

Peter Hilpold
Christoph Perathoner
(Hg.)

**Völkerrecht
Europarecht
Deutsches Recht**

**Festschrift für
Professor Gilbert Gornig**

BAND II



Nomos



Peter Hilpold, Christoph Perathoner (Hg.)
Völkerrecht – Europarecht – Deutsches Recht
Festschrift für Professor Gilbert Gornig

Peter Hilpold
Christoph Perathoner (Hg.)

Völkerrecht – Europarecht – Deutsches Recht

Festschrift für
Professor Gilbert Gornig

BAND II

Wien 2023



Nomos

facultas

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung von:



DR. REINFRIED POHL
STIFTUNG



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Angaben in diesem Fachbuch erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr, eine Haftung der Autoren oder des Verlages ist ausgeschlossen.

© 2023 Facultas Verlags- und Buchhandels AG
facultas, Stolberggasse 26, 1050 Wien, Österreich

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und der Verbreitung sowie der Übersetzung, sind vorbehalten.

Druck: Druckerei C.H.Beck

Printed in the EU

Österreich: ISBN 978-3-7089-2345-1

Deutschland: ISBN 978-3-7560-1084-4

Inhaltsverzeichnis

Band II

Das Rechtsstaatlichkeitsprinzip – national – europäisch – international

Streinz, Rudolf

„In Vielfalt geeint“: Anforderungen an die EU
als zur Rechtsgemeinschaft verbundene Staaten 11

Antoniou, Theodora

Der Rechtsstaat in der Europäischen Union – Neue Perspektiven 27

Hofmeister, Hannes

Vom „EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips“ zum
„Konditionalitätsmechanismus“ – eine kritische Analyse
der aktuellen Ansätze der EU zur Wahrung des Rechtsstaatsprinzips..... 59

Niedobitek, Matthias

Das Art. 7-Verfahren vor dem Gerichtshof –
Anmerkungen zur Rechtssache C-650/18..... 77

de Vries, Tina

Das Urteil des polnischen Obersten Gerichts vom 16.9.2021
(Sign.: I KZ 29/21) und die Rechtsprechung des EuGH und
des EGMR zur Unabhängigkeit der Justiz in Polen.
Textdokumentation mit Einführung..... 91

Fábíán, Adrián

Machtausübung im Rechtsstaat 115

Kotzur, Markus

Volksherrschaft und Herrschaft des Rechts – vom Neben-, Gegen-
und Miteinander des demokratischen und des nomokratischen Prinzips..... 131

Morgenthaler, Gerd

Aktuelle Rechtsfragen der Meinungs- und Wissenschaftsfreiheit 151

Schulte, Mirko

Rechtsstaat heißt Rechtsanwendungsqualität.
Ein Plädoyer für ein evidenzbasiertes zweckrationales Strafrecht 179

Menkhaus, Heinrich

Demokratische Legitimation der Staatsgewalt in Japan.
Verfassungsrechtliche Vorgaben, gesetzliche Regelungen
und tatsächliche Handhabung..... 197

<i>Liu, Mengjue/Zhang, Zhengyu</i>	
Verstößt die Verwaltungsakzessorietät	
des Umweltstrafrechts gegen das Rechtsstaatsprinzip?	
Eine rechtsvergleichende Untersuchung	
im chinesischen und deutschen Recht	229

Völkerrecht – Menschenrechte – Völkerstrafrecht

<i>Spiliopoulou Åkermark, Sia</i>	
Truth Commissions of the North	257

<i>Samaryn, Vadzim</i>	
Human Rights vs. Extradition: case Belarus	279

<i>Sun, Jun</i>	
Über den Haltungswechsel von Deutschland	
zum ISDS-Mechanismus und seine Auswirkung	299

<i>Sato, Chie</i>	
Revisiting Japan: Whaling after the Withdrawal from the ICRW	321

<i>Fuchs, Michael</i>	
Krieg, Völkerrecht und Rotes Kreuz im 21. Jahrhundert	341

<i>Bredow, Wilfried von</i>	
Unkonventionelle Kriegsführung, Partisanen	
und die Rolle kriegerischer Minderheiten	367

<i>Kilian, Michael</i>	
Völkerrechtliche Ächtung von Akten des staatlichen Terrorismus:	
Wunschtraum oder Möglichkeit?	393

<i>Fechner, Frank</i>	
Ach wie gut, dass niemand weiß... oder	
Das Märchen vom Recht auf anonyme Meinungsäußerung	431

<i>Wasmuth, Johannes</i>	
Verletzung von Art. 1 des ersten Zusatzprotokolls zur EMRK bei Versagung	
strafrechtlicher Rehabilitierung von Strafverfolgungsmaßnahmen durch	
Repressionskommissionen in Sachsen unter sowjetischer Besatzungshoheit	451

<i>Murswiek, Dietrich</i>	
Die zwei Schutzgüter des Rechts auf Leben.	
Über Abwägungsfehler bei der Anwendung des Rechts	
auf Leben am Beispiel der Corona-Politik	475

Schöbener, Burkhard

Androhung und Anwendung von *Gewalt* und *bewaffneter Angriff* –
zwei Typusbegriffe der völkerrechtlichen Friedenssicherung
vor den Herausforderungen des Cyberwars 491

Ribera Neumann, Teodoro/Díaz Fuenzalida, Juan Pablo

Der interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte
und die Konventionskontrolle 519

EU-Recht

Gundel, Jörg

Vorgaben für das nationale Staatsangehörigkeitsrecht
durch EMRK und Unionsrecht 539

Taylor, Greg

The Spread and Origins of the German Proportionality Doctrine 563

Ge, Yongping

Streit und Entwicklung der Völkerrechtssubjektivität der EU
aus Sicht der EU-Verträge und Anregungen für Asien 595

Minderheitenschutz als politisches Prinzip und als generelle Kategorie des nationalen Rechts

Detterbeck, Steffen

Bundestagsvizepräsidentenwahl nach § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT
und Schutz parlamentarischer Minderheiten 611

Willems, Constantin

Tres faciunt collegium – Paul Krüger im Streit um
„Minderheitenrechte“ auf Durchführung einer Vorlesung
an der Juristischen Fakultät der Universität Marburg 629

Varia

Beuthien, Volker

Zur Befreiung des Gesellschaftsrechts von politischer Kontrolle –
Am Beispiel des Körperschaftsrechts (§§ 43 BGB, 81 GenG,
366 AktG, 62 GmbHG) 649

Jahn, Ralf

Das Lieferkettengesetz und seine Bedeutung für die deutsche Wirtschaft 665

<i>Januszajtis, Andrzej</i> Das Bildnis von Kopernikus in The Royal Society	677
<i>Kiss, László</i> Über die Grenzen der Verfassungsauslegung des ungarischen Verfassungsgerichts.....	681
<i>Kling, Michael</i> Staatliches Handeln, Daseinsvorsorge und Kartellrecht. Zugleich eine Bestandsaufnahme des Verhältnisses des Regulierungsrechts zum Wirtschaftsprivatrecht in den Jahren 2020/21	703
<i>Klein, Hans Hugo</i> Das dreifache Leben der Gertrud Bäumer. Frauenbewegung – Politik – Literatur.....	729
<i>Notthoff, Martin</i> Quotale Kürzung von Versicherungsleistungen im Bereich grober Fahrlässigkeit.....	741
<i>Schanze, Erich</i> Kodierung statt Kodifizierung: Wirtschaftsrecht, 200 Jahre nach Savigny.....	773
<i>Dünisch, Heidi</i> Der Biber im Recht.....	793
<i>Salenko, Alexander</i> Versammlungsrecht der Russischen Föderation: aktueller Zustand und Herausforderungen	803
 Epilog	
<i>Raffener, Andreas</i> Ein Leben für Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Menschen- und Minderheitenrechte. Ein Gespräch mit Professor Gilbert Gornig.....	835
 Tabula gratulatoria	851
Verzeichnis der Mitwirkenden.....	853
Schriftenverzeichnis.....	859

Das Rechtsstaatlichkeitsprinzip – national – europäisch – international

„In Vielfalt geeint“: Anforderungen an die EU als zur Rechtsgemeinschaft verbundene Staaten

Rudolf Streinz

Abstract Deutsch

Gemäß dem Leitspruch „In Vielfalt geeint“ ist Einheit in Vielfalt Kennzeichen der Europäischen Union. Dies lässt nationale Besonderheiten zu, die die Union gemäß Art. 4 Abs. 2 EUV als jeweilige nationale Identität auch achtet, verlangt aber die Beachtung des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten und vor allem der in Artikel 2 EUV als gemeinsam deklarierten Werte der Union. Denn das Recht ist Basis der Union als Rechtsgemeinschaft. Rechtsstaatlichkeit ist unverzichtbare Grundlage des gegenseitigen Vertrauens und verlangt richterliche Unabhängigkeit gegenüber der Legislative und der Exekutive als den von der Judikative zu kontrollierenden Gewalten. Zu deren Sicherung kommen neben dem wenig effektiven Verfahren gemäß Art. 7 EUV das Vorabentscheidungsverfahren und vor allem das mit Sanktionen verbundene Vertragsverletzungsverfahren in Betracht. Eine Integrationsgemeinschaft fordert zwingend die Beschränkung eigener politischer Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten und deren Akzeptanz. Daher ist die Wahrung des richtigen Maßes zwischen Integration und verbliebener nationaler Kompetenz ebenso eine ständige Aufgabe wie die Sicherstellung der Rechtsstaatlichkeit.

Abstract English

According to the motto “United in diversity”, unity in diversity is a hallmark of the European Union. This allows for national peculiarities which the Union shall respect as national identities of the Member States pursuant to Art. 4 (2) TEU. This, however, requires compliance with Union law and, above all, with the values declared to be common to the Member States in Art. 2 TEU, as the Union is a legal community. The rule of law is an indispensable basis of mutual trust and requires judicial independence from the legislature and the executive as the powers to be controlled by the judiciary. To ensure judicial independence, the preliminary ruling procedure (Art. 267 TFEU) and, above all, the infringement procedure (Art. 258 TFEU) associated with sanctions (Art. 260 TFEU) need to be considered, in addition to the less than effective procedure according to Art. 7 TEU. An integration community demands that its Member States restrict their own freedom of policymaking and accept these restrictions. Therefore, maintaining the right balance between integration and remaining national competences of the Member States is an ongoing task as is ensuring the rule of law.

1. Problemstellung: Aktuelle Elemente der „Polykrise“ der EU

„In Vielfalt geeint“. So lautet der Leitspruch, den Art. I-8 des Vertrags über eine Verfassung für Europa (EVV) vom 29.10.2004¹ über „Die Symbole der Union“ vorsah. Wenngleich der Verfassungsvertrag an den Referenden in Frankreich und den Niederlanden scheiterte und diese Bestimmung nicht in den Vertrag von Lissabon vom

1 ABl. 2004 Nr. C 310/1.

13.12.2009 übernommen wurde, ist die Einheit in Vielfalt prägendes Kennzeichen der Union. Sie ist zugleich Vorzug und Problem der Europäischen Union. Vorzug deshalb, weil sie nationale Besonderheiten zulässt. So ermöglicht z.B. das vor allem an Beispielen des Lebensmittelrechts mit den grundlegenden Urteilen Dassonville² und Cassis de Dijon³ entwickelte Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, auf einen „europäischen Einheitsbrei“ zu verzichten und sich auf die Harmonisierung grundlegender Fragen des Gesundheitsschutzes und des Verbraucherschutzes zu beschränken⁴. Problem deshalb, weil in wichtigen Fragen, die letztlich nur europäisch gelöst werden können, die Einigkeit fehlt. Während im Falle des „Brexit“ als einem aktuellen Element der vom damaligen Kommissionspräsidenten Jean Claude Juncker konstatierten „Polykrise“ der Europäischen Union⁵ trotz gegenteiliger Versuche des Vereinigten Königreichs, an durchaus bestehende unterschiedliche Interessen der EU-Mitgliedstaaten anzuknüpfen, bislang die Europäische Union eine einheitliche Linie verfolgt⁶, scheitern Lösungsversuche bei anderen Elementen der „Polykrise“ an der fehlenden Einigkeit. Aktuell gebliebenes Beispiel ist die Flüchtlingspolitik⁷. Hier zeigt sich, dass in einem sensiblen Bereich selbst das für die Entwicklung eines Gemeinsamen Europäischen Asylsystems (GEAS) bestehende Mehrheitsprinzip (Art. 78 Abs. 2 AEUV sieht für die dort genannten Maßnahmen das ordentliche Gesetzgebungsverfahren und damit die qualifizierte Mehrheit im Rat vor) nicht hilft, wenn die überstimmten Staaten Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH)⁸ nicht befolgen. Dies offenbart generell das Problem von Mehrheitsbeschlüssen in sensiblen Fragen und beträfe auch die Außen- und Sicherheitspolitik bis hin zur Verteidigungspolitik. Somit behilft man sich mit der verstärkten Zusammenarbeit, z.B. der von immerhin 25 Mitgliedstaaten vereinbarten Ständigen Strukturierten Zusammenarbeit (PESCO)⁹. „Wer mehr will, tut mehr“ ist auch eines der von der EU-Kommission präsentierten Szenarien im Weißbuch zur Zukunft Europas¹⁰. Es begründet zwar Einheit im kleineren Kreis von mindestens neun Mitglied-

2 EuGH, Rs. 8/74, ECLI:EU:C:1974:82.

3 EuGH, Rs. 120/78, ECLI:EU:C:1979:42.

4 Vgl. zu diesem Ansatz der „neuen Strategie“ Rudolf Streinz, in: Rudolf Streinz/Markus Kraus (Hrsg.), Lebensmittelrechts-Handbuch, Loseblatt 41. EL 2020, III.C, Rn. 116–117a.

5 Jean Claude Juncker, Rede vom 21.6.2016 in Athen, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/SPEECH_16_2293.

6 Siehe zum „Brexit“ z.B. die Beiträge in Kramme/Baldus/Schmidt-Kessel (Hrsg.), Brexit. Privat- und wirtschaftsrechtliche Folgen, 2. Aufl. 2020.

7 Die Aufnahme der vor der russischen Aggression aus der Ukraine Geflüchteten, insbesondere durch sonst restriktive Nachbarstaaten wie Polen, aber auch darüber hinaus, ist ein Sonderfall.

8 EuGH, Rs. C-643/15 und C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631 – Slowakei und Ungarn/Rat gegen Beschluss (EU) 2015/1601 des Rates. S. dazu Matthias Ruffert, JuS 2018, 303: Verteilungsquoten für Flüchtlinge.

9 Beschluss (GASP) 2017/2315 des Rates vom 11.12.2017 (ABl 2017 Nr. L 331/57. Nicht beteiligt haben sich Dänemark, Malta und das mittlerweile aus der EU ausgetretene Vereinigte Königreich.

