und der Nutzung sämtlicher Informationskanäle mit Erkenntnissen zu Prävalenz und Vorkommen sexualisierter Gewalt gegen Kinder (auch im persönlichen Umfeld der Opfer), zu Täterstrategien, Täterprävention, Beratungsstellen, zur Pädophilie als Krankheitsbild und so weiter. Eigens hervorgehoben findet sich die Notwendigkeit einer spezifischen Sensibilisierung der Öffentlichkeit, dass auch männliche Kinder und Jugendliche von sexualisierter Gewalt betroffen sein können. Hier fehlt es bislang insbesondere noch an spezifischen Beratungsstellen für männliche Betroffene.

Für die »wissenschaftliche Begleitung« war es insbesondere ein zentrales Anliegen zu betonen, dass strukturierte Schutzvorkehrungen nicht nur auf dem Papier, sondern als Teil des gelebten Alltags unverzichtbar sind. Zudem geht es dabei nicht um einen Einmalakt, sondern um eine permanente Aufgabe und Herausforderung: »Die vorhandenen Strukturen müssen daher fortlaufend kritisch hinterfragt und optimiert werden; vonnöten ist eine ubiquitäre Wachsamkeit und im Bedarfsfall auch die erforderliche Zivilcourage« (*Präambel zum Abschlussbericht*). Daran dürfte es – jedenfalls in vielen Bereichen und Institutionen – leider nach wie vor fehlen. Deshalb bildet auch der umfangreiche Katalog an Handlungsempfehlungen und die Fülle an zusammengetragenen Erkenntnissen und Fakten nicht schon die Lösung der Problematik; vielmehr wurden die Herausforderungen und Aufgaben für die Zukunft formuliert: für sämtliche Verantwortlichen in Politik, Institutionen und im Alltag des Miteinanders.

¹¹ Neue Richtervereinigung, Stellungnahme zur Fortbildung von Richterinnen und Richtern sowie zur Qualitätssicherung in familiengerichtlichen Verfahren vom 13.9.2019.

GdR Aufsatz

Maximilian Alexander Mitter*

Geschichte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik – Vornehmlich der Normenkontrolle

Der Beitrag soll einen prägnanten Überblick des Weimarer Systems der Verfassungsgerichtsbarkeit bieten und dabei – geachtet der Bestrebungen in Wissenschaft und Rechtsprechung – die Entwicklungsgeschichte als auch die enge Verwandtschaft zum Grundgesetz aufzeigen.

A. Einführung

Gerichtsentscheidungen aus »Karlsruhe« genießen in Deutschland große Aufmerksamkeit. Dies ist nicht nur darauf zurückzuführen, dass in Karlsruhe der Bundesgerichtshof, sondern auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) seinen Sitz hat. Das Gericht und der Name der Stadt verschmelzen zu einem Synonym, wenn Deutschland und besonders Berlin auf die »Residenz des Rechts« blicken.

Das Bundesverfassungsgericht klärt als Instanz der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene Bund-Länder-Streitigkeiten, schlichtet zwischen Bundesorganen, schützt die Grundrechte und wacht über den Gesetzgeber mit dem Institut der Normenkontrolle. Diese und viele mehr sind die verfassungsgerichtlichen Kompetenzen dieses Gerichts; Maßstab jeder Entscheidung ist das Grundgesetz.¹

Die Verfassungsgerichtsbarkeit durch das BVerfG ist in Deutschland seit seiner Installation 1951 nicht mehr wegzudenken. Vereinzelt wird zwar das »Wie« kritisiert,² die Frage nach dem »Ob« wird jedenfalls für Deutschland nicht mehr ernsthaft gestellt. Dass das nicht immer so war und um die Verfassungsgerichtsbarkeit – besonders um die Normenkontrolle – in Deutschland lange Zeit eine rege Diskussion herrschte, soll diese Arbeit aufzeigen und dabei einen tiefgreifenden Einblick in die Zeit geben.

Hierbei soll zuvörderst die Normenkontrolle, die gelegentlich auch als die vornehmste Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit bezeichnet wird,³ betrachtet werden.

* Der Autor arbeitet als Studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht bei Herrn Prof. Dr. Schorkopf. Der Beitrag entstand als Vorbereitende Leistung in der Vorlesung »Verfassungsgeschichte der Neuzeit« im Sommersemester 2022 bei Herrn Prof. Dr. Dr. von der Pfordten.

¹ Forsythe, Human Rights in International Relations (2012), S. 9. Zumindest weit überwiegend: Einfaches Bundesrecht kann aber auch Maßstab sein, s. Art. 93 I Nr. 2 Alt. 2 GG.

² Vgl. Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht (2011), insbesondere in der Kritik: Zu viel Macht und zu wenig (Selbst-)Begrenzung des Gerichts.

³ Vgl. Boldt, Verfassungsgerichtsbarkeit zur Lösung von Verfassungskonflikten?, in: Müßig (Hrsg.), Konstitutionalismus und Verfassungskonflikt. Symposium für Dietmar Willoweit (2006), S. 227 (244).

Die These, dass die Normenkontrolle, wie wir sie heute kennen, bereits in Weimar veranlagt war und sich entwickelte, aber erst zum Grundgesetz hin ausgereift und erwachsen war, soll hier bewiesen werden. Nicht zuletzt deshalb soll stets dann ein rechtsvergleichender Hinweis zum Grundgesetz gegeben werden, wenn dies dem Versuch dienlich scheint, die enge Verwandtschaft und organische Verbundenheit zwischen Weimar und Bonn/Berlin darzulegen.⁴ Um den hier behandelten Aspekt der Weimarer Verfassungsgerichtsbarkeit erfassen und verstehen zu können, bleibt es unvermeidlich, auch einen Blick in das Kaiserreich zu werfen.

B. Die Normenkontrolle

Die Normenkontrolle, international als *judicial review* bekannt,⁵ ist die Kompetenz des BVerfG, die es zur Entscheidung über die Gültigkeit von Landes- oder Bundesrecht bei Kollision mit dem Grundgesetz oder bei Landesrecht auch mit sonstigem Bundesrecht befugt. Entschieden wird entweder auf Vorlage eines Gerichts, das von der Verfassungswidrigkeit oder des Bundesrechtswidrigkeit des anzuwendenden Gesetzes überzeugt ist nach Art. 100 I GG (sog. konkrete Normenkontrolle) oder nach Art. 93 I Nr. 2 GG auf Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Viertels des Bundestages (sog. abstrakte Normenkontrolle). Ziel dabei ist die Wahrung der Normhierarchie, insbesondere des Vorrangs der Verfassung vor dem einfachen Parlamentsgesetz.⁶

Bei beiden Verfahrensarten ist der Kontrollvorgang gleich: Rechtsnormen werden an höheren Rechtsnormen auf Verträglichkeit überprüft. Da sie aber entscheidende Unterschiede aufweisen, insbesondere was ihre Entwicklungsgeschichte angeht, empfiehlt es sich, beide Arten der Normenkontrolle zunächst getrennt zu betrachten.

I. Die konkrete Normenkontrolle

Der Grundgedanke einer Überprüfung durch den Richter, ob ein normenhierarchisch niederrangiges Gesetz gültig und damit anwendbar ist, wenn es im Widerspruch zu einem höheren Gesetz steht, reicht weit zurück.⁷

⁴ Vgl. Bettermann, Reichsgericht und richterliches Prüfungsrecht, in: Listl/Schambeck (Hrsg.), Demokratie in Anfechtung und Bewährung. Festschrift für Johannes Broermann (1982), S. 491.

⁵ Helms, Ursprünge und Wandlungen der Verfassungsgerichtsbarkeit in den konsolidierten liberalen Demokratien, ZfP 2006, 50.

⁶ Peine, Normenkontrolle und konstitutionelles System, Der Staat 1983, 521.

⁷ Vgl. Gusy, Richterliches Prüfungsrecht (1985), S. 25; siehe auch das Stan-

1. Ausgangspunkt Kaiserreich

Es muss festgestellt werden, dass im Kaiserreich von 1871 eine Vorlage an ein Höchstgericht, wie es heute nach Art. 100 I GG praktiziert wird, nicht vorgesehen war.⁸

Allerdings wurde aus Art. 2 Hs. 2 der Bismarck'schen Reichsverfassung vom 16. April 1871, der den Vorrang des Reichsrechts gegenüber Landesrecht attestierte, ein richterliches Prüfungsrecht⁹ abgeleitet, das jedes zur Entscheidung berufene Gericht berechnete, Landesrecht auf die Verträglichkeit mit Reichsrecht hin zu überprüfen.¹⁰ Wurde eine Kollision festgestellt, so hatte das Gericht die Landesnorm in diesem Fall außer Anwendung zu lassen.¹¹

Ebenfalls anerkannt war, das richterliche Prüfungsrecht auf die Prüfung von Landes- und Reichsverordnungen am Maßstab des Gesetzes anzuwenden.¹² Der Verfassungswortlaut gab diese Überordnung des Gesetzes zwar nicht unmittelbar her, dennoch war dieses Hierarchieverhältnis anerkannt.

Eine Erstreckung dieses richterlichen Prüfungsrechts auf die formelle und materielle Überprüfung von Reichsgesetzen als Gegenstand und nicht nur als Maßstab der Prüfung wurde zwar diskutiert, eine Erweiterung – insbesondere auf eine materielle Prüfung der Reichsgesetze – wurde aber ganz überwiegend abgelehnt.¹³ Anerkannt war lediglich die Ausfertigung und Verkündung des Reichsgesetzes zu überprüfen, nicht aber weitere formelle Kriterien, wie die Verfassungsmäßigkeit des Parlamentsbeschlusses.¹⁴

dardwerk von *ders.*, Die Weimarer Reichsverfassung (1997), S. 209 ff. und *ders.*, 100 Jahre Weimarer Verfassung. Eine gute Verfassung in schlechter Zeit (2018), S. 68 ff.

⁸ *Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. III, 3. Auflage (1988), S. 1057.

⁹ Zur Begrifflichkeit *Dreier*, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik, Der Staat Beiheft 2014, 317 (332, dortige Fn. 58) und *Mücke*, Das Normenkontrollverfahren, BWNotZ 1997, 36; teilweise wird als »richterliches Prüfungsrecht« auch die abstrakte Normenkontrolle, unter B. II., verstanden.

¹⁰ *Triepel*, Die Reichsaufsicht (1917), S. 492.

¹¹ *Meyer/Anschütz*, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7. Auflage (1919), S. 743;

Dass die Ausübung des richterlichen Prüfungsrechts durch ein jedes Gericht, wenn es Landesrecht an der Reichsverfassung als Teil des Reichsrecht prüft und unangewendet lässt, auch Verfassungsgerichtsbarkeit ist, soll hier zur Klarstellung erwähnt sein.

¹² Eine Wortlautanknüpfung in der Reichsverfassung für die Unterordnung der Verordnung unter das Gesetz existierte nicht, vgl. *Gusy* (Fn. 7), S. 24 (27); deutlich für die Unterordnung aber RGZ 24, 1 (3); RGZ 40, 68 (73); *Schack*, Die Prüfung der Rechtmäßigkeit von Gesetz und Verordnung (1918), S. 285.

¹³ Für ein materielles Prüfungsrecht nur ansatzweise *Schack* (Fn. 12), S. 286 (insb. Anm. 1); *von Mohl*, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Bd. I (1860), S. 68 f.; weitere Übersicht bei *Huber* (Fn. 8), S. 1059 f.; Dagegen *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. II (1911), S. 39 (44 f.); *Meyer/Anschütz* (Fn. 11), S. 743; anders hingegen (nur) *Peine* (Fn. 6), S. 545, der in zwei Reichsgerichtsentscheidungen (des Kaiserreichs) die Akzeptanz des Prüfungsrechts auch gegenüber Reichsgesetzen erblickt haben will.

¹⁴ *Schack* (Fn. 12), S. 267 f.; *Laband* (Fn. 13), S. 45 f.

Zwar gab es auch im Kaiserreich schon Bemühungen der Literatur, das weitere, über die Ausfertigung hinausgehende formelle Prüfungsrecht, also bezüglich Beschlussfassung, Parlamentsmehrheit und Kompetenzen, dem entscheidenden Gericht zur Hand zu geben.¹⁵ Vereinzelt wurde auch schon das materielle Prüfungsrecht¹⁶ gefordert, das aber in Ermangelung eines Grundrechtskataloges, der einen breiten Kontrollmaßstab zur Verfügung gestellt hätte, im Kaiserreich ohnehin keinen erheblichen Mehrwert gehabt hätte.¹⁷

Viel ausschlaggebender dafür, das richterliche Prüfungsrecht nicht auf die Prüfung von Reichsgesetzen am Maßstab der Reichsverfassung zu erweitern, war, dass das Hierarchieverhältnis zwischen Verfassung und Parlamentsgesetz schlicht nicht anerkannt war.¹⁸ Deshalb konnte der Vorrang der Verfassung – der als solcher eben nicht akzeptiert war – auch nicht durch die Richter durchgesetzt werden.

Es lässt sich festhalten: Einer Überprüfung von Landesgesetzen und Verordnungen am Maßstab des Reichsgesetzes, einschließlich der Reichsverfassung, stand nichts entgegen, vielmehr war sie geboten und folgte aus den zwei Hierarchieverhältnissen Land-Reich und Verordnung-Gesetz gemäß dem Grundsatz *lex superior derogat legi inferiori*. Reichsgesetze wurden hingegen nicht auf ihre Verfassungsmäßigkeit kontrolliert, da sie nicht unter der Verfassung, sondern neben ihr verortet wurden.

2. Weimarer Republik

Mit Einführung der Weimarer Reichsverfassung sollte sich, was das allgemeine, diffuse richterliche Prüfungsrecht eines jeden Gerichts betrifft, nicht grundlegend etwas ändern; vielmehr vollzog sich eine verfassungsgerichtliche Evolution, statt einer Revolution.

a) Verfassungswortlaut

An die Vorrangregelung aus Art. 2 der Kaiserreichsverfassung schloss sich Art. 13 I der Weimarer Reichsverfassung – in prägnanter Kürze – nahtlos an: »Reichsrecht bricht Landrecht«.

Dass diese Formulierung direkter, fast wörtlicher Vorgänger des heutigen Art. 31 GG ist, liegt auf der Hand. Unverändert wurde daraus das richterliche Prüfungsrecht abgeleitet, Landesgesetze auf ihre Reichsgesetzsmäßigkeit zu überprüfen.¹⁹ Das Prüfungsrecht von Verordnungen am Gesetz

¹⁵ Zurückhaltend *Bluntschli*, Allgemeines Staatsrecht, Bd. II, 6. Auflage (1885), S. 135 f.

¹⁶ Dieses wurde am 17.02.1883 vom Reichsgericht entschieden abgelehnt RGZ 9, 232.

¹⁷ So *Chryssogonos*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung (1987), S. 16 f.

¹⁸ *Laband* (Fn. 13), S. 39 f.; *Meyer/Anschütz* (Fn. 11), S. 743; *Peine* (Fn. 6), S. 521 (541).

¹⁹ *Radbruch*, Richterliches Prüfungsrecht?, Die Justiz 1925/26, 12; *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14. Auf-

blieb anerkannt, wenn auch weiterhin ohne direkte Wortlautanknüpfung.²⁰ Auch in Weimar konnte jedes Gericht die Anwendbarkeit von Normen bei Kollisionsverdacht mit höheren Normen überprüfen und bei Feststellung einer Unvereinbarkeit die niedere Norm im konkreten, zu entscheidenden Fall außer Anwendung lassen.²¹ Verfassungsrechtlich sekundiert wurde das richterliche Normenkontrollrecht von Art. 102 WRV, wonach der Richter nur dem Gesetz unterworfen war, sodass er zu prüfen hatte, welchem. Insoweit eine reine Übernahme des Traditionsbestandes des alten Reichs in das neue.²²

b) Wissenschaft und Rechtsprechung

Die Evolution fand also nicht im Verfassungstext statt. Vielmehr waren es Wissenschaft und Gerichte, die in der Weimarer Republik entschieden weiter gingen als noch im Kaiserreich.

Die Rechtswissenschaft teilte sich bereits im Kaiserreich in drei Strömungen, die in der Weimarer Zeit ihre Konturen schärften: Zum einen die Theorie enger formeller Prüfung (ausschließlich) durch den Reichspräsidenten, die allein auf die Prüfung der Publikation des Gesetzes gerichtet war.²³ Befürworter argumentierten, dass einst der Kaiser, jetzt der Reichspräsident nach den Reichsverfassungen zu deren Hüter bestimmt sei und die Ausfertigung eines Reichsgesetzes einem Urteil darüber gleichkäme, dass dieses Gesetz verfassungsmäßig sei und insofern nur die Ausfertigung selbst der Prüfung unterworfen war.²⁴ Diese Auffassung war Minimalkonsens, sodass jedenfalls die Prüfung der Ausfertigung von Gesetzen in Weimar Anerkennung fand.²⁵

lage (1933), S. 101.

²⁰ Dreier (Fn. 9), S. 317 (327, 331); Badura, Richterliches Prüfungsrecht und Wirtschaftspolitik, in: Oberndorfer/Schambeck (Hrsg.), Verwaltung im Dienste von Wissenschaft und Gesellschaft. Festschrift für Ludwig Fröhler zum 60. Geburtstag (1980), S. 321 (329); Verordnungen betreffend RGZ 102, 161 (165), RGZ 132, 69 (75 f.).

²¹ Anschütz (Fn. 19), S. 101 ff.; Huber (Hrsg.), Deutsche Verfassungsgerichtsbarkeit, Bd. VI, 1981, S. 564.

²² Anschütz (Fn. 19), S. 101 f.

²³ Herrschende Meinung im Kaiserreich mit den Vertretern Gerhard Anschütz, Paul Laband und der berühmte Staatstheoretiker Georg Jellinek, s. Jellinek, Gesetz und Verordnung (1887), S. 402.

²⁴ Peine (Fn. 6), S. 545; kritisch Triepel, Der Weg der Gesetzgebung nach der neuen Reichsverfassung, AöR 1920, 456 (535 f.), der in der Ausfertigung durch den Reichspräsidenten und der Gegenzeichnung der Regierung eine bloße Vermutung, kein garantierendes Attest für die Verfassungsmäßigkeit sieht; anders Anschütz (Fn. 19), S. 322, der die Ausfertigung als »unwiderlegliche Vermutung« erachtet, die der erneuten Prüfung durch den Richter entzogen ist - diese unwiderlegliche Vermutung erstreckt sich auch auf die materielle Verfassungsmäßigkeit, also nicht bloß auf die formelle;

Im Übrigen: Genau dieses Argument ist es, das heute - bei unstrittiger Prüfungskompetenz des BVerfG - dafür verwendet wird, dem Bundespräsidenten vor Ausfertigung von Bundesgesetzen ein eigenes Prüfungsrecht zuzusprechen. Insofern ist die Denkrichtung um das Prüfungsrecht heute von Gerichtsseite kommend auf den Bundespräsidenten zu, damals vom Kaiser/Reichspräsidenten kommend auf den Richter zu.

²⁵ Vgl. Külz, Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Vorschriften des Reichsrechts, DJZ 1926, 837 (838).

Zum anderen die Theorie der weiten formellen Prüfungskompetenz, die auch die Gesetzgebungskompetenz und die Verfassungsmäßigkeit des Beschlusses in den Gesetzgebungsorganen der gerichtlichen Prüfung unterwerfen wollte.²⁶ Am Ende des Kaiserreichs kam die dritte Strömung der Befürworter des vollen, auch materiellen Prüfungsrecht wieder auf. Zur Weimarer Republik hin erstarkte letztere Strömung immer weiter, sodass sie zur herrschenden Literaturansicht wurde;²⁷ jedoch blieb die volle Prüfung von Parlamentsgesetzen am Maßstab der WRV bis zum Ende der Weimarer Republik umstritten.²⁸ Mit der teilweisen Ablehnung der materiellen Überprüfung von Reichsgesetzen anhand der Reichsverfassung ging einher, dass der Vorrang der Verfassung als höheres Gesetz über dem Parlamentsgesetz nach wie vor nicht allgemein anerkannt war.²⁹

Die verschiedenen Positionen und der Dissens in der Wissenschaft bedürfen der Einordnung: Es fällt auf, dass es vor allem Konservative und Monarchisten, zumindest demokratie- und republikскеptische Juristen waren, die für ein weites Prüfungsrecht ihre Stimme erhoben,³⁰ während es eher linke und progressive Staatsrechtler und Politiker waren, die ein solches ablehnten.³¹ Der Grund dafür war, dass die Konservativen ein zu progressives Parlament fürchteten und diesem durch die eher traditionell orientierte deutsche Richterschaft Einhalt gebieten wollten,³² indem sie ihr die Befugnis zuwiesen, Gesetze an der Verfassung scheitern zu lassen. Umgekehrt sahen sich linke und progressive Kräfte der Gefahr ausgesetzt, durch ein solches diffuses Prüfungsrecht an Macht und Einfluss durch das Parlament zu verlieren, wenn am Ende jeder Richter das Gesetz unangewendet lassen und dadurch den Gesetzgeber übertrumpfen könnte.³³

Die in der Wissenschaft mittlerweile vorherrschende Ansicht³⁴ zugunsten eines vollen Prüfungsrechts von Reichsgesetzen wurde gestärkt, als das Reichsgericht Mitte der

²⁶ Vgl. Poetsch-Heffter, Handkommentar der Reichsverfassung, 3. Aufl. (1928), S. 310; Huber (Fn. 8), S. 1059.

²⁷ Poetsch-Heffter (Fn. 26), S. 310.

²⁸ Von Hippel, Das richterliche Prüfungsrecht, in: Anschütz/Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. II (1932), S. 546 (552 f.); Badura (Fn. 20), S. 321 (328); Dreier (Fn. 9), S. 317 (332).

²⁹ Eindeutig gegen den Verfassungsvorrang Meyer/Anschütz (Fn. 11), S. 743; Jellinek, Verfassungswidrige Reichsgesetze, DJZ 1921, 753 f., hier wird der höhere Rang der Verfassung deshalb bestritten, weil einfache Gesetzgebung und Verfassungsgesetzgebung dieselben Reichsorgane sind. Die höhere Legitimationskraft einer Zwei-Drittel-Mehrheit wird ohne Weiteres zur Kenntnis genommen.

³⁰ Nachweis bei Chyssogonos (Fn. 17), S. 18.

³¹ Nachweis bei Dreier (Fn. 9), S. 317 (333).

³² Eindrucksvoll bei Triepel (Fn. 24), S. 537: »Denn das richterliche Prüfungsrecht ist in der parlamentarischen Republik, wenn nicht der einzige, so doch der wichtigste Schutz der bürgerlichen Freiheit gegenüber einem machthungrigen Parlament«.

³³ Vgl. Grimm, Verfassungsgerichtsbarkeit (2021), S. 106.

³⁴ Thoma, Das richterliche Prüfungsrecht, AöR 1922, 267 (269), sogar Oberreichsanwalt Ebermayer soll sich im Oktober 1922 für ein volles Prüfungsrecht von Reichsgesetzen ausgesprochen haben; Poetsch-Heffter (Fn. 26), S. 310.

1920er Jahre das richterliche Prüfungsrecht auf Reichsgesetze erstreckte.³⁵ Im Jahr 1921 hatte der Reichsfinanzhof eine solche Judikatur zwar schon in zwei Urteilen³⁶ angekündigt, die aber »nicht vollen Ernst mach[t]en«³⁷, da sie die Prüfungskompetenz nur in Aussicht stellten. Im Oktober 1924 hatte dann das Reichsversorgungsgericht in einem Pensionstreit zwischen dem Reich und einem Generalmajor die Besoldungsordnung auf die formelle Wirksamkeit hin, konkret auf die verfassungsmäßige Beschlussfassung im Reichstag geprüft *und* verworfen.³⁸ Mit der Entscheidung des Reichsgerichts vom 04. November 1925 wurden dann zum ersten Mal Reichsgesetze, deren Überprüfung anfangs mehrheitlich abgelehnt wurde, an der Verfassung auf ihre volle, auch materielle Verfassungsmäßigkeit geprüft.³⁹ Die Gerichte gingen erstmals weiter, als bloß die Verkündung zu kontrollieren.

Das hinderte die Verfechter der engen und weiten Theorie des formellen Prüfungsrechts nicht daran ihre Position zu behaupten,⁴⁰ sodass der Streit in der Wissenschaft bis zum Ende der Weimarer Reichsverfassung ungelöst blieb. Mit der Machtergreifung der Nationalsozialisten verlor das Thema erheblich an Brisanz und Aufmerksamkeit.

II. Die abstrakte Normenkontrolle

Die Frankfurter Paulskirchenverfassung (FRV) vom 28. März 1849 sah in § 126 lit. a) vor, ein Reichsgericht über Klagen eines Einzelstaates gegen die Reichsgewalt entscheiden zu lassen, wenn die Reichsgewalt durch Gesetzeserlass gegen die Reichsverfassung verstoßen haben soll. Dass daraus folgen muss, dass ein Reichsgesetz an der Reichsverfassung auf etwaige Kollision überprüft werden konnte und musste, ist eingedenk der obigen Ausführungen zum allgemeinen richterlichen Prüfungsrecht ausdrücklich hervorzuheben.⁴¹

Diese Vorschrift der FRV sollte den Einzelstaat im föderalen Reich schützen und ihm eine Klageart an die Hand geben, Reichsgesetze, deren Erlass mit der Kompetenzordnung der FRV nicht im Einklang steht, zu bekämpfen. Der Wortlaut beschränkte die Prüfung von Reichsgesetzen keineswegs

auf Formalfragen, wie die nach der Kompetenz. Vielmehr stützte der Wortlaut des § 126 lit. a) FRV auch die Befugnis zur materiellen Prüfung des Reichsgesetzes auf die Vereinbarkeit mit der Verfassung. Da die FRV auch einen Grundrechtskatalog vorsah, hätte das in § 125 FRV vorgesehene Reichsgericht bei einer materiellen Prüfung auch »aus dem Vollen schöpfen« können, wie man es heute vom BVerfG kennt, das ein Gesetz in der Regel wegen Verstoßes gegen die Grundrechte kippt. Bekannterweise wurde diese Verfassung für das Reich nie in Kraft gesetzt; auch wurde der Gedanke einer Prinzipalkontrolle zum Schutze des Einzelstaates im Kaiserreich nicht in die Reichsverfassung aufgenommen. Ein Teil der Rechtswissenschaft erkannte jedoch das Potential und mitunter die Notwendigkeit einer solchen Verfassungsnorm und nahm sich der Fortführung des Gedankens an.⁴²

Tatsächlich relevant wurde die abstrakte Normenkontrolle⁴³ dann erst wieder mit Einführung der Weimarer Reichsverfassung (WRV). Verfassungsrechtliche Verankerung bot Art. 13 II WRV:

»Bestehen Zweifel oder Meinungsverschiedenheiten darüber, ob eine landesrechtliche Vorschrift mit dem Reichsrecht vereinbar ist, so kann die zuständige Reichs- oder Landeszentralbehörde nach näherer Vorschrift eines Reichsgesetzes die Entscheidung eines obersten Gerichtshofs des Reichs anrufen.«

Gerhard Anschütz formulierte in seinem Standardkommentar zur Weimarer Reichsverfassung, dass Abs. 2 »die Möglichkeit, Landesgesetze als mit den Reichsgesetzen unvereinbar mit allgemeinverbindlicher Wirkung für ungültig zu erklären bzw. aufzuheben [gewährt]«. ⁴⁴ Er betonte dabei, dass hier mit allgemeinverbindlicher Wirkung geurteilt wird. Das allgemeine richterliche Prüfungsrecht hingegen entschied nur für den Einzelfall. Nach Art. 13 II WRV entschied hingegen ein unbestimmter Gerichtshof des Reiches ohne konkreten Anlass, sondern abstrakt und generalverbindlich »unmittelbar als Prinzipalpunkt«; ⁴⁵ die Beschlüsse ergingen mit Gesetzeskraft.⁴⁶ Zur Entscheidung über Zweifel und Meinungsverschiedenheiten bestimmte das Ausführungsgesetz interessanterweise grundsätzlich das Reichsgericht⁴⁷ und nicht den Staatsgerichtshof,⁴⁸ in bestimmten Fragen auch den Reichsfinanzhof und das Reichsschiedsgericht bzw. das nie installierte Reichsverwaltungsgericht.⁴⁹ Bemerkens-

³⁵ RGZ 111, 320; fast zwei Jahre zuvor, am 08.01.1924, sprach der Richterverein beim Reichsgericht eine Warnung gegen ein Vorhaben der Reichsregierung Marx aus, Gesetze auf ihre Verträglichkeit mit Verfassungsrecht zu prüfen.

³⁶ RFHE 5, 333; RFHE 7, 97.

³⁷ Thoma (Fn. 34) AöR 1922, 267 (269, dortige Fn. 2).

³⁸ Grafshof, Wohlerworbene Rechte, Verfolgung derselben im Klageweg, Prüfungsrecht des Richters bez. der Gültigkeit der Gesetze, DJZ 1925, 332 f.; konkret wurde nur die siebente Ergänzung zur Reichsbesoldungsordnung verworfen, da § 8 mit den Wohlerworbene Rechten der Beamten, Art. 129 I S. 3 WRV, die über Art. 129 III WRV auch Berufssoldaten zugute kommen, verletzt, da sie formell-verfassungswidrig erlassen wurde und die Reichsverfassungsgewährungen deshalb nicht einschränken kann.

³⁹ Vgl. dazu auch Huh, Probleme der konkreten Normenkontrolle (1971), S. 56 f.

⁴⁰ Vgl. Radbruch (Fn. 19), Die Justiz 1925/26, 12 (12, 16).

⁴¹ Vgl. Hermann, Entstehung, Legitimation und Zukunft der konkreten Normenkontrolle im modernen Verfassungsstaat (2001), S. 82.

⁴² Vgl. von Gneist, Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, 2. Aufl. (1879), S. 270 f.; unübersichtlich von Mohl, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Bd. I (1860), S. 68 ff.

⁴³ Der heutige Terminus »abstrakte Normenkontrolle« wurde bereits von Friesenhahn verwendet: Friesenhahn, Die Staatsgerichtsbarkeit, in: Anschütz/Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. II (1932), S. 523 (526).

⁴⁴ Anschütz (Fn. 19), S. 105.

⁴⁵ Ebenda.

⁴⁶ Potsch-Heffter (Fn. 26), S. 127; vgl. dazu § 31 II i.V.m. § 13 Nr. 6 BVerfGG.

⁴⁷ Gesetz zur Ausführung des Artikels 13 Abs. 2 der Verfassung des Deutschen Reichs vom 08. April 1920, RGBl. S. 510 f.

⁴⁸ Zum Staatsgerichtshof s. C. Weitere Verfassungsgerichtlichen Aspekte in der WRV.

⁴⁹ Dreier (Fn. 9), S. 317 (340).

wert ist mit Blick auf das Grundgesetz, das die abstrakte Normenkontrolle als objektives Beanstandungsverfahren führt, dass Anschütz von einem kontradiktorischen Verfahren ausgeht.⁵⁰

Ein anderer Punkt verdient aber die Aufmerksamkeit: Die Verfassungsnorm sah ebenfalls nur die Überprüfung von Landesrecht am Maßstab des Reichsrechts vor;⁵¹ insofern konnte man zumindest aus dieser Norm nicht ableiten, das allgemeine Prüfungsrecht müsse sich auf Reichsgesetze erstrecken. Gerade in Art. 13 II WRV hätte aber die Überordnung der Verfassung über das formelle Reichsgesetz erwähnt werden müssen, sodass der Rückschluss der Gegner des allgemeinen richterlichen Prüfungsrechts auf eine »Gleichebnigkeit« von Verfassung und Reichsgesetz nicht fernliegt.⁵² Auch der Vorrang der Verfassung im heutigen Verständnis war noch nicht anerkannt, sondern (nur) die Überordnung des Bundes über die Länder.⁵³ Die Rechtsfolge war der Geltungsvorrang des Reichsrechts, sodass Landesrecht nicht nur außer Anwendung bleiben, sondern dessen grundsätzliche Nichtgeltung folgen musste.⁵⁴

Antragsbefugt waren nach Art. 13 II WRV alle Reichs- und Landeszentralbehörden, was jedes Reichs- und Landesministerium einschließt,⁵⁵ nicht hingegen Parlamentsminderheiten.⁵⁶ Zudem war die Zulässigkeitsschwelle so gering, dass es grundsätzlich genügte, eine Kollisionsfrage allein aus politischen Gründen aufklären zu wollen;⁵⁷ ein konkreter juristischer Anlass zur Prüfung durch das Reichsgericht war keine Voraussetzung.⁵⁸

Da die abstrakte Normenkontrolle keinen echten Rechtsstreit löst, sondern lediglich die Gültigkeit bestimmter Normen als Voraussetzung für die Schlichtung eines Rechtsstreits klärt, ist sie keine »echte Rechtsprechung«,⁵⁹ sondern lediglich abstrakte Schwesternorm, des inzidenten, allgemeinen richterlichen Prüfungsrechts zur Wahrung höherrangigen Rechts.

Insgesamt wurden aufgrund des Art. 13 II WRV 37 Beschlüsse gefasst, die sich schwerpunktmäßig mit säkularen, beamten- und eigentumsrechtlichen Fragen befassten.⁶⁰

⁵⁰ Anschütz (Fn. 19), S. 106.

⁵¹ Daran anknüpfend, *Jellinek*, Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und durch Verwaltungsgerichte, in: VVDStRL 1925, 8 (40 f.).

⁵² S. B. I. 2. b) Wissenschaft und Rechtsprechung, dort unter Fn. 29.

⁵³ *Gusy* (Fn. 7), S. 76.

⁵⁴ RGZ 103, 201.

⁵⁵ *Poetsch-Heffter* (Fn. 26), S. 126 (Anm. 6).

⁵⁶ *Dreier* (Fn. 9), S. 317 (339).

⁵⁷ Vgl. *Anschütz* (Fn. 19), S. 106.

⁵⁸ *Poetsch-Heffter* (Fn. 26), S. 125.

⁵⁹ *Schmitt*, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, in: Schreiber (Hrsg.), Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. I (1929), S. 154 (165), Schmitt meinte damit die Unterscheidung zwischen kontradiktorischem Verfahren und objektivem Beanstandungsverfahren.

⁶⁰ *Dreier* (Fn. 9), S. 317 (343).

III. Alternativentwürfe zur Normenkontrolle

Es mutet merkwürdig an, dass die Weimarer Reichsverfassung auf diese Probleme und Fragen, die bereits zu Zeiten des Kaiserreichs diskutiert wurden,⁶¹ nicht reagierte. Daher überrascht es nicht, dass zahlreiche Entwürfe und Vorschläge unterbreitet wurden, die Klarheit in die Rechtsetzung und die Dogmatik zu Normhierarchien und Prüfungsrechten bringen wollten.⁶²

Bereits während der Nationalversammlung 1919, die zur Verfassungsgebung berufen war, wurde sich um die Klärung dieser Fragen bemüht. Der Abgeordnete Ablaß forderte einen Art. 114a zu schaffen, der vorsah:

»1. Wenn hundert Mitglieder des Reichstags es beantragen, ist der Staatsgerichtshof dazu berufen, die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze und die Übereinstimmung von Verwaltungsakten mit den Grundsätzen der Verfassung zu prüfen.