10 EU-Kommission, Weißbuch zur Zukunft Europas. Die EU der 27 im Jahr 2025 – Überlegungen und Szenarien, COM (2017)2025 vom 1.3.2017.

staaten, schafft aber zugleich eine neue Vielfalt zwischen den beteiligten und den außenstehenden Mitgliedstaaten und erfordert eine Abstimmung zwischen beidem. Dieses Europa mehrerer Geschwindigkeiten haben wir auch in der Europäischen Währungsunion, deren Probleme ungeachtet mancher Erfolge des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) keineswegs gelöst sind und für die die Corona-Pandemie neue Herausforderungen mit sich bringt, deren Lösung, wie der „Gipfel“ des Europäischen Rates im Juli 2020¹¹ gezeigt hat, die Überwindung von kontroversen Positionen, die durchaus ihre Berechtigung haben, nicht nur zwischen den Mitgliedstaaten im Europäischen Rat und im Rat, sondern auch zwischen diesen und dem Europäischen Parlament verlangt.

Von den aktuellen Problemen der Europäischen Union soll hier eines intensiver behandelt werden, nämlich die Frage, ob und welche Unterschiede in den Mitgliedstaaten die Union als Wertegemeinschaft verträgt und gegebenenfalls vertragen muss, um als Integrationsgemeinschaft die notwendige Akzeptanz durch die und in den Mitgliedstaaten zu erfahren und zu bewahren¹². Das Ziel „einer immer engeren Union der Völker Europas“, der „ever closer Union“, das Art. 1 Abs. 2 EUV festhält, sollte nach den Vorstellungen des britischen Premiers Cameron, der das Referendum in der Erwartung eines Votums für den Verbleib („remain“) in der EU und der Beruhigung der EU-Kritiker bis EU-Gegner in der eigenen Partei angesetzt hatte, gestrichen werden. Dies würde eine Vertragsänderung erfordern und war daher in dieser Form – anders als manche anderen Forderungen oder Anregungen Camerons – so nicht realistisch. Auch nach dem erfolgten Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU nach Ablauf der Übergangszeit am 31.12.2020¹³ bleibt die Frage, wie eng die Union sein soll, d. h. wieviel Europa brauchen wir und wollen wir und wieviel Europa, notwendig verbunden mit der Beschränkung eigener, nationaler politischer Gestaltungsfreiheit vertragen wir, von grundlegender Bedeutung für die Zukunft der Europäischen Union. Gemäß Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV achtet die Union gegenüber den Mitgliedstaaten „ihre jeweilige nationale Identität, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt“. Diese mitgliedstaatlichen Strukturen müssen aber mit den in Art. 2 Satz 1 EUV genannten Werten, auf die sich die Union gründet, nämlich „die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokra-

11 Dok. EUCO 10/20. Zur Einigung über den neuen EU-Eigenmittelbeschluss und das Programm „Next Generation EU“ und mögliche Folgen siehe unten 8.

12 Vgl. dazu auch *Rudolf Streinz*, Europa auf dem Prüfstand, in: Thomas Mayer (Hrsg.), *Das Prinzip Europa. Anspruch & Weg*, 31. Europäische Notarentage 2019, 2020, S. 25 (32 f.); *ders.*, Principles and Values in the European Union, in: Armin Hatje/Lubos Tichý (Hrsg.), *Liability of Member States for the Violation of Fundamental Values of the European Union*, Beiheft Europarecht 1/2018, 9 (20). Zu Unterschieden in den Mitgliedstaaten vgl. Gilbert Gornig/Peter Hilpold (Hrsg.), *Europas Grundrechte auf dem Prüfstand* unter besonderer Berücksichtigung der Länder Mittel- und Osteuropas, 2021.

13 Das Austrittsabkommen zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich vom 24.12.2020 (ABl. 2020 L 444) trat am 1.1.2021 vorläufig und nach Zustimmung auch des Europäischen Parlaments am 28.2.2021 endgültig in Kraft. Es bereitet – wie erwartet – bereits jetzt Probleme, vgl. dazu *Reinhard Priebe*, EuZW 2021, 89. Überblick über das Abkommen bei *Michael Hördt/Leander Hornung/Kilian O’Brien*, EuZW 2021, 430 (432 ff.).

tie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören“, dauerhaft vereinbar sein. Diese Werte sind gemäß Art. 2 Satz 2 EUV allen Mitgliedstaaten gemeinsam. Daran bestehen angesichts von Entwicklungen in einigen Mitgliedstaaten derartige Zweifel, dass sich die EU-Kommission zur Initiierung eines „Rechtsstaatsdialogs“ und, nachdem sich dieser als ineffektiv erwies, zu Vertragsverletzungsverfahren und zur Einleitung von Verfahren gemäß Art. 7 EUV veranlasst sah. Besonders problematisch ist die Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit als Kernelement einer auf Gewaltenteilung beruhenden Rechtsstaatlichkeit. Denn das Recht ist die Grundlage der Europäischen Union und die Rechtsstaatlichkeit ist die Basis des für die Union unerlässlichen gegenseitigen Vertrauens.

2. Das Recht als Grundlage der EU

Die Europäische Union beruht wie bereits die Europäischen Gemeinschaften auf völkerrechtlichen Verträgen zwischen den Mitgliedstaaten. Diese sind zwar nach wie vor die „Herren der Verträge“, wie die Bestimmung zu deren Änderung (Art. 48 EUV) zeigt, und was nicht zuletzt die Möglichkeit, aus der EU auszutreten (Art. 50 EUV) bestätigt. Solange Staaten allerdings der Europäischen Union angehören, sind sie nicht nur an das mit den Gründungsverträgen und deren Änderungen geschaffene Primärrecht, der „Verfassung“¹⁴ der Europäischen Union, sondern auch an das aufgrund der von den Mitgliedstaaten auf die EU übertragenen Hoheitsrechte geschaffene Sekundärrecht (Verordnungen, Richtlinien, Beschlüsse, Art. 288 AEUV) und auch an die Urteile des für die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge zuständigen EuGH (Art. 19 Abs. 1 EUV) gebunden. Allerdings müssen sich auch die Organe der EU innerhalb der ihnen übertragenen Hoheitsrechte bewegen. Ob dies der Fall ist, kann zu Streitfragen, nicht nur, aber insbesondere zwischen nationalen Verfassungsgerichten und dem EuGH führen, die durch gegenseitige Rücksichtnahme zu vermeiden und gegebenenfalls zu entschärfen sind. Die Europäische Union versteht sich, wie bereits die Europäischen Gemeinschaft¹⁵, als „Rechtsgemeinschaft“ bzw. „Rechtsunion“ und kann nur als solche bestehen¹⁶. Dies hat der EuGH bereits zur EWG hervorgehoben¹⁷ und zur Europäi-

14 So bereits EuGH, Rs. 294/83 – Les Verts/Europäisches Parlament, ECLI:EU:C:1986:166, Rn. 23 zum EWG-Vertrag.

15 Vgl. bereits *Walter Hallstein*, Die EWG – Eine Rechtsgemeinschaft. Europäische Reden, hrsg. von Thomas Oppermann, 1979, S. 341 ff.; *Hallstein*, Die Europäische Gemeinschaft, 5. Aufl. 1979, S. 51 ff.

16 Vgl. dazu *Rudolf Streinz*, Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft, in: Festschrift für Detlef Merten, 2007, S. 395 (396 f.).

17 EuGH, Rs. 294/83 – Les Verts/Europäisches Parlament, ECLI:EU:C:1986:166, Rn. 23: „daß die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft eine Rechtsgemeinschaft der Art ist, daß weder die Mitgliedstaaten noch die Gemeinschaftsorgane der Kontrolle darüber entzogen sind, ob ihre Handlungen im Einklang mit der Verfassungsurkunde der Gemeinschaft, dem Vertrag, stehen.“ Ferner z.B. EuGH, Gutachten 1/91 (EWI I), ECLI:EU:C:1991:490, Rn. 21.

schen Union bekräftigt¹⁸. Im grundlegenden Urteil Associação Sindical dos Juízes Portugueses, dessen Ausgangsfall zwar Gehaltskürzungen für Richter des portugiesischen Rechnungshofs (Tribunal de Contas) betraf – die im Rahmen einer allgemeinen Gehaltskürzung für den öffentlichen Dienst erfolgte, das aber grundlegende Aussagen anlässlich Maßnahmen der polnischen Regierung traf, stellte der EuGH den Zusammenhang mit den in Art. 2 EUV genannten Werten der EU und insbesondere die Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit für die Rechtsstaatlichkeit als grundlegenden Wert der EU als „Rechtsunion“ klar¹⁹.

3. Die EU als Wertegemeinschaft

Art. 2 EUV übernimmt die in Art. 6 Abs. 1 EUV a.F. genannten gemeinsamen „Grundsätze“ und erklärt sie und ergänzend die Menschenwürde, Gleichheit und Rechte der Personen, die Minderheiten angehören, zu „Werten“, auf die sich die Union „gründet“ (Satz 1) und die allen Mitgliedstaaten gemeinsam sind (Satz 2). Diese Formulierung „schwankt zwischen (wunscheleiteter) Deskription und Präskription“²⁰. Das insoweit gegenüber den Mitgliedstaaten präskriptive Element wird deutlich in Art. 49 Abs. 1 EUV, wonach die Achtung und der Einsatz für die Förderung dieser Werte Voraussetzung dafür ist, dass ein Staat die Aufnahme in die EU beantragen kann, sowie in Art. 7 Abs. 1 EUV, der bei der „eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung“ (Abs. 1) bzw. einer festgestellten schwerwiegenden und anhaltenden Verletzung“ (Abs. 2) der in Artikel 2 genannten Werte die Einleitung bzw. Fortsetzung eines Sanktionsverfahrens bis hin zur Aussetzung von Rechten, einschließlich des Stimmrechts im Rat (Abs. 3) vorsieht. Wegen dieses präskriptiven Elements wird Art. 2 EUV auch als Homogenitätsklausel („homogeneity“) bezeichnet²¹. Die rechtliche Qualifikation und deren Folgen sind allerdings strittig²². Der EuGH hat Art. 2 EUV dadurch justiziabel gemacht, dass er in Art. 19 EUV eine Konkretisierung des Wertes der in Art. 2 EUV proklamierten Rechtsstaatlichkeit mit Folgen für die nationalen Gerichte sah²³.

18 EuGH (GK), Rs. C-64/16 – Associação Sindical dos Juízes Portugueses/Tribunal de Contas, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 31: „Die Union ist eine Rechtsunion“.

19 EuGH (Fn. 18), Rn. 32. Siehe dazu die Urteilsanalyse von Rudolf Streinz, Europarecht: Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit, JuS 2018, 1016 (1016 ff.).

20 Matthias Pechstein, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV. Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 2 EUV, Rn. 1.

21 Christian Calliess, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 6. Aufl. 2021, Art. 2 EUV, Rn. 7; Stelio Mangiameli, The Union's Homogeneity and its Values in the Treaty on European Union, in: Hermann-Josef-Blanke/Stelio Mangiameli (Hrsg.), The European Union after Lisbon, 2012, S. 21 ff.

22 Vgl. dazu z.B. Meinhard Hilf/Frank Schorkopf, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union Loseblatt, EL 70/2020, Art. 2 EUV, Rn. 40, 46 ff.

23 EuGH (Fn. 18), Rn. 32: „Art. 19 EUV, mit dem der Wert der in Art. 2 EUV proklamierten Rechtsstaatlichkeit konkretisiert wird, überträgt die Aufgabe, in der Rechtsordnung der Union die gerichtliche Kontrolle zu gewährleisten, nicht nur dem Gerichtshof, son-

4. Rechtsstaatlichkeit als Basis des gegenseitigen Vertrauens

Eine Rechtsgemeinschaft wie die EU basiert auf gegenseitigem Vertrauen, dass die Mitgliedstaaten sich an das vereinbarte Recht, das in den Verträgen geregelte Primärrecht und auf das auf die Ermächtigungen in den Verträgen gestützte Sekundärrecht (vgl. Art. 288 AEUV) halten und diesem im innerstaatlichen Bereich Geltung verschaffen. Dazu müssen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Rechtsbehelfe schaffen, damit ein wirksamer Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist (Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV). Gegenseitiges Vertrauen ist Grundlage für das mit den Grundfreiheiten verbundene Prinzip der gegenseitigen Anerkennung²⁴. Gegenseitiges Vertrauen und ein Verhalten und Zustände, die dieses ermöglichen und rechtfertigen, sind unerlässlich für so sensible Bereiche wie die Überstellung an die nach der Dublin-Verordnung für Asylverfahren zuständigen Mitgliedstaaten und die Überstellung an einen Mitgliedstaat aufgrund eines von diesem erlassenen Europäischen Haftbefehls²⁵.

5. Aktuelle Probleme

Im konkreten Fall der Einschränkung der Überstellung aufgrund eines Europäischen Haftbefehls war das Problem, ob dem Betroffenen in Polen aufgrund erheblicher Zweifel an der dortigen richterlichen Unabhängigkeit das notwendige faire Verfahren gewährleistet ist. Damit ist eines der aktuellen Probleme angesprochen, nämlich die Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit durch verschiedene Maßnahmen der 2015 eingeleiteten und seither fortgesetzten Justizreform der derzeitigen, von der Partei PiS getragenen polnischen Regierung. Über diese Maßnahmen und die dagegen seitens der EU-Kommission, insbesondere durch Vertragsverletzungsverfahren (Art. 258 AEUV), und durch Vorlageverfahren polnischer Gerichte zum EuGH ergriffenen bzw. angestrebten Maßnahmen informiert das Länderkapitel zur Lage der Rechtsstaatlichkeit in Polen²⁶ als Bestandteil des Berichts der Kom-

den auch den nationalen Gerichten. Die nationalen Gerichte erfüllen dabei in Zusammenarbeit mit dem Gerichtshof eine Aufgabe, die ihnen gemeinsam übertragen ist, um die Wahrung des Rechts bei der Anwendung und Auslegung der Verträge zu sichern ... Damit in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen ein wirksamer Rechtsschutz gewährleistet ist, müssen sie die erforderlichen Rechtsbehelfe schaffen (Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV), d.h. ein System von Rechtsbehelfen und Verfahren vorsehen, mit dem in diesen Bereichen eine wirksame gerichtliche Kontrolle gewährleistet ist“.

24 Grundlegend EuGH (Fn. 3), Rn. 8. Vgl. dazu *Rudolf Streinz*, *Europarecht*, 11. Aufl. 2019, Rn. 1005 ff.

25 Dies verdeutlicht das Urteil des EuGH über die Grenzen der Überstellungspflicht auf Vorlage des irischen High Court hinsichtlich eines polnischen Europäischen Haftbefehls, EuGH (GK), Rs. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 – Minister of Justice and Equality/LM. Siehe dazu *Mehrdad Payandeh*, JuS 2018, 919.

26 Dok. SWD(2020)320 final, S. 1–9.

mission über die Lage der Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union²⁷. Zuletzt hat der EuGH aufgrund eines Vertragsverletzungsverfahrens Polen wegen Verstößen seiner Justizreform, hier die Besetzung und Funktion der geschaffenen Disziplinarkammer, gegen Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV sowie gegen Art. 267 Abs. 2 und 3 AEUV verurteilt²⁸.