2. Die Entscheidung des Staatsgerichtshofs ist bindend.«⁶³

Reichsinnenminister Hugo Preuß, seinerseits Beauftragter zum Entwurf der neuen Reichsverfassung, wandte sich dagegen und statuierte, dass das Fehlen einer Regelung in der Verfassung über das richterliche Prüfungsrecht nicht seine Existenz ausschloss.⁶⁴ Die »positivistische« Forderung, ein solches Prüfungsrecht müsste kodifiziert sein, um eine normative Kraft zu entfalten, war überkommen. Man war der Auffassung, das Prüfungsrecht müsste nicht als positiver Rechtssatz aufgenommen werden, um existieren zu können. Insofern stieß die ausdrückliche Kodifikation mehrheitlich auf Ablehnung und die Weimarer Reichsverfassung, wie auch die Kaiserreichsverfassung, schwieg zum richterlichen Prüfungsrecht.⁶⁵

Gerhard Anschütz, einstiger Wortführer der engenformellen Theorie, legte dem 34. Deutschen Juristentag 1926 einen Gesetzentwurf vor, der als Antwort auf die Reichsgerichtsentscheidung zu verstehen war:

»1. Bestehen Zweifel oder Meinungsverschiedenheiten darüber, ob eine als Gesetz oder Verordnung verkündete Vorschrift des Reichsrechts mit der Reichsverfassung im Widerspruch stehe, so können der Reichstag, die Reichsregierung, der Reichsrat, Minderheiten des Reichstages und des Reichsrates, die ein Drittel der gesetzlichen Mitgliederzahl übersteigen, die Entscheidung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich anrufen.

⁶¹ S. B. I. 1. Ausgangspunkt Kaiserreich sowie B. II. Die abstrakte Normenkontrolle.

⁶² Zu allen Entwürfen siehe auch *Dreier* (Fn. 9), S. 363 ff.

⁶³ Verhandlungen der verfassungsgebenden deutschen Nationalversammlung, Bd. CCCXXXVI (1920), Aktenstück Nr. 391, S. 483.

⁶⁴ Vgl. *Grimm* (Fn. 33), S. 105.

⁶⁵ Vgl. *Bühler*, Sind die ordentlichen Gerichte verpflichtet, verfassungswidrige Gesetze anzuwenden?, DJZ 1921, 580.

2. Das Recht den Staatsgerichtshof anzurufen, steht auch jedem im letzten oder einzigen Rechtszug stehenden Gericht zu, falls es glaubt, daß ein von ihm anzuwendendes, gehörig verkündetes Reichsgesetz mit der Reichsverfassung im Widerspruch steht. «⁶⁶

Mit diesen beiden Absätzen des § 2 des Gesetzesentwurfs wollte Anschütz in Abs. 1 die abstrakte Normenkontrolle, in Abs. 2 die konkrete Normenkontrolle weitreichend verankern. Dabei fällt auf, dass § 2 I des Entwurfs enge Verwandtschaft zum heutigen Art. 93 Nr. 2 GG, und Abs. 2 zu Art. 100 I GG aufweist. Damit sollte die Vorlegepraxis eingeführt werden. Auch fällt auf, dass in Abs. 2 des Anschütz'schen Entwurfs das Merkmal der Letztinstanzlichkeit auftaucht, welches sich zwar nicht in Art. 100 I GG, so doch aber im Art. 267 AEUV über die Vorlage zum Europäischen Gerichtshof findet.

Dieser Entwurf führt beide Fronten, von ihren politischen Motiven gedacht, zusammen: Die Konservativen haben ein den progressiv-linken Gesetzgeber kontrollierendes Moment im Staatsgefüge, den Staatsgerichtshof, während das Parlament sich nicht davor fürchten muss, dass jeder skeptisch-reaktionäre Richter den Gesetzgeber durch Nichtanwendung der Gesetze aussticht. So widersprach Anschütz gerade nicht seiner alten Ablehnung des richterlichen Prüfungsrechts; vielmehr war diese darauf begründet eben nicht *jeden* Richter über die Gültigkeit richten zu lassen.⁶⁷ Mit seinem Vorschlag wollte er eine einzige, den Gesetzgeber kontrollierende Instanz schaffen, die ihrerseits aber der Verfassung unterworfen und über die Besetzung des Staatsgerichtshofs politisch rückgebunden war.⁶⁸

Auch als Antwort auf die umstrittene Reichsgerichtsentscheidung aus dem November 1925 ließ sich der fast zeitgleiche Vorstoß des Reichsinnenministers Külz verstehen, der vehement für die Kodifizierung beider Normenkontrollen stritt und den er 1926 in der Deutschen Juristen-Zeitung veröffentlichte.⁶⁹ Auf diesen Vorschlag ging auch der von der Reichsregierung im Dezember 1926 eingebrachte und vom Reichsrat einstimmig angenommene Gesetzesentwurf zurück, der letztlich jedoch scheiterte.⁷⁰ Dieser Ansatz unterscheidet sich vom Anschütz'schen insofern, als dass zwar auch in § 1 die abstrakte Normenkontrolle beim Staatsgerichtshof vorgesehen ist, die konkrete Normenkontrolle aber nach § 2 nicht die Vorlage durch das Gericht an den Staatsgerichtshof verlangt, sondern an die Reichsregierung, die dann wiederum nach § 1 den Staatsgerichts-

hof anrufen »kann«.⁷¹ Neu war aber die Regelung des § 7 des Entwurfs, wonach eine Art »Vorabkontrolle« durch den Reichspräsidenten oder die Reichsregierung in der Form verlangt werden konnte, dass ein beschlossenes aber noch nicht verkündetes Gesetz dem Staatsgerichtshof vorgelegt werden konnte, der dann seinerseits ein Gutachten über die Verfassungsmäßigkeit dieses Gesetzes erstellte. Dieses Gutachtenverfahren wurde 1951 durch § 97 BVerfGG a.F. i.V.m. Art. 93 II GG sogar vor dem BVerfG eingeführt (sog. »Präventive Normenkontrolle«⁷²), jedoch 1956 wieder abgeschafft.⁷³

Viele andere, vor allem die Gegner eines diffusen Prüfungsrechts, das durch *jedes* Gericht ausgeübt wird, zeigten sich begeistert von der Idee der Konzentration der Prüfung⁷⁴ am Maßstab der Verfassung bei einer Institution, d.h. in der Regel beim Staatsgerichtshof.⁷⁵

Aufgrund des verfassungsändernden Charakters eines solchen Gesetzes wäre jedoch eine Zwei-Drittel-Mehrheit erforderlich gewesen, die gegen Ende der Weimarer Republik und mit Erstarken autoritärer Züge der Politik immer ferner lag.⁷⁶ Im Nationalsozialismus war es dann undenkbar, ein Gericht, wenn auch das höchste, mit der allgemeingültigen Verwerfungskompetenz auszustatten.

C. Weitere verfassungsgerichtliche Aspekte in der WRV

Mehr Revolution statt Evolution war die Schaffung eines Staatsgerichtshofes gem. Art. 108 WRV.⁷⁷ Dieser sollte sich eingliedern in das Gerichtswesen des Reiches und »echte Rechtsprechung« ausüben, also Streitfälle schlichten.⁷⁸

I. Föderal- und Binnenstreitigkeiten

Der Staatsgerichtshof war nach Art. 19 WRV für die Schlichtung von Intra-Länder-Streitigkeiten, Inter-Länder-Streitigkeiten und Reich-Land-Streitigkeiten zuständig:

»1. Über Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes, in dem kein Gericht zu ihrer Erledigung besteht, sowie über Streitigkeiten nichtprivatrechtlicher Art zwischen verschiedenen Ländern oder zwischen dem Reiche und einem Lande entscheidet

⁷¹ Külz (Fn. 25), DJZ 1926, 837 (842).

⁷² Vgl. Holzer, Präventive Normenkontrolle durch das BVerfG (1978), S. 172 ff.

⁷³ Hilf, Gutachten des BVerfG zu völkerrechtlichen Verträgen?, ZRP 1997, 270.

⁷⁴ Irrtümlich die Konzentrationswirkung negierend Grau (Fn. 66), AöR 1926, 287 (290).

⁷⁵ So Thoma, Die Grenzen des richterlichen Prüfungsrechts, DJZ 1925, 573 f.; Radbruch (Fn. 19), Die Justiz 1925/26, 12 (16); Kelsen, Wer soll Hüter der Verfassung sein?, (1931/2019 Nachdr.), S. 96 f.; und auch Anschütz vgl. B. III. Alternativentwürfe zur Normenkontrolle, dort unter Fn. 65.

⁷⁶ Huber (Fn. 21), S. 564.

⁷⁷ Der Zeitgeist empfand Art. 19 WRV (im Entwurf noch Art. 17) als wenig revolutionär, sodass Berichterstatter und Abgeordneter Beyerle dieser Verfassungsnorm attestierte »nichts Neues« zu sein, s. Verhandlungen (Fn. 61), S. 113.

⁷⁸ Vgl. Friesenhahn (Fn. 43), S. 523 (524 f.).

⁶⁶ Anschütz, Gesetzesentwurf und Bericht, in: Verhandlungen des 34. Deutschen Juristentages zu Köln, Bd. II (1927), S. 194.

⁶⁷ Anschütz (Fn. 67), S. 209 f., S. 211: Vorlagerecht der Gerichte sei »Ersatz des richterlichen Prüfungsrechts«; genau so verlangt es Anschütz auch in seinem Kommentar: Anschütz (Fn. 19), S. 326 f.; anders Grau, Zum Gesetzesentwurf über die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen u. Reichsverordnungen, AöR 1926, 287 (290); siehe auch Wißmann, Richterliches Prüfungsrecht in Reichskonsitutionalismus und Republik – Wegmarke der Verfassungsgerichtsbarkeit, Der Staat Beiheft 2014, 253 (269).

⁶⁸ Vgl. Gesetz über den Staatsgerichtshof vom 09. Juli 1921, RGBl. 905 f.

⁶⁹ Külz (Fn. 25), DJZ 1926, 837 ff., Bezugnahme auf RGZ 111, 320 auf S. 839.

⁷⁰ Huber (Fn. 21), S. 563 f.

auf Antrag eines der streitenden Teile der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich, soweit nicht ein anderer Gerichtshof des Reiches zuständig ist.

2. Der Reichspräsident vollstreckt das Urteil des Staatsgerichtshofs.«

Revolution deshalb, weil noch im Kaiserreich in Art. 76 seiner Verfassung der Bundesrat zur Klärung der zwei erstgenannten Streitigkeiten zuständig war;⁷⁹ ein Verfahren für Reich-Länder-Streitigkeiten existierte im Kaiserreich hingegen nicht.⁸⁰ Eine gerichtliche Klärung von Streitigkeiten zwischen obersten Reichsorganen, wie es heute mit dem Bundesorganstreitverfahren existiert, war als nicht-justiziabler Streitfall der politischen Klärung vorbehalten und auch in Weimar verfassungsgerichtlich nicht vorgesehen.⁸¹

Da die Konstellationen des Art. 19 I WRV ausschließlich kontradiktorische Verfahren betrafen, während Art. 13 – im heutigen Terminus – objektive Beanstandungsverfahren regelte, wurde die Gerichtsbarkeit des Staatsgerichtshofs auch als Staatsgerichtsbarkeit bezeichnet,⁸² während der Begriff der Verfassungsgerichtsbarkeit auch die objektiven Normenprüfverfahren inkludierte.

1. Der Intra-Länder-Streit, Art. 19 I 1. Var. WRV

Die subsidiäre Zuständigkeit für die Klärung von Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes findet sich so auch heute in Art. 93 Nr. 4, 3. Var. GG. Aufgrund dieser Subsidiarität wurde der Staatsgerichtshof in Abgrenzung zu den Landesstaatsgerichtshöfen als »Reichsstaatsgerichtshof« bezeichnet,⁸³ denn er trat nur als Substitut für landesverfassungsrechtliche Lücken auf. Besonders pikant an dieser Kompetenz des Staatsgerichtshofs war die Wortlautreichweite der Vorschrift in Art. 19 WRV. Zwar würde man aus heutiger Perspektive darauf abstellen, dass nur Organstreitigkeiten innerhalb der Länder durch den Reichsstaatsgerichtshof zu klären sind, wenn ein Landesstaatsgerichtshof nicht existiert.⁸⁴ Der Wortlaut, der nur von Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes spricht, hätte aber auch Verfassungsbeschwerden des Bürgers erfasst, der mit dem Land über die Reichweite von verfassungsrechtlich verankerten Grundrechten im Streit lag.⁸⁵ Um diese Ausuferung des Begriffs der Verfassungsstreitigkeit zu vermeiden – denn eine Verfassungsbeschwerde sollte gerade nicht möglich sein⁸⁶

– schlugen Carl Schmitt und Heinrich Triepel vor, Grundrechte nicht als Bestandteil von Verfassungsstreitigkeiten gelten zu lassen.⁸⁷ Dagegen schlugen Gerhard Anschütz und Richard Thoma vor, nicht die Begriffsexension selbst zu reduzieren, sondern eine Begrenzung im Rahmen der Zulässigkeit durch die Voraussetzungen der Parteifähigkeit und der Aktivlegitimation vorzusehen.⁸⁸ Ebenfalls vom bloßen Wortlaut nicht entschieden war die Frage, ob der Reichsstaatsgerichtshof nur Landesverfassungsnormen anwendet oder ob auch die Reichsverfassung Prüfungsmaßstab sein kann.

Der Gerichtshof, der wegen des weiten Wortlauts praktisch selbst über Klagevoraussetzungen entscheiden konnte,⁸⁹ wies Klagen von Bürgern in ständiger Rechtsprechung inkonsequenterweise ab.⁹⁰ Seine eigens geschaffene Definition schloss solche Verfassungsbeschwerden eben nicht aus: Der Staatsgerichtshof stellte fest, dass es sich für ein Verfahren nach Art. 19 I 1. Var. WRV um eine Streitigkeit handeln musste, die in dem betroffenen Land entstanden ist und zum Gegenstand auch die Reichsverfassung haben konnte, wenn sich ihre Vorschriften auf die Landesverfassung auswirkten.⁹¹ Insofern setzten sich Anschütz und Thoma durch und begrenzten den weiten Wortlaut auf einen engen Organstreit.⁹² Der einzelne Bürger musste, um die Voraussetzung der Parteifähigkeit zu erfüllen, geltend machen, in seinen staatsbürgerlichen Gestaltungsrechten – wie etwa in seinem Wahlrecht – betroffen zu sein, sodass er nicht als grundrechtsberechtigter Bürger Rechtsschutz erlangte, sondern als Teil des aktiven Verfassungslebens – als Wahlberechtigter.⁹³

Deutlich wurde durch diese Definition des Staatsgerichtshofes auch, dass er die Reichsverfassung, wenn auch nicht unmittelbar, so doch in Verbindung mit der Landesverfassung heranziehen wollte. Diese Rechtsprechung war ein weiterer Schritt zur Etablierung der Normhierarchie mit der Reichsverfassung an oberster Stelle und zu einer Erweiterung des Prüfungsrechts.

als einzige im Reich die Verfassungsbeschwerde des Bürgers expressis verbis in Art. 93 Abs. 1 vorsah, vgl. *Kutscher*, Politisierung oder Verrechtlichung? (2016), S. 37; *Huber* (Fn. 21), S. 559.

⁸⁷ *Schmitt*, Verfassungslehre (1928), S. 112, 115, 117; *Triepel*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 1928, 2 (22); 1. Leitsatz Triepels auf S. 28.

⁸⁸ *Thoma*, Staatsgerichtsbarkeit, in: Otto Schreiber (Hrsg.), Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben (1929), S. 179 (184); *Anschütz* (Fn. 19), S. 165 f.

⁸⁹ Vgl. *Gusy* (Fn. 79), S. 214.

⁹⁰ RGZ 121, Anh. S. 8 (10); RGZ 181, Anh. S. 22 (28f.); RGZ 124, Anh. S. 40 (47 f.).

⁹¹ *Anschütz* (Fn. 19), S. 163; zur Reichsverfassung als Prüfungsmaßstab *Lammers/Simon*, Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich und des Reichsgerichts auf Grund von Artikel 13 Absatz 2 der Reichsverfassung, Bd. I (1929), S. 292, 2. Leitsatz, i.Ü.: Auf S. 295 bezeichnet sich der Staatsgerichtshof selbst als Hüter der Reichsverfassung.

⁹² Vgl. *Thoma* (Fn. 88), S. 179 (184); vgl. dazu *Dreier* (Fn. 9), S. 317 (353).

⁹³ *Anschütz* (Fn. 19), S. 169 f.

⁷⁹ *Gusy*, 100 Jahre Weimarer Reichsverfassung (2018), S. 68.

⁸⁰ Vgl. *Huber* (Fn. 21), S. 543; *ders.* (Fn. 8), S. 1064 ff.

⁸¹ Dazu *Bühler*, Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht, in: Harms (Hrsg.), Recht und Staat im Neuen Deutschland, Bd. II (1929), S. 3 (17); *Schmitt*, Der Hüter der Verfassung (1931), S. 56; *Gusy*, Die Weimarer Reichsverfassung (1997), S. 210.

⁸² *Friesenhahn* (Fn. 43), S. 523 f.

⁸³ Ebenda, S. 529.

⁸⁴ Vgl. *Meister*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), BVerfGG, 2. Aufl. (2022), § 71, Rn. 31 a.E.

⁸⁵ Diese Überlegung stellte vor allem an *Anschütz* (Fn. 19), S. 164 und *Schmitt* (Fn. 59), S. 160, 162 f.

⁸⁶ Anders in Bayern, dessen Landesverfassung (»Bamberger Verfassung«)

2. Der Inter-Länder-Streit, Art. 19 I 2. Var. WRV

Die nichtprivatrechtlichen Streitigkeiten zwischen den einzelnen Gliedstaaten, die sich aus der Reichsverfassung ergaben, nannte Friesenhahn »Bundesverfassungsgerichtsbarkeit«, Streitfragen zwischen Gliedstaaten fern der Reichsverfassung hingegen »Bundesgerichtsbarkeit«. ⁹⁴ Die Bezeichnung »Bund« statt »Reich« mag zwar verwirren, ist aber deshalb zutreffend, weil das Reich als bloße Bezeichnung des (Ver-) Bundes der einzelnen Gliedstaaten galt. Dass diese Streitigkeiten nicht Verfassungsrecht zum Gegenstand haben mussten, ergibt sich daraus, dass nur Intra-Länder-Streitigkeiten nach Art. 19 WRV »Verfassungsstreitigkeiten« sein mussten, während die Streitigkeiten zwischen Ländern nur durch die Formulierung »nichtprivatrechtlich« eingeschränkt waren. ⁹⁵ Die Anwendbarkeit der Reichsverfassung war, anders als im Intra-Länder-Streit, unbestritten, da im Inter-Länder-Streit gerade die Grenzen eines Landes überschritten wurden und somit Bundes- und damit Reichsangelegenheit war.

3. Der Reich-Land-Streit, Art. 19 I 3. Var. WRV

Auch hier sah Friesenhahn den Staatsgerichtshof als »Bundesverfassungsgericht«, da die in Rede stehenden nichtprivatrechtlichen Rechte eines Streits zwischen Reich und Land gerade der Reichsverfassung entsprangen, sodass »Bundesverfassungsgerichtsbarkeit« ausgeübt wurde. ⁹⁶ Die Bedeutung der Subsidiarität in Art. 19 WRV wird in diesem Fall besonders deutlich, da Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel über die Vereinbarkeit von Landes- mit Reichsrecht möglicherweise nichtprivatrechtliche Streitigkeiten zwischen Reich und Land darstellten, zu dessen Klärung durch den spezielleren Art. 13 II das Reichsgericht berufen war.

Im Rahmen der Biersteuer-Entscheidung im Streit zwischen dem Deutschen Reich und dem Land Preußen vom 17. November 1928 beanspruchte der Staatsgerichtshof die Kompetenz zur Prüfung von Reichsgesetzen am Maßstab der Reichsverfassung. ⁹⁷ Die Literatur bestätigte ganz überwiegend diese Erweiterung, da sie in die Richtung der Etablierung einer veritablen Normenkontrolle wies. ⁹⁸ Auch hier stieß der Staatsgerichtshof, wie zuvor das Reichsgericht, selbstbewusst in Dimensionen vor, denen es zwar an verfassungsgesetzlichen Grundlagen mangelte, die aber ganz überwiegend gefordert wurden.

II. Anklageverfahren

Nach Art. 59 WRV konnte der Reichstag mit mindestens einhundert Unterschriften von Abgeordneten und mit dem für Verfassungsänderungen tauglichen Quorum den Reichspräsidenten, den Reichskanzler oder einen Reichs-

minister vor dem Staatsgerichtshof wegen schuldhafter Verletzung des Reichsrechts, einschließlich der Reichsverfassung, verklagen. Mögliche Rechtsfolge war die Amtsenthebung durch den Staatsgerichtshof. Durch diese hohen Anforderungen fristete das Verfahren ein Nischendasein ⁹⁹ und wurde nie ausgelöst, wenn auch im November 1932 die nötige parlamentarische Breite vorhanden war, um die Verfassungsanklage gegen Reichspräsidenten von Hindenburg anzustrengen. ¹⁰⁰

D. Wer ist nun Hüter der Verfassung? ¹⁰¹

Nachdem die Normenkontrolle und weitere verfassungsgerichtliche Elemente Weimars dargestellt wurden, soll nun eine Debatte der Wissenschaft epochalen Ausmaßes und hohen Abstraktionsgrades, referiert werden – nicht zuletzt, um den (verfassungsrechtlichen) Zeitgeist besser erfassen zu können.

Carl Schmitt, späterer »Kronjurist« ¹⁰² der Nationalsozialisten und anerkannter Staatsrechtler, war entschiedener Gegner einer gerichtlich-monopolisierten Normenkontrolle und traf dabei auf die Gegenposition von Hans Kelsen – seit 1919 Richter am österreichischen Verfassungsgerichtshof und Architekt der österreichischen Bundesverfassung von 1920.

Im Kern handelt ihre sich über mehrere Veröffentlichungen und Tagungen ziehende Debatte ¹⁰³ von der Grenzlinie zwischen Politik und Justiz, zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung und vom Hüter der Verfassung ¹⁰⁴.

Kelsens Position ließ sich dabei – in sich stringent – so zusammenfassen: Die Verfassung regelt die Erzeugung von Gesetzen, Gesetze regeln möglicherweise die Erzeugung von Verordnungen, diese können wiederum den Erlass von Verwaltungsakten bestimmen. ¹⁰⁵ Aufgrund dieses Zusammenspiels von Rechtsetzung und Rechtserzeugung leitet Kelsen die Normhierarchie ab, an deren oberster Stelle die Verfassung steht. ¹⁰⁶ Weil das Parlament aber Gesetze, also die zweite Stufe der Hierarchie erlässt, könne es nicht Aufgabe des Parlaments sein, deren Verfassungsmäßigkeit in alleiniger Verantwortung zu überwachen, da dies

⁹⁹ Schmitt (Fn. 58), S. 156.

¹⁰⁰ Huber (Fn. 21), S. 554; Gusy (Fn. 79), S. 211.

¹⁰¹ Angelehnt an Kelsen (Fn. 73); vgl. zum ganzen Komplex Grimm (Fn. 33), S. 105.

¹⁰² Söllner, Kronjurist des Dritten Reiches – Das Bild Carl Schmitts in den Schriften des Emigranten, in: Benz (Hrsg.), Jahrbuch für Antisemitismusforschung, Bd. I (1992), S. 191.

¹⁰³ Dass sich Schmitt der Gegenposition Kelsens bewusst war und insofern von einer echten Debatte gesprochen werden kann, zeigt sich in Schmitt, Der Hüter der Verfassung, AöR 1929, 161 (181): »[...] unter Stellungnahme zu den Argumenten des zweiten Berichterstatters jenes Staatsrechtslehretages, H. Kelsen«.

¹⁰⁴ Angelehnt an Schmitt (Fn. 81); siehe auch Rauschnig, Die Sicherung der Beachtung von Verfassungsrecht (1969), S. 76 f.

¹⁰⁵ Vgl. Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 1928, 30 (32).

¹⁰⁶ Kelsen (Fn. 105), S. 30 (31, 78 a.E., Leitsatz 8a auf S. 86).

⁹⁴ Friesenhahn (Fn. 43), S. 523 (525, 529 f.).

⁹⁵ Vgl. Gusy (Fn. 79), S. 213.

⁹⁶ Friesenhahn (Fn. 43), S. 523 (525 f.).

⁹⁷ Lammers/Simons (Fn. 91), S. 19; Gusy (Fn. 79), S. 216.

⁹⁸ Vgl. B. III. Alternativentwürfe zur Normenkontrolle.

einen Interessenkonflikt eines politischen Parlaments nach sich ziehen würde, das politische Vorhaben möglichst unbeschränkt durchzusetzen versucht. Insofern verlangte Kelsen eine andere Institution, welche die Verfassungsmäßigkeit überwacht: Ob es einfache Gerichte in Form der inzidenten Kontrolle vollziehen oder – von ihm favorisiert – einem Verfassungsgericht obliegt, war eher zweitrangig.¹⁰⁷

Schmitt wiederum bekämpft – mit im Einzelnen widersprüchlichen Argumenten¹⁰⁸ – die Verfassungsgerichtsbarkeit durch ein Verfassungsgericht wie kein zweiter.¹⁰⁹ Er begründete die Unfähigkeit der Justiz in Verfassungsfragen zu entscheiden damit, dass er die Verfassung nicht als klassisches anzuwendendes Gesetz betrachtet. Aus seiner Sicht ist die Verfassung vielmehr »in ihrer positiven Substanz eine konkrete politische Entscheidung über Art und Form der politischen Existenz«¹¹⁰. Er verortete die Verfassungsgerichtsbarkeit näher bei der Politik als beim Recht, sekundierte dies mit der Behauptung, dass ein Richter bloß den politischen Willen des Gesetzgebers ausführe und sobald der Richter über Zweifel des Gesetzesinhalts hinweggehe und entscheide zum Teilgesetzgeber wird.¹¹¹ Wenn ein Gerichtshof eine unklare Vorschrift der Reichsverfassung auslegt, auf die man sich in der Nationalversammlung nur bedingt bzw. ohne rückstandlose Auflösung der Dissense einigen konnte (»dilatorischer Formelkompromiss«¹¹²), dann sah Schmitt den Richter nicht nur als Gesetzgeber sondern gar als Verfassungsgesetzgeber, wenn der Gerichtshof diesen Kompromiss der Verfassungsgeber durch Urteil auflöse.¹¹³ Es bestünde »die Gefahr, daß statt einer Juridifizierung der Politik eine das Ansehen der Justiz untergrabende Politisierung der Justiz eintritt«¹¹⁴. Anders als Kelsen, der die »Juridifizierung« wagen wollte und für die Verfassungsgerichtsbarkeit warb, brachte Schmitt den Reichspräsidenten als *pouvoir neutre*¹¹⁵ in Stellung¹¹⁶ und musste daher – für dieses politische Ziel – die Verfassungsgerichtsbarkeit bekämpfen.¹¹⁷

Das Bundesverfassungsgericht hat seine starke und wichtige Stellung mehrfach unter Beweis gestellt, doch wird auch heute noch über die Defizite der Verfassungsgerichtsbarkeit gestritten,¹¹⁸ auch die Debatte darüber, ob die Verfassungs-

gerichtsbarkeit akademisch der Rechts- oder der Politikwissenschaft zuzuordnen sei, ist eine Form der Fortsetzung der »Kelsen-Schmitt-Kontroverse«.¹¹⁹

E. Konklusion

Vergleicht man die Stellen der Weimarer Reichsverfassung mit den einschlägigen Normen des Grundgesetzes, in denen die Normenkontrolle geregelt ist, so ist bis auf den Vorrang des Reichs- bzw. Bundesrechts wenig vergleichbar. Es ist weniger der Verfassungstext der Weimarer Reichsverfassung, in dem die in der Einleitung beschriebene organische Verbundenheit zum Grundgesetz offenbar wird. Vielmehr resultiert diese These aus der Erkenntnis, dass die in Weimar erhobenen, aber nie realisierten Forderungen der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung, die – ihrer Zeit voraus – für den Vorrang der Verfassung und eine Kontrolle des Gesetzgebers optierten, im Grundgesetz ihren Niederschlag gefunden haben.¹²⁰

So leitet sich das richterliche Prüfungsrecht aktuell nicht mehr aus Art. 31 GG als dem Nachfolgeartikel des Art. 13 I WRV ab, sondern aus dem für die konkrete Kontrolle konzipierten Art. 100 I GG. In letzterem liegt auch begründet, dass die Pflicht zur Prüfung der Vereinbarkeit von Normen nach wie vor jedem Richter obliegt; bloß die Verwerfung einer Norm wurde monopolisiert, wie es Anschütz und andere vorgeschlagen hatten.

Durch diese Verankerung des monopolisierten Verwerfungsrechts wird nicht nur der Vorrang der Verfassung gewahrt, sondern auch die Prärogative des Gesetzgebers, sodass beiden in der Weimarer Debatte geäußerten Bedenken für und wider eines richterlichen Prüfungsrechts heute Rechnung getragen wird.

Die grundgesetzliche abstrakte Normenkontrolle orientiert sich ebenfalls am Entwurf von Anschütz aus dem Jahr 1926 und versieht zudem die Landesregierungen mit einer Antragsbefugnis, um die Kompetenzordnung des Grundgesetzes zu wahren.

Auf den Vordenker Hans Kelsen ist zurückzuführen, dass es heute ein Gericht – nämlich das Bundesverfassungsgericht – ist, das über die Verfassung wacht, ihre vorrangige Geltung garantiert, den Gesetzgeber in Schranken weist und der von Schmitt für die Aufgabe favorisierte Reichspräsident – insbesondere nach den dunkelsten Jahren Deutschlands – heute

¹⁰⁷ Grimm (Fn. 33), S. 111.

¹⁰⁸ Er bekämpfte die Verfassungsgerichtsbarkeit, befürwortete aber das diffuse richterliche Prüfungsrecht, vgl. Neumann, Carl Schmitt als Jurist (2015), S. 224 analysiert: »Die Rücksicht auf konservative Fachgenossen, denen er in der politisch brisanten Frage nach einem richterlichen Prüfungsrecht nicht in den Rücken fallen wollte, [war Schmitt] wichtiger als theoretische Konsequenz«; Grimm (Fn. 32), S. 109.

¹⁰⁹ Schmitt (Fn. 81), S. 49, 153, 155 a.E.

¹¹⁰ Schmitt (Fn. 58), S. 154 (158, siehe auch S. 161 f.).

¹¹¹ Schmitt (Fn. 58), S. 154 (163, 165 a.E.).

¹¹² Schmitt, Verfassungslehre (1928), S. 32.

¹¹³ Schmitt (Fn. 58), S. 154 (166 f.).

¹¹⁴ Schmitt (Fn. 58), S. 119 a.A.

¹¹⁵ Zum Begriff Herdegen, Verfassungsgerichtsbarkeit als *pouvoir neutre*, ZaöRV 2009, 257 (258).

¹¹⁶ Schmitt (Fn. 81), S. 132 ff.; Sehr kritisch Kelsen (Fn. 75), S. 64 ff.

¹¹⁷ Vgl. Grimm (Fn. 33), S. 119 a.A.

¹¹⁸ Vofskuhle/Schemmel, Grundwissen – Öffentliches Recht: Die Verfas-

sungsgerichtsbarkeit, JuS 2021, 1137 (1138).

¹¹⁹ Grimm, Was ist politisch an der Verfassungsgerichtsbarkeit, ZfP 2019, 86 (87); ders. (Fn. 33), S. 123, zum Begriff »Kelsen-Schmitt-Kontroverse« siehe ebenda S. 105.

¹²⁰ Treffend Wahl/Rottmann, Die Bedeutung der Verfassung und der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik – im Vergleich zum 19. Jahrhundert und zu Weimar, in: Konze/Lepsius (Hrsg.), Sozialgeschichte der Bundesrepublik Deutschland. Beiträge zum Kontinuitätsproblem (1983), S. 339 (356), bezeichnen Weimar als »Inkubationszeit« für ein neues Verfassungsverständnis.

in Form des Bundespräsidenten ein bloßes Staatsnotariat innehat.

Dem Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit als Hüter der Verfassung folgten viele weitere Staaten nach dem Zweiten Weltkrieg,¹²¹ sodass es nicht übertrieben ist, den Bestrebungen in der Weimarer Republik und speziell Hans Kelsen das anzurechnen, was Dominique Rousseau wie folgt formulierte: »Das 19. Jahrhundert war das des Parlaments, das 20. war das Jahrhundert der Verfassungsgerichtsbarkeit«¹²².

¹²¹ Vgl. *Grimm* (Fn. 33), S. 123.

¹²² Original: Le XIXe siècle fut celui des Parlements, le XXe et le siècle de la justice constitutionnelle, *Rousseau*, *La justice constitutionnelle en Europe* (1998), S. 1.

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



GT/ET +

Göttinger Tageblatt Eichsfelder Tageblatt

ZivilR Fallbearbeitung

Tim Konrad Becker*

Im Regen stehen gelassen

Fallbearbeitung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene

Die auf einer Originalklausur beruhende Fallbearbeitung beschäftigt sich nach einem erbrechtlichen Einstieg mit dem Gefahrübergang im Kaufmängelgewährleistungsrecht und dem klassischen Problem des Deckungskaufs.

SACHVERHALT

O ist Eigentümer eines in einer südniedersächsischen Kleinstadt gelegenen großen Einfamilienhauses. Allerdings ist das Dach der in den 1960er-Jahren erbauten Immobilien noch immer ungedämmt – was O angesichts der massiv steigenden Heizkosten zunehmend ein Dorn im Auge ist. Um daran etwas zu ändern, bestellt er Anfang März 2022 natürliches Dämmmaterial aus Hanffasern beim Baustoffhandel des H und einigt sich mit ihm darauf, dass dieser (auf eigene Kosten) den Versand übernehmen soll. Außerdem verständigen sie sich auf den 1.4.2022 als frühesten Liefertermin, da O erst dann von einer mehrwöchigen Dienstreise zurückkehrt und die Ware vorher nicht entgegennehmen kann. Geliefert wird allerdings – ohne O darüber zu informieren – bereits früher. Die in dem Familienunternehmen des H arbeitende Tochter T und dessen Neffe N, die für die Logistik zuständig sind, wollen in der Lagerhalle Platz für neue Ware schaffen. Deshalb veranlassen sie die Auslieferung durch den Spediteur S bereits am 28.3.2022. Das Dämmmaterial wird vom pflichtbewussten S noch am Abend desselben Tages bei typischem Aprilwetter (ständiger Wechsel zwischen Sonnenschein und Regen) in der Einfahrt auf dem Grundstück des O abgeladen.

Nach seiner Rückkehr räumt O am 1.4.2022 bei strahlendem Sonnenschein das Dämmmaterial in seine Garage. Als zwei Wochen später die von O beauftragten Dachdecker damit beginnen wollen, das Dach zu isolieren, stellen sie fest, dass das Dämmmaterial zwischenzeitlich verschimmelt und damit endgültig unbrauchbar geworden ist. O ist davon völlig überrascht, da beim Verbringen des Dämmmaterials in seine Garage noch keine Schimmelbildung vorhanden gewesen sei. Auf seine Nachfrage, wie das denn sein könne,

ermitteln sie als Erklärung zutreffend, dass in das Material eingedrungene Feuchtigkeit verantwortlich sein muss. O meldet sich deshalb verärgert bei H und verständigt sich mit ihm zur weiteren Erörterung auf ein Treffen bei O noch am selben Tag. Im Zuge dessen zeigt sich H zwar betroffen über den Schimmelbefall, entgegnet aber, er habe ganz sicher keine verschimmelte Ware geliefert und sei sich auch sonst keiner Schuld bewusst. Mit O wolle er angesichts dessen unglaublichen Unterstellungen, er würde verschimmelte Ware liefern, absolut nichts mehr zu tun haben. O entgegnet, von irgendwelchen Unterstellungen könne gar keine Rede sein – er behaupte ja auch überhaupt nicht, dass das Dämmmaterial verschimmelt ausgeliefert worden sei. Dennoch benötige er dringend brauchbares Dämmmaterial und müsse das verschimmelte loswerden – notfalls müsse er sich anderweitig darum bemühen und von H gegebenenfalls erhöhte Kosten dafür (aufgrund eines »Baubooms« sind die Preise für Baumaterial zwischenzeitlich deutlich gestiegen) ersetzt verlangen. H will von alledem nichts wissen und begibt sich wutentbrannt auf den Rückweg in die Firma. Dabei verliert er in einer scharfen Kurve die Kontrolle über seinen Wagen und erliegt noch am Unfallort seinen schweren Verletzungen.