Mögliche Defizite sprechen die Länderkapitel zur Lage der Rechtsstaatlichkeit in allen Mitgliedstaaten an²⁹. Für die fortbestehende Mitgliedschaft eines Staates in der Europäischen Union problematisch wird es aber dann, wenn die Defizite vorwiegend herbeigeführt werden und „systemisch“ sind und Werte der Union im Kern betreffen. Dies trifft, wie das letzte Urteil des EuGH zeigt, offensichtlich auf das Justizsystem in Polen zu, da hier die Unabhängigkeit der Gerichte und auch das Zusammenwirken mit dem EuGH beseitigt wird. Ansätze von solchen systemischen Defiziten sieht auch der Länderbericht zu Ungarn. Dort wirken bewusst herbeigeführte Gefährdungen der richterlichen Unabhängigkeit, effektiver Korruptionsbekämpfung und Bekämpfung unabhängiger Medien zusammen³⁰. Zudem erklärt der Ministerpräsident Orban eine „illiberalen Demokratie“ zum Staatsziel³¹. Probleme bereitet die Sicherstellung richterlicher Unabhängigkeit und effektiver Korruptionsbekämpfung auch in Rumänien³². In diesen Fällen stellt sich die Frage nach effektiven Verfahren zur Einhaltung der Rechtsstaatlichkeit.

6. Verfahren zur Einhaltung der Rechtsstaatlichkeit

6.1. Sanktionsverfahren gemäß Art. 7 EUV

Das durch den Amsterdamer Vertrag eingeführte und durch den Vertrag von Lissabon im Wesentlichen übernommene Verfahren gemäß Art. 7 EUV sieht bei schwerwiegender systemischer Verletzung der in Art. 2 EUV genannten Werte durch einen Mitgliedstaat Sanktionen bis hin zum Entzug des Stimmrechts vor. Es wurde daher

27 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Bericht über die Rechtsstaatlichkeit 2020, Dok. COM(2020)580 final.

28 EuGH (GK), Rs. C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596 – Kommission/Polen. Zuvor war dazu bereits eine einstweilige Anordnung ergangen, mit der die Aussetzung der Tätigkeit der Disziplinarkammer angeordnet wurde, EuGH (GK), Rs. C-791/19 R, ECLI:EU:C:2020:277 – Kommission/Polen. Siehe dazu unten 6.2.

29 Vgl. die Länderkapitel zur Lage der Rechtsstaatlichkeit in Deutschland (Dok. SWD [2020]304 final) und in Tschechien (Dok. SWD[2020]302 final).

30 Vgl. das Länderkapitel zur Lage der Rechtsstaatlichkeit in Ungarn, Dok SWD(2020) 316 final, S. 1 ff.

31 Vgl. dazu *Gábor Halmai*, in: Stefan Kadelbach (Hrsg.), *Verfassungskrisen in der Europäischen Union*, 2018, S. 85.

32 Vgl. das Länderkapitel zur Lage der Rechtsstaatlichkeit in Rumänien, Dok SWD(2020) 322 final. Hier wie in Bulgarien begleitet seit dem 2007 erfolgten Beitritt die Kommission die Reformen in den Bereichen Justiz und Korruptionsbekämpfung im Rahmen des Kooperations- und Kontrollverfahrens (CVM).

vom früheren Präsidenten der EU-Kommission Barroso als „nuclear option“ bezeichnet³³, erweist sich aber eher als Papiertiger. Grund dafür ist, dass dieses politische Verfahren, bei dem sowohl seine Einleitung als auch die Feststellung einer Gefahr bzw. Verletzung der Rechtsstaatlichkeit sowie die Entscheidung über Sanktionen im Ermessen der zur Entscheidung berufenen Organe liegt³⁴ und das nur hinsichtlich der Einhaltung der Verfahrensbestimmungen der Kontrolle durch den EuGH unterliegt (Art. 269 AEUV)³⁵, sehr hohe Abstimmungsquoten vorsieht. So bedarf es bereits einer 4/5-Mehrheit im Rat für die Feststellung einer Gefahr. Dass für die Verhängung von Sanktionen ein Beschluss des Rates mit qualifizierter Mehrheit genügt, täuscht darüber hinweg, dass zuvor der Europäische Rat einstimmig eine Verletzung der Werte festgestellt haben muss. Selbstverständlich ist der betroffene Mitgliedstaat bei diesen Abstimmungen ausgeschlossen. Dies hindert aber nicht Bündnisse potentiell betroffener Staaten auf Gegenseitigkeit, im Notfall dagegen zu stimmen bzw. ein Veto einzulegen. Dem könnte nur durch die gleichzeitige Eröffnung von Verfahren gegen beide betroffenen Staaten begegnet werden, wofür allerdings zusätzlich beide Verfahren verbunden werden müssten, was die Verträge nicht vorsehen³⁶. Die mangelnde Effektivität zeigt sich im schleppenden Fortgang der von der EU-Kommission 2017 gegen Polen³⁷ und vom Europäischen Parlament 2018 gegen Ungarn³⁸ initiierten Verfahren.

6.2. Vertragsverletzungsverfahren

Die EU-Kommission hat daher zur Sicherung der Rechtsstaatlichkeit Vertragsverletzungsverfahren (Art. 258 AEUV) gegen Polen³⁹ und gegen Ungarn eingeleitet. Diese können sich seit dem Vertrag von Maastricht dadurch als effektiv erweisen, dass bei Nichtbefolgung eines Urteils des EuGH eben wegen dieser Vertragsverletzung ein weiteres Verfahren eingeleitet werden kann, das gegebenenfalls mit der Verhängung eines Zwangsgelds oder bzw. und eines Pauschalbetrags zur Durchsetzung des Urteils enden kann (Art. 260 Abs. 2 AEUV). Der EuGH sieht selbst die „Sensibilität“ von Verfahren, die die fehlende Unabhängigkeit von Gerichten beanstan-

33 EU-Kommission, State of the Union address v. 11.9.2013.

34 *Mehrdad Payandeh*, Das unionsverfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip, JuS 2021, 481 (487 f.).

35 Vgl. dazu *Matthias Pechstein*, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 7 EUV, Rn. 12.

36 Für Unbeachtlichkeit eines wechselseitigen Vetos in analoger Anwendung der Stimmrechtsaussetzung gemäß Art. 354 AEUV *Oliver Mader*, Enforcement of EU Values as a Political Endeavour: Constitutional Pluralism and Value Homogeneity in Times of Persistent Challenges to the Rule of Law, Hague Journal on the Rule of Law 11 (2019), 133 (164).

37 Vorschlag der Kommission vom 20.12.2017, COM (2017)835 final.

38 Entschließung vom 12.9.2018. Die dagegen von Ungarn erhobene Klage wurde vom EuGH, Rs. C-650/18, ECLI:EU:C:2021:426 – Ungarn/Europäisches Parlament abgewiesen.

39 Übersicht über die gegen Polen insoweit eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren in Pressemitteilung der Kommission vom 31.3.2021.

den, da die Gerichtsorganisation an sich in die Kompetenz der Mitgliedstaaten fällt⁴⁰. Er hat daher im jüngst entschiedenen Vertragsverletzungsverfahren gegen Polen den Antrag der Kommission auf Entscheidung im beschleunigten Verfahren abgelehnt, aber eine einstweilige Anordnung erlassen⁴¹ und den Fall vorrangig behandelt⁴². In der Hauptsache hat der Gerichtshof Verstöße Polens gegen Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV und Art. 267 Abs. 2 und 3 AEUV festgestellt. Gemäß Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV müssen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Rechtsbehelfe schaffen, damit ein wirksamer Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist. Bei der Auslegung von Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV sind Art. 2 EUV, der u.a. die Rechtsstaatlichkeit und damit die richterliche Unabhängigkeit als zentrales Element fordert, und Art. 47 GRCh, der das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht garantiert, gebührend zu berücksichtigen. Die Beschränkung auf die vom Unionsrecht erfassten Bereiche entbindet nicht davon, generell für ein unabhängiges Gerichtssystem zu sorgen. Insoweit hat der EuGH in Polen zutreffend systemische Mängel festgestellt⁴³. Angesichts des Gesamtkontexts der umfassenden Justizreform in Polen, insbesondere aufgrund von Faktoren im Zusammenhang mit der Schaffung der Disziplinarkammer, bietet diese nicht alle Garantien für die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Richter. Diese sind insbesondere nicht unempfindlich für unmittelbare oder mittelbare Einflussnahme durch die polnische Legislative und Exekutive. Dazu gehört, dass das Verfahren zur Ernennung der Richter am Obersten Gerichtshof, einschließlich der Mitglieder der Disziplinarkammer, wesentlich durch den Landesjustizrat als einem Organ bestimmt wird, das von der polnischen Exekutive und Legislative wesentlich umgebildet wurde und dessen Unabhängigkeit zu berechtigten Zweifeln Anlass geben kann. Die Einstufung des Inhalts von Gerichtsentscheidungen als Disziplinarvergehen kann zur politischen Kontrolle von Gerichtsentscheidungen oder zur Ausübung von Druck auf Richter eingesetzt werden, um ihre Entscheidungen zu beeinflussen und die Unabhängigkeit der betreffenden Gerichte zu beeinträchtigen. Disziplinarsachen gegen Richter müssen innerhalb angemessener Frist und unter Achtung ihrer Verteidigungsrechte entschieden werden⁴⁴. Ein krasser Verstoß gegen Art. 267 Abs. 2 und 3 AEUV ist die Behinderung der Vorlageberechtigung und -pflicht durch Disziplinarverfahren, die bei Vorlagen polnischer Gerichte an den EuGH vorgesehen sind. Denn dadurch wird ihr durch nationales Recht nicht beschränkbares Recht aus Art. 267 Abs. 2 AEUV und gegebenenfalls, d.h. in Fällen des Art. 267 Abs. 3 AEUV, ihre Pflicht zur Anrufung des EuGH „und das System der Zusammenarbeit zwischen den nationalen Gerichten und dem Gerichtshof be-

40 Deutlich EuGH, Rs. C-585/18 u.a., ECLI:EU:C:2019:982, Rn. 75 – A.K. u.a. Vgl. dazu *Mehrdad Payandeh*, JuS 2020, 370.

41 EuGH, Rs. C-791/91 R, ECLI:EU:C:2020:277.

42 EuGH (GK), Rs. C-791/91, ECLI:EU:C:2021:596.

43 Zur Feststellung systemischer Mängel im Vertragsverletzungsverfahren vgl. *Payandeh* (Fn. 34), JuS 2021, 487 m.w.Nw. dort in Fn. 95.

44 Vgl. dazu die Zusammenfassung in der Pressemitteilung Nr. 130/21 der Kommission vom 15.7.2021.

einträchtigt, das durch die Verträge geschaffen wurde, um die einheitliche Auslegung und die volle Geltung des Unionsrechts zu gewährleisten“⁴⁵.

Es bleibt abzuwarten, ob Polen – wie bisher Urteile des EuGH, die Zwangspensionierungen und Nachbesetzungen von Richtern für unionsrechtswidrig erklärt haben⁴⁶ – auch dieses Urteil des EuGH befolgt und die entsprechenden Gesetzesänderungen zurücknimmt. Die bisherigen Reaktionen der polnischen Regierung und vor allem das Urteil des (reformierten) Verfassungsgerichts, das die einstweilige Anordnung des EuGH hinsichtlich der Disziplinarkammer für verfassungswidrig erklärt hat⁴⁷, erweckten insoweit Zweifel. Allerdings hat die polnische Regierung angekündigt, die Disziplinarkammer in ihrer jetzigen Form abzuschaffen. Gegebenenfalls müssten die Urteile des EuGH durch ein weiteres Vertragsverletzungsverfahren wegen Nichtbefolgung von Urteilen des EuGH und die Verhängung und Realisierung von Pauschalbetrag und/oder Zwangsgeld durchgesetzt werden (Art. 260 Abs. 2 AEUV)⁴⁸.

6.3. Vorabentscheidungsverfahren

Verstöße gegen das Rechtsstaatsprinzip und insbesondere die richterliche Unabhängigkeit wurden auch in einer Reihe von Vorabentscheidungsverfahren geltend gemacht⁴⁹. Zwar legt der EuGH hier allein das Unionsrecht aus (vgl. Art. 267 Abs. 1 AEUV), wodurch aber mittelbar Auskunft über die Vereinbarkeit von nationalem Recht mit dem Unionsrecht gegeben wird⁵⁰. Auf dieser Basis entscheidet das nationale Gericht den konkreten Fall, ist dabei aber an die Vorgaben des EuGH gebunden. Insoweit unterscheidet sich das Vorabentscheidungsverfahren vom Vertragsverletzungsverfahren und ist Letzteres effektiver, wenngleich schwerfälliger⁵¹.

6.4. Verfahren der Rechtsstaatlichkeits-Konditionalität

Da mangels Ausschlussmöglichkeit – Art. 50 EUV sieht allein den freiwilligen und letztlich selbstbestimmten Austritt aus der EU vor – allein finanzielle Sanktionen wirken, wurde diskutiert, ob und wie Rechtsstaatlichkeitsdefiziten in den Mitglied-

45 Pressemitteilung (Fn. 44).

46 EuGH, Rs. C-619/18 R, ECLI:EU:C:2018:1021 (einstweilige Anordnung) und EuGH (GK), Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531. Vgl. dazu *Mehrdad Payandeh*, JuS 2019, 917.

47 Polnischer Verfassungsgerichtshof, Beschluss v. 14.7.2021. Vgl. dazu die Pressemitteilung der EU-Kommission vom 15.7.2021, EuZW 2021, 611.

48 Weil Polen der einstweiligen Anordnung des EuGH hinsichtlich der Disziplinarkammer vom 14.7.2021 nicht nachkam, verhängte der EuGH im vorläufigen Rechtsschutzverfahren am 27.10.2021 ein Zwangsgeld von 1 Million Euro pro Tag, EuGH C-204/21 R, ECLI:EU:C:2021:878.

49 Siehe z.B. EuGH (GK). Rs. C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153 – A.B. u.a./Landesjustizrat Polens. Siehe dazu *Rudolf Streinz*, JuS 2021, 566.

50 *Payandeh* (Fn. 34), JuS 2021, 488. Generell dazu *Rudolf Streinz*, Europarecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 705; *Ulrich Haltern*, Europarecht, Bd. 2, 3. Aufl. 2017, Rn. 119 f.

51 Vgl. zu diesem Unterschied *Rudolf Streinz*, JuS 2020, 182 (183).

staaten mit finanziellen Sanktionen begegnet werden kann⁵². Der Vorschlag der Kommission zum Erlass einer entsprechenden Rechtsstaatlichkeitsverordnung⁵³ führte 2020 zu kontroversen Diskussionen im Rahmen der EU-Haushaltsverhandlungen und zur Drohung Polens und Ungarns, die Zustimmung zum mehrjährigen Finanzrahmen 2021–2027 und zum damit verbundenen Aufbaufonds „Next Generation EU“, mit dem 750 Milliarden Euro für die Bekämpfung der Folgen der Corona Krise – und letztlich wohl darüber hinaus – als Darlehen und Zuschüsse zur Verfügung gestellt werden, zu verweigern. Im November 2020 wurde mit der Verordnung 2020/2092 über eine allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union⁵⁴ ein Kompromiss gefunden. Mit dem dadurch geschaffenen Konditionalitäts-Mechanismus können Zahlungen aus dem Haushalt der EU an einen Mitgliedstaat, der gegen Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit verstößt, verweigert werden⁵⁵. Diese Verordnung trat zwar am 1. 1. 2021 in Kraft, wird in ihrer Durchsetzung aber offenbar vom Europäischen Rat – der dafür gar keine Zuständigkeit besitzt – sabotiert⁵⁶. Das Europäische Parlament will die Kommission durch eine Untätigkeitsklage (Art. 265 AEUV) zur Aktivierung der Verordnung bewegen⁵⁷.

6.5. Rechtsstaatlichkeits-Monitoring der EU-Kommission

Neben bislang praktizierten Monitoring-Instrumenten hat die EU-Kommission weitere Initiativen gestartet⁵⁸. Dazu gehört insbesondere der 2020 erstmals erschienene jährlich vorgesehene Bericht über die Rechtsstaatlichkeit mit einzelnen Länderkapiteln zu allen 27 Mitgliedstaaten⁵⁹.

6.6. Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)

Außerhalb der EU, die trotz der Verpflichtung durch Art. 6 Abs. 2 EUV wegen der Blockade durch den EuGH⁶⁰ bislang der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) nicht beigetreten ist, können Verstöße gegen das Rechtsstaatsprinzip bei damit verbundenen Menschenrechtsverletzungen, z.B. gegen das Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK), durch (seltene) Staatenbeschwerden (Art. 33 EMRK)

52 Vgl. dazu *Payandeh* (Fn. 34), JuS 2021, 488 m.w.Nw.

53 Dok COM(2018)324 final.

54 VO (EU) 2020/2092 (Euratom), ABl. L 433 I/22.

55 Eingehend dazu *Oliver Mader*, Rechtsstaatlichkeit und Haushalt: Der Stand des Werteschutzes in der EU nach dem Streit über die Rechtsstaatsverordnung, EuZW 2021, 133 (135 ff.).

56 Vgl. Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 9.12.2020, Dok SN 5281/20. Eingehend dazu *Mader* (Fn. 55), EuZW 2021, 138 ff. Der EuGH (Plenum) hat die Klagen Ungarns und Polens zurückgewiesen, EuGH, Rs. C-156/21 – Ungarn/Parlament und Rat, ECLI:EU:C:2022:97; Rs. C-157/21 – Polen/Parlament und Rat, ECLI:EU:C:2022:98.

57 Europäisches Parlament, Resolution 2021/2582 (RSP). Siehe dazu EuZW 2021, 564.

58 Vgl. dazu *Payandeh* (Fn. 34), JuS 2021, 489 m.w.Nw.

59 Dok. COM(2020)580 final.

60 EuGH, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2554 (EMRK II).

oder Individualbeschwerden (Art. 34 EMRK) vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg gerügt werden. Der EGMR hat Polen mehrmals wegen seiner Justizreform und der dadurch beseitigten erforderlichen Unabhängigkeit der Gerichte verurteilt⁶¹.

7. Wertegemeinschaft und nationale Identität

Gemäß Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV achtet die Union die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen und ihre jeweilige nationale Identität, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt. Die statusrechtliche Gleichheit der Mitgliedstaaten untersagt unsachgemäße Differenzierungen durch Handlungen der Unionsorgane auch bei der Einleitung von Vertragsverletzungsverfahren und bei der Anwendung von Art. 7 EUV. Dadurch sollen insbesondere die kleineren Mitgliedstaaten geschützt werden⁶². Dem Begriff der „nationalen Identität der Mitgliedstaaten“ „kommt nach dem Vertrag eine Schlüsselrolle zu, weil er den Grund bezeichnet, aus dem sich der staatliche Selbstbehauptungswille wesentlich speist“⁶³. Als Begriff des Unionsrechts ist für seine Auslegung zwar der EuGH zuständig, zu seiner „jeweiligen“ Konkretisierung aber die Mitgliedstaaten durch ihre Verfassungen, deren verbindliche Auslegung wiederum den nationalen Verfassungsgerichten obliegt. Da ausdrücklich die politischen und verfassungsmäßigen Strukturen genannt werden, sind, wie auch Erwägungsgrund 6 der Präambel bestätigt, auch politische, soziale und kulturelle Besonderheiten, die Achtung der Geschichte, der Kultur und der Traditionen der Völker der Union zu achten. Art. 167 AEUV betont die nationale und regionale Vielfalt der Kulturen der Mitgliedstaaten als besonderen, Europa kennzeichnenden Wert. Der EuGH hat nationale Verfassungsgrundsätze zur Rechtfertigung von spezifischen, d.h. von anderen Mitgliedstaaten abweichenden Beschränkungen der Grundfreiheiten des Binnenmarkts anerkannt⁶⁴ und in einigen Urteilen ausdrücklich auf Art. 4 Abs. 2 EUV rekurriert⁶⁵. Dies entspricht der Aufgabe des EuGH, als „Verfassungsgericht“ die Balance zwischen Union und Mitgliedstaaten zu wahren⁶⁶.

Welche Konfliktlinien sich hier ergeben können, soll an einem Beispiel aus jüngerer Zeit aufgezeigt werden. Im Fall *Adran Coman* ging es um die Frage, ob und

61 EGMR, Urt. v. 7.5.2021, Beschwerde Nr. 4907/18; zuletzt Urt. v. 8.11.2021, Beschwerde Nr. 49868/19, 57511/19

62 Streinz, in: Streinz (Fn. 20), Art. 4 EUV, Rn. 13.

63 *Stephan Schill/Christoph Krenn*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 22), EL 65/2018, Art. 4 EUV, Rn. 14.

64 Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-36/02, ECLI:EU:C: 2004:614, Rn. 33 ff. – *Omega*.

65 Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-208/09, ECLI:EU:C:2010:806, Rn. 92 – *Ilonka Sayn Wittgenstein/Landeshauptmann von Wien*. Vgl. dazu und zu weiteren Nachweisen Streinz, in: Streinz (Fn. 20), Art. 4 EUV, Rn. 19.

66 Vgl. dazu *Rudolf Streinz*, Die Rolle des EuGH im Prozess der Europäischen Integration AöR 135 (2010), 1 (27).

inwieweit eine in einem anderen Mitgliedstaat (Belgien) zwischen einem Rumänen (Coman) und einem US-Amerikaner (Hamilton) nach dortigem Recht geschlossene „Ehe“ im Heimatland von Coman (Rumänien) anerkannt werden muss. Das rumänische Recht erkennt als „Ehe“ ausschließlich und ausdrücklich nur die Verbindung von Mann und Frau an und verbietet ausdrücklich eine gleichgeschlechtliche Ehe. Die Große Kammer des EuGH hat auf Vorlage des rumänischen Verfassungsgerichts zu Recht eine unionsrechtliche Definition des Begriffs „Ehe“ vermieden, aber – ebenfalls zu Recht – das Aufenthaltsrecht des Paares und damit auch des Drittstaatsangehörigen als abgeleitetes Recht aus dem Freizügigkeitsrecht des Unionsbürgers verbunden mit dem in der EU-Grundrechtecharta garantierten Recht auf Familie bejaht⁶⁷. Eine andere Frage ist aber, ob darüber hinaus eine Gleichstellung mit nach rumänischem Recht „wirklichen“ Ehen geboten ist, was Kritiker des Urteils befürchten. Dass der EuGH ausdrücklich das Aufenthaltsrecht betont und durch dieses die von Rumänien geltend gemachte Identität der Verfassung nicht gefährdet sieht, könnte jedoch ein Indiz für die insoweit gebotene Zurückhaltung sein. Ob dem so ist, bleibt aber abzuwarten.

8. Besondere Herausforderungen der Corona-Pandemie

Die Corona-Pandemie stellte die Europäische Union vor besondere Herausforderungen, denen sie nur unzureichend gerecht wurde. Genannt seien hier nur die Defizite bei der gemeinsamen Beschaffung von Impfstoffen und der Einführung von Grenzkontrollen. Hier stellt sich die Frage einer Optimierung der Kompetenzverteilung zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten. Zur Bewältigung der Corona-Schäden in den Mitgliedstaaten wurde ein gigantisches Gemeinschaftsprogramm aufgelegt, das allerdings nicht darauf beschränkt bleibt und Fragen der (zweifelhaften) rechtlichen Fundierung ebenso aufwirft wie Folgefragen, insbesondere möglicher grundlegender Änderungen der Wirtschafts- und Währungsunion in Richtung einer Fiskal- einschließlich Transfer- und Haftungsunion⁶⁸. Es bleibt abzuwarten, ob die Verbindung von Eigenverantwortlichkeit, Solidarität und Konditionalität gelingt. Dies wäre aber ein eigenes Thema. Hinsichtlich der hier angesprochenen Wertegemeinschaft bedenklich sind die Hindernisse, die nicht zu Unrecht davon angesprochene Mitgliedstaaten gegen die Rechtsstaatlichkeits-Konditionalität, d.h. die Bindung der Vergabe finanzieller Mittel aus dem EU-Haushalt an die Einhaltung der unionsrechtlichen Vorgaben für das Rechtsstaatsprinzip, aufgebaut haben⁶⁹.

67 EuGH (Große Kammer), Urt. v. 5.6.2018, Rs. C-673/16, Coman und Hamilton, ECLI: EU:C:2018:385.

68 Vgl. dazu Dirk Meyer, Neues Eigenmittelsystem weist in eine Fiskalunion, EuZW 2021, 16–22; Matthias Ruffert, Europarecht für die nächste Generation. Zum Projekt Next Generation EU, NVwZ 2020, 1777–1780; Martin Nettesheim, „Next Generation EU“: Die Transformation der EU-Finanzverfassung, AöR 2020, 381–437; Johanna Hey, Das Einnahmesystem der Europäischen Union: neue Steuern als neue Eigenmittel?, EuZW 2021, 277–286.

69 Siehe oben 4.4. Vgl. dazu auch Payandeh (Fn. 34), JuS 2021, 488 f.

Denn die Einhaltung rechtsstaatlicher Prinzipien, insbesondere der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Gerichte, ist für eine Wertegemeinschaft, wie sie Art. 2 EUV sieht, unerlässlich, zumal davon auch das notwendige gegenseitige Vertrauen abhängt. Und die Erfahrung hat gezeigt, dass allein finanzieller Druck insoweit Erfolg verspricht.

9. Fazit

„In Vielfalt geeint“ ist der im Verfassungsvertrag vorgesehene Leitspruch der Europäischen Union. Das richtige Maß zwischen der sich als Rechtsgemeinschaft und Wertegemeinschaft (Art. 2 EUV) verstehenden Union, die zugleich die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten achtet (Art. 4 Abs. 2 EUV), zu wahren ist eine ständige Aufgabe. Die Probleme der Union hat der damalige Kommissionspräsident Juncker als „Polykrise“ beschrieben, deren Elemente sich leider als aktuell erweisen, wobei die Folgen der Corona-Pandemie hinzukommen. Unverzichtbar für eine Gemeinschaft mit dem Recht als Grundlage ist die Wahrung der Rechtsstaatlichkeit in der Union und in allen ihren Mitgliedstaaten. Denn diese ist die Basis für das gegenseitige Vertrauen im Binnenmarkt und im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Daher müssen effektivere Verfahren zur Einhaltung der Rechtsstaatlichkeit, vor allem der richterlichen Unabhängigkeit, entwickelt werden, soll die Union letztlich eine Erfolgsgeschichte bleiben.

Literaturverzeichnis

- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias, EUV/AEUV-Kommentar, 6. Aufl. 2022.
- Gornig, Gilbert/Hilpold, Peter (Hrsg.), Europas Grundrechte auf dem Prüfstand unter besonderer Berücksichtigung der Länder Mittel- und Osteuropas, 2021.
- Grabitz, Eberhard/Hilf Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Loseblatt, 2021.
- Hallstein, Walter, Die Europäische Gemeinschaft, 5. Aufl. 1979.
- Hallstein, Walter, Die EWG – Eine Rechtsgemeinschaft. Europäische Reden, hrsg. von Thomas Oppermann, 1979, S. 341.
- Halmi, Gábor, in: Stefan Kadelbach (Hrsg.), Verfassungskrisen in der Europäischen Union, 2018, S. 85.
- Halter, Ulrich, Europarecht, Bd. 2, 3. Aufl. 2017.
- Hey, Johanna, Das Einnahmesystem der Europäischen Union: neue Steuern als neue Eigenmittel?, EuZW 2021, 277.
- Hördt, Michael/Hornung, Leander/O’Brien, Kilian, Der Anfang vom Ende? Das finale (?) Brexitabkommen und seine Auswirkungen auf Irland, EuZW 2021, 430; EuZW 2021, 472; EuZW 2021, 434.
- Kramme, Malte/Baldus, Christian/Schmidt-Kessel, Martin (Hrsg.), Brexit. Privat- und wirtschaftsrechtliche Folgen, 2. Aufl. 2020.
- Mader, Oliver, Enforcement of EU Values as a Political Endeavour: Constitutional Pluralism and Value Homogeneity in Times of Persistent Challenges to the Rule of Law, Hague Journal on the Rule of Law 11 (2019), 133.

- Mader, Oliver, Rechtsstaatlichkeit und Haushalt: Der Stand des Werteschutzes in der EU nach dem Streit über die Rechtsstaatsverordnung, *EuZW* 2021, 133.
- Mangiameli, Stelio, The Union's Homogeneity and its Values in the Treaty on European Union, in: Hermann-Josef Blanke/Stelio Mangiameli (Hrsg.), *The European Union after Lisbon*, 2021, S. 21.
- Meyer, Dirk, Neues Eigenmittelsystem weist in eine Fiskalunion, *EuZW* 2021, 16.
- Nettesheim, Martin, „Next Generation EU“. Die Transformation der EU-Finanzverfassung, *AöR* 145 (2020), 381.
- Payandeh, Mehrdad, Das unionsverfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip, *JuS* 2021, 481.
- Payandeh, Mehrdad, Europarecht: Disziplinarkammer und Justizrat in Polen, *JuS* 2020, 370.
- Payandeh, Mehrdad, Europarecht: Europäischer Haftbefehl und Grundrecht auf ein faires Verfahren, *JuS* 2018, 919.
- Payandeh, Mehrdad, Europarecht: Richterliche Unabhängigkeit und richterliche Unabsetzbarkeit, *JuS* 2019, 917.
- Priebe, Reinhard, Brexit; „The deal is done“ – „Die Uhr tickt nicht mehr“ (Editorial) *EuZW* 2021, 89.
- Ruffert, Matthias, Europarecht für die nächste Generation. Zum Projekt Next Generation EU, *NVwZ* 2020, 1777.
- Ruffert, Matthias, Europarecht: Verteilungsquoten für Flüchtlinge, *JuS* 2018, 303.
- Streinz, Rudolf (Hrsg.), *EUV/AEUV-Kommentar*, 3. Aufl. 2018.
- Streinz, Rudolf, Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft, in: *Festschrift für Detlef Merten*, 2007, S. 395.
- Streinz, Rudolf, Die Rolle des EuGH im Prozess der Europäischen Integration, *AöR* 135 (2010), 1.
- Streinz, Rudolf, Europa auf dem Prüfstand, in: Thomas Mayer (Hrsg.), *Das Prinzip Europa. Anspruch & Weg*, 31. Europäische Notarentage 2019, 2020, S. 25.
- Streinz, Rudolf, *Europarecht*, 11. Aufl. 2019.
- Streinz, Rudolf, Europarecht: Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit, *JuS* 2018, 1016.
- Streinz, Rudolf, Europarecht: Diskriminierung und richterliche Unabhängigkeit, *JuS* 2020, 182.
- Streinz, Rudolf, Europarecht: Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit in den Mitgliedstaaten durch das Unionsrecht, *JuS* 2021, 566.
- Streinz, Rudolf, Principles and Values in the European Union, in: Armin Hatje/Lubos Tichý (Hrsg.), *Liability of Member States for the Violation of Fundamental Values of the European Union*, *Beiheft Europarecht* 1/2018, S. 9.
- Streinz, Rudolf/Kraus, Markus (Hrsg.), *Lebensmittelrechts-Handbuch*, Loseblatt 2021.