In der Folge kommt es zwischen T und N zum Streit darüber, wer das Geschäft nach dem Tod des H übernehmen soll, insbesondere, weil H auf der letzten Weihnachtsfeier auf einer Serviette handschriftlich formuliert hatte, N solle ihm einmal beerben – allerdings ohne den Text zu unterschreiben.

O wendet sich deshalb hilfeschend mit der Frage an Sie, welche Rechte er hat.

BEARBEITUNGSVERMERK

Beantworten Sie die aufgeworfenen Rechtsfragen in einem umfassenden Gutachten!

Vorschriften des HGB sind nicht zu prüfen!

* Der Autor studiert seit dem Wintersemester 2019/20 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und verbringt das Wintersemester 2022/23 im Rahmen eines Auslandsaufenthalts an der Katholieke Universiteit Leuven. Neben seinem Studium arbeitet der Autor einerseits am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Kirchenrecht und Staatskirchenrecht von Dekan Prof. Dr. *Hans Michael Heimig* und andererseits am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Kartellrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung von Prof. Dr. *Eckart Bueren*.

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. *Olaf Deinert* im Sommersemester 2022 gestellt.

GLIEDERUNG

- A. Anspruch des O gegen T auf Ersatzlieferung von Dämmmaterial gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 I Alt. 2 BGB i.V.m. §§ 433 I 2, 1922 I BGB
- I. Anspruch entstanden
 1. Kaufvertrag, § 433 BGB
 - a) Testament des H zugunsten des N
 - b) Gesetzliche Erbfolge der §§ 1924 ff. BGB
 - c) Zwischenergebnis
 2. Sachmangel bei Gefahrübergang, § 434 I BGB
 - a) Gefahrübergang nach § 447 I BGB
 - b) Gefahrübergang nach § 446 I BGB
 - c) Zwischenergebnis
 3. Zwischenergebnis
 - II. Anspruch nicht untergegangen und durchsetzbar
 - III. Ergebnis
- B. Schadensersatzanspruch der O gegen T in Höhe der Mehrkosten eines etwaigen Deckungskaufs gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 3 BGB i.V.m. §§ 433 I 2, 1922 I BGB
- I. Abgrenzung von Schadensersatz neben und statt der Leistung beim Deckungskauf
 - II. Anspruch entstanden
 1. Kaufvertrag, § 433 BGB
 2. Sachmangel bei Gefahrübergang, § 434 I BGB
 3. Vertretenmüssen, § 280 I 2 BGB
 4. Erfolgreiche Setzung einer angemessenen Frist, § 281 I 1 BGB
 5. Keine Unerheblichkeit der Pflichtverletzung, § 281 I 3 BGB
 6. Ersatzfähiger Schaden, §§ 249 ff. BGB
 - III. Anspruch nicht untergegangen und durchsetzbar
 - IV. Ergebnis
 - V. Gesamtergebnis

GUTACHTEN**A. Anspruch des O gegen T auf Ersatzlieferung von Dämmmaterial gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 I Alt. 2 BGB i.V.m. §§ 433 I 2, 1922 I BGB**

Zunächst einmal könnte O einen Anspruch gegen die T auf Ersatzlieferung schimmelfreien Dämmmaterials aus §§ 437 Nr. 1, 439 I Alt. 2 BGB i.V.m. §§ 433 I 2, 1922 I BGB haben.

I. Anspruch entstanden

Ein solcher Anspruch wäre entstanden, wenn auf einen wirksamen Kaufvertrag zwischen O und T eine bei Gefahrübergang mangelhafte Sache geliefert worden wäre.

1. Kaufvertrag, § 433 BGB

Dabei ist jedoch schon fraglich, ob zwischen T und O ein wirksamer Kaufvertrag i.S.v. § 433 BGB bestand. Ursprünglich bestellte O das Dämmmaterial bei dem Baustoffhandel

des H. Möglicherweise ist T aber Erbin des H gewesen und so in alle Rechte und Pflichten eingetreten, § 1922 I BGB.

a) Testament des H zugunsten des N

Hinderlich könnte hierbei jedoch das im Rahmen der Weihnachtsfeier auf einer Serviette abgegebene Testament des H zugunsten des N sein. Sofern dieses Dokument ein taugliches eigenhändiges Testament i.S.v. §§ 2231 Nr. 2, 2247 I BGB darstellt, könnte N gemäß § 1937 BGB Erbe des H geworden sein. Dafür müsste H das Dokument jedoch eigenhändig geschrieben und unterzeichnet haben, § 2247 I BGB. Vorliegend unterschrieb H die Serviette nicht, sodass mangels Einhaltung der korrekten Form kein eigenhändiges Testament i.S.v. §§ 2231 Nr. 2, 2247 I BGB vorliegt.²

Für eine Qualifikation der Serviette als Nottestament i.S.v. §§ 2249 ff. BGB bestehen keine Anhaltspunkte.³

N wurde also nicht gemäß § 1937 BGB i.V.m. §§ 2231 Nr. 2, 2247 I BGB durch letztwillige Verfügung des H dessen Erbe.

b) Gesetzliche Erbfolge der §§ 1924 ff. BGB

Somit muss man sich der gesetzlichen Erbfolge der §§ 1924 ff. BGB zuwenden. Nach § 1924 I BGB ist T als Tochter des H dessen Abkömmling gemäß § 1589 I BGB und damit gesetzliche Erbin erster Ordnung. N als Neffe und damit als Kind eines der Geschwister von H ist als Abkömmling der Eltern von H in zweiter Generation bloß gesetzlicher Erbe zweiter Ordnung gemäß § 1925 I BGB. Nach der gesetzlichen Erbfolge des § 1930 BGB ist mithin T Erbin des H und tritt somit gemäß § 1922 I BGB die Gesamtrechtsnachfolge in das Vermögen des H an.

c) Zwischenergebnis

T ist damit neue Vertragspartnerin des O, sodass zwischen ihnen ein wirksamer Kaufvertrag besteht. Indes kommt eine Anfechtung der Willenserklärung des H ob der »Unterstellungen« gemäß §§ 142 I, 119 I Alt. 2 wegen Eigenschaftsirrums in der Person des O nicht in Betracht. Selbst wenn O zu Unterstellungen neigte, was dahinstehen kann, so ist dies keine Eigenschaft, die im Rechtsverkehr für den Abschluss eines Kaufvertrags von wesentlicher Bedeutung ist.⁴ Es besteht mithin ein wirksamer Kaufvertrag zwischen T und O i.S.v. § 433 BGB.

² Statt aller bezeichnet z.B. MüKoBGB/*Sticherling*, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 11, 9. Auflage (2022), § 2247 Rn. 39 die Unterschrift als »zwingendes Gültigkeitserfordernis«.

³ Selbst diese Arten des Testaments erfordern gemäß der §§ 2249 ff. BGB regelmäßig ein bestimmtes Verfahren, eine gewisse Form sowie eine besondere Notlage, von denen nichts im vorliegenden Fall ersichtlich ist.

⁴ Vor allem beim reinen Gütertausch spielen Charaktermängel einer Vertragspartei keine entscheidende Rolle und sind damit nicht als verkehrswesentliche Eigenschaften einzustufen, BGH BB 1960, 152; MüKoBGB/*Armbrüster*, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 9. Auflage (2021), § 119 Rn. 137.

2. Sachmangel bei Gefahrübergang, § 434 I BGB

Weiterhin müsste das gelieferte Dämmmaterial im Zeitpunkt des Gefahrübergangs einen Sachmangel gemäß § 434 I BGB aufgewiesen haben.

Dabei dürfte feststehen, dass Dämmmaterial, das sich aufgrund von Schimmelbefalls nicht mehr für den Einbau in ein bisher unzureichend gedämmtes Haus eignet, zumindest nicht dem gewöhnlichen Verwendungszweck – der effektiven Wärmedämmung eines Gebäudes – gemäß § 434 III 1 Nr. 1 BGB genügt. Somit war das Dämmmaterial gemäß § 434 I BGB zumindest objektiv mangelhaft.

Damit stellt sich lediglich die Frage, ob dieser Mangel auch bei Gefahrübergang bestand, wie es § 434 I BGB fordert. Bei der Erörterung dieser Frage sind die Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf der §§ 474 ff. BGB zu beachten, nachdem H als Betreiber eines Baustoffhandels bei Vertragsschluss primär in gewerblicher Funktion tätig wurde, § 14 BGB, während O bloß Materialien für sein Einfamilienhaus beschaffen wollte und damit als Verbraucher gemäß § 13 BGB tätig wurde. Somit fällt bei der Erörterung der Frage nach dem Vorliegen des Mangels bei Gefahrübergang zunächst die Beweislastumkehr des § 477 I 1 BGB auf, nach der binnen eines Jahres nach Gefahrübergang das Vorliegen des Mangels zum entscheidenden Zeitpunkt vermutet wird. Hier scheinen sich die Parteien jedoch einig zu sein, dass der Schimmel dem Dämmmaterial noch nicht am 28.3.2022 innewohnte. T wäre vom Kaufmängelgewährleistungsrecht also freigestellt, wenn der Gefahrübergang an diesem Tag und nicht erst später eingetreten wäre.

a) Gefahrübergang nach § 447 I BGB

Zunächst könnte der Gefahrübergang am 28.3.2022 erfolgt sein, wenn man § 447 I BGB anwendet. Denn tatsächlich einigten sich O und H bei Vertragsschluss Anfang März 2022 darauf, dass H auf eigene Kosten den Versand übernehmen soll. Außerdem übergaben T und N, die für die Logistik zuständig waren, das Dämmmaterial bereits am 28.3.2022 einem pflichtgemäßen Spediteur, sodass die Voraussetzungen des § 447 I BGB grundsätzlich erfüllt wären. Für den vorliegenden Verbrauchsgüterkauf ist gleichwohl § 475 II BGB zu beachten, nach dem ein Gefahrübergang nach § 447 I BGB nur angenommen werden kann, wenn dem Unternehmer der Spediteur unbekannt war, nachdem dieser durch den Käufer benannt wurde.⁵ Dies ist hier gerade nicht der Fall, nachdem F und N im Zuständigkeitsbereich des H den Spediteur S ob seiner Zuverlässigkeit auswählten. Somit ist § 447 I BGB auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar.

⁵ Rechtspolitischer Hintergrund dieser Regelung ist, dass der Verkäufer bei eigener Auswahl des Beförderers eher in der Lage ist, das Transportrisiko zu beherrschen, weil er selbst über die Art und den Weg der Beförderung entscheidet und regelmäßig besser als der Käufer in der Lage ist, das Beförderungsrisko in dem nach Sachlage gebotenen Umfang unter Versicherungsschutz zu bringen, BT-Drs. 14/6040, S. 243.

b) Gefahrübergang nach § 446 I BGB

Jedoch könnte der Gefahrübergang nach § 446 I BGB durch die Übergabe des Dämmmaterials an O am 28.3.2022 erfolgt sein. Tatsächlich lud S das Dämmmaterial auch noch am 28.3.2022 in der Einfahrt auf dem Grundstück des O ab, sodass es in dessen Herrschaftsbereich gelangte und O frei darüber verfügen konnte.⁶ Gegen einen Gefahrübergang zu diesem Zeitpunkt spricht jedoch, dass eine Lieferung erst zum 1.4.2022 vereinbart war. Es ist damit fraglich, ob durch eine Lieferung vor vereinbarter Leistungszeit die Gefahr für die Verschlechterung der Sache auf den Käufer übergehen kann.⁷ Einen Anhaltspunkt für eine Antwort liefert das Gesetz in § 446 3 BGB, in dem es die Begründung des Gläubigerverzugs mit der Übergabe gleichsetzt. Ob dieser systematischen Verknüpfung des Gefahrübergangs mit den Vorschriften über den Gläubigerverzug liegt es nahe, die Wertungen der §§ 293 ff. BGB auf die vorliegende Frage, ob eine taugliche Übergabe vorliegt, zu übertragen. Nach § 293 BGB kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Primus der Angebotsformen ist gemäß § 294 BGB das tatsächliche Angebot, wenn die Leistung dem Gläubiger so angeboten wird, wie sie zu bewirken ist. Im vorliegenden Fall fällt auf, dass die Lieferung nicht so erfolgte, wie sie vereinbart war. Vielmehr hatten sich O und H auf eine Leistungszeit ab dem 1.4.2022 verständigt, § 271 I BGB. Außerdem ergibt sich aus den Diskussionen zwischen H und O bezüglich der Abwesenheit des O aufgrund seiner mehrwöchigen Dienstreise auch eine Widerlegung der Vermutung des § 271 II BGB, die Leistung könne auch schon früher bewirkt werden.⁸ Somit genügte die Lieferung am 28.3.2022 nicht den Anforderungen an ein tatsächliches Angebot gemäß § 294 BGB. Aufgrund der systematischen Verknüpfung des § 446 3 BGB ist diese Wertung auf die Frage nach einer tauglichen Übergabe zu übertragen. Somit lag nach dem Vorstehenden am 28.3.2022 noch keine Übergabe und damit auch noch kein Gefahrübergang auf O vor. Eine Übergabe erfolgte erst drei Tage später am 1.4.2022, als O nach Hause kam und das Dämmmaterial in die Garage verbrachte. Sowohl nach der Vermutung des § 477 I 1 BGB wie auch nach allgemeiner Lebenserfahrung ist zu diesem Zeitpunkt davon auszugehen, dass die Feuchtigkeit den Hanffasern als Ursache des Schimmels bereits innewohnte, sodass diese für einen Einbau in das Haus des O ungeeignet waren.

⁶ Statt aller definiert BeckOGK BGB/*Träger*, 15.6.2022, § 446 Rn. 32 die Übergabe als die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes i.S.v. § 854 I BGB an der Sache.

⁷ Zu dieser Frage schon KG OLGE 22 (1910), 210 (211); MüKoBGB/*Westermann*, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 4, 8. Auflage (2019), § 446 Rn. 7; vgl. auch *Filios*, Die Gefahrtragung beim Kauf (§ 446 BGB) im Rahmen des Synallagmas (1964), S. 73 f.

⁸ Mit Blick auf das Verhältnis zwischen § 271 II BGB und der Vereinbarung eines »unverbindlichen Liefertermins«, BGHZ 170, 1 (5).

c) Zwischenergebnis

Das von H gelieferte Dämmmaterial war also im Zeitpunkt des Gefahrübergangs am 1.4.2022 mit einem Sachmangel behaftet, § 434 I BGB.

3. Zwischenergebnis

Ein Anspruch des O gegen T auf Nacherfüllung aus §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB i.V.m. §§ 433 I 2, 1922 I BGB ist somit entstanden. Im Rahmen der Nacherfüllung kann der Käufer grundsätzlich zwischen der Nachbesserung und der Ersatzlieferung wählen, § 439 I BGB. Eine Nachbesserung durch Trocknung oder Reparatur der Hanffasern ist vorliegend jedoch objektiv unmöglich gemäß § 275 I BGB, indem das Dämmmaterial verschimmelt und damit »endgültig unbrauchbar« geworden ist. Somit bleibt für O nur ein Anspruch gegen T auf Ersatzlieferung aus §§ 437 Nr. 1, 439 I Alt. 2 BGB i.V.m. § 433 I 2, 1922 I BGB, der vorliegend entstanden ist.

II. Anspruch nicht untergegangen und durchsetzbar

Zuletzt ist dieser Anspruch auch nicht untergegangen und ist durchsetzbar, nachdem insbesondere keine Anhaltspunkte für eine Einrede wegen Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung ersichtlich sind. Insbesondere besteht durch den »Bauboom« kein Leistungsverweigerungsrecht aus § 275 II BGB, nachdem das Leistungsinteresse des O gleichförmig zum Mehraufwand des T anstieg und nicht aus der Proportionalität fiel.⁹

III. Ergebnis

O kann von T mithin Ersatzlieferung schimmelfreien Dämmmaterials gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 I Alt. 2 BGB i.V.m. §§ 433 I 2, 1922 I BGB verlangen. Das verschimmelte Dämmmaterial könnte O hingegen auf Kosten der T an letztere zurückgeben, was aus § 439 VI 2 BGB folgt.

B. Schadensersatzanspruch der O gegen T in Höhe der Mehrkosten eines etwaigen Deckungskaufs gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 3 BGB i.V.m. §§ 433 I 2, 1922 I BGB

Sollte O aus seinem obigen Ersatzlieferungsverlangen keine Befriedigung erhalten, so könnte er möglicherweise die Mehrkosten für einen etwaigen Deckungskauf von T aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 3 BGB i.V.m. §§ 433 I 2, 1922 I BGB ersetzt verlangen.

I. Abgrenzung von Schadensersatz neben und statt der Leistung beim Deckungskauf

Zunächst stellt sich hierbei die Frage, ob O die Mehrkosten für einen etwaigen Deckungskauf im Wege des Schadensersatzes statt oder neben der Leistung geltend machen

müsste.¹⁰ Nach der Lehre der Schadensphänomenologie ließe sich hören, dass O nach einem Deckungskauf genauso stünde wie bei ordnungsgemäßer Erfüllung, sodass die Wiederauffüllung des Vermögens als Ersatz des Äquivalenzinteresses gewertet werden könnte.¹¹ Wendet man sich der Theorie des letztmöglichen Erfüllungszeitpunkts zu, so werden Schäden, die vor dem letztmöglichen Erfüllungszeitpunkt entstanden, als Schadensersatz neben der Leistung ersetzt und alle darauffolgenden Schäden als Schadensersatz statt der Leistung.¹² Vorliegend hat O weder ein konkretes Schadensersatzverlangen geltend gemacht, sodass sein Primäranspruch auf Leistung noch nicht gemäß § 281 IV BGB erloschen war, noch kann sich T auf Unmöglichkeit gemäß § 275 BGB berufen. Somit kann T noch erfüllen, sodass ein sofortig getätigter Deckungskauf nach der Theorie des letztmöglichen Erfüllungszeitpunkts zu einem Ersatz der Mehrkosten als Schadensersatz neben der Leistung führen würde. Das stellt jedoch insofern ein Problem dar, als dass O sowohl weiterhin Ersatzlieferung als auch Kostenersatz für den Deckungskauf verlangen könnte.¹³ Um eine solche Überkompensation zu vermeiden, müssen die Kosten für einen Deckungskauf in Fällen wie dem vorliegenden also trotz dogmatischer Zweifel als Schadensersatz statt der Leistung geltend gemacht werden.¹⁴ Richtige Anspruchsgrundlage für einen etwaigen Schadensersatzanspruch des O gegen T wäre also §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 3 BGB i.V.m. §§ 433 I 2, 1922 I BGB.¹⁵

II. Anspruch entstanden

Ein solcher Anspruch könnte entstehen, wenn T schuldhaft eine mangelhafte Sache auf einen wirksamen Kaufvertrag mit O lieferte und dieser erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung setzte.

¹⁰ Für einen Überblick über diese Frage siehe z.B. *Lorenz*, Grundwissen – Zivilrecht: Schadensarten bei der Pflichtverletzung (§ 280 II, III BGB), JuS 2008, 203 (203 ff.); *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 19. Auflage (2021), § 24 Rn. 24 ff.

¹¹ Zum schadensphänomenologischen Ansatz siehe *Grigoleit/Bender*, Der Diskurs über die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungenrecht – Teleologische Dogmatisierung auf dem Prüfstand, ZIPW 2019, 1 (29); BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 280 Rn. 219 ff.

¹² Zur sog. »Zauberformel« MüKoBGB/*Ernst*, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 9. Auflage (2022), § 280 Rn. 75 ff.; *Lorenz* (Fn. 10), JuS 2008, 203 (205).

¹³ So beschreibt *Looschelders* (Fn. 10), § 24 Rn. 22, ein Schadensersatzanspruch neben der Leistung trete »neben« den Primäranspruch, sodass eine Wertungskorrektur dahingehend zu erfolgen habe, dass die Kosten für einen Deckungskauf als Schadensersatz statt der Leistung geltend gemacht werden müssen, um eine doppelte Befriedigung desselben Interesses zu vermeiden.

¹⁴ In selbiger Weise schlussendlich auch BGHZ 197, 357.

¹⁵ Bei einer frühzeitigen Lieferung grundsätzlich denkbar wäre auch die Verletzung einer verkäuferseitigen Nebenpflicht gemäß § 241 II BGB, die wiederum einen Schadensersatzanspruch des Käufers aus § 280 I BGB i.V.m. § 241 II BGB begründen könnte. Nichtsdestotrotz könnte ein solcher Anspruch aus oben genannten Gründen nicht den aus einem etwaigen Deckungskauf entstandenen Mehraufwand ersetzen, sondern zielte vielmehr auf Ersatz von sonstigen Aufwendungen, etwa für eine verfrühte Rückreise.

⁹ Statt vieler *Jauernig/Stadler*, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Auflage (2021), § 275 Rn. 24 ff.

1. Kaufvertrag, § 433 BGB

Für den Umstand, dass zwischen T und O ein wirksamer Kaufvertrag besteht, nachdem T in alle Rechte und Pflichten des H eintrat, sei nach oben verwiesen.

2. Sachmangel bei Gefahrübergang, § 434 I BGB

Weiterhin war das Dämmmaterial nach dem Obigen auch gemäß § 434 I BGB im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelhaft.

3. Vertretenmüssen, § 280 I 2 BGB

Zudem müsste H den Sachmangel als Pflichtverletzung zu vertreten haben, wofür gemäß § 276 I BGB sowohl Vorsatz als auch Fahrlässigkeit in Betracht kommen. Ursächlich für den Schimmel im Dämmmaterial war wohl dessen verfrühte Auslieferung am 28.3.2022, die jedenfalls nicht O zu verschulden hatte, nachdem er seine Abwesenheit klar kommunizierte. Vielmehr hätte H dafür Sorge tragen müssen, dass die vereinbarten Lieferzeiten innerhalb seines Baustoffhandels eingehalten werden, was er unter Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt und damit fahrlässig versäumte, § 276 II BGB. Außerdem trifft T ein direktes Verschulden, nachdem sie gemeinsam mit N unvorsichtigerweise und mindestens fahrlässig eine vor-schnelle Lieferung an O trotz Regenwahrscheinlichkeit veranlasste. Somit lässt sich die Beweislastumkehr in § 280 I 2 BGB nicht widerlegen, sodass H – und damit die in dessen Gesamtrechtsnachfolge stehende T – die Pflichtverletzung zu vertreten hat.

4. Erfolglose Setzung einer angemessenen Frist, § 281 I 1 BGB

Im Hinblick auf die nach § 281 I 1 BGB erforderliche Fristsetzung hat O schon dadurch eine angemessene Frist in Gang gesetzt, dass er gegenüber H verdeutlichte, er wünsche eine »umgehende« Lieferung respektive Nacherfüllung, womit er sein dringendes Leistungsverlangen bekundete.¹⁶ Diese Fristsetzung war jedoch möglicherweise sogar gemäß § 281 II BGB entbehrlich, wenn H oder T die Nacherfüllung endgültig verweigerten. Zwar sagte H ursprünglich, er wolle mit O ob seiner Unterstellungen nichts mehr zu tun haben, doch ist nicht jede initiale Abwehrreaktion als endgültige Leistungsverweigerung gemäß § 281 II Alt. 1 BGB zu werten.¹⁷ Dieses Ergebnis ändert sich auch nicht bei Berücksichtigung des im Fall eines Verbrauchsgüterkaufs einschlägigen § 475d I Nr. 4 BGB, sodass O richtiger- und notwendigerweise die erforderliche Frist gemäß § 281 I 1 BGB setzte.

5. Keine Unerheblichkeit der Pflichtverletzung, § 281 I 3 BGB

Außerdem ist der vorliegende Sachmangel aufgrund des Verwendungsausschlusses auch nicht unerheblich gemäß § 281 I 3 BGB.¹⁸

6. Ersatzfähiger Schaden, §§ 249 ff. BGB

Als ersatzfähigen Schaden könnte O schließlich verlangen, so gestellt zu werden, als sei die Pflichtverletzung nicht erfolgt, was aus dem Grundsatz der Naturalrestitution des § 249 I BGB folgt. Mithin könnte O die Mehrkosten aus einem etwaigen Deckungskauf nach Fristablauf verlangen, die zu diesem Zeitpunkt jedoch noch nicht näher beziffert werden können.

III. Anspruch nicht untergegangen und durchsetzbar

Es sind weder Hindernisse für die Durchsetzbarkeit noch Gründe für den Untergang dieses entstandenen Anspruchs ersichtlich.

IV. Ergebnis

O könnte von T nach Fristablauf also Schadensersatz in Höhe der Mehraufwendungen für den Deckungskauf verlangen, §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 3 BGB i.V.m. §§ 433 I 2, 1922 I BGB. Eine Rückgabe des defekten Dämmmaterials erfolgte so nach § 281 V BGB.

C. Gesamtergebnis

O kann von T schlussendlich erstens Ersatzlieferung schimmelfreien Dämmmaterials gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 I Alt. 2 BGB i.V.m. §§ 433 I 2, 1922 I BGB und ansonsten Schadensersatz statt der ganzen Leistung gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 3 BGB i.V.m. §§ 433 I 2, 1922 I BGB verlangen.

Ansprüche gegen N scheiden aus, nachdem dieser nicht gemäß § 1922 I BGB in den Vertrag mit O eingetreten ist.

¹⁶ BGH NJW 2009, 3153 (3154) (st.Rspr.) rezipiert u.a. von *Looschelders* (Fn. 10), § 27 Rn. 10 ff.

¹⁷ BGH NJW 1986, 661 (661 f.); BGH NJW 2006, 1195 (1197).

¹⁸ Zum Merkmal der »Unerheblichkeit« siehe BeckOK BGB/Lorenz, 1.5.2022, § 281 Rn. 74 ff.

ZivilR Fallbearbeitung

Nele Rubin*

Das Schweigen eines Rechtsanwaltes

Fallbearbeitung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene

Die Fallbearbeitung entstammt einer Hausarbeit, die in der Übung für Fortgeschrittene im Bürgerlichen Recht an der Leibniz Universität Hannover von Prof. Dr. Bernd Oppermann im Sommersemester 2021 gestellt wurde. Die Hausarbeit beinhaltet überwiegend Fragestellungen aus dem HGB, aber auch Fragestellungen aus dem Allgemeinen Teil des BGB. Besonders werden die Probleme bei der Erteilung einer Prokura und die des kaufmännischen Bestätigungsschreibens erörtert.

SACHVERHALT

Die W-OHG betreibt einen Weinhandel, in dessen Geschäftsräumen regelmäßig auch Kunstgegenstände ausgestellt und zum Verkauf angeboten werden. Gesellschafter der W-OHG sind A und B, während P dort als Verkäufer angestellt ist. Da er die höchsten Umsatzzahlen generiert, möchte B den P dafür belohnen und erteilt ihm Prokura für die W-OHG. Eine Eintragung ins Handelsregister erfolgt allerdings nicht. Den Stammkunden Rabatte zu gewähren, möchte B aber sich und A vorbehalten. Daher weist er P an, entsprechende Rabatte nur nach vorheriger Rücksprache mit ihnen zu gewähren.

K ist eine aufstrebende Künstlerin und stellt regelmäßig mehrere ihrer Gemälde in den Geschäftsräumen der W-OHG aus. Zwei der aktuellen Gemälde sind dabei ihre persönlichen »Lieblingsstücke«, die sie lediglich zur Betrachtung und nicht, wie sonst, zum Verkauf ausstellt, was sie dem A mitteilt. Da A am nächsten Tag in ein toskanisches Weingebiet verreist, vergisst er vor lauter Vorfriede dem B hierüber Bescheid zu geben.

Kurz nach der Abreise des A betritt R, geschäftsführender Rechtsanwalt der wirksam gegründeten und nach der BRAO zugelassenen R-Rechtsanwalts-GmbH, die Geschäftsräume der W-OHG. Den Jahrestag seiner Gesellschaftsgründung möchte er in den Kanzleiräumlichkeiten feiern. Zu diesem Anlass will er mit seinem Festvortrag über Mietrecht neue Mandanten akquirieren. Dafür plant er auch Wein an seine Gäste auszuschenken. In der Vergangenheit hat R bereits häufiger Wein für die R-Rechtsanwalts-GmbH bei der W-OHG bestellt und lässt sich auch diesmal durch P beraten. Wie gewohnt führt P dem R mehrere Weinsorten vor und empfiehlt ihm einen akzeptablen Tropfen. Da die R-Rechtsanwalts-GmbH etwa 40 Personen erwartet, schlägt P dem R

den Erwerb von je zwei Kisten Weiß- und Rotwein vor. Weil die Kanzlei Stammkundin ist, bietet P dem R unter glaubhaftem Verweis auf seine Prokuristenstellung einen Nachlass von 15 % an, sodass anstelle des regulären Preises in Höhe von insgesamt 200 € nur 170 € zu zahlen wären. R ist begeistert und sagt: »Oh, das Angebot klingt ja hervorragend!«, weshalb P bereits von einem Geschäftsabschluss ausgeht. Nachdem R die Geschäftsräume der W-OHG verlassen hat, setzt P eine entsprechende E-Mail auf, in welcher er sich für den - aus seiner Sicht bereits erteilten - Auftrag bedankt. Allerdings gibt er versehentlich einen Rabatt von lediglich 10 % an, sodass ein Preis in Höhe von 180 € ausgewiesen wird. Die E-Mail wird zwei Tage später durch P von der E-Mail-Adresse der W-OHG an die E-Mail-Adresse der R-Rechtsanwalts-GmbH versendet.

Nach einer schlaflosen Nacht voller Gedanken an die im Weinhandel der W-OHG ausgestellten Gemälde der K, macht sich R am nächsten Morgen wieder auf den Weg zu den Geschäftsräumen der W-OHG. Dort angekommen, trifft R auf B, dem er verkündet, dass er gerne eines der ausgestellten Gemälde der K für die R-Rechtsanwalts-GmbH erwerben würde, um es in den Kanzleiräumen aufzuhängen. Aufgrund der regelmäßigen Einkäufe hat R Kenntnis davon, dass die Gemälde nicht der W-OHG, sondern der K gehören, die W-OHG diese aber regelmäßig für die K veräußert. In Unkenntnis der Absprache zwischen A und K, dass gerade dieses Gemälde der K nicht verkauft werden darf, verlangt B den üblichen Preis für Gemälde der K, den R für die R-Rechtsanwalts-GmbH sogleich in bar bezahlt. Anschließend überreicht B dem R das Gemälde, der sich herzlich bedankt und sich bereits einen schönen Platz dafür in den Kanzleiräumen vorstellt. Der erhaltene Kaufpreis wird für K in eine von ihr hinterlegten Geldkassette zur Abholung bereitgelegt.

Am darauffolgenden Tag erhält die R-Rechtsanwalts-GmbH, während R mitten in der Vorbereitung für seinen Vortrag steckt, die E-Mail des P. Erst jetzt fällt ihm ein, dass noch fünf Kisten Wein im Keller der Kanzlei stehen, sodass der Wein der W-OHG überhaupt nicht benötigt wird. Daher reagiert R nicht auf die E-Mail, in der Vorstellung, die Bestellung zu vermeiden.

Zwei Wochen später werden die vier Kisten Wein durch A persönlich an die R-Rechtsanwalts-GmbH ausgeliefert. R ist völlig überrascht und verweigert die Annahme sowie Zahlung. A reagiert erbost und weist auf die E-Mail des P hin, in welcher die Bestellung festgehalten worden sei. Er verlangt im Namen der W-OHG von der R-Rechtsanwalts-GmbH die Annahme und Zahlung, allerdings in Höhe von 200 €, da P überhaupt keine Rabatte hätte gewähren dürfen.

* Die Autorin hat im Wintersemester 2019/ 2020 das Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Osnabrück begonnen und wechselte zum Sommersemester 2021 an die Leibniz Universität Hannover, um es dort fortzuführen.

R widerspricht, die R-Rechtsanwalts-GmbH sei nicht daran gebunden, schließlich habe man nicht auf die E-Mail des P reagiert. Es sei ja allgemein bekannt, dass Schweigen keine Auswirkungen habe. Ohnehin widerspreche sich A, da der Preis laut E-Mail des P 180 € betrage.

Kurz nachdem A wieder in den Geschäftsräumen der W-OHG angekommen ist, betritt auch K den Weinhandel und erhält ihre Geldkassette samt Inhalt. Empört berichtet sie sodann, auf dem Weg an der Kanzlei der R-Rechtsanwalts-GmbH vorbeigekommen zu sein und mit einem zufälligen Blick durch die großflächige Fensterfront gesehen zu haben, dass dort eines der von ihr in den Geschäftsräumen der W-OHG ausgestellten Lieblingsgemälde hängt. Daraufhin erfährt sie, dass dieses Gemälde entgegen der Absprache mit A verkauft wurde. Sie verlangt umgehend das Gemälde von der R-Rechtsanwalts-GmbH zurück.

Frage: Kann die W-OHG Abnahme und Zahlung der Weinkisten von der R-Rechtsanwalts-GmbH verlangen? (Aufgabenstellung wurde zum Zweck der Veröffentlichung gekürzt)

GLIEDERUNG

- A. Abnahme und Zahlung
 - I. Anspruch aus § 433 II
 - 1. Zustandekommen des Vertrages
 - a) Wirksames Angebot
 - aa) Stellvertretung
 - (1) Eigene Willenserklärung
 - (2) Handeln im fremden Namen
 - (3) Vertretungsmacht
 - (a) Prokura
 - (b) Missbrauch der Vertretungsmacht
 - bb) Zwischenergebnis zur Stellvertretung
 - b) Wirksame Annahme
 - aa) Objektiver Erklärungstatbestand
 - bb) Subjektives Erklärungsbewusstsein
 - (1) Handlungswille
 - (2) Erklärungsbewusstsein
 - cc) Zwischenergebnis
 - 2. Ergebnis
 - II. Anspruch aus § 433 II in Verbindung mit den Grundsätzen des kaufmännischen Bestätigungsschreibens
 - 1. Voraussetzungen
 - a) Persönlicher Anwendungsbereich
 - aa) Empfänger
 - bb) Absender
 - b) Sachlicher Anwendungsbereich
 - aa) Vorgehende Vertragsverhandlungen
 - bb) Bestätigung des Vertragsschlusses
 - cc) Zeitliche Unmittelbarkeit
 - dd) Schutzwürdigkeit des Absenders
 - (1) Keine wesentliche Abweichung
 - (2) Redlichkeit des Absenders
 - ee) Schweigen des Empfängers
 - 2. Ergebnis
- B. Gesamtergebnis

GUTACHTEN

A. Abnahme und Zahlung

Damit die W-OHG gegen die R-Rechtsanwalts-GmbH einen Anspruch auf Zahlung und Abnahme der Weinkisten hat, müsste ein Anspruch zunächst entstanden sein.

I. Anspruch aus § 433 II

Die W-OHG könnte gegen die R-Rechtsanwalts-GmbH einen Anspruch auf Zahlung der 170 € und Abnahme der Weinkisten aus § 433 II BGB¹ haben.