Der Rechtsstaat in der Europäischen Union – Neue Perspektiven¹

Theodora D. Antoniou

Abstract Deutsch

Der Rechtsstaat, so wie er von der Kommission, dem Europäischen Parlament und dem Gerichtshof etabliert und weiterentwickelt wurde, basiert als Grundwert der Union auf Art. 2 EUV, der gemeinsamen Identität und den Verfassungstraditionen, den gemäß Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV erforderlichen Rechtsbehelfen der Mitgliedstaaten zum wirksamen Rechtsschutz im Rahmen der Union und Art. 47 der GRCh.

Die jüngste Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union trug zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips bei. Es wurde von der Kommission argumentiert und durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs bestätigt, dass ein einheitlicher Schutz der Rechtsstaatlichkeit in allen Mitgliedstaaten gewährleistet sein sollte, um den Grundsatz der Solidarität, Kohärenz und des erforderlichen gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten, der als Voraussetzung für die Einheit und Wirksamkeit des Unionsrechts als autonome Rechtsordnung anzusehen ist, zu gewährleisten. Art. 7 EUV sollte ein Mechanismus sein, um die Grundwerte der Union, darunter auch die Rechtsstaatlichkeit, zu schützen. Dieser Artikel widmet sich einer Reihe von Urteilen des Gerichtshofs der Europäischen Union, die sich hauptsächlich darauf beziehen, die Verletzung des Grundsatzes der Unabhängigkeit von Richtern durch den Mitgliedstaat Polen darzustellen, und analysiert die jüngste Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, die sich zu diesem Thema äußert und der Linie des Gerichtshofs folgt. Abschließend wird auf die Verordnung 2020/2092 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.2020 über eine allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union und die jüngste Antwort des Gerichtshofs der Union verwiesen, die die Vereinbarkeit des Konditionalitätsmechanismus mit den Haushaltsbestimmungen AEUV bestätigt.

Abstract English

The rule of law, as established and further developed by the Commission, the European Parliament and the Court of Justice, is based as a fundamental value of the Union on Art. 2 TEU, the common identity and the constitutional traditions, which according to Art. 19 Para 2 EUV necessary legal remedies of the member states for effective legal protection within the framework of the Union and Article 47 of the GRCh. Recent case law from the Court of Justice of the European Union has helped strengthen the rule of law. It has been argued by the Commission and confirmed by the case law of the Court of Justice that a uniform protection of the rule of law should be ensured in all Member States in order to respect the principle of solidarity, coherence and the necessary mutual trust between Member States, which as a precondition is to be regarded

1 *Gilbert Gornig gewidmet in Anbetracht der langen Freundschaft, die mich mit ihm seit den Würzburger Jahren, als wir beide Doktoranden waren, verbindet und er mich als Akademischer Rat in vielen Dialogen wissenschaftlich unterstützt und in das deutsche Denken eingeführt hat.*

as an autonomous legal order for the unity and effectiveness of Union law Art. 7 TEU should be a mechanism to protect the fundamental values of the Union, including the rule of law. This article sets out a number of judgments of the Court of Justice of the European Union, mainly related to the violation of the principle of judicial independence by the Member State Poland, and analyzes the recent case law of the European Court of Human Rights related to this subject, which follows the line of the Court. Finally, reference is made to Regulation 2020/2092 of the European Parliament and of the Council of 16.12.2020 on a general conditionality regime for the protection of the budget of the Union and the recent response of the Court of Justice of the Union, which confirmed the compatibility of the conditionality mechanism with the budget provisions TFEU.

1. Einführung in die Problematik der Rechtsstaatskrise in der EU

Die Europäische Kommission beschrieb in ihrer Mitteilung an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat und den Rat die aktuelle Lage und schlug weitere Schritte für die Errichtung der Rechtsstaatlichkeit in der Union vor. Der Rechtsstaat, so wie er von der Kommission², dem Europäischen Parlament und dem Gerichtshof etabliert und weiterentwickelt wurde, basiert als Grundwert³ der Union auf Art. 2 EUV, der gemeinsamen Identität und den Verfassungstraditionen, den gemäß Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV erforderlichen Rechtsbehelfen der Mitglied-

- 2 Am 13.1.2016 beschloss die Europäische Kommission, die Situation in Polen im Rahmen des Rechtsstaats zu prüfen. Die Rechtsstaatlichkeit bot Leitlinien für einen Dialog zwischen der Kommission und dem betreffenden Mitgliedstaat, um die Eskalation systemischer Bedrohungen der Rechtsstaatlichkeit zu verhindern. Am 27.7. und 21.12. 2016 verabschiedete die Kommission zwei Empfehlungen zur Rechtsstaatlichkeit in Polen, die sich auf Fragen des Verfassungsgerichtshofs konzentrieren. Insbesondere stellte die Kommission eine systemische Bedrohung der Rechtsstaatlichkeit in Polen fest. Im Juli 2017 nahm die Kommission eine dritte Empfehlung in Bezug auf die Rechtsstaatlichkeit in Polen an, die seine beiden früheren Empfehlungen ergänzte. In ihrer dritten Empfehlung vertrat die Kommission die Auffassung, dass sich die Situation einer systemischen Bedrohung der Rechtsstaatlichkeit in Polen, wie sie in ihren früheren Empfehlungen dargelegt wurde, erheblich verschlechtert hat. Die Kommission wies darauf hin, dass europäische Standards zur Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit – trotz der Diversität der Justizsysteme in Europa – festgelegt worden seien. Im Dezember 2017 verabschiedete die Kommission eine vierte Empfehlung zur Rechtsstaatlichkeit in Polen. Insbesondere stellte sie fest, dass die neuen Gesetze ernsthafte Bedenken hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit der polnischen Verfassung aufwerfen, wie in einer Reihe von Stellungnahmen insbesondere des Obersten Gerichtshofs, des Krajowa Rada Sądownictwa (KRS) bzw. National Justizrates [NCJ] und des polnischen Menschenrechtskommissars unterstrichen wurde.
- 3 Vgl. dazu Gornig, Gilbert/Hilpold, Peter (Hrsg.), Europas Grundwerte und ihre Umsetzung insbesondere in den Ländern Mittel- und Ostmitteleuropas, Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Bd. 35, 2021; ferner Blumenwitz, Dieter/Gornig, Gilbert/Murswiek, Dietrich (Hrsg.), Die Europäische Union als Wertegemeinschaft. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 22, 2005.

staaten zum wirksamen Rechtsschutz im Rahmen der Union und Art. 47 der GRCh⁴. Ferner knüpft das Unionsrecht teilweise an Art. 2 EUV an, wenn Art. 49 Abs. 1 EUV die Achtung der dort genannten Werte auf der Grundlage der Kopenhagener Kriterien⁵ als Voraussetzung für einen Beitritt fordert. Die Europäische Union als Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts sowie als Binnenmarkt benötigt die Rechtsstaatlichkeit für ihr Funktionieren⁶. Die Rechtsstaatlichkeit ist außerdem mit dem Funktionieren demokratischer Gesellschaften eng verbunden⁷. Die jüngste Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union trug zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips bei⁸. Es wurde von der Kommission argumen-

- 4 Im Urteil vom 25.7.2018 (Rs. C-216/2018 PPU [LM.] Vorabentscheidungsersuchen des High Court Ireland-Minister of Justice and Equality [Deficiencies in the system of justice]) leitete der Gerichtshof aus Art. 19 Abs. 2 EUV in Verbindung mit Art. 267 AEUV und Art 47 Abs. 2 GRCh ab, dass die mit dem unionsrechtlich determinierten Rechtsschutz beauftragten Gerichte unabhängig sein müssen. So wird die Ausgestaltung der mitgliedstaatlichen Gerichtsbarkeit zum Regelungsgegenstand des Unionsrechts. Ferner wies der Gerichtshof darauf hin, dass bei der Feststellung, ob ein nationales Gericht unabhängig ist, die Vorschriften über die Zusammensetzung des Gremiums und die Ernennung, Dauer des Dienstverhältnisses sowie Gründe für Enthaltung, Ablehnung und Entlassung seiner Mitglieder berücksichtigt werden müssen. Die Anwendung dieser Regeln muss dann jeden vernünftigen Zweifel in den Köpfen von Einzelpersonen hinsichtlich der Unempfindlichkeit dieser Stelle gegenüber externen Faktoren und ihrer Neutralität in Bezug auf die Interessen, denen sie gegenübersteht, zerstreuen. Der Gerichtshof fügte hinzu, dass die Entlassungsvorschriften durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen festgelegt werden sollten und dass die für Richter geltende Disziplinarregelung nicht als System der politischen Kontrolle des Inhalts gerichtlicher Entscheidungen genutzt werden sollte (Para 66). Der Gerichtshof untersuchte ferner den für Richter geltenden Grundsatz der Unabsetzbarkeit aus dem Amt eingehend. Der Gerichtshof entschied, dass dieser Grundsatz insbesondere vorschreibt, dass Richter bis zum Ablauf ihres Mandats, sofern dieses Mandat befristet ist, im Amt bleiben können, solange sie das obligatorische Ruhestandsalter noch nicht erreicht haben (Para 66).

Über die Gehaltsgarantie des Art. 47 Abs. 2 GRCh, s. Payandeh, Mehrdad, Das unionsverfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip, JuS 2021, S. 482.

- 5 Die sogenannten „Kopenhagener Kriterien“, die 1993 eingeführt wurden, sollen sicherstellen, dass alle neuen Mitgliedstaaten die gemeinsamen Grundsätze der Union erfüllen, bevor sie der EU beitreten.
- 6 S. EuGH Rs. C-404/15 und C-659/15 (Aranyosi und Căldăraru), Para 78; EuGH, Rs. C-216/18 PPU (LM), Para 36.
- 7 S. Lenaerts, Koen, New Horizons for the Rule of Law within the EU, 21 GERMAN L.J. 29 (2020), S. 31.S. auch Carpano, Eric, L'Etat de droit intégré, Revue de l'Union européenne 2021, S. 98 ff.
- 8 S. Rs. C-64/16, Associação Sindical dos Juizes Portugueses v. Tribunal de Contas, Rs. C-284/2016, Achmea, Rs. C-216/18 PPU, LM, Rs. C-621/18, Wightman, Rs. C-619/18, Kommission/Polen Beschluss vom 17.12.2018. Im ersten Urteil hatte der Gerichtshof entschieden, dass die Gewährung einer angemessenen Vergütung, die entsprechend der Bedeutung der ausgeübten Funktion durch die Richter ist, eine wesentliche Garantie für den Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit darstellt (Para 45). Der Beitrag dieses Urteils zur Entwicklung des Unionsrechts im Allgemeinen und der Rechtsstaatlichkeit im Besonderen besteht darin, dass es die Prämisse aufgestellt hatte, auf der das gesamte Rechtsschutzsystem der Union aufbaut. Es handelt sich um die Tatsache,

tiert und durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs bestätigt, dass ein einheitlicher Schutz der Rechtsstaatlichkeit in allen Mitgliedstaaten gewährleistet sein sollte, um den Grundsatz der Solidarität, Kohärenz und des erforderlichen gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten, der als Voraussetzung für die Einheit und Wirksamkeit des Unionsrechts als autonome Rechtsordnung anzusehen ist, zu gewährleisten. Der Rechtsstaat beruht auf dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens, was im Wesentlichen bedeutet, dass jeder Mitgliedstaat darauf vertrauen kann, dass die anderen Mitgliedstaaten den Schutz der in Art. 2 EUV erwähnten Werte respektieren und gewährleisten⁹. Er dient hauptsächlich zur Auslegungssteuerung der Anerkennungspflichten¹⁰. Wenn ein Mitgliedstaat die Rechtsstaatlichkeit nicht mehr einhält, kann die grundlegende Prämisse, auf der das Prinzip des gegenseitigen Vertrauens aufbaut, nicht mehr aufrechterhalten werden¹¹. Mit der Rechtssache LM¹² vom 25.7.2018 bot die Große Kammer des Gerichtshofs nicht nur neue Perspektiven für die Reaktion auf die in ganz Europa herrschende Rechtsstaatskrise, sondern schlug gleichzeitig ein neues Kapitel auf, als sie das Prinzip des gegenseitigen Vertrauens mit Bedrohungen der EU-Grundrechte in Einklang brachte¹³. Erstmals hat der Gerichtshof entschieden, dass die Überstellung von Personen von einem EU-Mitgliedstaat in einen anderen verboten ist, wenn mangelnde richterliche Unabhängigkeit den Wesensgehalt des Rechts auf ein faires Verfahren gefährdet. Daher hat der Europäische Gerichtshof anerkannt, dass dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens auch durch nicht absolut geschützte Grundrechte Grenzen gesetzt werden können, sofern eine tatsächliche Gefährdung ihres Wesens besteht. Dieser neuartige Rechtsansatz zieht Konsequenzen nach sich, die die föderale Struktur des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts tief berühren und damit weit über den Einzelfall hinaus nachwirken kön-

dass nationale Gerichte, wie die Common Law Courts der EU, unabhängig bleiben müssen. S. auch Lenaerts, *New Horizons*, S. 32.