1. Zustandekommen des Vertrages

Die W-OHG könnte die Zahlung der 170 € und Abnahme der Weinkisten von der R-Rechtsanwalts-GmbH nur verlangen, wenn zwischen den beiden ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen wäre. Der Kaufvertrag setzt eine Einigung über die wesentlichen Vertragsbestandteile in Form von zwei übereinstimmenden Willenserklärungen, Angebot und Annahme, gemäß §§ 145 ff. voraus.²

a) Wirksames Angebot

Die W-OHG müsste der R-Rechtsanwalts-GmbH ein wirksames Angebot gemacht haben. Ein Angebot ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, welche auf den Abschluss eines Vertrages ausgerichtet ist und einem anderen so zugetragen wird, dass nur von dessen Einverständnis das Zustandekommen des Vertrages abhängt.³ Eine OHG ist eine rechtsfähige Personengesellschaft im Sinne von § 14 II. Für sie gelten ähnliche Regelungen wie für eine juristische Person, weswegen die W-OHG kein Angebot unterbreiten kann.⁴ Dies könnten nur die Gesellschafter A und B als gesetzliche Vertreter der W-OHG. Allerdings würde wegen des Grundsatzes der Einzelvertretung, § 125 I HGB, grundsätzlich das Angebot von einem Gesellschafter genügen.⁵ A und B haben beide der R-Rechtsanwalts-GmbH kein Angebot unterbreitet. Allerdings hat P, ein Mitarbeiter der W-OHG, den R beraten und ihm ein Angebot über insgesamt vier Weinkisten unterbreitet. Fraglich ist, ob die Willenserklärung des P im Wege der Stellvertretung gemäß §§ 164 ff. für die W-OHG wirkt.

aa) Stellvertretung

Die Willenserklärung des P wirkt für die W-OHG gemäß § 164 I 1, wenn P eine eigene Willenserklärung abgab, dies im Namen der W-OHG tat und hierbei innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht handelte.⁶

(1) Eigene Willenserklärung

Der Vertreter muss eine eigene Willenserklärung abgeben haben. Dies liegt hier vor, nachdem P den R selbstständig beraten und ihm ein eigenständiges Preisangebot gemacht hat.

(2) Handeln im fremden Namen

Des Weiteren müsste die Willenserklärung im Namen des Vertretenen, hier der W-OHG erfolgt sein. Gemäß § 164 I, III liegt ein Vertretergeschäft nur dann vor, wenn der Vertreter ausdrücklich oder konkludent offenlegt, dass die Wirkung des Rechtsgeschäftes nicht ihn, sondern den Vertretenen treffen soll.⁷ P tritt bei der Beratung des R als Mitarbeiter der W-OHG und nicht als Privatperson auf. Es ist daher deutlich für den R zu erkennen, dass ein möglicherweise geschlossenes Rechtsgeschäft mit der W-OHG und nicht mit P persönlich erfolgen wird. Die Willenserklärung des P erfolgte daher im Namen der W-OHG.

(3) Vertretungsmacht

Die Willenserklärung des P wirkt allerdings nur für die W-OHG und legitimiert den Vertreter für den Vertretenen zu handeln.⁸ Eine Vertretungsmacht des P könnte sich aus der Prokura des P ergeben. Als Prokurist der W-OHG wäre der P nach § 49 I HGB ermächtigt, in allen gerichtlichen und außergerichtlichen Rechtsgeschäften, die der Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt, für die W-OHG zu handeln.

(a) Prokura

Damit P die erforderliche Vertretungsmacht für eine wirksame Stellvertretung durch seine Stellung als Prokurist hätte, muss die Prokura wirksam erteilt worden und nicht erloschen sein. Die Erteilung der Prokura richtet sich grundsätzlich nach den Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches, allerdings weist sie ein paar Besonderheiten auf.⁹ Nach § 48 I HGB kann der Vollmachtgeber einer Prokura nur der Inhaber eines Handelsgeschäftes, also ein Kaufmann nach §§ 1 ff. HGB oder sein gesetzlicher Vertreter sein.¹⁰ Der Inhaber

¹ Alle §§ ohne Gesetzesangaben sind solche des BGB.

² Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 45. Auflage (2021), § 8 Rn. 165; Jauernig/Berger, BGB, 18. Auflage (2021), § 433 Rn. 5.

³ Vgl. Brox/Walker (Fn. 2), § 8 Rn. 165a; MüKoBGB/Westermann, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 4/1, 9. Auflage (2021), § 433 Rn. 26.

⁴ Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 40. Auflage (2021), § 105 Rn. 12; Brox/Henssler, Handelsrecht mit Grundzügen des Wertpapierrechts, 23. Auflage (2020), § 3 Rn. 50a.

⁵ MüKoHGB/Schmidt, Münchener Kommentar zum HGB, Bd. 2, 5. Auflage (2021), § 125 Rn. 25.

⁶ MüKoBGB/Schubert, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 9. Auflage (2021), § 164 Rn. 1; Jauernig/Mansel (Fn. 2), § 164 Rn. 1.

⁷ MüKoBGB/Schubert (Fn. 6), § 164 Rn. 1; Jauernig/Mansel (Fn. 2), § 164 Rn. 3; BGH NJW 2014, 1803.

⁸ MüKoBGB/Schubert (Fn. 6), § 164 Rn. 2; Jauernig/Mansel (Fn. 2), § 164 Rn. 6.

⁹ Baumbach/Hopt/Merkel (Fn. 4), § 48 Rn. 1; Brox/Henssler (Fn. 4), § 10 Rn. 194a.

¹⁰ BeckOK HGB/Meyer, 15.4.2021, § 49 Rn. 14; Brox/Henssler (Fn. 4), § 10 Rn. 195.

des Handelsgeschäftes ist die W-OHG, welche wiederum nicht handlungsfähig ist und daher keine Prokura erteilen kann.¹¹ Die Prokura wurde dem P vom B erteilt. Dieser ist Gesellschafter der W-OHG und damit gesetzlicher Vertreter, § 125 I HGB. Daher tritt an die Stelle des Inhabers, der gesetzliche Vertreter für die Erteilung der Prokura.¹² Aufgrund des Grundsatzes der Einzelvertretung, ist B auch ohne A dazu berechtigt eine Prokura zu erteilen.¹³ Zusätzlich muss sie ausdrücklich erteilt worden sein, konkludentes Verhalten reicht nicht aus.¹⁴ Dies ist auch geschehen. Die Prokura des P wurde jedoch nicht in das Handelsregister eingetragen, weswegen es sein könnte, dass die Erteilung der Prokura rechtlich unwirksam ist. Allerdings ist die Eintragung der Prokura in das Handelsregister nach § 53 I HGB nur deklaratorisch.

Fraglich ist trotzdem, ob R aufgrund der nicht eingetragenen Prokura, durch die negative Publizität aus § 15 I HGB geschützt ist. R wäre durch die negative Publizität aus § 15 I HGB geschützt, wenn P als Prokurist nicht in das Handelsregister eingetragen und auch nicht als Prokurist bekannt gemacht worden wäre.¹⁵ Der Schutz der negativen Publizität aus § 15 I HGB hätte zur Folge, dass für R die Rechtslage des Handelsregisters gelten würde und P somit keine Stellvertretungsmacht durch die Erteilung der Prokura hatte und auch kein wirksames Angebot hätte erteilen können.¹⁶ In diesem Fall, wurde die Prokura des P nicht in das Handelsregister eingetragen, allerdings hat P dem R glaubhaft seine Stelle als Prokurist mitgeteilt und dies wurde auch von R wahrgenommen. Der Schutz der negativen Publizität aus § 15 I HGB entfällt somit für R.

(b) Missbrauch der Vertretungsmacht

Fraglich ist, ob P seine Vertretungsmacht missbrauchte, indem er zuwider der Absprache mit B bei Erteilung der Prokura, dem R eigenständig einen Nachlass von 15 % auf den Kaufpreis gewährte. Nach § 50 I HGB ist der Umfang der Prokura gesetzlich festgelegt und Dritten gegenüber nicht beschränkbar. § 50 II HGB bekräftigt, dass Vereinbarungen, welche im Innenverhältnis über den Umfang der Prokura getroffen worden, nicht im Außenverhältnis gelten.¹⁷ Daher ist das Angebot samt Anbieten eines Nachlasses von 15 % auf den Kaufpreis durch P gegenüber dem R wirksam. Da P sich über die Schranken des Umfangs der Prokura, welche durch B im Innenverhältnis dem P erteilt worden, hinweggesetzt hat, ist er der W-OHG dem B

nach § 280 schadenersatzpflichtig.¹⁸ Von dem Grundsatz der Unbeschränkbarkeit der Prokura im Außenverhältnis, kann nur abgewichen werden, wenn der Prokurist die im Innenverhältnis gezogene Grenzen überschreitet und ein Dritter dies erkennt. Ein solcher Verstoß liegt allerdings erst dann vor, wenn der Prokurist und der Geschäftspartner gemeinsam vorsätzlich bezüglich einer Schädigung des Vertretenen handeln.¹⁹ R und P haben den Nachlass von 15 % nicht zusammen beschlossen, sondern P hat ihn eigenständig dem R angeboten, um den R zu einem Kauf der Weinkisten zu überreden. Es liegt daher kein gemeinschaftliches vorsätzliches schädigendes Verhalten von P und R vor. Somit liegt auch kein Missbrauch der Vertretungsmacht vor. P handelte mit Vertretungsmacht.

bb) Zwischenergebnis zur Stellvertretung

Aufgrund der Stellung als Prokurist hat P die W-OHG nach § 164 wirksam vertreten. Damit wirkt das Angebot des P an R für und gegen die W-OHG.

b) Wirksame Annahme

Des Weiteren müsste die R-Rechtsanwalts-GmbH das Angebot der W-OHG wirksam angenommen haben. Die Annahme ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die der Antragsempfänger dem Antragenden sein Einverständnis mit dem angebotenen Vertragsschluss zu verstehen gibt.²⁰ Als geschäftsführender Rechtsanwalt der R-Rechtsanwalts-GmbH ist R nach § 35 I 2 GmbHG dazu berechtigt die R-Rechtsanwalts-GmbH gegenüber Dritten zu vertreten. R könnte also für die R-Rechtsanwalts-GmbH das Angebot annehmen, womit das zustande gekommene Rechtsgeschäft für die R-Rechtsanwalts-GmbH verbindlich wäre. Die Äußerung des R »Oh, das Angebot klingt ja hervorragend!«, könnte eine Annahme darstellen. Damit sie eine Annahme darstellt, müsste die Aussage des R eine Willenserklärung sein. Eine Willenserklärung liegt vor, wenn die Äußerung des R auf die Herbeiführung einer bestimmten Rechtsfolge gerichtet war und damit der objektive und subjektive Erklärungstatbestand der Willenserklärung erfüllt ist.²¹

aa) Objektiver Erklärungstatbestand

Der äußere Erklärungstatbestand ist gegeben, wenn das Verhalten des Erklärenden für einen objektiven Erklärungsempfänger den Schluss auf einen bestimmten Rechtsfolge-willen zulässt.²² Nach den Gepflogenheiten eines Verkaufsgesprächs, beinhaltet ein solches Gespräch zunächst eine Beratung über die Kaufobjekte, darauf folgt meist eine Verhandlung über den Kaufpreis und beendet wird das Gespräch

11 MüKoHGB/Schmidt (Fn. 5), § 125 Rn. 25; Oetker/Boesche, Handelsgesetzbuch, 7. Auflage (2021), § 125 Rn. 14.

12 MüKoHGB/Krebs (Fn. 5), § 48 Rn. 17 f.

13 MüKoHGB/Schmidt (Fn. 5), § 125 Rn. 25.

14 Brox/Henssler (Fn. 4), § 10 Rn. 197; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Weber, Handelsgesetzbuch, 4. Auflage (2020), § 48 Rn. 24.

15 BeckOK HGB/Müther (Fn. 10), § 15 Rn. 6, 7, 15; MüKoHGB/Krebs (Fn. 5), § 48 Rn. 52.

16 BeckOK HGB/Müther (Fn. 10), § 15 Rn. 6, 7, 15; MüKoHGB/Krebs (Fn. 5), § 48 Rn. 52.

17 Brox/Henssler (Fn. 4), § 10 Rn. 199; MüKoHGB/Weber (Fn. 14), § 48 Rn. 32.

18 Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Weber (Fn. 14), § 48 Rn. 35; MüKoHGB/Krebs (Fn. 5), § 48 Rn. 67.

19 Brox/Henssler (Fn. 4), § 10 Rn. 199 a.; Brox/Walker (Fn. 2), § 26 Rn. 1 f.; Jauernig/Mansel (Fn. 2), § 164 Rn. 8.

20 Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack/Rademacher/Schulze, BGB Allgemeiner Teil, 4. Auflage (2021), § 147 Rn. 2.

21 Brox/Walker (Fn. 2), § 4 Rn. 83; Jauernig/Mansel (Fn. 2), § 116 Rn. 2.

22 MüKoBGB/Armbrüster (Fn. 3), § 116 Rn. 1 ff.

mit der Annahme oder Ablehnung des ausgehandelten Kaufpreises durch den Kunden. Die Äußerung »Oh, das Angebot klingt ja hervorragend« kam von R, nachdem P ihn bezüglich der verschiedenen Weinsorten beraten hatte und ihm einen Nachlass von 15 % auf den Kaufpreis von vier ausgewählten Weinkisten angeboten hatte. Ein objektiver Erklärungsempfänger kann dieser Aussage, vor allem nach einem intensiven Verkaufsgespräch, durchaus ein Rechtfolgewille zurechnen. Daher kann die Aussage des R nach den Maßstäben eines objektiven Erklärungsempfängers als Annahme gedeutet werden. Der objektive Erklärungstatbestand der Willenserklärung ist damit erfüllt.

bb) Subjektives Erklärungsbewusstsein

Allerdings ist es fraglich, ob dem R dieser objektive Erklärungstatbestand auch zugerechnet werden kann. Dies setzt einen entsprechenden subjektiven Erklärungstatbestand zum Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung voraus.²³ Der subjektive Erklärungstatbestand ist unterteilt in den Handlungswillen, das Erklärungsbewusstsein und den Geschäftswillen.²⁴

(1) Handlungswille

Der Erklärende muss bei der Abgabe einer Willenserklärung überhaupt handeln wollen.²⁵ Das Bewusstsein zu handeln bezieht sich dabei auf die Vornahme eines äußeren Verhaltens.²⁶ R äußerte willentlich die Aussage »Oh, das Angebot klingt ja hervorragend!«, so dass der Handlungswille gegeben ist.

(2) Erklärungsbewusstsein

Beim Erklärungsbewusstsein geht es wiederum um das Bewusstsein des Handelnden, dass sein Handeln in irgendeiner Art und Weise eine rechtserhebliche Erklärung darstellt.²⁷ Nach der Auslegung der Aussage von R nach §§ 133, 157 ergibt sich, dass R das Angebot noch nicht annehmen, sondern nur mitteilen wollte, dass er sich über das Angebot mit dem Nachlass freut. R wollte also keine rechtserhebliche Erklärung abgeben. Ob trotz fehlendem Erklärungsbewusstsein eine Willenserklärung vorliegt, ist umstritten.

(a) Willentheorie

Nach der sog. Willentheorie ist das Erklärungsbewusstsein des Handelnden für das Vorliegen einer wirksamen Willenserklärung notwendig.²⁸ Die Ansicht stützt sich auf die Privatautonomie.²⁹ Demnach soll eine Willenserklärung, welche

ohne Erklärungsbewusstsein abgegeben wurde und als Willenserklärung gewertet wird, eine Verletzung der Privatautonomie darstellen.³⁰ Begründet wird dies damit, dass das Verhalten des Handelnden auch nicht als Willenserklärung gewertet werden darf, wenn er nicht rechtsgeschäftlich tätig werden will.³¹ Nach dieser Ansicht liegt aufgrund des fehlenden Erklärungsbewusstseins des R keine Willenserklärung vor. Dies hätte zur Folge, dass die W-OHG keinen Anspruch aus § 433 II hätte, nachdem es zu keinem Vertragschluss gekommen wäre.

(b) Erklärungstheorie

Die zweite Ansicht vertritt die Auffassung, dass das Erklärungsbewusstsein nicht notwendig für eine wirksame Willenserklärung ist. Das Vorliegen einer wirksamen Willenserklärung soll nach der Erklärungstheorie nur anhand des äußeren Erklärungstatbestandes beurteilt werden.³² Gestützt wird diese Auffassung auf den Vertrauensschutz des Erklärungsempfängers.³³ Demnach beinhaltet die Privatautonomie eine gewisse Selbstverantwortung, weswegen eine wirksame Willenserklärung schon dann vorliegen soll, wenn aus dem Verhalten des Erklärenden objektiv hervorgeht, dass der Erklärende sich rechtlich binden wollte.³⁴ Das fehlende Erklärungsbewusstsein des R führt nach dieser Theorie nicht dazu, dass seine Aussage keine wirksame Willenserklärung darstellt. Dadurch, dass R den äußeren Erklärungstatbestand einer Willenserklärung erfüllt, liegt nach dieser Ansicht auch eine wirksame Willenserklärung und damit eine Annahme des R vor.

(c) Streitentscheid

Beide Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, weswegen ein Streitentscheid erfolgen muss. Die Willentheorie schützt die Interessen des Erklärenden und die Erklärungstheorie wiederum die Interessen des Erklärungsempfängers. Zusammengefasst stehen sich Privatautonomie und Vertrauensschutz innerhalb der beiden Theorien gegenüber.³⁵ Da beide Interessen schützenswert sind, kann keine Lösung erreicht werden, indem ein Interesse dem anderen Interesse vorgezogen wird. Daher müssen beide schützenswerte Interessen miteinander ausgeglichen werden. Nach dem potenziellen Erklärungsbewusstsein soll eine Willenserklärung für eine Annahme dann wirksam sein, wenn der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können, dass sein Verhalten als Abgabe einer Willenserklärung gewertet wird.³⁶ Dies hätte zur

²³ MüKoBGB/*Armbrüster*, (Fn. 3), § 116 Rn. 1 ff.

²⁴ BeckOK BGB/*Wendtland*, 1.8.2022, § 133 Rn. 5.

²⁵ Larenz/Wolf/*Neuner/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Auflage (2020), § 24 Rn. 3; Jauernig/*Mansel* (Fn. 2), § 116 Rn. 4.

²⁶ Brox/*Walker* (Fn. 2), § 4 Rn. 84; Jauernig/*Mansel* (Fn. 2), § 116 Rn. 4; BGHZ 98, 137.

²⁷ Brox/*Walker* (Fn. 2), § 4 Rn. 85; Jauernig/*Mansel* (Fn. 2), § 116 Rn. 5.

²⁸ BeckOGK BGB/*Rehberg*, 1.7.2021, § 116 Rn. 170; Jauernig/*Mansel* (Fn. 2), § 116 Rn. 5; BGHZ 91, 327.

²⁹ MüKoBGB/*Armbrüster* (Fn. 3), § 116 Rn. 20 f.

³⁰ BeckOGK/*Rehberg* (Fn. 28), § 116 Rn. 171.1.

³¹ Stürner/*Mansel*, BGB, 10. Auflage (2019), § 116 Rn. 5; Brehmer, Willenserklärung und Erklärungsbewusstsein, JuS 1986, 440; Staudinger/*Klump*, Staudinger BGB, 1. Buch (Neubearbeitung 2017), § 182 Rn. 32.

³² BeckOGK/*Rehberg* (Fn. 28), § 116 Rn. 173; Jauernig/*Mansel* (Fn. 2), § 116 Rn. 5.

³³ BGH NJW 1995, 953; NJW 2010, 2875.

³⁴ BeckOGK/*Rehberg* (Fn. 28), § 116 Rn. 176.

³⁵ MüKoBGB/*Armbrüster*, (Fn. 3), § 116 Rn. 20 ff.; BeckOGK/*Rehberg* (Fn. 28), § 116 Rn. 176.

³⁶ BGHZ 91, 324; BGH NJW 1984, 2279; Jauernig/*Mansel* (Fn. 2), § 116

Folge, dass der Handelnde aufgrund seines fahrlässigen Verkennens des Erklärungswertes in seiner Aussage, gegenüber dem Vertrauensschutz des Erklärungsempfängers, weniger schützenswert ist. Umgekehrt führt dies aber auch dazu, dass eine Annahme aufgrund der Privatautonomie nicht zu rechtfertigen wäre, wenn der Erklärende auch bei Beachtung aller Sorgfalt nicht erkennen konnte, dass seinem Verhalten objektiv betrachtet ein rechtlich bindender Erklärungsinhalt zukommt.³⁷

R ist Rechtsanwalt und ist daher mit den Gepflogenheiten eines Rechtsgeschäfts vertraut, weswegen ihm bewusst war, dass das Zustandekommen eines Kaufvertrags mit der W-OHG nur noch von seiner Annahme abhängt und er daher behutsam mit seiner Aussage hätte sein müssen. Allerdings beinhaltet seine Aussage, rein sachlich gesehen, keine konkrete Zustimmung zum Angebot. Sie beinhaltet lediglich die Freude über das Angebot. Dennoch ist es möglich, dass die Aussage des R, wie oben bereits dargestellt, nach den Maßstäben eines objektiven Erklärungsempfängers als eine Annahmeerklärung gedeutet werden kann. Das potentielle Erklärungsbewusstsein fordert die Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt bei einem Verhalten im Bereich eines Rechtsgeschäftes.³⁸ Verkehr meint in diesem Fall, die Betrachtung der Gesamtsituation, also dass R mit P über die Weinkisten verhandelt hat. R weiß, dass P Prokurist ist, weswegen er davon ausgehen durfte, dass P auch die Gepflogenheiten eines Rechtsgeschäfts kennt und daher auch weiß, was für eine Annahme nötig ist. R durfte außerdem darauf vertrauen, dass P aufgrund seines Berufes bewusst ist, dass die Freude über einen Preisnachlass oft der Anlass für eine Annahmeerklärung ist, aber nicht eine Annahmeerklärung an sich ist. Aus diesen Gründen kann gesagt werden, dass die Aussage des R nach dem potentiellen Erklärungsbewusstsein keine Willenserklärung in Form einer Annahme darstellt, da R mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt handelte. Eine Anrechnung der Willenserklärung als Annahme des R, ist aufgrund der Privatautonomie nicht zu rechtfertigen.

cc) Zwischenergebnis

R hat das Angebot der W-OHG nicht wirksam angenommen, nachdem es ihm am Erklärungsbewusstsein fehlte.

2. Ergebnis

Die W-OHG hat keinen Anspruch auf Zahlung der 170 € und Abnahme der Weinkisten aus § 433 II gegenüber der R-Rechtsanwalts-GmbH, nachdem bei dem Verkaufsgespräch zwischen P und R kein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen ist.

Rn. 5.

³⁷ Brox/Walker (Fn. 2), § 4 Rn. 85; BGHZ 91, 324; 109, 171 (177); BGH NJW 1984, 2279; NJW 1990, 4544.

³⁸ BGHZ 91, 324; BGH NJW 194, 2279; Jauernig/Mansel (Fn. 2), § 116 Rn. 5.

II. Anspruch aus § 433 II in Verbindung mit den Grundsätzen des kaufmännischen Bestätigungsschreibens

Die W-OHG könnte gegen die R-Rechtsanwalts-GmbH einen Anspruch auf Zahlung der 180 € und Abnahme der Weinkisten aus § 433 II in Verbindung mit den Grundsätzen des kaufmännischen Bestätigungsschreibens haben.

1. Voraussetzungen

Zwei Tage nach dem Verkaufsgespräch zwischen P und R schickt P eine E-Mail an R, in welcher er sich für den Auftrag in Höhe von vier Weinkisten bedankt. R hat auf diese E-Mail nicht geantwortet. Damit das Schweigen des R einer geäußerten Willenserklärung gleichkommen kann, müsste ein wirksames kaufmännisches Bestätigungsschreiben vorliegen, welchem der Empfänger nicht unverzüglich widersprochen hat.³⁹

a) Persönlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich müsste eröffnet sein.

aa) Empfänger

Der Empfänger des Bestätigungsschreibens muss Kaufmann sein oder ähnlich einem Kaufmann am Geschäftsleben teilnehmen, weswegen von der Person kaufmännisches Verhalten erwartet werden darf.⁴⁰ Personen, von denen kaufmännisches Verhalten erwartet werden darf, sind Anwälte, Architekten oder Personen aus öffentlichen Unternehmen.⁴¹ R ist geschäftsführender Rechtsanwalt der R-Rechtsanwalts-GmbH. Seine Position als Geschäftsführer einer GmbH bedeutet nicht automatisch, dass er ein Kaufmann im Sinne des § 1 I HGB ist.⁴² Allerdings ist R Rechtsanwalt, weswegen von ihm kaufmännisches Verhalten erwartet werden darf. Des Weiteren wurde die bestätigende E-Mail an die E-Mail-Adresse der R-Rechtsanwalts-GmbH geschickt. Dies bedeutet, dass genau genommen die R-Rechtsanwalts-GmbH der Empfänger des Bestätigungsschreibens ist. Nach § 6 HGB in Verbindung mit § 13 III GmbHG gilt eine GmbH kraft Rechtsform als Handelsgesellschaft und damit als Kaufmann. Dies gilt auch unabhängig von der konkreten Tätigkeit der GmbH, weswegen es unbeachtlich ist, dass die R-Rechtsanwalts-GmbH eine GmbH für Angehörige von freien Berufen ist.⁴³ Sowohl die R-Rechtsanwalts-GmbH als auch R erfüllen den persönlichen Anwendungsbereich für den Empfänger eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens.

³⁹ Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack/Rademacher/Schulze (Fn. 20), § 147 Rn. 5.

⁴⁰ Brox/Henssler (Fn. 4), § 15, Rn. 296a; BGHZ 11, 1 (3); NJW 1954, 105 (105); BGH NJW 1987, 1940.

⁴¹ OLG Hamm VersR 2001, 1240 (1241); Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Fest (Fn. 14), § 346 Rn. 299.

⁴² Altmeppen, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Kommentar, 10. Auflage (2021), § 6 Rn. 5.

⁴³ MüKoGmbHG/Merkt, Münchener Kommentar zum GmbH-Gesetz, Bd. 1, 2. Auflage (2015), § 13 Rn. 1.

bb) Absender

Da der Absender nicht verpflichtet wird, braucht dieser auch kein Kaufmann zu sein. Allerdings muss er ähnlich einem Kaufmann am Wirtschaftsleben teilnehmen.⁴⁴ P ist Verkäufer bei der W-OHG und nimmt daher durch seine Berufstätigkeit am Wirtschaftsleben teil. P erfüllt damit den persönlichen Anwendungsbereich für den Absender eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens.

b) Sachlicher Anwendungsbereich

Neben dem persönlichen Anwendungsbereich müsste auch der sachliche Anwendungsbereich eröffnet sein.

aa) Vorangehende Vertragsverhandlungen

Einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben müssten Vertragsverhandlungen vorausgegangen sein. Die Vertragsverhandlungen müssten mündlich, fernschriftlich oder per E-Mail geführt worden sein.⁴⁵ Ein schriftlicher Vertrag dürfe aber noch nicht vorliegen.⁴⁶ Ausweislich des Sachverhaltes verhandeln P und R über den Verkauf von Weinkisten, sodass mündliche Vertragsverhandlung vorausgegangen sind. Ein schriftlicher Vertrag liegt des Weiteren nicht vor.

bb) Bestätigung des Vertragsschlusses

Außerdem müsste ein Schreiben, welches die Bestätigung eines Vertragsschlusses beinhaltet, vorliegen. Das Schreiben muss aus der Sicht des Absenders den vorangegangenen Vertragsschluss unter Wiedergabe des Vertragsinhaltes endgültig und eindeutig bestätigen.⁴⁷ Der Absender muss daher davon ausgehen, dass ein Vertragsabschluss bereits vorliegt, welchen er lediglich durch das Schreiben bestätigt und dem Beweis zugänglich macht.⁴⁸ Laut Sachverhalt geht P nach der Aussage des R von einem Vertragsabschluss aus. Außerdem hat P eine E-Mail aufgesetzt, in welcher er den vermeintlichen Vertragsinhalt wiedergibt und sich für den erteilten Auftrag bedankt. Eine Bestätigung des Vertragsschlusses in Form eines Schreibens liegt vor.

cc) Zeitliche Unmittelbarkeit

Zusätzlich müsste eine zeitliche Unmittelbarkeit zwischen dem Schreiben und den Vertragsverhandlungen vorliegen. Damit der Empfänger auf das Eintreffen des Schreibens vorbereitet ist, muss das Bestätigungsschreiben unmittelbar nach den Vertragshandlungen abgeschickt werden.⁴⁹ Wenn

die zeitliche Unmittelbarkeit nicht vorhanden ist, dann ist das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben nicht mehr für die Willenserklärung des Vertragsgegners ausreichend.⁵⁰ Das Schreiben erfolgte hier zwei Tage nach den Vertragsverhandlungen. Die Vertragsverhandlungen sollten unter gewöhnlichen Umständen daher bei R noch präsent sein, weswegen zeitliche Unmittelbarkeit noch vorliegt.

dd) Schutzwürdigkeit des Absenders

Der Absender müsste außerdem auch schutzwürdig sein. Dies ist der Fall, wenn der Absender redlich ist und es keine wesentlichen Abweichungen zwischen verhandeltem Vertragsschluss und Inhalt des Schreibens gibt.⁵¹

(1) Keine wesentliche Abweichung

Das Schreiben dürfte keine wesentlichen Abweichungen enthalten. Eine solche Abweichung würde vorliegen, wenn das Schreiben Widersprüchlichkeiten zum Vereinbartem aufweist, der Vertragsinhalt ins Gegenteil gedreht wird oder der neue Vertragsinhalt keinen Sinn mehr für den Empfänger ergibt.⁵² Enthält das Schreiben allerdings eine Ergänzung, Konkretisierung oder Abweichung von dem Vereinbartem, bei denen der Absender nach Treu und Glauben gemäß § 242 noch mit der Zustimmung des Empfängers rechnen kann, liegt keine wesentliche Abweichung vor und der Absender ist noch schutzwürdig.⁵³ Bei dem Verkaufsgespräch zwischen P und R hat P einen Nachlass von 15 % auf vier explizit ausgesuchte Weinkisten angeboten. Das Bestätigungsschreiben des P beinhaltet allerdings nur einen Nachlass von 10 % auf den Kaufpreis der vier Weinkisten. Fraglich ist daher, ob P noch mit der Zustimmung des R rechnen durfte. Der ursprüngliche Preis von 170 € ist dadurch auf 180 € gestiegen. Die Abweichung des Kaufpreises beträgt 10 €. Die Abweichung von 10 €, bei einem Gesamtkaufpreis von ehemals 170 €, ist in diesem Fall noch zu billigen. R spart im Vergleich zum Kaufpreis ohne Nachlass immer noch 20 €. Es ist daher davon auszugehen, dass R immer noch mit dem Kaufpreis einverstanden sein wird. Es handelt sich hierbei um keine wesentliche Abweichung.

(2) Redlichkeit des Absenders

Zusätzlich müsste der Absender redlich sein. Dies ist der Fall, wenn der Absender davon ausgeht, dass der Inhalt des Schreibens der Vereinbarung entspricht.⁵⁴ Der Absender

⁴⁴ BGHZ 40, 42 (44); NJW 1963, 1922 (1923).

⁴⁵ Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Fest (Fn. 14), § 346 Rn. 250; Oetker/Pamp (Fn. 11), § 346 Rn. 41.

⁴⁶ Brox/Henssler (Fn. 4), § 15 Rn. 297; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Fest (Fn. 14), § 346 Rn. 250; MüKoBGB/Busche (Fn.3), § 147 Rn. 16.

⁴⁷ Brox/Henssler (Fn. 4), § 15 Rn. 298; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Fest (Fn. 14), § 346 Rn. 266; NJW 1974, 991 (992); JuS 1966, 129 (131).

⁴⁸ Brox/Henssler (Fn. 4), § 15 Rn. 298; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Fest (Fn. 14), § 346 Rn. 265; MüKoBGB/Busche (Fn.3), § 147 Rn. 16.

⁴⁹ Brox/Henssler (Fn. 4), § 15 Rn. 299; BGHZ 188, 128 (134); BGH NJW

1964, 1223 (1224); Oetker/Pamp (Fn.11), § 346 Rn.46.

⁵⁰ MüKoHGB/Schmidt (Fn. 5), § 346 Rn. 153; Brox/Henssler (Fn. 4), § 15 Rn. 299; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Fest (Fn. 14), § 346 Rn. 292.

⁵¹ Brox/Henssler (Fn. 4), § 15 Rn. 300; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Fest (Fn. 14), § 346 Rn. 254.

⁵² Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Fest (Fn. 14), § 346 Rn. 243; 254.

⁵³ Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg/Busche (Fn. 3), § 147 Rn.16; Brox/Henssler (Fn. 4), § 15 Rn. 301.

⁵⁴ Brox/Henssler (Fn. 4), § 15 Rn. 300; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Fest (Fn. 14), § 346 Rn. 245.

handelt wiederum unredlich, wenn er mit dem Inhalt des Schreibens bewusst das Vereinbarte verändert oder verfälscht.⁵⁵

P hat in diesem Fall nur versehentlich den Nachlass von 15 % auf 10 % reduziert. Er geht also davon aus, dass der Inhalt des Schreibens dem Vereinbarten gleicht. P handelte redlich bei der Abweichung und ist damit schutzwürdig.

ee) Schweigen des Empfängers

Der Empfänger dürfte gemäß § 326 I 1 HGB nicht unverzüglich widersprochen haben. R hat auf das Schreiben des P nicht geantwortet. Allerdings ging R davon aus, dass die Bestellung verfallen werde, wenn er nicht auf die E-Mail reagiert. Fraglich ist daher, ob ein Irrtum über die Wirkung des Schweigens einen Anfechtungsgrund darstellt und damit der Anspruch aus § 433 II in Verbindung mit den Grundsätzen des kaufmännischen Bestätigungsschreibens verfallen würde. Ein Irrtum des Empfängers über die Rechtsfolge des Schweigens stellt allerdings keinen Anfechtungsgrund dar, da sonst die Rechtsfolge des Schweigens komplett beseitigt werden würde.⁵⁶ Das Schweigen des R ist daher rechtlich wirksam.

2. Ergebnis

Die W-OHG hat einen Anspruch auf Zahlung der 180 € und Abnahme der Weinkisten aus § 433 II in Verbindung mit den Grundsätzen des kaufmännischen Bestätigungsschreibens gegen die R-Rechtsanwalts-GmbH.

B. Gesamtergebnis

Die W-OHG kann die Abnahme und Zahlung der Weinkisten von der R-Rechtsanwalts-GmbH aus § 433 II in Verbindung mit den Grundsätzen des kaufmännischen Bestätigungsschreibens verlangen.

⁵⁵ Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Fest* (Fn. 14), § 346 Rn. 343; BGH MDR 1967, 918; *Oetker* (Fn.11), § 346 Rn. 41.

⁵⁶ *Brox/Henssler* (Fn. 4), § 15 Rn. 304; BGHZ 11, 1 (5); NJW 1954, 105 (106).

StrafR Fallbearbeitung

Matthias Dölling*

Kontrollverlust

Fallbearbeitung im Strafrecht für Anfänger

Im ersten Teil der Klausur ist zu klären, wie bei Distanzangriffen zwischen error in persona und aberratio ictus abzugrenzen ist. Im zweiten Teil der Klausur ist auf die Irrtumskonstellation des umgekehrten Erlaubnistatbestandsirrtums einzugehen. Die Besonderheit liegt dabei darin, dass der Angegriffene in Kenntnis der Notwehrlage handelt, aber subjektiv die Grenzen der Erforderlichkeit bewusst überschreitet.

SACHVERHALT

Seit dem Abschluss seines BWL-Studiums arbeitet Adrian Adam (A) als Controller bei einem Göttinger Medizintechnikunternehmen. Mit seinem Abteilungsleiter Clemens Conrad (C) versteht er sich bestens. Jedoch fühlt er sich schon seit längerer Zeit von seinem als großspurig und arrogant empfundenen Arbeitskollegen Berthold Brecher (B) gemobbt. Als B sich bei einer Besprechung über die »dilettantische Arbeit« des A lustig macht, hat dieser endgültig genug und beschließt, den B ein für alle Mal aus dem Weg zu räumen. Dazu stellt er in einem unbeobachteten Moment eine Flasche der Lieblingsbiermarke des B, die er mit einem tödlich wirkenden Gift versetzt hat, auf den Bürotisch des B. Anschließend eilt er schnell nach Hause, um jeden Verdacht von sich zu lenken. Wenig später betreten B und C, die in ein Gespräch vertieft sind, das Büro des B. B entdeckt das Bier auf dem Bürotisch und bietet dieses dem C an, um sich mit ihm gutzustellen. C nimmt dankend an, trinkt das Bier und verstirbt nur wenige Minuten später.

Von diesem Vorfall schockiert, beschließt B, sich intensiv dem Studium der Kampfkünste zu widmen, um zukünftigen Angriffen auf sein Leben wirkungsvoll entgegentreten zu können. Schon nach wenigen Trainingseinheiten sieht er sich in völliger Selbstüberschätzung auf Augenhöhe mit den besten Kampfsportlern der Welt. In Wirklichkeit hat B, der im Training ganz überwiegend mit dem Erstellen von Foto-Storys für verschiedene soziale Medien beschäftigt war, bisher noch nichts gelernt. Um sich für dieses »harte Training« zu belohnen, kauft sich B in einem Elektronikfachmarkt eine neue Grafikkarte im Wert von 800 €. Besonders amüsiert ihn dabei, dass er das letzte Exemplar der heiß begehrten Grafikkarte erwirbt, weshalb der ebenfalls interessierte Florian Farmer (F) leer ausgeht. Als B sich auf den Heim-

weg macht, tritt ihm nach wenigen Metern F entgegen, der vor dem Elektronikfachmarkt auf B gewartet hat. Mit erhobener Faust verlangt F von B die Herausgabe der Grafikkarte, anderenfalls werde er ihn »grün und blau schlagen«. F ist B körperlich weit überlegen und kampferprobt. B geht in völliger Verkennung der tatsächlichen Kräfteverhältnisse jedoch davon aus, dass er aufgrund seiner »herausragenden« Kampfsportfähigkeiten den F mühelos mit einem Griff zu Boden bringen und aufhalten könnte, ohne diesen nennenswert zu verletzen. Wutentbrannt über die Attacke beschließt der um seine Grafikkarte besorgte B aber, F stattdessen mit seinem Schlagring – diesen hat er seit dem Tod des C vorsichtshalber immer in seiner Jackentasche dabei – niederzustrecken. Durch den Schlag des B mit dem Schlagring wird der Kiefer des F gebrochen, der kampfunfähig zusammenbricht. Ein derartiger Einsatz des Schlagrings war tatsächlich der einzig sichere Weg, den F zu stoppen, da B in Wirklichkeit keinen Griff auch nur annähernd richtig beherrscht.

BEARBEITERVERMERK:

Haben A und B sich wegen vorsätzlicher vollendeter Delikte nach dem StGB strafbar gemacht? Ggfs. erforderliche Strafanträge sind gestellt.

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht von Prof. Dr. Uwe Murmann an der Georg-August-Universität Göttingen. Die Klausur wurde im Wintersemester 2021/2022 als Abschlussklausur zur Vorlesung Strafrecht I angeboten. Aufgrund der COVID-19-Pandemie wurde sie als digitale Open-Book-Klausur bearbeitet. Die durchschnittlich erzielte Punktzahl lag bei 5,33 Punkten. Die Misserfolgsquote betrug 30,33 %.

GLIEDERUNG**1. Teil: Strafbarkeit des A**

- A. §§ 211 I, II Gr. 1 Var. 4, Gr. 2 Var. 1, 212 I
- I. Tatbestandsmäßigkeit
 1. Objektiver Tatbestand
 - a) Grundtatbestand (§ 212 I)
 - b) Heimtücke (§ 211 II Gr. 2 Var. 1)
 2. Subjektiver Tatbestand
 - a) Vorsatz
 - aa) Konkretisierungstheorie
 - bb) Formelle Gleichwertigkeitstheorie
 - cc) Materielle Gleichwertigkeitstheorie
 - dd) Zwischenergebnis
 - b) Niedrige Beweggründe (§ 211 II Gr. 1 Var. 4)
 - II. Rechtswidrigkeit und Schuld
 - III. Konkurrenzen und Ergebnis

B. §§ 223 I, 224 I Nr. 1 Alt. 1, Nr. 3, Nr. 5

C. Gesamtergebnis

2. Teil: Strafbarkeit des B

- A. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 1
- I. Tatbestandsmäßigkeit
 1. Objektiver Tatbestand
 - a) Grundtatbestand (§ 223 I)
 - b) Mittels einer Waffe (§ 224 I Nr. 2 Alt. 1)
 2. Subjektiver Tatbestand
 - II. Rechtswidrigkeit
 1. Objektive Rechtfertigungselemente
 - a) Notwehrlage
 - b) Notwehrhandlung
 - aa) Geeignetheit
 - bb) Relativ mildestes Mittel
 - c) Gebotenheit
 2. Subjektives Rechtfertigungselement
 - a) Notwendigkeit eines subjektiven Rechtfertigungselements
 - b) Vorliegen des subjektiven Rechtfertigungselements
 - c) Folgen des fehlenden subjektiven Rechtfertigungselements
 - III. Ergebnis
- B. Gesamtergebnis

GUTACHTEN**1. TEIL: STRAFBARKEIT DES A****A. §§ 211 I, II Gr. 1 Var. 4, Gr. 2 Var. 1, 212 I¹**

Indem A das von ihm vergiftete Bier auf dem Bürotisch des B abgestellt hat, könnte er sich wegen Mordes an C gem. §§ 211 I, II Gr. 1 Var. 4, Gr. 2 Var. 1, 212 I strafbar gemacht haben.

I. Tatbestandsmäßigkeit**1. Objektiver Tatbestand**

- a) Grundtatbestand (§ 212 I)

C ist tot, der tatbestandsmäßige Erfolg ist mithin eingetreten. Die Handlung des A – das Abstellen des von ihm vergifteten Bieres auf dem Bürotisch des B – müsste kausal für den Erfolg gewesen sein. Nach der *conditio-sine-qua-non*-Formel der Äquivalenztheorie ist jede Handlung kausal, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiel.² Hätte A das Bier nicht mit einem tödlich wirkenden Gift versetzt und anschließend auf dem Bürotisch des B abgestellt, hätte dieser dem C das Bier nicht anbieten können; C hätte das Bier also nicht getrunken und wäre nicht an dem Gift gestorben. Die Handlung des A war folglich kausal für den Erfolg.

Weiterhin müsste der Erfolg A objektiv zurechenbar sein. Ein Erfolg ist dann objektiv zurechenbar, wenn der Täter mit seiner Handlung eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat und sich gerade diese Gefahr in dem Erfolg in seiner konkreten Gestalt realisiert hat.³ Mit dem Abstellen des zuvor vergifteten Bieres liegt eine rechtlich missbilligte Gefahrschaffung durch A vor. Fraglich ist aber, ob sich die geschaffene Gefahr im Erfolg realisiert hat. Dies wäre abzulehnen, wenn das zum Tod des C führende Geschehen als atypischer Kausalverlauf einzuordnen wäre. Auch wenn der Täter eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat, ist der Erfolgseintritt dann nicht objektiv zurechenbar, wenn der Kausalverlauf so sehr außerhalb der Lebenserfahrung liegt, dass mit ihm vernünftigerweise nicht gerechnet zu werden braucht.⁴ Dafür könnte hier sprechen, dass das Bier nach Auswahl (Lieblingsbiermarke des B) und Abstellort (Bürotisch des B) gerade als (vermeintliches) Geschenk für B gedacht war und auch so »präsentiert« wurde. Dass eine mit einem Getränk beschenkte Person dieses nicht selbst austrinkt, sondern es anderen Personen (Freunden, Bekannten, Arbeitskollegen etc.) anbietet, liegt jedoch völlig innerhalb dessen, was nach allgemeiner Lebenserfahrung zu erwarten

¹ §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

² Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, 13. Aufl. (2021), § 10 Rn. 7; Murmann, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl. (2022), § 23 Rn. 7.

³ S. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele (Fn. 2), § 10 Rn. 66; Rengier, Strafrecht AT, 14. Aufl. (2022), § 13 Rn. 3.

⁴ Rengier (Fn. 3), § 13 Rn. 62; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 52. Aufl. (2022), Rn. 296.

ist. Ein atypischer Kausalverlauf ist somit nicht gegeben. Da C nicht über die Gefährlichkeit des Getränks orientiert war, liegt auch keine eigenverantwortliche Selbstschädigung vor.⁵ Eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs durch ein Dazwischentreten des B, der dem C das Bier angeboten hat, kommt nicht Betracht, da er ebenfalls nicht über die Gefährlichkeit des Getränks orientiert war. Im Tod des C hat sich somit die von A geschaffene Gefahr realisiert. Der Erfolg ist A objektiv zurechenbar.

b) Heimtücke (§ 211 II Gr. 2 Var. 1)

A könnte C heimtückisch getötet haben. Heimtückisch handelt, wer in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt.⁶ Arglos ist, wer sich keines Angriffs von Seiten des Täters versieht.⁷ Der völlig ahnungslose C versah sich beim Konsum des Bieres keines Angriffs und war folglich arglos. Wehrlos ist, wer bei Beginn des Angriffs infolge seiner Arglosigkeit in seiner natürlichen Abwehrbereitschaft und -fähigkeit stark eingeschränkt ist.⁸ C hat das tödliche Gift unbemerkt zu sich genommen und war somit jeder Möglichkeit zur Abwehr des Angriffs beraubt. C war demnach wehrlos. Weiterhin hat A die Arg- und Wehrlosigkeit bewusst für sein Handeln ausgenutzt; dies geschah zudem in feindlicher Willensrichtung.⁹ Die von der Rspr. und h.L. an die Heimtücke gestellten Voraussetzungen sind damit erfüllt.

In der Literatur werden darüber hinaus zahlreiche unterschiedliche Ansätze zur weiteren Einschränkung bzw. Be-

stimmung der Heimtücke diskutiert.¹⁰ Z.T.¹¹ wird für Heimtücke vorrangig auf ein »tückisch-verschlagenes« Vorgehen abgestellt, wobei ein solches hier mit Blick auf die planmäßige Vorgehensweise des A, der durch das Vergiften des Getränks das ahnungslose Opfer gezielt um jede Abwehrchance gebracht hat, zu bejahen ist. Andere¹² sprechen sich für eine positive bzw. negative Typenkorrektur aus: Für Heimtücke muss hiernach eine besondere Verwerflichkeit festgestellt werden bzw. entfällt dieses Mordmerkmal ausnahmsweise bei fehlender besonderer Verwerflichkeit. Die Vorgehensweise des A, der seinem Opfer keine Chance gelassen hat, ist als besonders verwerflich einzuordnen, weshalb auch nach diesem Ansatz Heimtücke vorliegt. Zahlreiche Stimmen¹³ fordern für Heimtücke einen besonders verwerflichen Vertrauensbruch, wobei darunter oftmals der Missbrauch sozial-positiver Vertrauensmuster – ein solches kann etwa durch einen sozial-freundlichen Kontakt entstehen – verstanden wird. Wer einem anderen etwas schenkt, schafft dadurch, auch wenn er anonym im Hintergrund bleibt, ein Vertrauensmoment. Mit der vorherigen Vergiftung des vom ihm verschenkten Bieres hat A somit ein sozial-positives Vertrauensmuster missbraucht, weshalb auch bei einem Abstellen auf einen besonders verwerflichen Vertrauensbruch Heimtücke zu bejahen ist.¹⁴

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

A müsste vorsätzlich gehandelt haben, vgl. § 15. Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner objektiven Tatumstände.¹⁵ Ob A den C vorsätzlich getötet hat, ist hier fraglich. Gegen Vorsatz könnte sprechen, dass A mit dem vergifteten Bier gerade den B, der ihn zuvor gedemütigt hatte, töten wollte, nicht aber den von ihm geschätzten C, den er als möglichen Konsumenten des Bieres überhaupt nicht in Betracht gezogen hatte.¹⁶ Es muss

⁵ Es ist vertretbar, aufgrund dieser »Opfermitwirkung« von mittelbarer Täterschaft gem. § 25 I Alt. 2 (Einsatz des Opfers als »Werkzeug gegen sich selbst«) auszugehen, so etwa *Hefendehl*, Examensklausur Strafrecht: »Der mißbrauchte Farbkopierer«, JURA 1992, 374 (381) in einer vergleichbaren Fallkonstellation; s. auch *Esser/Röhling*, Zwischenprüfungsklausur Strafrecht: »Die Milch macht's«, JURA 2009, 866 (867); relevante Unterschiede ergeben sich hieraus nicht, zutreffend dazu *Seier/Waßmer*, Die Anfängerklausur im Strafrecht, 2. Aufl. (2019), Fall 4, S. 40: »Geschmacksfrage«.

⁶ BGHSt 9, 385 (390); 30, 105 (116); 37, 376 (377); BGH NStZ 2012, 691 (692); NStZ 2021, 287; Lackner/Kühl/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 211 Rn. 6. Aufgrund der Entscheidung BGHSt 64, 111, die das Kriterium der feindlichen Willensrichtung stark eingeschränkt hat, spricht sich *Rengier*, Strafrecht BT II, 23. Aufl. (2022), § 4 Rn. 50, 84 dafür aus, zukünftig bei der Standarddefinition der Heimtücke auf dieses Element zu verzichten; ähnlich BeckOKStGB/*Eschelbach*, 55. Ed. (1.11.2022), § 211 Rn. 55 (»nahezu obsolet geworden«); krit. zu dieser Einschränkung die Anm. v. *Eisele*, JuS 2019, 1124; *Jäger*, JA 2019, 791; *Mitsch*, NJW 2019, 2416; *Theile*, ZJS 2019, 525; ausführlich *Stam*, Die »feindliche Willensrichtung« als Element der Heimtücke im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB, ZIS 2020, 336; zust. LPK-StGB/*Kindhäuser/Hilgendorf*, 9. Aufl. (2022), § 211 Rn. 18; MüKoStGB/*Schneider*, Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 4. Aufl. (2021), § 211 Rn. 197, 202; s. dazu auch die Anm. v. *Momsen/Schwarze*, JR 2020, 232; *Schauf*, NStZ 2021, 647; *Wachter*, NStZ 2019, 722.

⁷ Lackner/Kühl/Kühl (Fn. 6), § 211 Rn. 7.

⁸ Lackner/Kühl/Kühl (Fn. 6), § 211 Rn. 7.

⁹ Zu diesen Kriterien s. HK-GS/*Duttge*, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. (2022), § 211 Rn. 18 f.

¹⁰ Kompakt dazu *Murmann* (Fn. 2), § 21 Rn. 46 ff.; ausführlich MüKoStGB/*Schneider* (Fn. 6), § 211 Rn. 203 ff.

¹¹ NK/*Paeffgen/Neumann*, StGB, 5. Aufl. (2017), § 211 Rn. 72; *Wessels/Hettinger/Engländer*, BT 1, 46. Aufl. (2022), Rn. 61, 68.

¹² *Lange*, Eine Wende in der Auslegung des Mordtatbestandes, in: GS Schröder (1978), S. 217 (für eine positive Typenkorrektur); *Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben*, StGB, 30. Aufl. (2019), § 211 Rn. 10 (für eine negative Typenkorrektur).

¹³ *Meyer*, Zu den Begriffen der Heimtücke und der Verdeckung einer Straftat, JR 1979, 441 u. JR 1979, 485; *Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 12), § 211 Rn. 26 f.

¹⁴ Stellt man für den besonders verwerflichen Vertrauensbruch stärker auf ein interpersonales Vertrauensverhältnis zwischen Täter und Opfer ab, lässt sich ein solches – und damit Heimtücke – hier mit entsprechender Begründung vertretbar ablehnen. Dann muss ein Streitentscheid geführt werden.

¹⁵ *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 313.

¹⁶ Der Sachverhalt ist dem bekannten »Enzianschnapsfall« nachgebildet, vgl. zu diesem *Freund*, Das Spezifikum der vollendeten Vorsatztat, in: FS Maiwald (2010), S. 211 (226 ff.); *Jäger*, Strafrecht AT, 10. Aufl. (2021), Rn. 115; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Aufl. (1996), S. 313; *Otto*, Strafrecht AT, 7. Aufl. (2004), § 7 Rn. 92; *Puppe*, Zur Revision der Lehre vom »konkreten« Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus, GA 1981, 1 (5); *Rengier* (Fn. 3), § 15 Rn. 43, 49; *Roxin*, Rose-Rosahl redivivus, in: FS Spendel (1992),

daher geklärt werden, ob dieser Irrtum des A als vorsatzausschließender Tatbestands- bzw. Tatumstandsirrtum gem. § 16 I 1 einzuordnen ist.¹⁷

aa) Konkretisierungstheorie

Wird vom Täter nicht das »erwünschte«, sondern ein anderes, tatbestandlich gleichwertiges Opfer getroffen, differenziert die ganz h.M.¹⁸ zwischen zwei Konstellationen:

Ein sog. *error in persona* liegt dann vor, wenn der Täter die Tat am anvisierten Opfer begeht, es sich aber um eine andere als die vorgestellte Person handelt.¹⁹ Dieser Irrtum ist – da »zum gesetzlichen Tatbestand« nur die tatbestandliche Qualität, nicht aber die Identität des Handlungsobjekts gehört – nach einhelliger Ansicht unbeachtlich, d.h. nicht vorsatzrelevant.²⁰ Eine sog. *aberratio ictus* liegt hingegen dann vor, wenn der Täter das anvisierte Ziel verfehlt und stattdessen ein anderes Opfer trifft.²¹ Nach der von der h.M.²² vertretenen Konkretisierungstheorie kann der Täter in dieser Konstellation hinsichtlich der beabsichtigten Tat am Zielobjekt nur wegen Versuchs und (tateinheitlich) hinsichtlich der ungewollt-versehentlichen Verletzung des Zweitobjekts lediglich wegen fahrlässiger Tatbegehung bestraft werden. Denn selbst wenn der unvorhergesehene Taterfolg noch innerhalb des nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorhersehbaren lag und deshalb objektiv zurechenbar ist, kann – an der Tätervorstellung gemessen – bei entsprechender Konkretisierung des Tatobjekts von einer Tatplanverwirklichung keine Rede sein.²³

S. 289 (293 ff.); *Stratenwerth*, Objektsirrtum und Tatbeteiligung, in: FS Baumann (1992), S. 57 (61).

17 Zur (richtigen) Bezeichnung des Irrtums s. HK-GS/*Duttge* (Fn. 9), § 16 Rn. 1; *Murmann* (Fn. 2), § 24 Rn. 39; *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben*, Der Tatumstandsirrtum (§ 16 I 1 StGB), JuS 2012, 289.

18 HK-GS/*Duttge* (Fn. 9), § 16 Rn. 7, 9; Baumann/Weber/Mitsch/*Eisele* (Fn. 2), § 11 Rn. 84, 91; *Frisch*, Strafrecht, 1. Aufl. (2022), § 3 Rn. 134 ff.; *Heinrich*, Strafrecht AT, 6. Aufl. (2021), Rn. 1104, 1108; *Jescheck/Weigend* (Fn. 16), S. 311 ff.; *Krey/Esser*, Strafrecht AT, 7. Aufl. (2022), Rn. 431, 437; BeckOKStGB/*Kudlich* (Fn. 6), § 16 Rn. 6 ff.; *Kühl*, Strafrecht AT, 8. Aufl. (2017), § 13 Rn. 17 ff.; *Lubig*, Die Auswirkungen von Personenverwechslungen auf übrige Tatbeteiligte – Zur Abgrenzung von Motiv- und Tatbestandsirrtümern, JURA 2006, 655 (657 f.); SSW/*Momsen*, StGB, 5. Aufl. (2021), § 16 Rn. 6 f.; *Murmann* (Fn. 2), § 24 Rn. 42 ff., 52 ff.; *Nestler/Prochota*, Error in persona und aberratio ictus in sog. Distanzfällen (Teil 1), JURA 2020, 132 (135); *Rengier* (Fn. 3), § 15 Rn. 21 ff.; *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben* (Fn. 17), JuS 2012, 289 (295 ff.); *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 369 ff.

19 Baumann/Weber/Mitsch/*Eisele* (Fn. 2), § 11 Rn. 84.

20 BeckOKStGB/*Kudlich* (Fn. 6), § 16 Rn. 6; eingehend dazu *Roxin/Greco*, Strafrecht AT I, 5. Aufl. (2020), § 12 Rn. 193 ff.; Falllösung bei *Dölling*, Fallbearbeitung im Strafrecht für Anfänger: »Ungern gesehene Gäste«, GRZ 2021, 151 (160).

21 Baumann/Weber/Mitsch/*Eisele* (Fn. 2), § 11 Rn. 84.

22 BGHSt 34, 53 (55); *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 375; s. auch die Nachweise in Fn. 18; ausführlich zu den zur *aberratio ictus* vertretenen Ansichten *Hillenkamp/Cornelius*, Probleme AT, 16. Aufl. (2023), 9. Problem, S. 77 ff. m.w.N.

23 HK-GS/*Duttge* (Fn. 9), § 16 Rn. 7; s. auch *Frisch* (Fn. 18), § 3 Rn. 136; *Murmann* (Fn. 2), § 24 Rn. 57: »Der eingetretene Erfolg muss gerade Ausdruck der Entscheidung gegen das Rechtsgut sein«; SSW/*Momsen* (Fn. 18), § 16 Rn. 6.

Problematisch ist hier, dass A sein Opfer nicht unmittelbar optisch anvisiert, sondern aus der Distanz heraus mit dem von ihm auf dem Bürotisch zurückgelassenen vergifteten Bier angegriffen hat (»Fernwirkungsfall«; »mittelbare Individualisierung«). Ob bei einer solchen Vorgehensweise, bei der es tatplangemäß nicht zu einer sinnlichen Wahrnehmung des Opfers durch den Täter kommt, von einem unbeachtlichen *error in persona* oder einer beachtlichen *aberratio ictus* auszugehen ist, ist hoch umstritten.²⁴

Eine starke Minderheitsansicht²⁵ sieht das »Fehlgehen« eines Distanzangriffs als beachtliche *aberratio ictus* an: Komme es nicht zu einer unmittelbaren sinnlichen Wahrnehmung des Opfers durch den Täter, müsse maßgeblich auf die geistige Identitätsvorstellung abgestellt werden (»Konkretisierung vor dem geistigen Auge«).²⁶ Nach diesem Verständnis schickt der Täter bei Distanzangriffen das Angriffsmittel auf ein nach seiner geistigen Vorstellung konkretisiertes, »erwünschtes« Opfers los; wird dieses nicht getroffen, liege deshalb eine *aberratio ictus* i.S. eines »Danebenschießens« vor. A wollte mit dem vergifteten Bier den B, nicht aber den C treffen. Nach der Minderheitsansicht war sein Vorsatz daher auf das »erwünschte« Opfer B konkretisiert, weshalb hinsichtlich des tatsächlich getroffenen Opfers C ein vorsatzausschließender Tatbestands- bzw. Tatumstandsirrtum gem. § 16 I 1 zu bejahen ist.

Die überwiegende – und überzeugende – Ansicht²⁷ geht demgegenüber von einem unbeachtlichen *error in persona*

24 Instrukтив dazu Baumann/Weber/Mitsch/*Eisele* (Fn. 2), § 11 Rn. 94 f.; *Erb*, Zur Unterscheidung der aberratio ictus vom error in persona, in: FS Frisch (2013), S. 389 (393 ff.); *Kühl* (Fn. 18), § 13 Rn. 27; *Murmann* (Fn. 2), § 24 Rn. 61 ff.; *Nestler/Prochota* (Fn. 18), JURA 2020, 132 (136 ff.); *Rengier* (Fn. 3), § 15 Rn. 42 ff.; Fallbearbeitungen zu dem Problemkomplex finden sich bei *Dannecker*, Strafrechtsklausur: »Die Rache der vernachlässigten Ehefrau«, JuS 1988, L 67; *Esser/Röhling* (Fn. 5), JURA 2009, 866; *Hefendehl* (Fn. 5), JURA 1992, 374; *Merkel*, Übungsfall: »Heaven«, ZJS 2011, 376; *Seier/Waßmer* (Fn. 5), Fall 4, S. 39.

25 *Dannecker* (Fn. 24), JuS 1988, L 67 (L 68, L 70); *El-Ghazi*, Die Abgrenzung von error in persona (vel obiecto) und aberratio ictus, JuS 2016, 303 (307); *Esser/Röhling* (Fn. 5), JURA 2009, 866 (868); *Freund* (Fn. 16), S. 211 (226 ff.); *Heinrich* (Fn. 18), Rn. 1112; *Herzberg*, Aberratio ictus und error in obiecto (2. Teil), JA 1981, 470 (473); *ders.*, Vollendeter Mord bei Tötung des falschen Opfers?, NStZ 1999, 217 (221); *Jäger* (Fn. 16), Rn. 115; *Jescheck/Weigend* (Fn. 16), S. 313; *Krey/Esser* (Fn. 18), Rn. 446; *Otto* (Fn. 16), § 7 Rn. 95 f.; *Roxin* (Fn. 16), S. 289 (293 ff.); *ders.*, Anm. zu BGHSt 37, 214, JZ 1991, 680; *Seier/Waßmer* (Fn. 5), Fall 4, S. 46; *Zieschang*, Strafrecht AT, 6. Aufl. (2022), Rn. 158. Nach *Erb* (Fn. 24), S. 389 (396 ff.) kommt ein *error in persona* nur bei direkter Wahrnehmung des Opfers durch den Täter in Betracht.

26 *Herzberg* (Fn. 25), JA 1981, 470 (473); zust. *Roxin* (Fn. 16), S. 289 (294).

27 BGH NStZ 1998, 294 (295); Baumann/Weber/Mitsch/*Eisele* (Fn. 2), § 11 Rn. 95; *Frisch* (Fn. 18), § 3 Rn. 142; *Matt/Renzikowski/Gaede*, StGB, 2. Aufl. (2020), § 16 Rn. 23; *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl. (1991), 8/81; LPK-StGB/*Kindhäuser/Hilgendorf* (Fn. 6), § 16 Rn. 30; *Kühl* (Fn. 18), § 13 Rn. 27; *Lubig* (Fn. 18), JURA 2006, 655 (658); SSW/*Momsen* (Fn. 18), § 16 Rn. 8; *Murmann* (Fn. 2), § 24 Rn. 63; *Nestler/Prochota* (Fn. 18), JURA 2020, 132 (136); *Rengier* (Fn. 3), § 15 Rn. 47, 49; *Roxin/Greco* (Fn. 20), § 12 Rn. 197; LKStGB/*Schroeder*, Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Aufl. (2003), § 16 Rn. 13; *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 12), § 15 Rn. 59; *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben* (Fn. 17), JuS 2012,

aus, sofern es zu einem »programmgemäßen« Angriff gekommen ist. Dafür spricht, dass sich der Täter bei einem Distanzangriff für eine mittelbare Individualisierung des Opfers erst über das eingesetzte »zwischen geschaltete« Mittel entscheidet.²⁸ Maßgebend kann daher allein sein, ob das Angriffsobjekt diejenigen Bedingungen erfüllt, von denen der Täter den Angriff abhängig gemacht hat.²⁹ Der auf diese Gefahrschaffung bezogene Vorsatz ist dabei völlig unabhängig von den Vorstellungen des Täters zur Identität des Opfers.³⁰ Ein Täter, der sich nicht selbst um die Individualisierung kümmert, sondern diese dem Zufall überlässt, muss also auch das Individualisierungsrisiko tragen.³¹ A hat sich dafür entschieden, die Person zu töten, die das vergiftete Bier trinkt, und genau dazu ist es auch gekommen. Die Voraussetzungen, auf die er den Angriff »programmiert« hat, sind erfüllt worden. Das Opfer C wurde mithin – anders als im Falle der *aberratio ictus* – keineswegs zufällig getroffen.³² Der Irrtum des A ist somit als unbeachtlicher *error in persona* einzuordnen. A handelte hinsichtlich der heimtückischen Tötung des C mit Vorsatz.

bb) Formelle Gleichwertigkeitstheorie

Die formelle Gleichwertigkeitstheorie³³ lehnt demgegenüber eine unterschiedliche Behandlung von *error in persona*

289 (297); *Stratenwerth* (Fn. 16), S. 57 (60 f.); *ders./Kuhlen*, Strafrecht AT, 6. Aufl. (2011), § 8 Rn. 96; *Streng*, Die Strafbarkeit des Anstifters bei *error in persona* des Täters (und verwandte Fälle) – BGHSt 37, 214, JuS 1991, 910 (913); *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 380. Nach *Prittowitz*, Zur Diskrepanz zwischen Tatgeschehen und Tätervorstellung, GA 1983, 110 (127 f., 130) ist die sinnliche Wahrnehmung des Opfers durch den Täter und die damit einhergehende Kontrollmöglichkeit zwingende Voraussetzung für eine Konkretisierung i.S.d. *aberratio ictus*. *Hoyer*, Die *aberratio ictus* als Sonder- und Extremfall der Kausalabweichung, in: FS Wolter (2013), S. 419 (427 ff.) verlangt für eine *aberratio ictus* einen Fehlschlag sämtlicher Individuationskriterien, zu dem es hier nicht gekommen ist.

28 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele (Fn. 2), § 11 Rn. 95; *Kühl* (Fn. 18), § 13 Rn. 27; *Matt/Renzikowski/Gaede* (Fn. 27), § 16 Rn. 23; *Murmann* (Fn. 2), § 24 Rn. 63; *Rengier* (Fn. 3), § 15 Rn. 47; *Stratenwerth* (Fn. 16), S. 57 (60 f.); *Streng* (Fn. 27), JuS 1991, 910 (913).

29 S. *Kühl* (Fn. 18), § 13 Rn. 27; *Rengier* (Fn. 3), § 15 Rn. 47; *Stratenwerth* (Fn. 16), S. 57 (60 f.); *Streng* (Fn. 27), JuS 1991, 910 (913).

30 Vgl. *Murmann* (Fn. 2), § 24 Rn. 63.

31 *Rengier* (Fn. 3), § 15 Rn. 47.

32 Vgl. *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 12), § 15 Rn. 59; instruktiv zum Zufall als Unterscheidungskriterium der beiden Irrtümer *Gropp*, Der Zufall als Merkmal der *aberratio ictus*, in: FS Lenckner (1998), S. 55 (62 ff.); s. dazu auch *Geppert*, Zum »*error in persona vel obiecto*« und zur »*aberratio ictus*«, insbesondere vor dem Hintergrund der neuen »Rose-Rosahl-Entscheidung« (= BGHSt 37, 214 ff.), JURA 1992, 163 (165).

33 *Frister*, Strafrecht AT, 9. Aufl. (2020), 11/57 ff.; *Heuchemer*, Zur funktionalen Revision der Lehre vom konkreten Vorsatz: Methodische und dogmatische Überlegungen zur *aberratio ictus*, JA 2005, 275; *ders.*, Zur Verabschiedung der Lehre vom konkreten Vorsatz und der Beachtlichkeit der *aberratio ictus* als Ausschnitt einer normativen Revision der Vorsatzlehre, in: FS Heintschel-Heinegg (2015), S. 189; *Kuhlen*, Die Unterscheidung von vorsatztausschließendem und nichtvorsatztausschließendem Irrtum (1987), S. 491 ff.; *Loewenheim*, Error in obiecto und *aberratio ictus* – OLG Neustadt, NJW 1964, 311, JuS 1966, 310; *Noll*, Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW 77 (1965), 1 (5); *Puppe* (Fn. 16), GA 1981, 1; *dies.*, Vorsatz und Zurechnung (1992), S. 10 ff.; auf die »Vorsatzgefahr« abstellend jetzt *NK/dies.* (Fn. 11), § 16 Rn. 104 ff.;

und *aberratio ictus* ab und sieht die *aberratio ictus* als Unterfall des (unbeachtlichen) *error in persona* an. Hiernach sind dem Täter also alle Fälle, in denen er über außertatbestandliche Eigenschaften seines Opfers irrt, es aber nach seinen gattungsmäßigen Eigenschaften zutreffend individualisiert, zur vorsätzlichen Vollendung zuzurechnen.³⁴ Mit anderen Worten: Für eine Vorsatzzurechnung genügt es, wenn der Täter ein Objekt der tatbestandsmäßigen Gattung verletzen wollte und tatsächlich ein Objekt der tatbestandsmäßigen Gattung verletzt (i.S.v.: Der Täter wollte einen Menschen umbringen und hat genau dies getan).³⁵ Folgt man diesem Ansatz, erübrigt sich eine Abgrenzung zwischen *error in persona* und *aberratio ictus*. Nach der formellen Gleichwertigkeitstheorie handelte A demnach vorsätzlich.

cc) Materielle Gleichwertigkeitstheorie

Die materielle Gleichwertigkeitstheorie³⁶ differenziert bei einer Verfehlung des anvisierten Ziels durch den Täter nach den betroffenen Rechtsgütern: Richtet sich die Tat gegen ein höchstpersönliches Rechtsgut, wird – insoweit im Einklang mit der h.M. – eine *aberratio ictus* als vorsatzrelevant erachtet. Richtet sich die Tat gegen ein sonstiges (»vertretbares«) Rechtsgut, wird – insoweit in Übereinstimmung mit der formellen Gleichwertigkeitstheorie – die Vorsatzrelevanz der *aberratio ictus* bestritten. Die Tat des A hat sich gegen ein höchstpersönliches Rechtsgut (Leben) gerichtet, weshalb nach der materiellen Gleichwertigkeitstheorie entschieden werden muss, ob der Irrtum des A als *error in persona* oder *aberratio ictus* einzuordnen ist. Da hier ein unbeachtlicher *error in persona* des A vorliegt (s.o.), ist auch nach diesem differenzierenden Ansatz Vorsatz zu bejahen.

dd) Zwischenergebnis

Der Irrtum des A ist als unbeachtlicher *error in persona* einzuordnen. A handelte hinsichtlich der heimtückischen Tötung des C mit Vorsatz.

AnwKStGB/Schaefer, 3. Aufl. (2020), § 16 Rn. 13; Fallbearbeitung bei *Daleman/Heuchemer*, Klausur Strafrecht: »Die misslungene Flucht«, JA 2004, 460; krit. zu dieser Theorie *Hettinger*, Die Bewertung der »*aberratio ictus*« beim Alleintäter – Gedanken zum Verhältnis zwischen Sachverhalt und Gesetz, GA 1990, 531; *Koriath*, Einige Gedanken zur *aberratio ictus*, JuS 1997, 901; *Rath*, Abirrende Tat – Abirrende Argumentation – Entgegnung zu *Daleman/Heuchemer*, JA 2004, 460 und *Heuchemer*, JA 2005, 275, JA 2005, 709; *Schreiber*, Grundfälle zu »*error in obiecto*« und »*aberratio ictus*« im Strafrecht, JuS 1985, 873 (874 f.).