- 9 Rs. C-404/15 und C-659/15 PPU (Aranyosi und Căldăraru), Para 78; EuGH, Rs. C-216/18 PPU (LM), Para 35.
- 10 S. Danwitz, Luc von, *Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten der EU. Eine wertebasierte Garantie der Einheit und Wirksamkeit des Unionsrechts*, EuR 2020, S. 63–65.
- 11 S. Bogdandy Armin von, *Ways to Frame the European Rule of Law: Rechtsgemeinschaft, Trust, Revolution, and Kantian Peace*, E.C.L.Review. Bd. 14 (2018), 676, der argumentiert, dass die Konzeptualisierung von Vertrauen zu einem neuen Verständnis des Rechtsstaatswerts in Art. 2 EUV beitragen könnte. Vom gleichen Autor und Luke Dimitrios Spieker wurde vertreten, dass es keinen Unterschied macht, ob ein nationaler Richter nationales oder unionsrechtliches Recht missachtet – beide können gleichermaßen die strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Richters auslösen (*Countering the Judicial Silencing of Critics: Article 2 TEU values, and the Responsibilities of National Judges*, E.C.L.Review 2019, 15 [3], S. 400–405).

S. auch Elsuwege, Peter van/Gremmelprez, Femke, *Protecting the Rule of Law in the EU Legal Order: a Constitutional Role for the European Court of Justice*, E.C.L. Review 2020, 16 (1), S. 14.

- 12 S. EuGH, Rs. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586.
- 13 Schon früher im Kadi Urteil (Rs. 402-05 und 415-05, Para 316) hatte der Gerichtshof die Verbindung zwischen Grundrechtsschutz mit der Rechtsstaatlichkeit in der EU.

nen¹⁴. Es wird weiter argumentiert, dass der Europäische Gerichtshof der spezifischen Situation einer systemischen Rechtsstaatskrise auf nationaler Ebene wie der in Polen hätte besser begegnen können, indem er sich überwiegend auf Art. 19 EUV und nicht auf Art. 47 Abs. 2 GRCh stützt. Der Gerichtshof hätte dann auch die Fallstricke einer wesensbezogenen Ausnahme vom gegenseitigen Vertrauen vermieden¹⁵. Die Durchsetzung des EU-Rechts ist weitgehend dezentralisiert, soweit die Verträge – und insbesondere Art. 19 EUV – die Übertragung der Verantwortung für die Sicherstellung der uneingeschränkten Anwendung des EU-Rechts in allen Mitgliedstaaten und des gerichtlichen Schutzes der Rechte des Einzelnen nach diesem Recht auf die nationalen Gerichte und den Gerichtshof verwirklicht haben. Der grundrechtliche Schutz in der EU wird auf den ersten Blick nach Maßgabe des Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh, der ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union gilt, eingeschränkt gewährt. Der Begriff der Durchführung des EU-Rechts wird jedoch über die Rechtsprechung des Gerichtshofs relativiert. Ferner wird über Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV kein Gerichtszweig vom Anwendungsbereich des Unionsrechts einschließlich nationaler Gerichte aller Ebenen, die EU-Recht anwenden könnten, ausgenommen¹⁶.

Nach Koen Lenearts ist es Aufgabe des Gerichtshofs zu sagen, was Sache des Rechts der EU und was Sache des Rechts der nationalen Gerichte – „als Gerichte des Common Law“ der EU – bei Anwendung dieses Rechts ist. Der Dialog zwischen den nationalen Gerichten und dem Gerichtshof beruht auf dem Gesetz und der Zugang zum Vorabentscheidungsverfahren steht nur den unabhängigen Gerichten offen. Die richterliche Unabhängigkeit ist erforderlich, weil sie garantiert, dass das nationale Gericht, das dem Gerichtshof eine Frage vorlegt, bei der Vorlage oder Umsetzung des Urteils des Gerichtshofs keine politischen Erwägungen berücksichtigt¹⁷. Auf diese Weise hat der Art. 2 EUV sowohl für die Union als

14 Das Stockholmer Programm äußert eine klare Kritik in Bezug auf das gegenseitige Vertrauen, das angeblich der Eckpfeiler mehrerer nach dem 11.9.2001 angenommener Dokumente des dritten Pfeilers war. Um Abhilfe und Vertrauen zu schaffen, schlägt das Mehrjahresprogramm eine Rechtsangleichung vor. Die gegebenenfalls erforderliche Angleichung von materiellem und verfahrensrechtlichem Recht sollte die gegenseitige Anerkennung erleichtern. Bis 2012 wurden mehrere wichtige EU-Rechtsakte zu diesem Zweck verabschiedet, zum Beispiel über das Recht auf Dolmetschen und Übersetzen in Strafverfahren. Ferner wurden Mindeststandards der Rechte eingeführt, die auf die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten abzielten. Fragen, die alle im Kapitel „Justiz“ der Charta der Grundrechte behandelt werden.

15 S. Wendel, *Mattias, Mutual Trust, Essence and Federalism – Between Consolidating and Fragmenting the Area of Freedom, Security and Justice*, E.C.L. Review 2019, 15(1), S. 19.

16 S. Payandeh, *JuS* 2021, S. 485.

17 S. Lenaerts, *New Horizons*, S. 29 f. Der Gerichtshof erließ ein Urteil in den Rechtssachen C-354/20 und C-412/20, L und P, in dem er die Frage beantwortete, ob die polnischen Gerichte im Rahmen des Europäischen Haftbefehlsmechanismus noch als ausstellende Justizbehörden angesehen werden könnten. Zur Beantwortung der Frage führte der Gerichtshof aus, dass das Vorliegen von Mängeln nicht unbedingt jede Entscheidung betrifft, zu der die Gerichte dieses Mitgliedstaats in jedem Einzelfall veranlasst werden können. Unter Berufung auf die These, dass Beschränkungen der Grundsätze

auch für die Mitgliedstaaten einen verbindlichen Charakter erlangt, während Art. 47 Unterabs. 2 GRCh als Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 2 EUV verstanden wird und nebenbei dieser Rechtsbestimmung einen subjektiv-rechtlichen Charakter beimisst. Schließlich bietet die kombinierte Auslegung und Anwendung der Art. 3 Abs. 1, 2 Abs. 1 und 13 Abs. 1 und 2 EUV einen vollständigen institutionellen Rahmen zum Zwecke der unmittelbaren Geltung der Werte der Union an¹⁸. Eigentlich war das Rechtsstaatsprinzip bis heute auf die Konkretisierung angewiesen, so dass die einzelnen Ausprägungen des Rechtsstaats, die entweder in den Verträgen oder als ungeschriebene Grundsätze normiert waren, angewandt wurden¹⁹. So wird unter anderem behauptet, dass die obigen Werte, bei denen die Rechtsstaatlichkeit im Mittelpunkt steht, eine Doppelfunktion hätten. Man definiert einerseits den verfassungsrechtlichen Charakter der Union selbst als supranationalen Staat, andererseits beschreibt man die notwendigen Elemente der verfassungsrechtlichen Identität der Mitgliedsstaaten. Art. 49 EUV macht den Beitritt zur Union von der Achtung der Werte des Art. 2 EUV abhängig, und Art. 7 EUV setzt voraus, dass die Mitgliedstaaten diese auch nach dem Beitritt beibehalten²⁰.

Das Rechtsstaatsprinzip, wie es im Inneren der Europäischen Union verankert ist, hat auch parallel externe Dimensionen. Insbesondere ergibt sich aus der kombinierten Auslegung und Anwendung der Art. 3 Abs. 5 und Art. 2 Satz 1 EUV, dass die Union sich bei ihrem Handeln nach außen am Rechtsstaatsprinzip orientieren muss. Nur wenn das eigene auswärtige Handeln dem Rechtsstaatsprinzip entspricht, kann die EU als normative Macht agieren²¹.

Rechtsstaatsdefizite können sich nach der Kommission auch auf die Wirtschaft auswirken, da das ordnungsgemäße Funktionieren der Justiz und solide Antikorruptionsmaßnahmen für ein gesundes Geschäftsumfeld und solide öffentliche Finanzen unerlässlich sind. Nach der Kommission beeinträchtigt ein Rechtsstaatlichkeitsproblem in einem Mitgliedstaat die Union insgesamt.

des gegenseitigen Vertrauens und der gegenseitigen Anerkennung auf „außergewöhnliche Umstände“ eingeschränkt werden müssen, kam er, als obiter dictum, zu dem Schluss, dass eine gegenteilige Auslegung bedeuten würde, dass kein Gericht dieses Mitgliedstaats zum Zweck der Anwendung anderer Bestimmungen des EU-Rechts, insbesondere Art. 6 Abs. 1 lit. 3 und 267 AEUV (Paras 41–44), dies mehr tun könnte. S. Reyns, Charlotte, *Saving judicial independence: a Threat to the Preliminary Ruling Mechanism?* E.C.L.Review 2021, S. 26 ff, die dafür plädiert, dass der Gerichtshof, der mit Fragen konfrontiert werden kann, die sich aus polnischen Gerichten ergeben, deren Unabhängigkeit zweifelsfrei beeinträchtigt ist, niemals wegen Erfüllung der Voraussetzungen nach Art. 267 AEUV die Zuständigkeit jedes polnischen Gerichts strukturell ablehnen darf.

18 S. Payandeh, JuS 2021, S. 485.

19 S. unter anderen *ibid.*, S. 482.

20 S. Bogdandy, Armin von/ Ioannidis, Michael, *Rechtsstaat in Krise: Wie kann die Europäische Union schwache Institutionen stärken*, Nomiko Vima 2017, S. 1993 (griechisch).

21 S. Molinari, Caterina, *The EU and its Perilous Journey through the Migration Crisis* Informalization of the EU Return Policy and Rule of Law Concerns, E.L.Rev. 44 (6) 2019, S. 827.

Art. 7 EUV sollte ein Mechanismus sein, um die Grundwerte der Union, darunter auch die Rechtsstaatlichkeit, zu schützen. Das Präventionsverfahren nach Art. 7 EUV wird eingeleitet, wenn ein Drittel der Mitgliedstaaten, das Europäische Parlament oder die Europäische Kommission die „eindeutige Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung“ des Unionswerts in einem Mitgliedstaat erkennt und beschließt, entsprechend zu handeln²².

2. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs der EU und die Stellungnahme von anderen Organen der EU

Innerhalb von zwei Jahren wurden mehr als 13 aufeinanderfolgende Gesetze verabschiedet, die die gesamte Struktur des Justizsystems Polens betreffen, nämlich den Verfassungsgerichtshof, den Obersten Gerichtshof, die ordentlichen Gerichte, den Nationalen Justizrat, die Staatsanwaltschaft und die Nationale Justizschule. Im Namen der effektiven Anwendung des Unionsrechts und des Rechts auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz von Subjekten des Unionsrechts hat der Europäische Gerichtshof nach und nach die nationalen Strukturen der Rechtsstaatlichkeit aufgegriffen. Diese Modellierung basiert auf zwei Prinzipien: dem Recht auf einen gesetzlichen Richter und dem Erfordernis der Achtung der Legalität²³.

Zwei Verfahren sind gemäß Art. 7 EU im Gange: Das Urteil der Großen Kammer des Gerichtshofs in ASJP²⁴, einem Fall, der informell als portugiesische Richter bekannt ist, ist wohl das wichtigste Urteil seit Les Verts²⁵ in Bezug auf die Bedeutung und Tragweite des Grundsatzes der Rechtsstaatlichkeit im Rechtssystem der EU. Dieses Urteil kann auch als „erste bedeutende, wenn auch indirekte Antwort des Gerichtshofs auf den besorgniserregenden und anhaltenden Prozess des Rule of Law backsliding“²⁶ verstanden werden, die erstmals in Ungarn und jetzt in Polen umgesetzt wird. Das wichtigste Ergebnis dieser Rechtssache ist die zwingende Auslegung des Gerichtshofs zu Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV („Die Mitgliedstaaten sehen ausreichende Rechtsbehelfe vor, um einen wirksamen Rechtsschutz in den unter das Unionsrecht fallenden Bereichen zu gewährleisten“). Aus dieser Bestimmung hat der Gerichtshof eine allgemeine und justizielle Verpflichtung für jeden Mitgliedstaat abgeleitet, die Unabhängigkeit seiner nationalen Gerichte nicht nur zu gewährleisten, sondern auch zu wahren²⁷. Weiter ist das Urteil der Großen Kammer des Gerichtshofs vom 19.11.2019 im Falle AK u. a. in Bezug

22 S. den Bericht über die Lage der Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union 2020, COM (2020) 580 final.

23 S. Carpano (Anm. 7).

24 EU:C:2018:117.

25 S. das Urteil des Gerichtshofs vom 23.4.1986, Rs. C-294/83, Les Verts v. Parliament.

26 S. Pech, L./Platon, S., Judicial Independence under Threat: The Court of Justice to the Rescue in the ASJP Case, Common Market Law Review, Bd. 55 (2018), 1827.

27 S. auch das Urteil des Gerichtshofs (Große Kammer) vom 6.3.2018, Rs. C-284-16, Slowakische Republik v. Achmea BV, Rn. 34–37.

auf die Unabhängigkeit der Disziplinarkammer des Obersten Gerichtshofs²⁸ zu erwähnen. Im August und September 2018 richtete die Kammer für Arbeit und Sozialversicherung des Obersten Gerichtshofs in drei bei ihr anhängigen Verfahren drei Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH. Die Ersuchen betrafen hauptsächlich die Frage, ob die neu gegründete Disziplinarkammer des Obersten Gerichtshofs Polens im Lichte der Umstände, unter denen sie gebildet und ihre Mitglieder ernannt wurden, den Anforderungen der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Art. 47 GRCH der Europäischen Union entspricht. Der Gerichtshof versuchte, den Vorwurf zu vermeiden, bei der Entscheidung des Hauptstreits die Rolle nationaler Gerichte zu übernehmen. Er versuchte jedoch auch, seine Botschaft zu vermitteln, dass die Ernennung der Mitglieder des Nationalen Justizrates (NCJ oder KRS) zutiefst problematisch ist, dass sie die Unabhängigkeit der Disziplinarkammer kontaminiert und dass die Disziplinarkammer auch an sich problematisch ist. Kurz nach dem Urteil sagte der polnische Präsident, das Urteil zeige die Weigerung des Gerichtshofs, die von den Antragstellern gegen die PiS-Reformen aufgeworfenen Fragen direkt anzusprechen, während der PiS-Justizminister sagte, der Gerichtshof sei nicht befugt, Angelegenheiten im Zusammenhang mit der Organisation des polnischen Justizsystems zu beurteilen und schickte den Ball zurück zum polnischen Gericht. Unterdessen setzte die Disziplinarkammer ihre Aktivitäten fort und erreichte einen neuen Tiefpunkt, indem sie eine Richterin wegen des Inhalts einer ihrer Entscheidungen verurteilte.

In Bezug auf die Urteile des Gerichtshofs in der Hauptsache werden die Verletzungsentscheidungen in der Rechtssache C-192/18 (Unabhängigkeit der ordentlichen Gerichte), Rechtssache C-619/18 (Unabhängigkeit des Obersten Gerichtshofs), und die Rechtssache C-791/19 (Disziplinarsystem für Richter) analysiert. Mit diesen drei Urteilen hatte Polen als erster EU-Mitgliedstaat in drei aufeinanderfolgenden Vertragsverletzungsverfahren gegen Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV verstoßen.

Die Kommission – abgesehen vom EU-Rechtsstaatsrahmen, den sie in Form einer Mitteilung an das Europäische Parlament und den Rat 2014²⁹ vorlegte, der allerdings nur bei einer systemischen Bedrohung der Rechtsstaatlichkeit³⁰ durch einen Mitgliedstaat aktiviert wird – legte in concreto dem Rat im Dezember 2017 einen gemäß Art. 7 Abs. 1 EUV mit Gründen versehenen Vorschlag für einen Beschluss des Rates zur Feststellung der eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden

28 Verb. Rs. C-585/18, C-624/18, C-625/18.

29 Der Rahmen enthält keine Definition der Rechtsstaatlichkeit, sondern basiert auf der Arbeit der Venedig-Kommission und des Europäischen Gerichtshofs und legt eine Reihe von Schlüsselprinzipien fest, darunter den Grundsatz der Rechtmäßigkeit, der Rechtssicherheit und der wirksamen gerichtlichen Kontrolle.

30 In Rechtsordnungen, in denen die öffentliche Verwaltung nicht über den Willen, die Angemessenheit oder die Mittel zur Durchsetzung der Regeln verfügt, der gerichtliche Prozess zu weit ist, um sie wirksam durchzusetzen, oder in denen organisierte Interessen und aktive Minderheiten sie systematisch und ohne Sanktionen ignorieren, werden regulatorische Erwartungen untergraben. S. Bogdandy, Armin von/ Ioannidis, Michael Nomiko Vima 2017, S. 1996 (griechisch).

Verletzung für den Rechtsstaat durch die Republik Polen vor.³¹ Nachdem die Kommission 2018 einen Entwurf des Mechanismus vorgelegt hatte, diskutierte die Stellungnahme des juristischen Dienstes des Rates die Vereinbarkeit des Mechanismus mit den Verträgen. Infolge der Blockade der Budgetverhandlungen durch Polen und Ungarn sagte der Europäische Rat den Staaten in seinen Schlussfolgerungen zu, dass der Mechanismus im Falle einer Nichtigkeitsklage erst nach einer Entscheidung des EuGH zum Einsatz kommen werde.³²

Im September 2018 trat das Europäische Parlament gemäß Art. 7 Abs. 1 EU bezüglich Ungarn in Aktion, nachdem es einen von der Europaabgeordneten Judith Sargentini erstellten Bericht angenommen hatte³³. Laut einem im Dezember 2018 veröffentlichten Ergebnispapier leisteten die jeweiligen Regierungen Beiträge und die Minister tauschten Ansichten im Rahmen des EU-Verfahrens nach Art. 7 Abs. 1 EUV vor dem Rat für Allgemeine Angelegenheiten aus.

Zu dieser Zeit hatte die polnische Regierung das Verfassungsgericht vollgepackt und den Nationalen Justizrat gezähmt. Als nächstes folgten die ordentliche Justiz und der Oberste Gerichtshof. Bei den ersten Vertragsverletzungsverfahren im Jahr 2012 versuchte die Kommission problematische ungarische Maßnahmen durch sekundäres EU-Recht anzugehen. Die erzwungene Vorruhestandsregelung ungarischer Richter wurde gemäß der Richtlinie 2000/78/EG des Rates als Altersdiskriminierung behandelt. Demgegenüber legte die Kommission im Herbst 2018 dem Europäischen Gerichtshof ihre Einwände gegen die Reform des polnischen Obersten Gerichtshofs, in der die amtierenden Richter in den vorzeitigen Ruhestand gezwungen und dem Präsidenten der Republik Ermessensspielräume über ihr Schicksal eingeräumt wurden³⁴, vor und bezeichnete sie als Bedrohung der richterlichen Unabhängigkeit und Art. 47 GRCh³⁵. All dies geschah, während der EU-Prozess

31 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A52017PC0835>.

32 S. Winniger, Laura, *Warum das Zwangsgeld gegen Polen die Glaubwürdigkeit der EU stärken wird*, *VerfBlog*, 2021/10/29.

33 Über den Bericht, s. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0250_DE.html, über die Abstimmung des Parlaments am 12.9.2018, s. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0340_DE.html.

34 Polen hatte ein neues Gesetz über den Obersten Gerichtshof verabschiedet, das im April 2018 in Kraft trat. Eine im Sommer 2018 vorgelegte Änderung dieses Gesetzes senkte das Rentenalter der Richter des Obersten Gerichtshofs von 70 auf 65 Jahre für Männer und 60 Jahre für Frauen. Dies bedeutete, dass 27 der 72 Richter des Obersten Gerichtshofs sofort hätten gehen müssen, darunter auch der Erste Präsident des Obersten Gerichtshofs. Richter, die amtierten wollten, mussten beim Präsidenten der Republik eine individuelle Befreiung beantragen.

35 Bis heute hat die Europäische Kommission insgesamt vier Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet, damit Maßnahmen auf der Grundlage von Artikel 19 Absatz 1 Unterabs. 2 EUV zum Schutz der Unabhängigkeit der Justiz in Polen sowie der Vermeidung irreparabler Schäden der EU-Rechtsordnung getroffen werden. Die jüngste Klage (C-204/21) hat mehr als fünfzehn Monate gebraucht, um den Gerichtshof zu erreichen trotz der Dringlichkeit, die man vom Hüter der Verträge erwarten würde. Nach eigener Analyse der Kommission organisiert die Gesetzgebung (informell bekannt als „Mündungsgesetz“) bewusst ein de facto Polexit von den Grundprinzipien der EU-Rechtsordnung

nach Art. 7 Abs. 1 EUV bereits vor dem Rat im Gange war, wenn auch in einem etwas ruhenden Zustand. Die Kommission ging die Änderung dann in einer separaten Vertragsverletzungsklage an, kurz nachdem sich der polnische Oberste Gerichtshof selbst mit einem mutigen Vorabentscheidungsersuchen zu seinem eigenen Schicksal an den Europäischen Gerichtshof wandte und gleichzeitig die Anwendung des Gesetzes ausgesetzt hatte. Als der Europäische Gerichtshof seine einstweilige Verfügung in der Rechtssache bestätigte, tat er dies, um die Interessen „sowohl der Europäischen Union als auch des Mitgliedstaats“ in einem Fall zu schützen, bei dem es um „grundlegende Fragen des Unionsrechts“ ging³⁶. In einem ausführlichen und sorgfältig begründeten Beschluss stellte der Europäische Gerichtshof fest, dass der Ermessensspielraum des Präsidenten der Republik Polen, darüber zu entscheiden, ob Richter des Obersten Gerichtshofs nach Erreichen des gesetzlichen Rentenalters im Amt bleiben, ihm die Möglichkeit zur Ausübung eines Drucks von außen auf die Justiz gewährt³⁷. Das vorlegende Gericht stellte insoweit fest, dass einer der beiden Richter, der vor Inkrafttreten des neuen Gesetzes über das Oberste Gericht das 65. Lebensjahr erreicht hatte, im Mai 2018 eine Erklärung vorgelegt habe, dass er wünsche, bis zum Alter von 70 Jahren, d. h. bis zu dem Ruhestandsalter, das nach dem Gesetz über das Oberste Gericht von 2002 für den Eintritt in den Ruhestand gegolten habe, im Amt zu verbleiben. Obwohl es sich dabei nicht um eine Erklärung im Sinne der Art. 37 und 111 § 1 des neuen Gesetzes über das Oberste Gericht gehandelt habe, habe der Präsident der Republik das nach diesen Bestimmungen vorgesehene Verfahren zur Erteilung einer Zustimmung zum Verbleib dieses Richters in seinem Amt eingeleitet. Dieses Verfahren sei zum Zeitpunkt des Erlasses der Vorlageentscheidung noch nicht beendet gewesen. Mit seinem Beschluss vom 29.1.2020 stellte der Gerichtshof klar, dass die Rechtfertigung des Vorabentscheidungsersuchens nicht in der Abgabe von Gutachten zu allgemeinen oder hypothetischen Fragen liegt, sondern darin, dass das Ersuchen für die tatsächliche Entscheidung eines Rechtsstreits erforderlich ist. Der Gerichtshof verwies in diesem Punkt auf sein Urteil vom 10.12.2018, Wightman u. a., C-621/18, hin³⁸. Wenn nach dem Gerichtshof festgestellt wird, dass die vorgelegte Frage für die in diesem Rechtsstreit zu treffende Entscheidung offensichtlich nicht mehr erheblich ist, so muss der Gerichtshof feststellen, dass er keine Entscheidung treffen kann. Im Rahmen dieser Gedanken wies der Gerichtshof auf sein Urteil vom 19.11.2019, A. K. u. a. (... Unabhängigkeit der Disziplinarkammer des Obersten Gerichts ...) hin³⁹. Hier ist anzumerken, dass, nachdem

durch unter anderem das Verbot der Anwendung von EU-Anforderungen in Bezug auf gerichtliche Unabhängigkeit mangels Disziplinarverfahren und Sanktionen.

36 S. Uitz, Renata, *The Perils of Defending the Rule of Law through Dialogue*, E.C.L. Review 2019, 15 (1), S. 2.

37 Beschluss des Gerichtshofs (Dritte Kammer) vom 29.1.2020. DŚ gegen Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Jaśle. Vorlage zur Vorabentscheidung – Erledigung Rs. C-522/18.

38 Para 28.

39 C-585/18, C-624/18 und C-625/18, Rn. 70. Es ist letztlich Sache des vorlegenden Gerichts, in dieser Angelegenheit zu entscheiden. Es ist zu bedenken, dass Art. 267 AEUV

das Vorabentscheidungsersuchen des Sąd Najwyższy (Oberstes Gericht) in der vorliegenden Rechtssache gestellt worden war, zunächst der Beschluss der Vizepräsidentin des Gerichtshofs vom 19.10.2018, Kommission/Polen (C-619/18 R) und sodann der Beschluss vom 17.12.2018, Kommission/Polen (C-619/18 R), erlassen wurden, mit denen der Republik Polen insbesondere aufgegeben wurde, zum einen die Anwendung von Art. 37 §§ 1 bis 4 und Art. 111 §§ 1 und 1a des neuen Gesetzes über das Oberste Gericht sowie alle aufgrund dieser Bestimmungen getroffenen Maßnahmen auszusetzen und zum anderen alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass die von diesen Bestimmungen betroffenen Richter des Sąd Najwyższy (Oberstes Gericht) ihr Amt auf der Stelle, die sie am 3.4.2018, dem Tag des Inkrafttretens des neuen Gesetzes über das Oberste Gericht, innehatten, in derselben Rechtsstellung mit denselben Rechten und zu denselben Beschäftigungsbedingungen, wie sie ihnen bis zum 3.4.2018 zuteilgeworden sind, weiter ausüben können⁴⁰. Nachdem die streitigen nationalen Bestimmungen durch das Gesetz vom 21.11.2018 aufgehoben worden waren, stellte der Gerichtshof fest, dass er über die Vorlage zur Vorabentscheidung nicht mehr zu entscheiden hat.

Der zweite Richter hatte nach Angaben des vorlegenden Gerichts das 65. Lebensjahr nach dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes über das Oberste Gericht vollendet. Bei ihm handelt es sich um den Richter, für den speziell Art. 111 §1a dieses Gesetzes erlassen worden war. Nach dieser Bestimmung sollte er am 3.4.2019 in den Ruhestand versetzt werden, sofern er nicht zuvor eine Erklärung vorlegt, dass er weiter im Amt zu verbleiben wünsche, und der Präsident der Republik ebenfalls vor diesem Zeitpunkt seine Zustimmung zum Verbleiben des Betroffenen im Amt erteile⁴¹.

In diesem Zusammenhang hegte das vorlegende Gericht Zweifel an der Vereinbarkeit von Art. 37 und Art. 111 §§1 und 1a des neuen Gesetzes über das Oberste Gericht (im Folgenden: streitige nationale Bestimmungen) mit den verschiedenen in Para 1 des vorliegenden Beschlusses aufgeführten unionsrechtlichen Bestimmungen. Die Herabsetzung des Ruhestandsalters der im Amt befindlichen Richter des Sąd Najwyższy (Oberstes Gericht) verstößt seiner Ansicht nach insbesondere gegen den Grundsatz der Unabsetzbarkeit der Richter und gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters im Bereich der Beschäftigung. Dass jeglicher

den Gerichtshof nicht ermächtigt, Vorschriften des Unionsrechts auf einen bestimmten Fall anzuwenden, sondern nur über die Auslegung der Verträge zu entscheiden. Am 23.9.2020 hat das DC formell, aber rechtswidrig die Gültigkeit des AK-Urteils in Polen bestritten. Diese offensichtlich rechtswidrige Entscheidung dieses Gremiums wurde zuvor von den unabhängigen Richtern des polnischen Obersten Gerichtshofs als kein Gericht nach polnischem und EU-Recht eingestuft. Nach ständiger Rechtsprechung kann der Gerichtshof jedoch im Rahmen der vorgesehenen justiziellen Zusammenarbeit durch diesen Artikel und auf der Grundlage des ihm vorgelegten Materials dem vorlegenden Gericht eine Auslegung des Unionsrechts vorlegen, die ihm bei der Beurteilung der Wirkungen der einen oder anderen seiner Bestimmungen nützlich sein kann.

40 Para 29.

41 Para 11.

Verbleib der Richter des Sąd Najwyższy (Oberstes Gericht) über das neu festgelegte Regelruhestandsalter hinaus im Amt von einer vom Präsidenten der Republik nach freiem Ermessen getroffenen Entscheidung abhängen, sei zudem in Anbetracht des Drucks, der sich für diese Richter daraus von außen ergeben könne, nicht mit dem Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit zu vereinbaren⁴².

Darüber hinaus möchte das vorliegende Gericht für den Fall, dass die in der vorstehenden Randnummer genannten Verstöße gegen das Unionsrecht tatsächlich vorliegen sollten, wissen, ob es berechtigt ist, die streitigen nationalen Bestimmungen unangewendet zu lassen⁴³.

Die Rechtfertigung des Vorabentscheidungsersuchens liegt folglich nicht in der Abgabe von Gutachten zu allgemeinen oder hypothetischen Fragen, sondern darin, dass das Ersuchen für die tatsächliche Entscheidung eines Rechtsstreits erforderlich ist. Stellt sich heraus, dass die vorgelegte Frage für die in diesem Rechtsstreit zu treffende Entscheidung offensichtlich nicht mehr erheblich ist, so muss der Gerichtshof feststellen, dass er keine Entscheidung treffen kann⁴⁴.