34 Vgl. *Heuchemer* (Fn. 33), S. 189 (210).

35 Vgl. *Puppe* (Fn. 16), GA 1981, 1 (3); *dies.* (Fn. 33), S. 20: »Der Täter ist von Rechts wegen nicht befugt, durch seine Wünsche und Vorstellungen über das Verletzungsobjekt oder den Kausalverlauf darüber zu disponieren, wie groß die Klasse von Objektverletzungen und Kausalverläufen ist, die ihm als Verwirklichung seines Vorsatzes nach einem Strafgesetz zurechenbar sind«; *Heuchemer* (Fn. 33), JA 2005, 275 (277); *Loewenheim* (Fn. 33), JuS 1966, 310 (313).

36 *Hillenkamp*, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf (1971), S. 85 ff.; krit. zu dieser Differenzierung *Geppert* (Fn. 32), JURA 1992, 163 (165); *Schreiber* (Fn. 33), JuS 1985, 873 (875).

b) Niedrige Beweggründe (§ 211 II Gr. 1 Var. 4)

A könnte aus einem niedrigen Beweggrund gehandelt haben. Beweggründe zu einem Tötungsverbrechen sind niedrig, wenn sie nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und in deutlich weiterreichendem Maße als bei einem Totschlag als verwerflich und deshalb als besonders verachtenswert erscheinen.³⁷ Es muss mithin ein ganz besonders missbilligenswertes Motiv vorliegen, das in keiner Weise mehr »menschlich begreifbar« ist.³⁸ Die Beurteilung dieser Frage hat auf Grund einer Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren zu erfolgen.³⁹ A wollte sich mit der Tat insbesondere für die abschätzigste Aussage des B über seine Arbeitsleistung (»dilettantische Arbeit«) in der Besprechung revanchieren; auch darüber hinaus fühlte er sich von B gemobbt. Dass eine derartige Herabsetzung und Demütigung vor Arbeitskollegen zu einer Reaktion führt, ist menschlich noch »nachvollziehbar«, weshalb – gerade mit Blick auf die gebotene restriktive Auslegung dieses (Auf-fang-)Mordmerkmals⁴⁰ – ein niedriger Beweggrund i.S.v. § 211 II Gr. 1 Var. 4 abzulehnen ist.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

III. Konkurrenzen und Ergebnis

§ 212 I tritt als allgemeineres Delikt hinter § 211 I, II Gr. 2 Var. 1 zurück.⁴¹ A hat sich wegen Mordes gem. § 211 I, II Gr. 2 Var. 1 strafbar gemacht.

B. §§ 223 I, 224 I Nr. 1 Alt. 1, Nr. 3, Nr. 5

Die von A verwirklichte gefährliche Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 1 Alt. 1, Nr. 3, Nr. 5 tritt subsidiär hinter § 211 I, II Gr. 2 Var. 1 zurück.⁴²

C. Gesamtergebnis

A hat sich wegen Mordes gem. § 211 I, II Gr. 2 Var. 1 strafbar gemacht.

2. TEIL: STRAFBARKEIT DES B

A. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 1

Indem B mit dem Schlagring den Kiefer des F gebrochen hat, könnte er sich wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 1 strafbar gemacht haben.

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand

a) Grundtatbestand (§ 223 I)

B müsste F körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben. Körperliche Misshandlung i.S.v. § 223 I Alt. 1 ist eine üble und unangemessene Behandlung, durch welche die körperliche Unversehrtheit oder das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird.⁴³ B hat mit seinem Schlag den Kiefer des F gebrochen. Mit dem Kieferbruch des F liegt eine gravierende Substanzverletzung vor, die mit großen Schmerzen verbunden ist. Sowohl die körperliche Unversehrtheit als auch das körperliche Wohlbefinden des F wurden folglich mehr als nur unerheblich beeinträchtigt. Eine körperliche Misshandlung ist somit zu bejahen. Gesundheitsschädigung i.S.v. § 223 I Alt. 2 ist das Hervorrufen oder Steigern eines vom Normalzustand der körperlichen Funktionen nachteilig abweichenden Zustandes.⁴⁴ Der Kieferbruch des F stellt einen solchen nachteilig abweichenden, krankhaften Zustand dar, weshalb auch eine Gesundheitsschädigung gegeben ist.

b) Mittels einer Waffe (§ 224 I Nr. 2 Alt. 1)

Durch den Einsatz des Schlagrings könnte B die Körperverletzung mittels einer Waffe begangen haben. Waffen i.S.v. § 224 I Nr. 2 Alt. 1 sind nur solche im sog. technischen Sinn, d.h. Werkzeuge, die nach Art ihrer Anfertigung allgemein dazu bestimmt und geeignet sind, Menschen körperlich zu verletzen.⁴⁵ Ein Schlagring ist nach Art seiner Anfertigung allgemein dazu bestimmt und geeignet, Menschen körperlich zu verletzen, und daher als Waffe i.S.v. § 224 I Nr. 2 Alt. 1 einzuordnen.⁴⁶ Die Verletzung des F wurde auch »mittels« des Schlagrings, d.h. durch unmittelbare körperliche Einwirkung bewirkt.⁴⁷

2. Subjektiver Tatbestand

B kam es gerade darauf an, den F mit einem gegen den Kiefer gerichteten Schlag mit dem Schlagring niederzustrecken. Er handelte daher vorsätzlich hinsichtlich § 223 I und § 224 I Nr. 2 Alt. 1.

³⁷ BGH NStZ 2011, 35; NStZ 2012, 691 (692); *Murmann* (Fn. 2), § 21 Rn. 60; ausführlich zu diesem Mordmerkmal *Kühl*, Die sonst niedrigen Beweggründe des § 211 II StGB, JuS 2010, 1041 (mit instruktivem Überblick über die Kasuistik).

³⁸ HK-GS/*Duttge* (Fn. 9), § 211 Rn. 34; *Rengier* (Fn. 6), § 4 Rn. 31; s. auch *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, 4. Aufl. (2021), § 2 Rn. 67.

³⁹ BGH NStZ 2011, 35; NStZ 2012, 691 (692); *Murmann* (Fn. 2), § 21 Rn. 60.

⁴⁰ *Rengier* (Fn. 6), § 4 Rn. 30.

⁴¹ S. nur *Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 12), § 212 Rn. 14.

⁴² S. nur *Matt/Renzikowski/Safferling* (Fn. 27), § 212 Rn. 84.

⁴³ Vgl. BGHSt 14, 269 (271); 25, 277 f.

⁴⁴ Vgl. BGHSt 36, 1 (6); 43, 346.

⁴⁵ BGHSt 4, 125 (127); *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben* (Fn. 12), § 224 Rn. 4.

⁴⁶ Vgl. BGH NStZ 1996, 498; *BeckOKStGB/Eschelbach* (Fn. 6), § 224 Rn. 27; *Rengier* (Fn. 6), § 14 Rn. 43.

⁴⁷ Vgl. *Matt/Renzikowski/Engländer* (Fn. 27), § 224 Rn. 10.

II. Rechtswidrigkeit

B könnte gerechtfertigt in Notwehr gem. § 32 gehandelt haben.

1. Objektive Rechtfertigungselemente

a) Notwehrlage

Dafür müsste zunächst eine Notwehrlage, d.h. ein gegenwärtiger und rechtswidriger Angriff, vorgelegen haben (vgl. § 32 II). Ein Angriff ist die von einem Menschen drohende Verletzung rechtlich geschützter Interessen.⁴⁸ F droht B mit erhobener Faust an, ihn bei Nichtherausgabe der Grafikkarte »grün und blau zu schlagen«. Damit liegt eine Bedrohung der körperlichen Integrität, der Entschlussfreiheit und des Eigentums (an der Grafikkarte) des B durch F vor. Der Angriff ist gegenwärtig, wenn er unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch fort dauert.⁴⁹ F tritt dem B in den Weg, fordert die Herausgabe der Grafikkarte und bedroht B mit erhobener Faust. Der Angriff findet mithin gerade statt. Rechtswidrig ist der Angriff, wenn er im Widerspruch zur Rechtsordnung steht.⁵⁰ F kann sich seinerseits auf keinen Rechtfertigungsgrund berufen, sein Angriff ist folglich rechtswidrig. Eine Notwehrlage ist somit gegeben.

b) Notwehrhandlung

Als Verteidigungshandlung darf sich die Notwehr nur gegen Rechtsgüter des Angreifers richten.⁵¹ B schlägt den Angreifer F nieder, seine Verteidigungshandlung richtet sich somit nur gegen Rechtsgüter des Angreifers. Weiterhin muss die Verteidigungshandlung erforderlich sein, d.h. sie muss zum einen zur Angriffsabwehr geeignet sein und zum anderen das relativ mildeste Gegenmittel darstellen.⁵²

aa) Geeignetheit

Die Geeignetheit der Verteidigungshandlung ist gegeben, wenn sie nach der objektiven Sachlage und nach den konkreten Umständen des Einzelfalls in der Lage ist, den Angriff sofort zu beenden oder zumindest abzuschwächen oder zu verringern.⁵³ Durch den Schlag mit dem Schlagring konnte B den Angriff des F sofort beenden, die Geeignetheit der Verteidigungshandlung ist demnach zu bejahen.

bb) Relativ mildestes Mittel

Der Verteidiger muss unter mehreren ihm zur Verfügung stehenden gleich effektiven Mitteln dasjenige Mittel wählen, das den Angreifer am wenigsten schädigt (»relativ mildestes Mittel«).⁵⁴ Der Angegriffene muss sich dabei nicht auf eine Auseinandersetzung mit unsicherem Ausgang einlassen, sondern darf sich effektiv zur Wehr setzen und eine Verteidigung wählen, die eine sofortige und endgültige Beseitigung der Gefährdungslage verspricht.⁵⁵ Ein mögliches Ausweichen oder eine »schimpfliche Flucht« sind keine Verteidigung des Rechts und deshalb nicht zu berücksichtigen.⁵⁶

Zunächst muss geklärt werden, ob dem B überhaupt ein anderes, milderer Mittel zur Verfügung stand. B ging davon aus, dass er den F auch mit einem im Kampfsporttraining »erlernten« Griff mühelos hätte stoppen können, ohne ihm dabei nennenswerte Verletzungen zuzufügen. Damit könnte ihm ein ebenso effektives, aber milderer Verteidigungsmittel zur Verfügung gestanden haben; der Schlag mit dem Schlagring wäre dann nicht erforderlich gewesen. Es muss jedoch gesehen werden, dass ein solches Vorgehen tatsächlich keine Aussicht auf Erfolg hatte, da B keinen Griff auch nur annähernd sicher beherrscht hat und dem kampferfahrenen und körperlich überlegenen F weit unterlegen war. Ein milderer Mittel gab es mithin nur in der irrigen Vorstellung des B, der seine (Kampfsport-)Fähigkeiten völlig überschätzt hat. Die Erforderlichkeit der Verteidigung ist jedoch nicht subjektiv nach der (abwegigen) Vorstellung des Angegriffenen, sondern im Wege einer *ex-ante*-Betrachtung objektiv zu bestimmen.⁵⁷ Maßgebend ist, wie ein besonnener Dritter in der Lage des Angegriffenen die im Zeitpunkt des Angriffs gegebenen und objektiv erkennbaren Umstände beurteilt hätte.⁵⁸ Eine krasse Verkennung der tatsächlichen Kräfteverhältnisse durch einen sich maßlos überschätzenden Notwehrübenden ändert somit nichts an der Erforderlichkeit des Einsatzes des realiter einzigen effektiven Verteidigungsmittels. Bei objektiver Betrachtung der konkreten Kampfplage war der Schlag gegen den Kiefer des F mit dem Schlagring für B die einzige erfolversprechende Möglichkeit, den Angriff des überlegenen F sofort und endgültig zu unterbinden. Insbesondere musste B den Einsatz des Schlagrings auch nicht androhen, da sich der kampferfahrene Angreifer F ansonsten auf den Einsatz einstellen könnte und B so sein die

⁴⁸ Lackner/Kühl/Kühl (Fn. 6), § 32 Rn. 2.

⁴⁹ Matt/Renzikowski/Engländer (Fn. 27), § 32 Rn. 14.

⁵⁰ Murmann (Fn. 2), § 25 Rn. 83.

⁵¹ Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 4), Rn. 508; Matt/Renzikowski/Engländer (Fn. 27), § 32 Rn. 23.

⁵² Schönke/Schröder/Perron/Eisele (Fn. 12), § 32 Rn. 34; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 4), Rn. 509.

⁵³ Vgl. Fischer, StGB, 69. Aufl. (2022), § 32 Rn. 28; SSW/Rosenau (Fn. 18), § 32 Rn. 23. Teilweise wird das Kriterium der Geeignetheit als verfehlt abgelehnt, s. etwa HK-GS/Duttge (Fn. 9), § 32 Rn. 17; MüKoStGB/Erh, Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 1, 4. Aufl. (2020), § 32 Rn. 152.

⁵⁴ Vgl. BGHSt 42, 97 (100); Matt/Renzikowski/Engländer (Fn. 27), § 32 Rn. 27.

⁵⁵ Vgl. BGHSt 24, 356 (358); BGH NStZ 1994, 581 (582); NStZ 1996, 29; NStZ 2002, 140; NStZ 2016, 526 (527); HK-GS/Duttge (Fn. 9), § 32 Rn. 19; AnwKStGB/Hauck (Fn. 33), § 32 Rn. 10 f.; Heinrich (Fn. 18), Rn. 355, 358.

⁵⁶ Vgl. NK/Kindhäuser (Fn. 11), § 32 Rn. 95; Rengier (Fn. 3), § 18 Rn. 38; SSW/Rosenau (Fn. 18), § 32 Rn. 25.

⁵⁷ Vgl. BGH NStZ 2009, 626 (627); NStZ 2015, 151 (152); Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, in: FS Bockelmann (1979), S. 155 (179); Jescheck/Weigend (Fn. 16), S. 343; Lackner/Kühl/Kühl (Fn. 6), § 32 Rn. 10; Murmann (Fn. 2), § 25 Rn. 89; SSW/Rosenau (Fn. 18), § 32 Rn. 22; Roxin/Greco (Fn. 20), § 15 Rn. 46; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 4), Rn. 513.

⁵⁸ Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 4), Rn. 513; s. auch SSW/Rosenau (Fn. 18) § 32 Rn. 22.

Effektivität der Verteidigung garantierendes Überraschungsmoment und damit seine einzige sichere Verteidigungsmöglichkeit verlieren würde.⁵⁹

Der Erforderlichkeit könnte aber entgegenstehen, dass der eingesetzte Schlagring gem. §§ 1 II Nr. 2 a), 2 III i.V.m. Anlage 2 Abschnitt 1 Nummer 1.3.2 WaffG als verbotene Waffe einzuordnen ist und B diesen unter Verstoß gegen § 52 III Nr. 1 WaffG geführt hat.⁶⁰ Das waffenrechtliche Verbot bezweckt jedoch nicht, den Einsatz von Waffen in Notwehrsituationen zu begrenzen.⁶¹ § 32 zielt punktuell auf die akute Situation des »Friedensbruchs« ab, die als solche (von Provokationsfällen abgesehen) allein vom Angreifer zu vertreten ist, weshalb dieser die Gegenwehr des Angegriffenen eben so hinzunehmen hat, wie sie sich nach den gerade in diesem Moment zur Verfügung stehenden Mitteln als erforderlich erweist.⁶² Ob der Angreifer eine Berechtigung zum Beisichführen der Waffe hat, spielt im Rahmen des § 32 mithin keine Rolle.⁶³ Der Einsatz des Schlagrings durch B war somit erforderlich.

c) Gebotenheit

Das Merkmal der Gebotenheit erlaubt und erfordert im Einzelfall sozial-ethisch begründete Einschränkungen erforderlicher, d.h. grundsätzlich gerechtfertigter Verteidigungshandlungen.⁶⁴ Eine an sich erforderliche Verteidigungshandlung kann deshalb im Einzelfall dann nicht geboten sein, wenn ihre Wahrnehmung aufgrund der Gesamtsituation rechtsmissbräuchlich erscheint bzw. wenn sie im konkreten Fall nicht mit den Grundprinzipien der Notwehr in Einklang zu bringen ist.⁶⁵ Mit Blick darauf, dass sich B mit einem Schlagring ausgerüstet hat, lässt sich überlegen, ob hier eine sog. Abwehrprovokation vorliegt. Eine solche ist aber nur dann gegeben, wenn der spätere Verteidiger sich in Erwartung der Notwehrlage bewusst mit einem besonders gefährlichen Verteidigungsmittel rüstet, obwohl er davon ausgeht, dass auch ein milderer Mittel zur Abwehr des erwarteten Angriffs ausreichen würde.⁶⁶ Im vorliegenden Fall hat B den Schlagring jedoch nicht für eine

konkret erwartete Notwehrlage ausgewählt und eingesteckt, sondern diesen aus einem allgemeinen Unsicherheitsgefühl heraus generell bei sich geführt. Es kann deshalb gerade nicht davon gesprochen werden, dass B sich »sehenden Auges« für eine genau vorausgesehene Notwehrlage mit einem eigentlich nicht notwendigen, besonders gefährlichen Verteidigungsmittel »hochgerüstet« hat. Eine Abwehrprovokation durch B liegt somit nicht vor;⁶⁷ die Frage, ob bei dieser eine Einschränkung der Notwehr anzuerkennen ist, kann folglich dahinstehen.⁶⁸ Die Verteidigungshandlung des B war demnach geboten.

2. Subjektives Rechtfertigungselement

Fraglich ist, ob das subjektive Rechtfertigungselement gegeben ist. Dafür könnte sprechen, dass B den gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriff des F bemerkt hat und sich gegen diesen zur Wehr setzen wollte.

Problematisch ist jedoch, dass B nach seiner (irrigen) Vorstellung nicht das mildeste ihm zur Verfügung stehende Verteidigungsmittel (Griff) eingesetzt hat; B hat sich vielmehr bewusst für den Einsatz eines nach seiner Vorstellung nicht erforderlichen Mittels (Schlagring) entschieden. Es muss daher geklärt werden, welche Konsequenzen diese »subjektive Überschreitung« der Erforderlichkeit für eine Rechtfertigung des B nach § 32 hat.

a) Notwendigkeit eines subjektiven Rechtfertigungselements

Lässt man mit der von einer Minderheitsmeinung⁶⁹ vertretenen objektiven Theorie für eine Rechtfertigung nach

⁵⁹ S. dazu BGH NStZ 1994, 581 (582); NStZ 2019, 598 (599) m. Anm. Kudlich u. als Fallbearbeitung bei Dölling (Fn. 20), GRZ 2021, 151 (155); BGH NStZ-RR 2013, 139 (140); MüKoStGB/Erb (Fn. 53), § 32 Rn. 168; AnwKStGB/Hauck (Fn. 33), § 32 Rn. 11, 13; NK/Kindhäuser (Fn. 11), § 32 Rn. 140; Murmann (Fn. 2), § 25 Rn. 92.

⁶⁰ Die Kenntnis der genannten Normen und eine Problemdiskussion werden nicht erwartet.

⁶¹ Vgl. Murmann (Fn. 2), § 25 Rn. 102.

⁶² MüKoStGB/Erb (Fn. 53), § 32 Rn. 138.

⁶³ SSW/Rosenau (Fn. 18), § 32 Rn. 28; s. dazu auch BGH NStZ 1986, 357; NStZ 2011, 82 (83) m. Anm. Hecker, JuS 2011, 272; MüKoStGB/Erb (Fn. 53), § 32 Rn. 138; Fischer (Fn. 53), § 32 Rn. 33; NK/Kindhäuser (Fn. 11), § 32 Rn. 142; Lackner/Kühl/Kühl (Fn. 6), § 32 Rn. 10; Lindemann/Reichling, Die Behandlung der Abwehrprovokation nach den Grundsätzen der actio illicita in causa, JuS 2009, 496 (500 f.); Murmann (Fn. 2), § 25 Rn. 102.

⁶⁴ Fischer (Fn. 53), § 32 Rn. 36.

⁶⁵ SSW/Rosenau (Fn. 18), § 32 Rn. 30.

⁶⁶ Murmann (Fn. 2), § 25 Rn. 102; MüKoStGB/Erb (Fn. 53), § 32 Rn. 236; kompakt zur Abwehrprovokation Küpper, Die »Abwehrprovokation«, JA 2001, 438; ausführlich Lindemann/Reichling (Fn. 63), JuS 2009, 496.

⁶⁷ S. auch Küpper (Fn. 66), JA 2001, 438 (440): »Die bloße Vorbereitung ›für alle Fälle‹ lässt sich nicht als Provokationshandlung einordnen«; Rengier (Fn. 3), § 18 Rn. 74a.

⁶⁸ Dafür Krey/Esser (Fn. 18), Rn. 564; Küpper (Fn. 66), JA 2001, 438 (440); Lindemann/Reichling (Fn. 63), JuS 2009, 496 (500 f.); Schönke/Schröder/Perron/Eisele (Fn. 12), § 32 Rn. 61b; Rengier (Fn. 3), § 18 Rn. 102; dagegen zu Recht die h.M., s. BGH NStZ 1986, 357; HK-GS/Duttge (Fn. 9), § 32 Rn. 31; Matt/Renzikowski/Engländer (Fn. 27), § 32 Rn. 55; MüKoStGB/Erb (Fn. 53), § 32 Rn. 236; Heinrich (Fn. 18), Rn. 380a; NK/Kindhäuser (Fn. 11), § 32 Rn. 125; Murmann (Fn. 2), § 25 Rn. 102; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 4), Rn. 534.

⁶⁹ So insb. LKStGB/Spendel (Fn. 27), § 32 Rn. 138 ff.; ders., Der Gegensatz rechtlicher und sittlicher Wertung am Beispiel der Notwehr, DRiZ 1978, 327 (331); ders., Gegen den »Verteidigungswillen« als Notwehreffordernis, in: FS Bockelmann (1979), S. 245; ders., Notwehr und »Verteidigungswille«, objektiver Zweck und subjektive Absicht, in: FS Oehler (1985), S. 197; Rohrer, Über die Nichtexistenz subjektiver Rechtfertigungselemente, JA 1986, 363; wohl auch Schmitt, Subjektive Rechtfertigungselemente bei Fahrlässigkeitsdelikten? – OLG Hamm, NJW 1962, 1169, JuS 1963, 64 (65 f.); krit. zu dieser Theorie Herzberg, Handeln in Unkenntnis einer Rechtfertigungslage, JA 1986, 190 (200 f.); ders., Subjektive Rechtfertigungselemente? Anmerkungen zu Rohrer, JA 1986, S. 363 ff., JA 1986, 541; Prittwitz, Der Verteidigungswille als subjektives Merkmal der Notwehr, JURA 1984, 74. Nach dem neueren Ansatz von Gropp, An der Grenze der Lehre vom personalen Unrecht – Eine Skizze zum Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements, in: FS Kühl (2014), S. 247; ders., Das subjektive Rechtfertigungselement als hermeneutisches Problem, in: FS Sieber (2021), S. 121; ders./Simm, Strafrecht AT, 5. Aufl. (2020), § 5 Rn. 47 ff., § 13 Rn. 187 setzt § 32 zwar ein subjektives Rechtfertigungselement voraus, bei einem

§ 32 das Vorliegen der objektiven Rechtfertigungselemente genügen, sind etwaige Fehlvorstellungen des Notwehrübenden über die Erforderlichkeit des eingesetzten Verteidigungsmittels ohne Belang für seine Rechtfertigung. Ein subjektives Rechtfertigungselement ist nach dieser Ansicht für eine Rechtfertigung nach § 32 gerade nicht notwendig. Zur Begründung wird dafür vorgebracht, dass die Rechtsordnung nur durch die Tat, nicht aber durch die böse Gesinnung des Täters gestört werde.⁷⁰ Da die objektiven Rechtfertigungselemente hier vorliegen (der Schlag mit dem Schlagring ist tatsächlich erforderlich, s.o.), hat B nach der objektiven Theorie gerechtfertigt in Notwehr gem. § 32 gehandelt.

Nach der von der ganz h.M.⁷¹ vertretenen und vorzugswürdigen subjektiven Theorie ist für eine Rechtfertigung nach § 32 – neben den objektiven Rechtfertigungselementen – ein subjektives Rechtfertigungselement notwendig. Dafür lässt sich zunächst anführen, dass das Erfordernis eines subjektiven Rechtfertigungselements schon durch den Wortlaut des § 32 (»[...] um einen [...] Angriff [...] abzuwenden«) nahe gelegt wird.⁷² Weiterhin lässt sich vorbringen, dass von einer Rechtsbewährung i.S.d. Notwehrrechts nur dann gesprochen werden kann, wenn das durch den Angreifer gesetzte Unrecht erkannt und diesem entgegengetreten wird.⁷³ Schließlich spricht für die Notwendigkeit eines subjektiven Rechtfertigungselements in grundsätzlicher Hinsicht, dass der durch den Vorsatz geprägte

objektiv rechtskonform handelnden Täter liege aber trotz der Rechtswidrigkeit seines Handelns kein strafbares Unrecht vor, weshalb der Täter nicht zu bestrafen sei; i.E. sehr ähnlich zuvor schon *Rath*, Das subjektive Rechtfertigungselement (2002), S. 654 (Zusammenfassung): »Das Nichtvorliegen der subjektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen, bei Gegebensein der objektiven, führt zum Unrechtsausschluss in Gestalt des bloßen Wegfalls der objektiven Unrechtsvoraussetzungen«.

70 LKStGB/*Spendel* (Fn. 27), § 32 Rn. 140.

71 BGHSt 2, 111 (114); 3, 194 (138); BGH NStZ 2016, 333; HK-GS/*Duttge* (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 11 f.; *Matt/Renzikowski/Engländer* (Fn. 27), Vor § 32 Rn. 6; *Geppert*, Die subjektiven Rechtfertigungselemente, JURA 1995, 103 (104); *AnwKStGB/Hauck* (Fn. 33), Vor § 32 Rn. 9; *Jakobs* (Fn. 27), 11/21; *Jescheck/Weigend* (Fn. 16), S. 328 f.; *Köhler*, Strafrecht AT, 1. Aufl. (1997), S. 321 f.; *Kühl* (Fn. 18), § 7 Rn. 124; *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT I, 7. Aufl. (1987), § 25 Rn. 24 ff.; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* (Fn. 2), § 14 Rn. 46; *Murmann* (Fn. 2), § 25 Rn. 8 ff.; *Rengier* (Fn. 3), § 17 Rn. 11; LKStGB/*Rönnau/Hohn*, Leipziger Kommentar zum StGB, 13. Aufl. (2019), § 32 Rn. 262; *SSW/Rosenau* (Fn. 18), Vor § 32 Rn. 13 f.; *Roxin/Greco* (Fn. 20), § 14 Rn. 96 f.; *Safferling*, Eventualverteidigungsvorsatz und Verteidigungswille bei Notwehr, GA 2020, 70 (74); *Streng*, Das subjektive Rechtfertigungselement und sein Stellenwert – Grundlagen, Anforderungen und Irrtumskonstellationen, in: FS Otto (2007), S. 469 f.; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 410; umfassende Nachweise bei *Hillenkamp/Cornelius* (Fn. 22), 4. Problem, S. 35 f.

72 S. MK/*Duttge* (Fn. 53), § 15 Rn. 202; *Haft*, Strafrecht AT, 9. Aufl. (2004), S. 70; *SSW/Rosenau* (Fn. 18), Vor § 32 Rn. 14; *Seier/Herrmann*, Anfängerklausur Strafrecht: »Der Wurf mit der Kokosnuss«, JuS 2012, 327 (331); krit. zum Wortlaut-Argument *Frisch*, Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements, in: FS Lackner (1987), S. 113 (116 f.); *ders.* (Fn. 18), § 4 Rn. 38; *Kühl* (Fn. 18), § 7 Rn. 125; *Loos*, Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente, in: FS Oehler (1985), S. 227 (235 f.).

73 Vgl. *Gallas* (Fn. 57), S. 155 (177); krit. dazu *Frisch* (Fn. 72), S. 113 (120 f.).

Handlungsunwert (die Entscheidung des Täters für die Rechtsgutsverletzung) durch das Vorliegen der objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen, die nur den Erfolgsunwert (die Rechtsgutsverletzung) aufheben, nicht »beseitigt« wird; erst wenn der Täter die Rechtfertigungssituation kennt, ist auch der Handlungsunwert und damit alles Unrecht »beseitigt«, da der Täter nun weiß, dass er das Rechtsgut verletzen darf.⁷⁴ Der um sein tatbestandserfüllendes Handeln wissende Täter muss die objektiv gegebene Rechtfertigungslage mit anderen Worten deshalb kennen und in diesem Wissen handeln, weil allein unter dieser Voraussetzung sein Handeln nicht nur objektiv, sondern auch subjektiv »in Ordnung« ist.⁷⁵ Dass auch der Handlungsunwert aufgehoben werden muss, wenn nicht (Versuchs-)Unrecht übrigbleiben soll, ergibt sich aus der gesetzgeberischen Entscheidung für die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs in §§ 22, 23 III.⁷⁶

b) Vorliegen des subjektiven Rechtfertigungselements

Verlangt man mit der überzeugenden ganz h.M. ein subjektives Rechtfertigungselement, muss nun geklärt werden, wie sich die »subjektive Überschreitung« der Erforderlichkeit durch B auswirkt.⁷⁷

Das subjektive Rechtfertigungselement setzt voraus, dass der Täter in Kenntnis der rechtfertigenden Umstände gehandelt hat.⁷⁸ Der Täter muss also wissen, dass er sich in einer Notwehrlage befindet, und dass er sich mit einer zur Abwehr des Angriffs erforderlichen Handlung verteidigt;⁷⁹ er muss mithin im Bewusstsein handeln, in einer Notwehrlage eine Notwehrhandlung zu vollziehen.⁸⁰ B war sich bewusst, dass ein gegenwärtiger und rechtswidriger Angriff durch F vorliegt, er hatte also Kenntnis der Notwehrlage. Nach der Vorstellung des B war der Einsatz des Schlagrings gegen F jedoch nicht zur Abwendung des Angriffs notwendig, da er irrig davon ausging, dass er F auch ohne Weiteres mit einem milderem Mittel (Griff) effektiv hätte stoppen können. B hat sich folglich mit Vorbedacht für eine Überschreitung der durch das Notwehrrecht gesetzten Grenzen entschieden.

74 Vgl. *Kühl* (Fn. 18), § 7 Rn. 124; s. auch *Geppert* (Fn. 71), JURA 1995, 103 (104); *Rengier* (Fn. 3), § 17 Rn. 11: »Rechtfertigungsvorsatz« als kompensierendes Gegenstück zum Tatvorsatz; Übersicht bei *Safferling* (Fn. 71), GA 2020, 70 (74).

75 *Frisch* (Fn. 18), § 4 Rn. 38.

76 *Kühl* (Fn. 18), § 7 Rn. 124; s. auch *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* (Fn. 2), § 14 Rn. 46; *Frisch* (Fn. 72), S. 113 (126 ff.); *ders.*, (Fn. 18), § 4 Rn. 38; *Geppert* (Fn. 71), JURA 1995, 103 (104); *Roxin/Greco* (Fn. 20), § 14 Rn. 96.

77 Falllösung zur »subjektiven Überschreitung« der Gebotenheit bei *Seier/Herrmann* (Fn. 72), JuS 2012, 327 (331).

78 Vgl. LPK-StGB/*Kindhäuser/Hilgendorf* (Fn. 6), Vor § 32 Rn. 13; *Lackner/Kühl/Kühl* (Fn. 6), § 32 Rn. 7; *Murmann* (Fn. 2), § 25 Rn. 105; *Rengier* (Fn. 3), § 17 Rn. 11: »Handeln in der sicheren Kenntnis der objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen«.

79 *Kühl* (Fn. 18), § 7 Rn. 128; s. auch *Köhler* (Fn. 71), S. 322; *Meyer*, Zu den subjektiven Voraussetzungen der Verteidigung bei der Notwehr, GA 2003, 807 (821); *Safferling* (Fn. 71), GA 2020, 70 (80); unklar *Berster*, Der subjektive Exzess der Notwehr und Putativnotwehr, GA 2016, 36 ff., der bezüglich der Erforderlichkeit zwischen Fakten- und Bedeutungskennntnis differenzieren will.

80 *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* (Fn. 2), § 14 Rn. 47.

Seine Handlung stellt sich damit in subjektiver Hinsicht nicht als Notwehrhandlung i.S. einer erforderlichen Verteidigung (§ 32 II) dar, sondern als eine von der Notwehr gerade nicht gedeckte »überschießende« Verletzung des Angreifers F.⁸¹ Das Verhalten des B ist damit ein Ausdruck bewusster Rechtsgutsverletzung;⁸² er hatte mithin nicht den Vorsatz, etwas objektiv Rechtmäßiges zu tun.⁸³ Damit fehlt es an einem positiven (rechtfertigenden) Handlungswert, der den negativen (tatbestandlichen) Handlungswert kompensieren kann.⁸⁴ Das für eine Rechtfertigung nach § 32 notwendige subjektive Rechtfertigungselement liegt daher nicht vor.⁸⁵

c) Folgen des fehlenden subjektiven Rechtfertigungselements

Fraglich ist, welche Folgen das fehlende subjektive Rechtfertigungselement für die Strafbarkeit des B hat.⁸⁶

⁸¹ Vgl. Meyer (Fn. 79), GA 2003, 807 (821).

⁸² Vgl. Meyer (Fn. 79), GA 2003, 807 (821).

⁸³ Vgl. Roxin/Greco (Fn. 20), § 14 Rn. 97.

⁸⁴ S. Gallas (Fn. 57), S. 155 (177); Kühl (Fn. 18), § 7 Rn. 125; Roxin/Greco (Fn. 20), § 14 Rn. 96.

⁸⁵ Vgl. auch MüKoStGB/Erb (Fn. 53), § 32 Rn. 242. Nach Seier/Herrmann (Fn. 72), JuS 2012, 327 (331) werden von der Konstellation des fehlenden subjektiven Rechtfertigungselements nur die Fälle umschrieben, in denen der Täter die Notwehrlage nicht erfasst. Dieses Verständnis ist jedoch verkürzt: Die Kenntnis der Notwehrlage ist notwendige »Eingangsvoraussetzung« des subjektiven Rechtfertigungselements. Daraus folgt aber nicht, dass jedes Handeln in Kenntnis der Notwehrlage in subjektiver Hinsicht eine Notwehrhandlung ist. Für einen vollständigen »Rechtfertigungsvorsatz« muss das Handeln des Täters in subjektiver Hinsicht vielmehr auch auf die Vornahme einer erforderlichen Notwehrhandlung gerichtet sein. Die starke Fokussierung der literarischen Diskussion auf die »Kenntnis der Notwehrlage« dürfte vor allem Folge der Auseinandersetzung mit der Rspr. sein, die in subjektiver Hinsicht zusätzlich zu dieser einen »Verteidigungswillen« fordert, s. bspw. BGH NJW 2013, 2133; BGH NSTZ 2016, 333; umfassende Nachweise zur Diskussion bei Hillenkamp/Cornelius (Fn. 22), 4. Problem, S. 37 ff. Hierbei geht es aber um ein sachlich anders gelagertes Problem. Wenn sich die h.L. dafür ausspricht, dass die »Kenntnis der Notwehrlage« für das subjektive Rechtfertigungselement genügt, bedeutet dies nicht, dass hinsichtlich der Notwehrhandlung kein entsprechender »Rechtfertigungsvorsatz« bestehen muss; die h.L. verzichtet mithin nur auf eine darüberhinausgehende »Verteidigungsmotivation« des Täters; kompakt dazu Murmann (Fn. 2), § 25 Rn. 105; ausführlich Loos (Fn. 72), S. 227 (229 ff.); Roxin/Greco (Fn. 20), § 14 Rn. 97 ff. Auch Seier/Herrmann (Fn. 72), JuS 2012, 327 (331) kommen i.E. unter Verweis auf die »Wertungsgleichheit« (i.S.v.: Der Täter stehe einem Notwehrübenden gleich, dem schon das Angriffsgeschehen nicht bewusst ist) zum hier vertretenen Ergebnis. Ein solcher »Umweg« zum richtigen Ergebnis ist aber nicht notwendig, dieses ergibt sich vielmehr bereits aus den allgemein an das subjektive Rechtfertigungselement zu stellenden Anforderungen.

⁸⁶ Kompakt dazu Geppert (Fn. 71), JURA 1995, 103 (105 f.); eingehend Hillenkamp/Cornelius (Fn. 22), 4. Problem, S. 40 ff. m.w.N. Diese Konstellation wird z.T. als umgekehrter Erlaubnistatbestandsirrtum bzw. umgekehrter Erlaubnistatbestandsirrtum bezeichnet, s. Graul, Der „umgekehrte Erlaubnistatbestandsirrtum«, JuS 2000, L 41; NK/Paeffgen/Zabel (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 124; Scheffler, Der Erlaubnistatbestandsirrtum und seine Umkehrung, das Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente, JURA 1993, 617 (622 ff.); Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 4), Rn. 1347; vgl. auch OLG Celle Nds. Rpfl. 2013, 253 m. Anm. Jahn, JuS 2013, 1042 (1044 m. Fn. 10); Fallbearbeitungen zu dem Problemkomplex finden sich bei Börgers/Grünwald, Übungsfall: »Straftaten gegen Kraftfahr-

Die Vollendungslösung⁸⁷ spricht sich dafür aus, bei fehlendem subjektiven Rechtfertigungselement wegen vollendeter Tat zu bestrafen. Hierfür wird unter Verweis auf den dreistufigen Straftataufbau vorgebracht, dass der Tatbestand vollständig erfüllt sei – insbesondere der tatbestandsmäßige Erfolg sei eingetreten – und eine ausnahmsweise Rechtfertigung nach § 32 am fehlenden subjektiven Rechtfertigungselement scheitere. Auch bei vollständigem Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes entfalle die Rechtswidrigkeit nicht deshalb, weil nichts rechtlich Relevantes geschehen sei, sondern weil der einen tatbestandlichen Erfolg herbeiführende Täter die objektiven und subjektiven Merkmale eines Ausnahmesatzes realisiere.⁸⁸ Das Vorliegen der objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen könne daher nur im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden, wobei z.T. eine Milderungsmöglichkeit entsprechend § 49 I befürwortet wird.⁸⁹ Folgt man der Vollendungslösung, hat sich B wegen (vollendeter) gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 1 strafbar gemacht.

Nach der Versuchslösung⁹⁰ ist ein Täter, der die objektiven, nicht aber die subjektiven Voraussetzungen der Notwehr

zeuge«, ZJS 2008, 521; Ernst, Übungsfall: »Eheglück und seine Folgen«, ZJS 2011, 382; Heinrich, Übungsklausur Strafrecht: »Einkaufsfreuden«, Jura 1997, 366; Kühl/Hinderer, Übungsklausur Strafrecht: »Scherben bringen nicht immer Glück«, Jura 2012, 488; Ritz, Anfängerklausur Strafrecht: »Schönheits-OP mit Folgen«, JuS 2018, 254; Seier/Waßmer (Fn. 5), Fall 7, S. 73.

⁸⁷ BGHSt 2, 111 (114 f.); BGH NSTZ 2005, 332 (334); NSTZ 2016, 333; Alwart, Der Begriff des Motivbündels im Strafrecht – am Beispiel der subjektiven Rechtfertigungselemente und des Mordmerkmals Habgier, GA 1983, 433 (454 f.); Gallas (Fn. 57), S. 155 (172 ff.) (bei der Notwehr); Gössel, Überlegungen zum Verhältnis von Norm, Tatbestand und dem Irrtum über das Vorliegen eines rechtfertigenden Sachverhalts, in: FS Triffterer (1996), S. 93 (99); Haft (Fn. 72), S. 71, 257; Heinrich (Fn. 18), Rn. 392; ders. (Fn. 86), JURA 1997, 366 (374); LKStGB/Hirsch (Fn. 27), Vor § 32 Rn. 59 ff.; Köhler (Fn. 71), S. 323 f.; Paeffgen, Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum, in: GS Kaufmann (1989), S. 399 (421 ff.); NK/ders./Zabel (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 128; Ritz (Fn. 86), JuS 2018, 254 (258); Schmidhäuser, StuB AT, 2. Aufl. (1984), 6/24; Stemler, Die Notwehr, ZJS 2010, 347 (350); Triffterer, Zur subjektiven Seite der Tatbestandsausschließungs- und Rechtfertigungsgründe, in: FS Oehler (1985), S. 209 (224); NK/Zaczyk (Fn. 11), § 22 Rn. 57 (bei der Notwehr); Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff (1973), S. 266; Zieschang (Fn. 25), Rn. 232; s. auch Schmitt (Fn. 69), JuS 1963, 64 (65).

⁸⁸ Vgl. LKStGB/Hirsch (Fn. 27), Vor § 32 Rn. 61.

⁸⁹ Vgl. LKStGB/Hirsch (Fn. 27), Vor § 32 Rn. 61; s. auch NK/Paeffgen/Zabel (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 128.

⁹⁰ BGHSt 38, 144 (155 f.) m. zust. Anm. Otto, JR 1992, 210 (211); BGH NJW 2017, 1186 (1188) m. Anm. Mitsch; KG GA 1975, 213 (215); OLG Celle Nds. Rpfl. 2013, 253 m. Anm. Jahn, JuS 2013, 1042; OLG Naumburg NSTZ 2013, 718 m. Anm. Jahn, JuS 2013, 1139; HK-GS/Duttge (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 13; MüKoStGB/ders. (Fn. 53), § 15 Rn. 202; Matt/Renzikowski/Engländer (Fn. 27), Vor § 32 Rn. 8; Fischer (Fn. 53), § 32 Rn. 27; Frisch (Fn. 72), S. 113 (138 ff.); ders. (Fn. 18), § 4 Rn. 40; Frister (Fn. 33), § 14 Rn. 23; Geppert (Fn. 71), JURA 1995, 103 (105); Graul (Fn. 86), JuS 2000, L 41 (L 42 f.); AnwKStGB/Hauck (Fn. 33), Vor § 32 Rn. 9; Herzberg (Fn. 69), JA 1986, 190 (192 f.); Jakobs (Fn. 27), 11/22 ff.; Jescheck/Weigend (Fn. 16), S. 330; NK/Kindhäuser (Fn. 11), § 32 Rn. 149; Krey/Esser (Fn. 18), Rn. 469; Kühl (Fn. 18), § 7 Rn. 14 ff.; Maurach/Zipf (Fn. 71), § 25 Rn. 34; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele (Fn. 2), § 14 Rn. 55; Murmann (Fn. 2), § 25 Rn. 10; Rengier (Fn. 3), § 17 Rn. 18; LKStGB/Rönau/Hohn (Fn. 71), § 32 Rn. 268;

erfüllt, nur wegen Versuchs zu bestrafen. Wo der Versuch nicht mit Strafe bedroht ist, führt das zur Straflosigkeit.⁹¹ Die Versuchsregeln werden dabei teils unmittelbar,⁹² teils analog⁹³ herangezogen. Zur Begründung wird angeführt, dass der mit der Tatbestandsverwirklichung verknüpfte Erfolgswert durch die objektiv gegebene Rechtfertigungslage kompensiert werde, weshalb sich der Unwertgehalt der Tat – ebenso wie beim untauglichen Versuch – auf den subjektiven Handlungsunwert beschränke.⁹⁴ Nach der Versuchslösung hat sich B folglich nur wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung nach §§ 223 I, II, 224 I Nr. 2 Alt. 1, II, 22, 23 I strafbar gemacht.

Für die Versuchslösung spricht entscheidend, dass es für die Bestrafung wegen eines vollendeten Delikts nicht genügt, dass die Merkmale des gesetzlichen Tatbestands überhaupt erfüllt sind; die Tatbestandserfüllung muss auch tatbestandsmäßiges Unrecht darstellen.⁹⁵ Daran fehlt es aber, wenn der Tatbestand eigentlich verwirklicht und der tatbestandliche Erfolg also herbeigeführt werden durfte.⁹⁶ Es liegt also ein bloßer Versuch vor, weil der Unrechtserfolg objektiv nicht eingetreten ist und der Handlungsunwert allein nur einen Versuch begründen kann.⁹⁷ B ist somit nur wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung zu bestrafen.

III. Ergebnis

B hat sich nicht wegen vollendeter gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 1 strafbar gemacht.

B. Gesamtergebnis

B hat sich nicht wegen eines vorsätzlichen vollendeten Delikts strafbar gemacht.

SSW/Rosenau (Fn. 18), Vor § 32 Rn. 16; Roxin/Greco (Fn. 20), § 14 Rn. 104; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben (Fn. 12), Vor § 32 Rn. 15; Stratenwerth/Kuhlen (Fn. 27), § 9 Rn. 154 f.; Streng (Fn. 71), S. 469 (473); Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 4), Rn. 415.

⁹¹ Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 4), Rn. 415.

⁹² Frisch (Fn. 72), S. 113 (138 ff.); ders. (Fn. 18), § 4 Rn. 40; Herzberg (Fn. 69), JA 1986, 190 (193); Prittwitz (Fn. 69), JURA 1984, 74 (76); LKStGB/Rönnau/Hohn (Fn. 71), § 32 Rn. 269; Roxin/Greco (Fn. 20), § 14 Rn. 104; Streng (Fn. 71), S. 469 (474).

⁹³ HK-GS/Duttge (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 13; Fischer (Fn. 53), § 32 Rn. 27; Geppert (Fn. 71), JURA 1995, 103 (105); Jakobs (Fn. 27), 11/23 f.; Jescheck/Weigend (Fn. 16), S. 330; Kühl (Fn. 18), § 7 Rn. 16 m. Fn. 2; Maurach/Zipf (Fn. 71), § 25 Rn. 34; Stratenwerth/Kuhlen (Fn. 27), § 9 Rn. 155.

⁹⁴ Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 4), Rn. 415; s. auch Rengier (Fn. 3), § 17 Rn. 18.

⁹⁵ So überzeugend Frisch (Fn. 18), § 4 Rn. 40.

⁹⁶ Frisch (Fn. 18), § 4 Rn. 40.

⁹⁷ Roxin/Greco (Fn. 20), § 14 Rn. 40.

StuDi Bericht

Luca Fynn Duda* und Lena John†

Der 10. Monzeler Weinrechtstag

Am 19. August 2022 fand auf dem Weingut Karl Veit in Osann-Monzel der 10. Monzeler Weinrechtstag statt. Die vom hiesigen Institut für Landwirtschaftsrecht organisierte Tagung stand unter dem Generalthema »Klimawandel und Weinbau«. Die Autoren berichten über Ablauf und Inhalt der Tagung sowie über ihre persönlichen Erfahrungen und Erkenntnisse.

Trotz der Möglichkeit fachspezifische Vorlesungen und Seminare jenseits des Pflichtfachstoffs zu besuchen, verleitet das juristische Studium durch den stets bestehenden Zeit- und Leistungsdruck dazu, sich auf die wesentlichen examensrelevanten Rechtsgebiete zu beschränken. Um die den Fluchtpunkt bestimmenden Achsen des juristischen Studienalltags zu erweitern und Einblicke in neue – auch interdisziplinäre – Sachgebiete zu erhalten, bietet die Teilnahme an Fachtagungen eine hervorragende Möglichkeit. Bei solchen handelt es sich regelmäßig um ein- oder mehrtägige Zusammenkünfte von Praktikern und Wissenschaftlern zwecks eines gemeinsamen Austausches und der Debatte aktueller Fragestellungen.¹ Jedes Semester organisieren verschiedene Lehrstühle der Fakultät juristische Tagungen zu den unterschiedlichsten Themenbereichen. Veranstaltungshinweise werden meist auf der Startseite der juristischen Fakultät² bereitgestellt. Weiterhin wird auch durch Anhänge oder Informationen auf den Webseiten der jeweiligen Lehrstühle auf die Tagungen aufmerksam gemacht.

A. Vorüberlegungen und Anmeldung zum 10. Monzeler Weinrechtstag

Insbesondere das Weinrecht³ ist eine juristische Disziplin, mit der im Studium in der Regel weniger Berührungs-

* Der Autor studiert seit dem WiSe 2018/19 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen. Seit dem SoSe 2019 ist er als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht bei Prof. Dr. Frank Schorkopf angestellt.

† Die Autorin studiert im 6. Semester Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen. Neben dem Studium ist sie seit dem WiSe 2020/21 als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht von Prof. Dr. Frank Schorkopf tätig.

Die Autoren danken Frau Prof. Dr. Barbara Veit sowie Herrn Prof. Dr. José Martínez für die Ausrichtung der Tagung und die freundliche Unterstützung bei der Erstellung dieses Beitrags.

¹ Zum Format der rechtswissenschaftlichen Tagung s. *Augsberg*, *Questa sera si recita a soggetto*, in: Funke/Lachmayer (Hrsg.), *Formate der Rechtswissenschaft*, 2017, S. 77 (84 ff., 89).

² Abrufbar unter <https://www.uni-goettingen.de/de/42867.html>, zuletzt abgerufen am 17.10.2022.

³ Zur *Lex Vinum* und einer Übersicht weinrechtlicher Vorschriften <https://www.uni-goettingen.de/de/lexvinum/532549.html>, zuletzt abgerufen am 17.10.2022. Zur historischen Entwicklung des Weinrechts *Maringer*, *Weinrecht und Verbraucherschutz. Vom Alten Reich bis zur Gegenwart* unter besonderer Berücksichtigung des Anbaubereichs Mosel (2014).

punkte bestehen. Aus diesem Grund entschieden wir uns, an der gegenständlichen Tagung auf dem Weingut Karl Veit⁴ in Osann-Monzel – einer kleinen, an der Mittelmosel gelegenen Weinbaugemeinde in Rheinland-Pfalz – teilzunehmen. Neben Experten des Weinrechts, Weinbaus und klimatologischer Disziplinen stand die Teilnahme auch Studierenden, Mitarbeitern und Absolventen der Rechtswissenschaft offen. Der Tagungsbeitrag wurde von der Landwirtschaftlichen Rentenbank finanziert, die auch Trägerin der Göttinger Stiftungsprofessur für Landwirtschaftsrecht ist. Die Anmeldung erfolgte durch einfache Mitteilung an das Institut für Landwirtschaftsrecht.

B. Ablauf und Inhalt der Tagung

Gegenstand der diesjährigen Tagung war das Generalthema »Klimawandel und Weinbau«. Vor dem Hintergrund, dass der Klimawandel erhebliche Auswirkungen auf den Weinbau und die Weinregionen in Deutschland und der Welt hat – welche von qualitativen Veränderungen bis hin zu Existenzgefährdungen durch die unwetterbedingte Zerstörung von großen Rebflächen und damit der Erwerbsgrundlagen reichen – sollten die diesbezüglich notwendigen und möglichen rechtlichen Maßnahmen erörtert werden.⁵ Die Herausforderungen, denen sich die Winzer im Zuge der temperatur- und wetterbedingten Entwicklungen stellen müssen,⁶ wurden insbesondere durch die Ahr-Flutkatastrophe 2021 sichtbar, deren Auswirkungen noch immer fortdauern. Nachdem die Tagung durch den Organisator Prof. Dr. José Martínez eröffnet worden war und der Präsident der rheinland-pfälzischen Landwirtschaftskammer Norbert Schindler einige Grußworte an die Teilnehmer gerichtet hatte, sollte sich der erste Teil der Diskussion ebendieser Thematik widmen. Anknüpfend daran waren Anpassungs- und Vorsorgemaßnahmen hinsichtlich des Klimawandels aus önologischer und rechtlicher Perspektive Inhalt des zweiten Tagungsteils am Nachmittag.⁷

⁴ Die Internetpräsenz des Weingutes Karl Veit ist zu erreichen unter <https://www.weingut-karl-veit.de/>, zuletzt abgerufen am 17.10.2022.

⁵ Siehe das Tagungsprogramm unter <https://www.uni-goettingen.de/de/655049.html>, zuletzt abgerufen am 17.10.2022.

⁶ Dazu näher das *Bundesinformationszentrum Landwirtschaft*, *Die Folgen des Klimawandels für den Weinbau*, abrufbar unter <https://www.landwirtschaft.de/landwirtschaft-verstehen/wie-arbeiten-foerster-und-pflanzenbauer/die-folgen-des-klimawandels-fuer-den-weinbau>, zuletzt abgerufen am 17.10.2022.

⁷ Tagungsprogramm (Fn. 5), zuletzt abgerufen am 17.10.2022.

I. Erster Teil: Die Folgen des Klimawandels – am Beispiel der Ahr-Flutkatastrophe

Eingeleitet wurde die Tagung von *Peter Kriechel*, einem Winzer aus Ahrweiler und Vorsitzender des *Ahrwein e.V.* Als unmittelbar Betroffener der Ahr-Flutkatastrophe berichtete er über das Ausmaß des Schadens in der Region – freilich mit besonderem Bezug auf den Weinbau – sowie die getroffenen Wiederaufbaumaßnahmen. So beschrieb er, dass die Flut nicht nur flächendeckend die Region zerstört, sondern insbesondere auch dem Weinbau buchstäblich den Boden unter den Füßen weggerissen hat. Besonders hob *Kriechel* jedoch die ausgeprägte Hilfsbereitschaft und Solidarität der Bevölkerung hervor. Als dessen Begründer rückte er namentlich die »Flutwein-Kampagne« in den Vordergrund. Deren Idee ist es, die durch das Hochwasser verunreinigten und nicht mehr verkaufbaren Weinflaschen – den Flutwein – als »Souvenir« i.S.e. symbolischen Dankes gegen eine Spende abzugeben. Auf diesem Wege konnten bis dato knapp 4,5 Mio. € an Spenden gesammelt werden und über 175 Tausend Flaschen einen neuen Eigentümer finden.⁸

Die bereits in der Einführung angesprochenen weinbaupolitischen Herausforderungen griff *Stefan Schönenberger* aus dem Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau Rheinland-Pfalz (im Volksmunde auch »Weinbau-Ministerium«) im darauffolgenden Vortrag auf. Im Fokus der Betrachtungen standen insbesondere rechtliche Problemfelder im Zusammenhang mit Spendengeldern sowie Entschädigungs- und Billigkeitsleistungen für Helfer und Winzer. Weinrechtlich relevant waren spezifischere Fragestellungen, wie beispielsweise, ob Trauben aus betroffenen Gebieten aufgrund flutbedingter Engpässe auch in benachbarten Anbaugebieten gekeltert werden dürfen.

Zum Abschluss des ersten Teils der Tagung ging *Dr. Maximilian Hendgen* – Geschäftsführer der Weinbauverbände Mosel und Mittelrhein sowie promovierter Oenologe – auf die Bewältigungshindernisse nach der Flut aus Sicht der Weinbranche ein. Demnach habe die Flutkatastrophe im Weinbau einen Gesamtschaden von rund 200 Mio. € herbeigeführt. Er trug vor, dass zur Erhaltung des Weinbaus und zur Vorsorge für die Zukunft kurz-, mittel- und langfristige Maßnahmen ergriffen werden müssten. An erster Stelle hätten zunächst die Ertrags- und Qualitätssicherung gestanden, welche durch Hubschrauberspritzung⁹ und grüne Lese¹⁰ erreicht werden sollten. Des Weiteren gäbe es neben der Problematik der Finanzierung des Wieder-

aufbaus jedoch auch tiefergreifende Fragen zu klären, beispielsweise welche Gebiete durch Wasser und Schlamm nachhaltig kontaminiert wurden und ob bzw. auf welche Weise die zerstörten Rebflächen wiederhergestellt werden sollen. Der Vortrag behandelte einerseits die Entwicklungen und alternativen Möglichkeiten in der Lösungsfindung und verdeutlichte andererseits, wie schwierig die Bewältigung der Flutkatastrophe aufgrund der Vielzahl an zu berücksichtigenden – insbesondere rechtlichen – Faktoren ist.

II. Zweiter Teil: Klimaanpassungsmaßnahmen und Prävention

Die erste Hälfte des Nachmittags war dem Vortrag von *Ole Hengelbrock*, Referent für Grundsatzfragen aus dem Referat Katastrophenhilfe-Koordination der Caritas International, gewidmet, der durch Veranschaulichung konkreter Not-situationen den Blick auf die Auswirkungen des Klimawandels im globalen Süden lenken sollte. Zunächst standen Grundsatzfragen der humanitären Hilfe im Mittelpunkt. Bei der Erörterung, in welchem Rahmen und an welchen Stellen Hilfe geleistet werden kann und soll, stellte sich die Kernfrage, ob wir »das Richtige auf die richtige Art und Weise« tun. Zu diesem Zweck sollten die Tagungsteilnehmer anhand einzelner – auch juristisch relevanter – Szenarien individuell entscheiden, ob sie konkrete Hilfsmaßnahmen ergreifen würden, um ein angestrebtes Ziel zu erreichen, obwohl diese mit möglichen Nachteilen und Unsicherheiten für andere Personengruppen verbunden wären. Die Entscheidungsfindung hinsichtlich Konstellationen, in denen gleichsam weder der eine noch der andere Lösungsweg als »der Richtige« betitelt werden kann, hat nachhaltig zum Nachdenken angeregt. Insbesondere wurde eine Auseinandersetzung mit dem eigenen Gerechtigkeitsgefühl angestoßen.

Der letzte Vortrag widmete sich der Thematik der Rebenzüchtung im Lichte des Klimawandels. *Prof. Dr. Reinhard Töpfer* – Direktor des Instituts für Rebenzüchtung des Julius-Kühn-Instituts (JKI), das Bundesforschungsinstitut für Kulturpflanzen – erläuterte in diesem Rahmen nicht nur, worauf es bei der Rebenzüchtung zeitlebens ankommt. Vielmehr rückte er die zukünftigen Herausforderungen und ihre Lösungen in den Mittelpunkt seines Vortrages. Namentlich müsse auf klimatische Veränderungen reagiert werden. Ein wichtiges Augenmerk läge auf der Nachhaltigkeit.¹¹ Durch gezieltes Paaren von Rebsorten¹² versucht das JKI dabei, das Optimum an Resistenz, Wüchsigkeit, Ertrag, Holzreife, phänologischer Anpassung und Qualität zu erreichen. Das Ziel der Rebenzüchtung formulierte *Töpfer* dahingehend,

⁸ Näher hierzu auf der Website der Initiative <https://www.flutwein.de/>, zuletzt abgerufen am 17.10.2022.

⁹ Dazu die *Aufsichts- und Dienstleistungsdirektion Rheinland-Pfalz*, Anwendung von Pflanzenschutzmitteln mit Luftfahrzeugen – Hubschrauberspritzung, abrufbar unter <https://add.rlp.de/de/themen/pflanzenschutz/pflanzenschutzrechtliche-genehmigungen/hubschrauberspritzung/>, zuletzt abgerufen am 17.10.2022.

¹⁰ S. diesbezüglich und zur Arbeit im Weinberg generell *Deutsches Weininstitut*, Die Arbeit im Weinberg, abrufbar unter <https://www.deutscheweine.de/wissen/weinbau-weinbereitung/arbeit-im-weinberg/>, zuletzt abgerufen am 17.10.2022.

¹¹ Näher zum nachhaltigen Weinbau *Kassemeyer*, Landwirtschaft, in: Kluck/Zemanek (Hrsg.), Nachhaltigkeit interdisziplinär. Konzepte, Diskurse, Praktiken (2019), S. 110 (115 ff.).

¹² Dabei geht es insbesondere um sog. pilzwiderstandsfähige Reben (PiWi-Sorten), vgl. dazu auch den aktuellen Katalog der gezüchteten Rebsorten des JKI unter https://www.julius-kuehn.de/media/Institute/ZR/_pdf/NeueRebsortenKatalog-JKI.pdf, zuletzt abgerufen am 17.10.2022.

durch eine Anpassung des Weinbaus an den Klimawandel die Kulturlandschaft zu erhalten.¹³

Geschlossen wurde der zweite Tagungsteil durch eine zusammenfassende Bewertung von *Prof. Dr. Barbara Veit*, die neben Erfahrungen aus ihrem familiären Bezug an die Enzyklika »Laudato si« des Papstes Franziskus aus dem Jahre 2015 zum Thema Nachhaltigkeit erinnerte, welche gleichfalls auch für den Weinbau Vorbild sein kann.¹⁴

C. Weiterführendes Rahmenprogramm

Neben den Vorträgen und anschließenden Diskussionen im Rahmen des Tagungsprogrammes boten die Kaffee- und Mittagspause wie auch der gemeinsame Ausklang am Abend ausgiebige Möglichkeiten des fachlichen Austausches, der in Zeiten des digitalen Tagens fast vergessen zu sein schien. Bei gemeinsamer Verkostung der Weine des Weinguts Karl Veit sowie der neuen pilzwiderstandsfähigen Rebsorte des JKI, »Calardis Blanc«¹⁵, die im Rahmen des letzten Vortrages vorgestellt worden war, konnte durch persönliche Gespräche noch tiefer in die Thematik eingestiegen werden.

Diese gaben nicht zuletzt Aufschluss über die unterschiedlichen Professionen juristischer wie nichtjuristischer Art im Zusammenhang mit dem Weinrecht, die von der Fachanwaltschaft über die Rebenforschung bis hin zur ministerialen Tätigkeit reichten. Auch der eine oder andere Tipp für Studium und Examensvorbereitung fand dergestalt den Weg mit zurück nach Göttingen. So gesehen war die Tagung eine großartige Gelegenheit, in entspannter Atmosphäre neue Kontakte hinein in unterschiedlichste Fachgebiete

¹³ Weitere Informationen zur Rebenzüchtung finden sich auf der Webseite des Instituts für Rebenzüchtung des JKI, abrufbar unter <https://www.juliuskuehn.de/zr/>, zuletzt abgerufen am 17.10.2022; dazu auch Prof. Dr. *Töpfer* im Interview auf <https://www.pflanzenforschung.de/de/pflanzenwissen/journal/rebenzuechtung-ist-eine-generationenaufgabe>, zuletzt abgerufen am 17.10.2022.

¹⁴ »Ohne eine Solidarität zwischen den Generationen kann von nachhaltiger Entwicklung keine Rede mehr sein. Wenn wir an die Situation denken, in der der Planet den kommenden Generationen hinterlassen wird, treten wir in eine andere Logik ein, in die des freien Geschenks, das wir empfangen und weitergeben. Wenn die Erde uns geschenkt ist, dann können wir nicht mehr von einem utilitaristischen Kriterium der Effizienz und der Produktivität für den individuellen Nutzen her denken. Wir reden hier nicht von einer optionalen Haltung, sondern von einer grundlegenden Frage der Gerechtigkeit, da die Erde, die wir empfangen haben, auch jenen gehört, die erst noch kommen«, *Papst Franziskus*, Enzyklika *Laudato si* (2015), S. 68 Rn. 159.

¹⁵ Näher zur Rebsorte Fn. 12, S. 10 f., zuletzt abgerufen am 17.10.2022.

und Berufsfelder zu knüpfen und Anreize für den eigenen Werdegang zu erhalten.

D. Fazit: nicht nur eine causa vinum

Abschließend lässt sich festhalten, dass der 10. Monzeler Weinrechtstag in jeglicher Hinsicht eine fachliche wie auch persönliche Bereicherung war. So war es spannend, in eine juristische Thematik einzutauchen, mit der man im Rahmen des Studiums unter normalen Umständen nicht konfrontiert wird. Jedoch wurde nicht nur das fachliche Interesse gestärkt, sondern auch ein kritischerer Blick auf die Rahmenbedingungen des Weinbaus angestoßen. Die Auswirkungen der Ahr-Flutkatastrophe und die temperaturbedingten Entwicklungen im Weinbau verdeutlichen, wie tiefgehend der Klimawandel schon jetzt in Gewerbe und Existenzen eingreift. Nicht unmittelbar betroffen tendiert man schnell dazu, Katastrophen und deren Auswirkungen nach einiger Zeit aus den Augen zu verlieren; vor allem, sobald sie nicht mehr Teil der täglichen Berichterstattung sind. Die Auswirkungen der Flutkatastrophe 2021, welche die im Ahr-Gebiet angesiedelten Winzer noch jahrzehntlang beschäftigen werden, und die Herausforderungen, vor die der Weinbau durch den Klimawandel gestellt wird, machen darauf aufmerksam, an wie vielen Stellen der Klimawandel bereits tiefgreifende Schäden verursacht. Trotz mangelnder persönlicher Betroffenheit sollte man sich diese stetig voranschreitenden Auswirkungen auf Gesellschaft und Umwelt immer wieder vergegenwärtigen. Zu ihrer Bewältigung braucht es Wissenschaft, Wirtschaft und Politik gleichermaßen, die mit mutigen und klugen Initiativen voranschreiten, respektive ihnen einen Rahmen geben. Einige der solchen, die auf dieser Tagung vorgestellt wurden, sind gewiss Blaupause für eine nachhaltige Weinwirtschaft.

Schließlich ist zu resümieren, dass im Rahmen juristischer Tagungen nicht nur fachliche Interessen entdeckt, sondern auch der kritische Blick geschärft, Diskussionserfahrung gesammelt und neue Kontakte geknüpft werden können. Zur persönlichen Weiterbildung wie zur fachlichen Orientierung sei somit allen Studierenden ans Herz gelegt, bereits im Studium an fachspezifischen Tagungen teilzunehmen.

StuDi Erfahrungsbericht

Niklas Middelbeck*

Die praktische Studienzeit in der Niedersächsischen Staatskanzlei

Für die Ableistung der praktischen Studienzeiten nach § 14 NJAVO¹ – häufig einfach als Praktika bezeichnet – im Rahmen des rechtswissenschaftlichen Studiums kommen vielfältige Möglichkeiten in Betracht. Studierende bekommen im Verwaltungspraktikum einen interessanten Einblick in behördliche Strukturen. Eine Anlaufstelle kann die Niedersächsische Staatskanzlei sein. Der Autor berichtet von seinen Erfahrungen bis zum Beginn des Praktikums und dem Alltag im Praktikum.

A. Die Informationsphase bis zum Arbeitsbeginn in der Niedersächsischen Staatskanzlei

I. Der Zweck der praktischen Studienzeit

In allen Bundesländern ist das Ableisten von »praktischen Studienzeiten« eine Zulassungsvoraussetzung für das Erste Staatsexamen.² Die praktische Studienzeit soll einen zeitlichen Umfang von mindestens drei Monaten haben, § 5a III DRiG. In Niedersachsen sind drei Pflichtpraktika vorgesehen, wovon eines beim Amtsgericht, eines in einer Verwaltungsbehörde und eines in einem Rechtsanwaltsbüro oder einer Rechtsabteilung abzuleisten ist, § 14 II Nr. 1-2 NJAVO. Zweck der praktischen Studienzeiten ist es, dass der Studierende sich einen Einblick in die verschiedenen Bereiche verschafft. Er soll den Ablauf der Verfahren vor dem Amtsgericht und die richterliche Arbeitsweise, sowie die Aufgabenstellung und Arbeitsweise einer Verwaltungsbehörde und eines Rechtsanwaltsbüros oder einer Rechtsabteilung kennenlernen. Die praktischen Studienzeiten bei einer Verwaltungsbehörde und einem Rechtsanwaltsbüro oder einer Rechtsabteilung können hierbei im Ausland absolviert werden, § 14 II 2 NJAVO. Bevor es einen ins Ausland verschlägt, sollte sich jedoch ein Überblick über die diversen und überaus interessanten Möglichkeiten im Inland verschafft werden. Eine erste Übersicht findet sich auf der Internetseite des Niedersächsischen Landesjustizportals.³

* Der Autor studiert seit dem WS 2019/20 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität in Göttingen und verbringt das WS 2022/23 im Rahmen eines Auslandsaufenthalts an der Katholieke Universiteit Leuven. Neben dem Studium ist der Autor als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Multimedia- und Telekommunikationsrecht von Prof. Dr. *Gerald Spindler* tätig.

1 Nds. GVBl. 1993, S. 561.

2 Die Praktika werden in den jeweils einschlägigen Ausbildungsordnungen der Länder meist als »praktische Studienzeiten« bezeichnet: Deutscher Anwaltverein, Pflichtpraktikum im Jurastudium – Voraussetzungen, Tipps und Praktikumsknigge, 9. Juni 2020, <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/studium-und-referendariat/praxis/details/pflichtpraktikum-im-jurastudium-voraussetzung-tipps-und-praktikumsknigge>, zuletzt abgerufen am 5.9.2022.

3 Niedersächsisches Landesjustizportal, Praktikum, https://justizportal.niedersachsen.de/startseite/karriere/landesjustizprüfungsamt/staatliche-pflichtfachprüfung_und_erste_prüfung/praktikum-158050.html, zuletzt abgerufen am 6.9.2022.

Zu beachten ist noch, dass die praktischen Studienzeiten erst nach Vorlesungsschluss des zweiten Fachsemesters, § 14 I NJAVO, und grundsätzlich nur in der vorlesungsfreien Zeit absolviert werden können, § 4 I Nr. 2 NJAG. Wenn der Studierende scheinfrei im Sinne des § 4 I Nr. 1 NJAG ist, kann er seine praktischen Studienzeiten auf Antrag auch innerhalb der Vorlesungszeit ableisten.⁴

II. Die Voraussetzungen für ein Praktikum bei der Niedersächsischen Staatskanzlei

Gemäß § 4 I Nr. 2 NJAG⁵ muss die Dauer der praktischen Studienzeit bei einer Verwaltungsbehörde vier Wochen umfassen. Wenn es möglich ist, länger als vier Wochen in der Behörde zu verweilen, ist dies durchaus ratsam. So lassen sich mehr Eindrücke gewinnen und die Einbindung in die Arbeitsabläufe der Behörde ist umfassender.⁶ Bei Behörden mit einem großen Zuständigkeitsbereich ist es dann häufig auch möglich, sich die unterschiedlichen Bereiche innerhalb der Behörde einmal näher anzusehen.

Während meiner Recherche stieß ich auf die Möglichkeit der Ableistung des Verwaltungspraktikums bei der Niedersächsischen Staatskanzlei. Eine direkte Information bezüglich des Verwaltungspraktikums findet sich auf der Internetseite der Niedersächsischen Staatskanzlei nicht. Weil es sich allerdings um eine mit einem Landesministerium vergleichbare Behörde handelt, ist es dennoch möglich, dort das Verwaltungspraktikum abzuleisten. Ein Praktikum bei der Niedersächsischen Staatskanzlei schien mir besonders reizvoll zu sein. Zum einen befindet sich diese Landesbehörde in Hannover und ist damit von Göttingen aus sehr gut zu erreichen und zum anderen werden vielfältige Aufgabenbereiche von der Niedersächsischen Staatskanzlei abgedeckt. Diese Aufgabenbereiche ergeben sich u.a. aus den landesverfassungsmäßigen Aufgaben des Niedersächsischen Ministerpräsidenten, dem die Staatskanzlei sozusagen als sein »Ministerium« zur Verfügung steht.⁷ Der Ministerpräsident vertritt gemäß Art. 35 I NV⁸ das Land Nieder-

niedersachsen.de/startseite/karriere/landesjustizprüfungsamt/staatliche-pflichtfachprüfung_und_erste_prüfung/praktikum-158050.html, zuletzt abgerufen am 6.9.2022.

4 Niedersächsisches Landesjustizportal (Fn. 3).

5 Nds. GVBl. 2004, S. 7.

6 *Karrasch*, Ein Verwaltungspraktikum im Bundesfinanzministerium, GRZ 2020, 76 (76).

7 Niedersächsische Staatskanzlei, Die Staatskanzlei, https://www.stk.niedersachsen.de/startseite/die_staatskanzlei/die-staatskanzlei-2539.html, zuletzt abgerufen am 6.9.2022.

8 Nds. GVBl. 1993, S. 107.

sachsen nach außen und bestimmt gemäß Art. 37 I 1 NV die Richtlinien der Politik und trägt dafür die entsprechende Verantwortung. Die Unterstützung hierbei ist eine Kernaufgabe der Staatskanzlei. Andere Aufgaben sind die Vorbereitung der Abstimmung des Landes Niedersachsen im Bundsrat, die Vertretung der niedersächsischen Interessen bei der Europäischen Union, die Presse- und Öffentlichkeitsarbeit, die Medienpolitik mit der Rechtsaufsicht über die Landesmedienanstalt und den Angelegenheiten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten (hierzu insbesondere B. II.), das Verfassungsrecht und einige weitere.⁹

Ich habe mich zunächst im Februar mit der Organisation der Niedersächsischen Staatskanzlei etwas vertraut gemacht, um meinen korrekten Ansprechpartner zu identifizieren. In meinem Fall war dies eine Dame aus dem Personalreferat (Referat 202). Ich erkundigte mich nach der generellen Möglichkeit, mein Praktikum hier ableisten zu können. Nach ein paar Tagen erhielt ich die Antwort, dass dies grundsätzlich möglich sei und ich einmal die üblichen Unterlagen an das Referat 202 schicken solle.¹⁰ Im späteren Prozess war zudem erforderlich, dass der Nachweis über eine Haftpflichtversicherung erbracht wird und dem Referat 202 ein ungefährer Zeitraum für das Praktikum angegeben wird. Einen Wunsch bezüglich meiner Verwendung habe ich nicht geäußert. Dies wäre sicherlich möglich gewesen, wobei es jedoch immer auf die Anzahl an verfügbaren Volljuristen ankommt. Einige Wochen später bekam ich die Zusage, mein Verwaltungspraktikum im Zeitraum vom 1. August bis zum 26. August 2022 im Referat für Medien und Film (Referat 205) ableisten zu können.

B. Der erste Tag in der Niedersächsischen Staatskanzlei und der Praktikumsalltag

I. Wichtige Unterlagen und Einführung in die Arbeitsweise der Staatskanzlei

Am ersten Tag des Praktikums sollte ich mich zunächst im Referat 202 einfinden, um dort von der zuständigen Landesbeamtin begrüßt zu werden. Vor einem kurzen Rundgang durch das Gebäude, mit meinem Verwendungsort als Ziel, waren noch ein paar formelle Dinge zu regeln. So musste ich einen Praktikumsvertrag und eine Verschwiegenheitserklärung unterzeichnen. Weiterhin wurde mir die Struktur der Staatskanzlei erklärt. Dem Ministerpräsidenten untersteht immer der Chef der Staatskanzlei mit seinem jeweiligen persönlichen Referenten. Weiterhin unterstützt wird der Ministerpräsident von seinem persönlichen Büro. Unterstellt sind dieser Führungsebene die Abteilung 1 für Richtlinien der Politik, Ressortkoordinierung und -planung, Abteilung 2 für Recht, Verwaltung, Medien, Internationale Zusammenarbeit und die Ressortgruppe 3 für Migration

und Teilhabe, Projekte. Interessant ist hierbei, dass in Abteilung 1 immer sogenannte Spiegelreferate zu den entsprechenden Landesministerien bestehen. Die Praktikanten aus der Rechtswissenschaft und Rechtsreferendare werden üblicherweise in Abteilung 2 eingesetzt, da diese am ehesten juristisch arbeitet. Abteilung 1 arbeitet zumeist auf der politischen Ebene. Eine trennscharfe Unterscheidung zwischen politischer und juristischer Arbeit ist aber, meiner Erfahrung nach, in einer Regierungsbehörde nie ganz möglich. Dies ist u.a. dadurch bedingt, dass der Chef der Staatskanzlei als organisatorischer Leiter der Staatskanzlei ein Staatssekretär, also ein politischer Beamter, ist. Etwas außerhalb der anderen Organisationsbereiche steht noch die Landesbeauftragte für Migration und Teilhabe.¹¹

II. Typische Aufgaben im Praktikumsalltag

Mein Arbeitsbereich war das Referat 205 für Medien und Film innerhalb der Abteilung 2. In diesem Referat arbeiten sowohl Volljuristen als auch Absolventen eines Studiums der öffentlichen Verwaltung. Die Arbeitsaufträge erhielt ich zumeist von der für mich verantwortlichen Volljuristin. Durch die täglichen Besprechungen des Personals vor Ort – die Staatskanzlei erlaubt das Arbeiten aus dem Homeoffice für mehrere Tage in der Woche, wodurch nicht immer alle vor Ort sind – und die wöchentlichen Team-Meetings mit dem gesamten Referat war ich jedoch immer vollumfänglich über die Arbeit des Referats informiert.

Zu Beginn wurde mir erklärt, wie grundsätzlich in der Niedersächsischen Staatskanzlei zu arbeiten sei. Die Arbeitszeit betrug acht Stunden am Tag und für den Schriftverkehr waren gewisse Formalien zu beachten. So mussten verschickte Dateien immer eine besondere Form und Bezeichnung haben und der entsprechende Dienstweg war einzuhalten.

Ein Großteil meiner Arbeit bestand im Anfertigen von sogenannten Vermerken für den Chef der Staatskanzlei. Diese gingen immer wieder den entsprechenden Dienstweg über den Referatsleiter und den Abteilungsleiter. Weiterhin werden die Referate häufig damit betraut, für den Ministerpräsidenten oder den Chef der Staatskanzlei Reden oder Grußworte anzufertigen, die in ihren fachlichen Aufgabenbereich fallen. Der Ministerpräsident oder auch der Chef der Staatskanzlei können selbstverständlich nicht mit jedem Detail vertraut sein. Auch diese Aufgabe durfte ich übernehmen. In Referat 205 waren aufgrund der fachlichen Ausrichtung Grußworte für die Eröffnung von Filmfestivals zu schreiben. Hierbei musste besonders auf die politische Agenda geachtet werden. Schließlich wurden die Grußworte immer für den Ministerpräsidenten verfasst.

⁹ Für eine umfassende Aufzählung siehe: Niedersächsische Staatskanzlei (Fn. 7).

¹⁰ Zu den üblichen Unterlagen für eine Praktikumsbewerbung zählen: Tabellarischer Lebenslauf, Abiturzeugnis, aktuelle Immatrikulationsbescheinigung, Nachweis für ein Pflichtpraktikum und ein Nachweis über die bisherigen Studienleistungen.

¹¹ Für einen detaillierten Organisationsplan: Niedersächsische Staatskanzlei, Organisationsplan der Niedersächsischen Staatskanzlei, https://www.stk.niedersachsen.de/startseite/die_staatskanzlei/organisationsplan/organisationsplan-der-niedersaechsischen-staatskanzlei-2546.html, zuletzt abgerufen am 17.9.2022.

Besonders interessant war für mich das öffentliche Medienrecht, welches in verschiedenen Staatsverträgen geregelt ist. Hier galt es, ein äußerst langes Dokument in Form eines Vermerkes knapp und prägnant für den Chef der Staatskanzlei zusammenzufassen. Es ging thematisch um den Bericht der gemeinsamen Stelle Jugendschutz aller Länder, jugendschutz.net, welche organisatorisch an die Kommission für Jugendmedienschutz angegliedert ist. Die besondere Herausforderung lag also im Einarbeiten in eine unbekannte, komplexe Thematik und darin, diese möglichst präzise und knapp für den Chef der Staatskanzlei zusammenzufassen. Für angehende Juristen eine durchaus wertvolle Erfahrung. Aber auch der Einblick, wie an Staatsverträgen und deren Novellierung gearbeitet wird, ist für einen späteren Juristen sehr ergiebig. Diese Erfahrung konnte ich durch die Teilnahme an einer Sitzung der AG Jugendmedienschutz machen. An dieser Konferenz nahmen neben den niedersächsischen Landesbeamten auch die Landesbeamten aus den anderen Bundesländern teil. Auch einen Entwurf zur Begründung des 3. Medienänderungsstaatsvertrages durfte ich durcharbeiten.

Spannend war überdies die Stellungnahme zu einer Bundesratsdrucksache, die ich vorbereiten durfte. Diese Aufgabe war unserem Referat aus fachlichen Gründen zugewiesen worden. Im Bericht über die Rechtsstaatlichkeit von 2022, welcher zum einen eine Übersicht zur Lage der Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union und zum anderen eine Bewertung der Situation in den einzelnen Mitgliedsstaaten erlaubt,¹² war der Auskunftsanspruch der Presse gegenüber Bundesbehörden Thema. Auch hier bestand die Herausforderung darin, sich in ein komplexes Thema einzuarbeiten und dieses im Anschluss knapp und verständlich in Schriftform darzustellen.

Einen umfassenden Einblick erhielt ich zudem in die Förderung von Filmemachern in Niedersachsen. Hierzu wurde im Jahre 2000 die nordmedia – Film- und Medien-gesellschaft Niedersachsen/Bremen mbH gegründet, an der das Land Niedersachsen einen großen Anteil hält. Deshalb ist das Referat 205 immer wieder mit Antragstellern im Gespräch, die sich um eine Förderung ihrer Projekte bemühen. Hierfür muss zunächst ein *Letter of Intent* ausgestellt werden und um jenen bewerben sich dann die Filmemacher beim Referat.

Dass die Arbeit bei der Niedersächsischen Staatskanzlei fachlich äußerst vielfältig ist, beweist die letzte Aufgabe, die ich vorstellen möchte. Auch hier ging es wieder darum, für den Chef der Staatskanzlei einen Vermerk anzufertigen. Thematisch handelte dieser Vermerk von der möglichen Umsatzsteuerbelastung der Kooperationsleistungen vom öffentlich-rechtlichen Rundfunk durch den § 2b UStG in Millionenhöhe. Hierzu lag dem Referat das Gutachten einer

Rechtsanwaltskanzlei vor. Die vertretene Meinung und die vom Gutachter genannten Gründe sollten dem Chef der Staatskanzlei vorgelegt werden. Rechtlich besonders komplex war dieser Fall, weil das Umsatzsteuerrecht in einem hohen Maße europarechtlich durch die Mehrwertsteuer-Systemrichtlinie geprägt ist. Dieses Zusammenwirken war für das Verständnis der im Gutachten vertretenen Meinung und die Zusammenfassung für den Chef der Staatskanzlei elementar. Jene Aufgabe war zugleich auch der persönliche Höhepunkt meines Praktikums bei der Niedersächsischen Staatskanzlei. Zum einen interessiere ich mich für das Steuerrecht und zum anderen war es herausfordernd, sich mit dem Gutachten eines Anwalts auseinanderzusetzen. Schließlich sollte das Gutachten für den Chef der Staatskanzlei nicht nur aufbereitet und ihm vorgelegt werden, sondern es sollte auch auf Schlüssigkeit geprüft werden. Auch der Auftraggeber des Gutachtens war eine namhafte Persönlichkeit, was ebenfalls für eine gesteigerte Spannung sorgte.

C. Fazit

Das Verwaltungspraktikum in der Niedersächsischen Staatskanzlei war aufgrund der unterschiedlichen Aufgaben sehr abwechslungsreich. Es bot einen guten Überblick über die dortigen juristischen Tätigkeiten, welche einen später einmal im Beruf des Verwaltungsjuristen erwarten können. Erlern werden konnten methodische Fähigkeiten, wie das Zusammenfassen und Darstellen von Streitständen und Argumenten, da immer wieder die eigenständige Einarbeitung in Probleme und das Lösen eben dieser Probleme erwartet wurde. Zudem wurde z.B. durch die Arbeit im öffentlichen Medienrecht oder Umsatzsteuerrecht der fachliche Horizont erweitert und der Einblick in neue Rechtsgebiete eröffnet. Aber auch an Studieninhalte, wie das Europarecht oder den Verwaltungsaufbau, konnte angeknüpft werden. Besonders spannend fand ich die Aktualität der Themen, mit denen ich konfrontiert wurde. Zudem war die Arbeit in der Niedersächsischen Staatskanzlei immer mit dem politischen Geschehen, wie dem Skandal um die ehemalige rbb-Intendantin *Patricia Schlesinger* verknüpft.

Wer also ein methodisch forderndes, fachlich anspruchsvolles und dazu noch politisch interessantes Verwaltungspraktikum absolvieren will, dem sei an dieser Stelle die Niedersächsische Staatskanzlei empfohlen.

¹² Europäische Kommission, Bericht über die Rechtsstaatlichkeit 2021 – Mitteilung und Länderkapitel, https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/rule-law-mechanism/2021-rule-law-report/2021-rule-law-report-communication-and-country-chapters_de, zuletzt abgerufen am 24.9.2022.

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** - und das ganze 3 Monate kostenlos!

Jetzt registrieren und loslegen! gturl.de/studiangebot



ZivilR Rechtsprechungsübersicht

Tim Konrad Becker*

Rechtsprechungsübersicht Zivilrecht**Abwehransprüche gegen die Wittenberger »Judensau«**

BGH, Urt. v. 14.6.2022 – VI ZR 172/20

Amtliche Leitsätze

1. Durch eine Darstellung, die das jüdische Volk und seine Religion, mithin das Judentum als Ganzes verhöhnt und verunglimpft, wird der Geltungs- und Achtungsanspruch eines jeden in Deutschland lebenden Juden angegriffen.
2. Der rechtsverletzende Zustand, der von einem der Diffamierung und Verunglimpfung von Juden dienenden Sandsteinrelief ausgeht, kann nicht allein durch Entfernung des Reliefs, sondern auch dadurch beseitigt werden, dass sich der Störer von dem im Relief verkörperten Aussagegehalt distanziert, dieses kontextualisiert und in eine Stätte der Mahnung zum Zwecke des Gedenkens und der Erinnerung an die jahrhundertelange Diskriminierung und Verfolgung von Juden bis hin zum Holocaust umwandelt.
3. Der Abwehranspruch aus § 1004 I 1 BGB ist auf die Beseitigung des andauernden, rechtswidrigen Störungszustandes, nicht hingegen auf eine bestimmte Handlung gerichtet. Es muss daher grundsätzlich dem Schuldner überlassen bleiben, wie er den Störungszustand beseitigt.

Mieterhöhungen müssen nachvollziehbar sein

BGH, Urt. v. 20.7.2022 – VIII ZR 361/21

Von der Redaktion bearbeiteter amtlicher Leitsatz

1. Die Erklärung über eine Modernisierungsmieterhöhung (§ 559 BGB) genügt regelmäßig den formellen Anforderungen nach § 559b BGB, wenn sie – im Hinblick auf die Angabe der entstandenen Kosten – die Gesamtkosten für die durchgeführte Modernisierungsmaßnahme und im Fall der Durchführung mehrerer verschiedener Modernisierungsmaßnahmen die jeweiligen Gesamtkosten für die einzelnen Maßnahmen ausweist.
2. Das gilt nicht nur, wenn es sich bei der betreffenden Maßnahme um eine reine Modernisierungsmaßnahme handelt, sondern auch dann, wenn eine sogenannte modernisierende Instandsetzung durchgeführt wurde und der Vermieter sich deshalb nach Maßgabe des § 559 II BGB einen – in der Er-

höhungserklärung (zumindest durch die Angabe einer Quote oder eines bezifferten Betrags) auszuweisenden – Instandsetzungsanteil anrechnen lassen muss.

3. Eine Aufschlüsselung der Gesamtkosten nach den einzelnen angefallenen Gewerken oder anderen Bauleistungsbereichen, die für eine bestimmte Modernisierungsmaßnahme entstanden sind, ist grundsätzlich auch dann nicht erforderlich, wenn umfangreiche und entsprechend kostenträchtige, bauliche Veränderungen oder Maßnahmen außerhalb der betroffenen Wohnung oder an mehreren Gebäuden ausgeführt wurden.

Nachweispflichten bei der Bewertung von Hotels auf Internetportalen

BGH, Urt. v. 9.8.2022 – VI ZR 1244/20

Von der Redaktion bearbeiteter amtlicher Leitsatz

Bei einem Bewertungsportal (hier: Hotelbewertungsportal) reicht die Rüge des Bewerteten, einer Bewertung liege kein Gästekontakt zugrunde, grundsätzlich aus, um Prüfpflichten des Bewertungsportals auszulösen. Zu weiteren Darlegungen, insbesondere einer näheren Begründung seiner Behauptung des fehlenden Gästekontakts, ist der Bewertete gegenüber dem Bewertungsportal grundsätzlich nicht verpflichtet. Dies gilt nicht nur in dem Fall, dass die Bewertung keinerlei tatsächliche, die konkrete Inanspruchnahme der Leistung beschreibende Angaben enthält und dem Bewerteten daher eine weitere Begründung schon gar nicht möglich ist, sondern auch dann, wenn für einen Gästekontakt sprechende Angaben vorliegen. Denn der Bewertete kann diese Angaben regelmäßig nicht überprüfen und damit den behaupteten Gästekontakt nicht sicher feststellen. Einer näheren Begründung der Behauptung des fehlenden Gästekontakts bedarf es nur, wenn sich die Identität des Bewertenden für den Bewerteten ohne Weiteres aus der Bewertung ergibt. Im Übrigen gilt die Grenze des Rechtsmissbrauchs.

Gutgläubiger Erwerb eines Gebrauchtwagens bei gefälschtem Fahrzeugbrief

BGH, Urt. v. 23.9.2022 – V ZR 148/21

Amtlicher Leitsatz

Beruft sich der Erwerber eines gebrauchten Fahrzeugs auf den gutgläubigen Erwerb, trägt derjenige, der den guten Glauben in Abrede stellt, die Beweislast dafür, dass der Erwerber sich die Zulassungsbescheinigung Teil II zur Prüfung der Berechtigung des Veräußerers nicht hat vorlegen lassen. Den Erwerber trifft allerdings regelmäßig eine sekundäre Darlegungslast hinsichtlich der Vorlage und Prüfung der Zulassungsbescheinigung Teil II.

* Der Autor studiert seit dem Wintersemester 2019/20 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und verbringt das Wintersemester 2022/23 im Rahmen eines Auslandsaufenthalts an der Katholieke Universiteit Leuven. Neben seinem Studium arbeitet der Autor einerseits am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Kirchenrecht und Staatskirchenrecht von Dekan Prof. Dr. *Hans Michael Heinig* und andererseits am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Kartellrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung von Prof. Dr. *Eckart Bueren*.

»Versandkosten Wucher!!« ist keine Schmähkritik

BGH, Urt. v. 28.9.2022 – VIII ZR 319/20

Amtlicher Leitsatz

§ 8 Nr. 2 Satz 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von eBay, wonach die von Nutzern abgegebenen Bewertungen sachlich gehalten sein müssen und Schmähkritik nicht enthalten dürfen, enthält keine vertraglichen Beschränkungen für die Zulässigkeit von Werturteilen in Bewertungskommentaren von Nutzern, die über die deliktsrechtlichen Grenzen wertender Äußerungen hinausgehen.

Kein Abschalten von Miet-Autobatterien aus der Ferne

BGH, Urt. v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21

Amtlicher Leitsatz

Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die dem Vermieter einer Autobatterie nach außerordentlicher Kündigung des Mietvertrags die Fernsperrung der Auflademöglichkeit erlaubt, ist wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters als Verbraucher unwirksam, wenn dieser die Weiterbenutzung der Batterie und seines – gesondert erworbenen, geleasten oder gemieteten – E-Fahrzeugs im Streitfall nur durch gerichtliche Geltendmachung einer weiteren Gebrauchsüberlassung erreichen kann.

ÖffR Rechtsprechungsübersicht

Julian Jansen* und Sven Wedemeyer‡

Rechtsprechungsübersicht Öffentliches Recht

Isolierte Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen

BVerwG, Beschl. v. 29.3.2022 – BVerwG 4 C 4.20

BVerwG, Beschl. v. 12.10.2022 – BVerwG 8 AV 1.22

Leitsätze der Redaktion

1. Im Streit um die isolierte Anfechtbarkeit wird vom 8. Senat nicht an der Rechtsauffassung festgehalten, dass eine belastende Nebenbestimmung, die einem begünstigenden Verwaltungsakt beigelegt wird, im Anfechtungsprozess nur dann isoliert aufgehoben werden darf, wenn der verbleibende Verwaltungsakt für sich genommen rechtmäßig wäre (so noch BVerwGE 167, 60 Rn. 19). Diese Meinung divergierte mit der st. Rspr. in den Fällen, in denen der Verwaltungsakt nicht aufgrund des Wegfalls der Nebenbestimmung, sondern aus anderem Grund rechtswidrig ist.

2. Es bleibt somit bei der st. Rspr.: Die Anfechtungsklage ist statthaft, wenn die isolierte Anfechtbarkeit von vornherein nicht offensichtlich ausscheidet. Zur Begründetheit führt, wenn die Nebenbestimmung rechtswidrig ist und der Verwaltungsakt auch ohne Nebenbestimmung sinnvoller- und rechtmäßigerweise bestehen bleiben kann.

Anbringung christlicher Kreuze in staatlichen Dienstgebäuden

BayVGH, Urte. v. 1.6.2022 – 5 B 22.674

BayVGH, Urte. v. 1.6.2022 – 5 N 20.1331

BayVGH, Beschl. v. 23.8.2022 – 5 ZB 20.2243

Amtliche Leitsätze

1. Das Kreuz ist ein Symbol christlicher Religion und kann nicht isoliert nur als Symbol der geschichtlichen und kulturellen Prägung verstanden werden.

2. Die Pflicht des Staates zu weltanschaulich-religiöser Neutralität als objektiv-rechtliches Verfassungsprinzip begründet als solches keine einklagbaren subjektiven Rechte von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften. Diese können einen Abwehranspruch nur dann geltend machen, wenn eines der Grundrechte verletzt wird, aus denen die staatliche Neutralitätspflicht hergeleitet wird.

* 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.

3. Ein Verstoß gegen das Gebot staatlicher Neutralität, der sich in einer bloß passiven Verwendung eines religiösen Symbols ohne missionierende oder indoktrinierende Wirkung erschöpft und mit keinen weiteren Nachteilen für andere Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften verbunden ist, verletzt weder deren Recht auf Glaubens- und Bekenntnisfreiheit noch auf Gleichbehandlung.

Nachträglicher Ausschluss von Parteiveranstaltungen in einer öffentlichen Einrichtung

NdsOVG, Beschl. v. 8.6.2022 – 10 ME 75/22

Amtliche Leitsätze

1. Die nachträgliche Änderung des Widmungszwecks einer öffentlichen Einrichtung allein zur Ablehnung eines bestimmten Überlassungsantrags einer politischen Partei ist mit der Pflicht der Kommunen zur Gleichbehandlung aller Parteien nicht vereinbar, so dass der zuvor gestellte Antrag nach den bisher geltenden Grundsätzen beschieden werden muss.

2. Dies gilt auch bei neu errichteten kommunalen Einrichtungen ohne lange Nutzungshistorie, wenn der Widmungszweck bereits ausdrücklich oder zumindest konkludent festgelegt wurde und es der insoweit beweispflichtigen Kommune nicht gelingt, den Verdacht zu entkräften, den Widmungszweck nicht aus einem anzuerkennenden allgemeinen Grund, sondern nur, um einen bereits gestellten Überlassungsantrag ablehnen zu können, geändert zu haben.

Verletzung des Rechts auf Chancengleichheit der Parteien durch amtliche Äußerungen des Bundeskanzlers

BVerfG, Urte. v. 15.6.2022 – 2 BvE 4/20 u. 2 BvE 5/20

Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze

1. Aus der Kompetenzordnung innerhalb der Bundesregierung folgt zwar ein gegenständlich weiteres Äußerungsrecht des Bundeskanzlers im Vergleich zu Ministern, nicht jedoch ergeben sich daraus andere Anforderungen mit Blick auf die Beachtung des Neutralitäts- und Sachlichkeitsgebots.

2. Gründe, die Ungleichbehandlungen rechtfertigen und der Bundesregierung eine Befugnis zum Eingriff in die Chancengleichheit der Parteien verleihen, müssen durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sein, das dem Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien die Waage halten kann.

3. Gleichwertige Verfassungsgüter können der Schutz der Stabilität und Handlungsfähigkeit der Bundesregierung sowie das Ansehen und das Vertrauen in die Verlässlichkeit der

Bundesrepublik Deutschland in der Staatengemeinschaft sein.

4. Der Bundeskanzler verfügt bei der Frage, welcher Maßnahmen es zur Erhaltung der Stabilität und Arbeitsfähigkeit der Bundesregierung bedarf, ebenso wie im Bereich der auswärtigen Politik über einen weiten Einschätzungsspielraum. Bei Eingriffen in den Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien muss plausibel dargelegt werden können, dass die einen solchen Eingriff rechtfertigenden Verfassungsgüter tatsächlich betroffen sind und einen Eingriff in das Recht auf Chancengleichheit der politischen Parteien aus Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG erforderlich gemacht haben.

Pflicht zum Nachweis einer Impfung gegen Masern

BVerfG, Beschl. v. 21.7.2022 – 1 BvR 469/20

Amtliche Leitsätze

1. Das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ist Freiheitsrecht im Verhältnis zum Staat, der in das Erziehungsrecht der Eltern nicht ohne rechtfertigenden Grund eingreifen darf. In der Beziehung zum Kind bildet aber das Kindeswohl die maßgebliche Richtschnur der elterlichen Pflege und Erziehung.

2. Die Entscheidung über die Vornahme von Impfungen bei entwicklungsbedingt noch nicht selbst entscheidungsfähigen Kindern ist ein wesentliches Element der elterlichen Gesundheitsorge und fällt in den Schutzbereich von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG. Bei der Ausübung der am Kindeswohl zu orientierenden Gesundheitsorge für ihr Kind sind die Eltern jedoch weniger frei, sich gegen Standards medizinischer Vernünftigkeit zu wenden, als sie es kraft ihres Selbstbestimmungsrechts über ihre eigene körperliche Integrität wären.

3. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG wird nicht vom Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG erfasst.

Unvereinbarkeit der Vorratsdatenspeicherung nach Maßgabe des Telekommunikationsgesetzes (TKG) mit dem Unionsrecht

EuGH, Urt. v. 20.9.2022, verb. Rs. C-793/19 und C-794/19, SpaceNet, ECLI:EU:C:2022:702

Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze

1. Art. 15 Abs. 1 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (Richtlinie 2022/58/EG) ist im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 GRCh dahin auszulegen, dass er nationalen Rechtsvorschriften, die präventiv zur Bekämpfung schwerer Kriminalität und zur Verhütung schwerer Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit eine allgemeine und unterschiedslose Vorratspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten vorsehen, entgegensteht. Die Maßnahme ist nur gerechtfertigt, wenn der betreffende Mitgliedstaat einer als real und aktuell oder vorhersehbar einzustufenden ernststen Bedrohung für die nationale Sicherheit gegenübersteht, sofern diese Anordnung Gegenstand einer wirksamen, zur Prüfung des Vorliegens einer solchen Situ-

ation sowie der Beachtung der vorzusehenden Bedingungen und Garantien dienenden Kontrolle durch ein Gericht oder eine unabhängige Verwaltungsstelle sein kann, deren Entscheidung bindend ist, und sofern die Anordnung nur für einen auf das absolut Notwendige begrenzten, aber im Fall des Fortbestands der Bedrohung verlängerbaren Zeitraum ergeht.

2. Erwähnenswert ist die Tatsache, dass der Gerichtshof neben der Feststellung der Unvereinbarkeit eines konkreten Durchführungsmodus, der Gegenstand des Vorabentscheidungsersuchens war, einen Positivkatalog unionsrechtlich zulässiger Durchführungsmodi formuliert. Darin hat der Gerichtshof das Ergebnis der selbst von ihm vorgenommenen Abwägung zwischen den öffentlichen Schutzgütern auf der einen Seite und der Intensität des Grundrechtseingriffs auf der anderen Seite der mitgliedstaatlichen durchführenden Stelle vorgegeben.

3. Mittelbar wurde infolge dieser Antwort des Gerichtshofs im Vorabentscheidungsverfahren die deutsche Durchführung der Richtlinienvorschrift durch das TKG für unionsrechtswidrig erklärt.

Verfassungswidrigkeit des Thüringer Waldgesetzes (ThürWaldG)

BVerfG, Beschl. v. 27.9.2022 – 1 BvR 2661/21

Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze

1. Eine Regelung des Landesgesetzgebers zum Ausschluss von Windenergieanlagen auf Waldflächen ist aus formellen Gründen verfassungswidrig und daher nichtig. Die Regelung fällt in die konkurrierende Zuständigkeit des Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG und nicht in die Zuständigkeit nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG, da die Regelung die Nutzung unmittelbar des Bodens betrifft, ohne dass naturschutzrechtliche und landschaftspflegerische Schutzbedarfe berücksichtigt werden. Für die Zuweisung von Flächen zur Errichtung von Windenergieanlagen im Außenbereich hat der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz für das Bodenrecht unter anderem in der Vorschrift § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB vollständig Gebrauch gemacht, ohne eine Öffnung für einen landesrechtlichen Ausschluss von Windenergieanlagen auf Waldflächen zuzulassen.

2. Die bundesrechtliche Privilegierung der Windenergieanlagen für den Außenbereich kann insbesondere nicht durchbrochen werden, da der Ausbau der Nutzung der Windkraft einen faktisch unverzichtbaren Beitrag zu der verfassungsrechtlich durch Art. 20a GG und durch grundrechtliche Schutzpflichten gebotenen Begrenzung des Klimawandels leiste und zugleich die Sicherung der Energieversorgung unterstütze.

StrafR Rechtsprechungsübersicht

Paul Schäfer* und Tom Hendrik Becker†

Rechtsprechungsübersicht Strafrecht**Bürgermeister kann Untreue durch Unterlassen begehen**

BGH, Urt. v. 3.3.2022 – 5 StR 170/21

Leitsätze der Redaktion

1. Eine pflichtwidrige Handlung der öffentlichen Hand i.S.d. § 266 StGB ist nicht bereits durch die fehlende Auswahl des günstigsten Anbieters begründet. Untreue i.S.v. §§ 266, 13 StGB kann aber durch den fehlenden Vergleich von Angeboten oder dem Unterbleiben einer Ausschreibung begründet sein. Hierzu ist allerdings ein schwerwiegender Pflichtverstoß vonnöten.

2. Das Unterlassen einer pflichtmäßig gebotenen Handlung stellt dann einen Fall der Untreue durch Unterlassen dar, wenn darin der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit liegt, § 13 II 2 StGB.

»Schwul« als Beleidigung i.S.v. § 185 StGB

OLG Köln, Beschl. v. 26.4.2022 – 15 W 15/22

Leitsatz der Redaktion

Bezeichnet jemand eine andere Person als »schwul«, kann dies unter Umständen eine Beleidigung i.S.v. § 185 StGB darstellen.

Untreue durch das Nichtweiterleiten von treuhändisch verwahrten Geldern

BGH, Beschl. v. 3.5.2022 – 1 StR 10/22

Leitsätze der Redaktion

1. Indem ein Rechtsanwalt pflichtwidrig Mandantengelder auf seinem Geschäftskonto belässt, kann er sich der Untreue durch Unterlassen gem. §§ 266, 13 StGB strafbar machen. Leugnet dieser den Zahlungseingang auf Rückfragen oder verwendet dieser das Geld für private Zwecke, kann auf die Einzelhandlung abzustellen sein.

2. Das Nichtweiterleiten bei mehreren Zahlungseingängen führt zur Tatmehrheit, § 53 I StGB.

Betrug durch vorgespiegelte Bewerbung auf diskriminierende Stellenangebote

BGH, Beschl. v. 4.5.2022 – 1 StR 3/21

Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze

1. Wer eine objektiv ernstzunehmende Bewerbung auf ein als diskriminierend anzusehendes Stellenangebot vorgibt, um im Anschluss an diese eine außergerichtliche Entschädigungszahlung i.S.v. § 15 II AGG zu erhalten, kann sich des Betruges nach § 263 I StGB strafbar machen, sog. »AGG-Hopping«.

2. Für eine fehlende subjektive Ernsthaftigkeit der Bewerbung spricht nicht bereits das bloße Versenden einer außergerichtlichen Aufforderung zur Zahlung einer Entschädigung nach dem AGG, da es hier an einer zumindest konkludent erklärten falschen Tatsachenbehauptung mangelt.

Volksverhetzung – »Judenstern« mit der Inschrift »NICHT GEIMPFT«

LG Würzburg, Beschl. v. 18.5.2022 – 1 Qs 80/22

Leitsatz der Redaktion

Das Tragen eines mit der Inschrift »NICHT GEIMPFT« versehenen »Judensterns« auf einem öffentlich zugänglichen Profilbild kann den Tatbestand der Volksverhetzung gemäß § 130 III StGB erfüllen.

Reichweite des Verwertungsverbots aus § 136a III 2 StPO

BGH, Beschl. v. 7.6.2022 – 5 StR 332/21

Von der Redaktion bearbeiteter amtlicher Leitsatz

Das Verwertungsverbot des § 136a III 2 StPO, also die Untersagung der Verwendung von Aussagen die nach § 136a StPO als verboten anzusehen, jedoch mit Zustimmung des Betroffenen erfolgt sind, gilt absolut und auch zugunsten von Mitbeschuldigten.

Einverständnis in die Freiheitsberaubung

BGH, Urt. v. 8.6.2022 – 5 StR 406/21

Amtlicher Leitsatz

Bezugspunkt für ein tatbestandsausschließendes Einverständnis in eine Freiheitsberaubung i.S.d. § 239 StGB ist der potenzielle Fortbewegungswille.

* Paul Schäfer studiert seit 2021 Rechtswissenschaften an der Georg-August Universität Göttingen und ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht an der Universität Kassel bei Prof. Dr. Silke R. Laskowski.

† Tom Hendrik Becker studiert seit 2019 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und ist studentischer Mitarbeiter am Göttinger Zentrum für Medizinrecht sowie in der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht bei Prof. Dr. Gunnar Duttge.

Keine Geldwäsche durch die Vernichtung eines Beziehungsgegenstandes

OLG Oldenburg, Urt. v. 20.6.2022 – 1 Ss 30/22

Amtlicher Leitsatz

Die vollständige Vernichtung eines aus einer rechtswidrigen Tat herrührenden Beziehungsgegenstandes mit der Folge der Vereitelung seiner Einziehung erfüllt den Tatbestand der Geldwäsche gemäß § 261 StGB in der seit dem 18.3.2021 gültigen Fassung vom 9.3.2021 nicht, da die Vorschrift der Pönalisierung von Verhaltensweisen dient, welche darauf abzielen, inkriminierte Gegenstände unter Verdeckung ihrer Herkunft in den Finanz- und Wirtschaftskreislauf einzuschleusen, nicht, ihm diese zu entziehen.

Abgrenzung zwischen strafbarer Tötung auf Verlangen und strafloser Beihilfe zum Suizid

BGH, Beschl. v. 28.6.2022 – 6 StR 68/21

Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze

1. Die Abgrenzung der strafbaren Tötung auf Verlangen von der straflosen Beihilfe zum Suizid erfordert eine normative Betrachtung und kann nicht auf Basis einer naturalistischen Unterscheidung von aktivem und passivem Handeln erfolgen.
2. § 216 I StGB bedarf einer verfassungskonformen Auslegung, sodass Fälle in denen eine sterbewillige Person die allerdings nicht mehr selbstständig ohne externe Hilfe aus dem Leben scheiden kann, nicht unter selbigen fallen.
2. Der ohne Wissens- und Verantwortungsdefizit gefasste und erklärte Sterbewille führt zur situationsbezogenen Suspendierung der Einstandspflicht für das Leben des Ehegatten.