Im Rahmen des Vorabentscheidungsersuchens betreffend die Auslegung von Art. 2, Art. 4 Abs. 3, Art. 6 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV, von Art. 267 AEUV, Art. 15 Abs. 1, Art. 20, Art. 21 Abs. 1, Art. 47 und Art. 52 Abs. 1 GRCH sowie von Art. 2 Abs. 1 und 2 Buchst. a, Art. 3 Abs. 1 Buchst. a und Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. 2000, L 303, S. 16) entschied der Europäische Gerichtshof in seiner Entscheidung vom 2.3.2021 (Rs. 824/2016) unter anderem, dass im Voraus geklärt werden müsse, dass dieses Ersuchen im Rahmen von Rechtsstreitigkeiten zwischen A., B., C, D., E., F., G., H., I und J. auf der einen Seite und der Krajowa Rada Sądownictwa (KRS; in Englisch: National Council of Justice [NCJ], Deutsch: Nationaler Landesjustizrat) auf der anderen Seite über Entschließungen erfolge, mit denen die KRS entschieden hat, dem Präsidenten der Republik Polen die betreffenden Personen auf Richterstellen am Sąd Najwyższy (Oberstes Gericht, Polen) nicht vorzuschlagen und für die Besetzung dieser Stellen andere Kandidaten vorzuschlagen. Nach Vorlage des ersten Vorabentscheidungsersuchens wurde das KRS-Gesetz 2019 erneut geändert. Auf der Grundlage dieser Reform wurden einerseits Rechtsmittel gegen KRS-Entscheidungen über die Einreichung eines Antrags für Ernennung von Kandidaten für Richterämter am Obersten Gericht unmöglich, andererseits erforderte diese Reform die automatische Abschaffung des Naturalstreits, der noch anhängig war, wodurch dem ersuchenden Gericht seine Zuständigkeit, über solche Beschwerden zu entscheiden sowie die Möglichkeit, diese anzunehmen, faktisch vorenthalten wurde. Unter diesen Umständen legte das vorliegende Gericht im Rahmen eines ergänzenden Vorabentscheidungsersuchens

42 Para 12.

43 Para 13.

44 Urteil vom 19.11.2019, A. K. u. a. [Unabhängigkeit der Disziplinarkammer des Obersten Gerichts], sowie die dort angeführte Rechtsprechung C-585/18 und C-624/18, Para 70.

die Frage vor, ob dieser neue Rechtsstatus damit mit dem Unionsrecht vereinbar ist. Erstens vertritt die Große Kammer des Europäischen Gerichtshofs die Auffassung, dass sowohl das System der Zusammenarbeit zwischen nationalen Gerichten und dem Gerichtshof, das durch Art. 267 AEUV eingerichtet wurde, als auch der Grundsatz von Treu und Glauben gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV, den Gesetzesänderungen wie die oben genannten, die 2019 in Polen stattgefunden hatten, widersprechen. In diesem Fall wird der Gerichtshof daran gehindert, über eine Vorabentscheidung bei Fragen wie sie das vorlegende Gericht stellt, zu entscheiden. Das schließt künftig jede Möglichkeit aus, ähnliche Fragen von einem nationalen Gericht erneut einzureichen. Der Europäische Gerichtshof stellte insoweit klar, dass es Sache des vorlegenden Gerichts ist, unter Berücksichtigung aller kritischen Elemente und insbesondere des Kontexts, in dem der polnische Gesetzgeber diese Änderungen übernommen hatte, diese Frage zu beurteilen. Der Europäische Gerichtshof war dann der Ansicht, dass solche Gesetzesänderungen gegen die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Rechtsbehelfe vorzusehen, die die Achtung des Rechts des Einzelnen und wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz in unionsrechtlich geregelten Bereichen gewährleisten, verstoßen.

Die vorgenommenen Änderungen könnten in der Öffentlichkeit Zweifel an der Unabhängigkeit von Richtern begründen, die auf der Grundlage der Feststellungen des KRS, insbesondere angesichts externer Kriterien, unter dem direkten oder indirekten Einfluss von Legislative und Exekutive ernannt werden. In einem solchen Fall können diese Gesetzesänderungen dazu führen, dass die Richter nicht den Eindruck der Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit erwecken, ein Element, das für das Vertrauen in die Justiz im Rahmen einer demokratischen Gesellschaft und Rechtsstaatlichkeit notwendig ist.

Der Europäische Gerichtshof wies darauf hin, dass die Garantien von Unabhängigkeit und Unparteilichkeit, die das Unionsrecht verlangt, die Existenz von Regeln für die Ernennung von Richtern voraussetzen.

Darüber hinaus kritisiert der Europäische Gerichtshof die entscheidende Rolle des KRS im Ernennungsverfahren von Richtern am Obersten Gerichtshof. Denn der Vorschlag von der KRS für einen Kandidaten ist unbedingte Voraussetzung für die spätere Berufung des Kandidaten auf eine solche Position.

Mit Beschluss vom 14.7.2021 ordnete der Vizepräsident des Gerichtshofs der Republik Polen bis zur Verkündung des Urteils zum Abschluss des Verfahrens in der Rechtssache C-204/21⁴⁵ an:

45 Dies ist nicht das erste Mal, dass der Gerichtshof den von der Kommission beantragten einstweiligen Maßnahmen stattgegeben hat, um vor einer ernsthaften und irreparablen Beeinträchtigung der Rechtsstaatlichkeit und des Funktionierens der EU-Rechtsordnung durch die polnischen Behörden zu bewahren, sondern bereits das vierte Mal in weniger als vier Jahren. Das erste Mal, dass der Gerichtshof merklich eingreifen musste, war, als die polnischen Behörden offen eine frühere einstweilige Verfügung des Gerichts missachteten, in der die sofortige Aussetzung der Abholzung des polnischen Białowieża-Waldes gefordert wurde (Beschluss des Gerichtshofs vom 20.11.2017) Rs. C-441-17, *Commission v. Polen*). Das zweite Mal geschah im Jahr 2018, nachdem die polnischen Behörden versucht hatten, den Obersten Gerichtshof durch

- (a) erstens die Anwendung von Bestimmungen über den Obersten Gerichtshof auszusetzen, wonach die Disziplinarkammer zuständig ist, sowohl in erster als auch in zweiter Instanz über Anträge auf Ermächtigung zu entscheiden ein Strafverfahren gegen Richter oder Richteranwärter einzuleiten, sie in vorläufige Untersuchungshaft zu nehmen, sie festzunehmen oder vor Gericht zu laden, und zweitens die Auswirkungen der bereits von der Disziplinarkammer auf der Grundlage dieses Artikels erlassenen Entscheidungen, die die Einleitung von Strafverfahren gegen einen Richter oder die Festnahme eines Richters enthielten, auszusetzen und davon abzusehen, unter diesen Artikel fallende Fälle an ein Gericht zu verweisen, das die Anforderungen an die Unabhängigkeit nicht erfüllt, insbesondere die im Urteil vom 19.11.2019, A:K: u. a. (C-585/18, C-624/18 and C-625/18) aufgestellten;
- (b) die Anwendung der Bestimmungen über den Obersten Gerichtshof auszusetzen, auf deren Grundlage die Disziplinarkammer über die Rechtsstellung der Richter des Obersten Gerichtshofs entschieden hatte, und die Ausübung ihres Amtes, insbesondere in Fällen des Arbeitsverhältnisses und der sozialen Sicherheit sowie in Fällen der Zwangspensionierung dieser Richter, zu unterlassen und diese Fälle nicht an ein Gericht zu verweisen, das die Unabhängigkeitserfordernisse, die insbesondere im Urteil vom 19.11.2019, A:K: u. A. (C-585/18, C-624/18 and C-625/18) definiert werden, nicht erfüllt;
- (c) die Anwendung der Bestimmungen über die ordentlichen Gerichte und der Bestimmungen über den Obersten Gerichtshof auszusetzen, die disziplinarische Haftung gegen Richter zulassen, die für die Prüfung der Einhaltung der Unabhängigkeits- und Unparteilichkeitserfordernisse eines zuvor gesetzlich eingesetzten Gerichts im Sinne von Art. 19 Abs. 1 EUV in Verbindung mit Art. 47 GRCh erforderlich sind;
- (d) die Anwendung von Bestimmungen über die ordentlichen Gerichte sowie auch von Bestimmungen über den Obersten Gerichtshof und von Bestimmungen über die Verwaltungsgerichte auszusetzen, soweit sie es den nationalen Gerichten untersagen, die Einhaltung der Anforderungen der Europäischen Union an ein zuvor gesetzlich errichtetes unabhängiges und unparteiisches Gericht im Sinne des Art. 19 Abs. 1 in Verbindung mit Artikel 47 der Charta zu erfüllen,
- (e) die Anwendung von Bestimmungen über das Oberste Gericht und von Bestimmungen zur Einführung der Einrichtung der ausschließlichen Zuständigkeit der

eine rückwirkende gesetzliche Herabsetzung des Ruhestandsalters der amtierenden Richter des Obersten Gerichtshofs, einschließlich des Ersten Präsidenten des Obersten Gerichtshofs, deren sechsjähriges Mandat in der polnischen Verfassung ausdrücklich garantiert wurde. Der Gerichtshof ordnete die sofortige Aussetzung der Anwendung der einschlägigen Bestimmungen des von der Kommission angefochtenen Gesetzes an (Rs. C-619/18, Kommission gegen Polen). Zum dritten Mal hat der Gerichtshof die sofortige Aussetzung der Tätigkeit der Disziplinarkammer in Bezug auf alle Disziplinarfälle, die Richter betreffen, angeordnet. Der Beschluss des Gerichts war besonders bedeutsam, da die Disziplinarkammer in jeder Hinsicht das Sprungbrett war, auf der das neue Disziplinarsystem für Richter von der polnischen Regierungspartei aufgebaut und eingeführt wurde (Beschluss vom 8.4.2020, Rs. C-791/2019).

Kammer für außerordentliche Überprüfung und öffentliche Angelegenheiten für die Prüfung von Beschwerden wegen angeblicher Unabhängigkeit eines Richters oder eines Gerichts auszusetzen und

- (f) der Kommission spätestens einen Monat nach Zustellung der Anordnung vom 14.7.2021 alle Maßnahmen mitzuteilen, die getroffen wurden, um der Anordnung vollständig nachzukommen.

Der Gerichtshof kommt zu dem Schluss, dass die oben festgestellten Verstöße gegen das innerstaatliche Recht, die sich aus der Nichteinhaltung der Rechtsstaatlichkeit, des Grundsatzes der Gewaltenteilung und der Unabhängigkeit der Justiz ergeben, von Natur aus das angefochtene Berufungsverfahren getrübt haben. Als Folge des ersten Verstoßes wurde die Empfehlung von Kandidaten für die Ernennung zum Richter in der Kammer für außerordentliche Revision und öffentliche Angelegenheiten – eine unabdingbare Bedingung für die Ernennung durch den polnischen Präsidenten – dem KRS anvertraut, einem Gremium, das keine ausreichenden Garantien für die Unabhängigkeit von Legislative und Exekutive gab. Dieser Verstoß wurde verschärft und in der Tat durch die Maßnahmen des polnischen Präsidenten unter eklatantem Verstoß gegen die Rechtsstaatlichkeit aufrechterhalten, um die gerichtliche Überprüfung der KRS-Resolution, die die Kandidaten empfiehlt, bedeutungslos zu machen. Ein Verfahren zur Ernennung von Richtern, das wie im vorliegenden Fall einen unangemessenen Einfluss der Legislative und der Exekutive auf die Ernennung von Richtern offenlegt, ist per se mit Art. 6 Abs. 1 EUV unvereinbar⁴⁶.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Verstöße im Verfahren zur Ernennung von Richtern der Kammer für außerordentliche Revision und öffentliche Angelegenheiten des Obersten Gerichtshofs so schwerwiegend waren, dass sie den Kern des Rechts der Beschwerdeführer auf ein „gesetzlich eingerichtetes Gericht“ beeinträchtigten.

Inzwischen fällt der polnische Verfassungsgerichtshof, das höchste Gericht des Landes, der politisch von der regierenden rechtsgerichteten Partei Recht und Gerechtigkeit (PiS) kontrolliert wird, am 7.10.2021 ein Urteil, mit dem er entschied, dass zwei Schlüsselartikel in dem Vertrag über die Europäische Union – Art. 1 und Art. 19 – mit der polnischen Verfassung unvereinbar wären.

Art. 1 definiert „eine immer engere Union der Völker Europas“, die auf der Achtung der EU-Verträge beruht. Art. 19 beschreibt die Rolle des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH), der „sicherstellt, dass bei der Auslegung und Anwendung der Verträge das Recht beachtet wird“.

Ungarns Ministerpräsident Viktor Orbán scheiterte mit einem Versuch, ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs⁴⁷ vor dem Verfassungsgericht seines Landes anzufechten. Das ungarische Verfassungsgericht erklärte, es sei „nicht in der Lage, das Urteil des EuGH infrage zu stellen oder den Vorrang von EU-Recht zu prüfen“. Die ungarische Regierung habe aber in den Bereichen das Recht auf ei-

46 Para 349.

47 Urteil des Gerichtshofs (Große Kammer) vom 17.12.2020, Europäische Kommission gegen Ungarn, Rs. C-808-818.

gene Maßnahmen, in denen die EU noch keine angemessenen Schritte zur gemeinsamen Umsetzung von EU-Vorschriften unternommen habe.

Der Europäische Gerichtshof hatte mit seinem Beschluss vom 27.10.2021 (Rs. 204-2021) Polen verurteilt, eine tägliche Geldstrafe von 1.000.000 Euro an die Europäische Kommission zu zahlen, weil es die Bestimmungen des nationalen Rechts in Bezug auf die Zuständigkeitsbereiche der Disziplinarkammer des Obersten Gerichtshofs nicht ausgesetzt hat. Der Gerichtshof betonte, dass die Einhaltung der am 14.7.2021 angeordneten einstweiligen Maßnahmen erforderlich ist, um schwere und nicht wiedergutzumachende Schäden an der Rechtsordnung der Europäischen Union und den Werten, auf denen die Union beruht, insbesondere die Rechtsstaatlichkeit, abzuwenden. In Anbetracht der Umstände des Falls und der Zahlungsfähigkeit Polens hat der Vizepräsident des Europäischen Gerichtshofs Polen verurteilt, der Kommission eine Geldbuße in Höhe von 1.000.000 Euro pro Tag ab dem Datum zu zahlen, an dem die vorliegende Anordnung ergangen ist und bis dieser Mitgliedstaat den Verpflichtungen nachkommt, die sich aus der Bestimmung vom 14.7.2021 ergeben, oder, falls er dies nicht tut, bis zum Datum der endgültigen Entscheidung.

3. Die EMRK-Rechtsprechung

Es gibt einen Unterschied zwischen dem EU-Rahmen und der EMRK. Der Schutz, den der Europäische Gerichtshof bietet, ist weniger die Folge der Durchsetzung eines Grundrechts auf Unabhängigkeit für einen innerstaatlichen Richter, sondern ein Schutz, der sich aus der besonderen Stellung des Richters als EU-Richter ergibt. Dennoch sind die Folgen in der Praxis sehr ähnlich, da sie dem Richter eine Möglichkeit bietet, seine eigene Unabhängigkeit durchzusetzen. Art. 6 EMRK hingegen ermöglicht ein Verständnis als ein Recht der Richter auf ihre Unabhängigkeit, um damit Fälle überzeugender anzugehen, in denen die nationalen Behörden die Unabhängigkeit der Justiz gefährden.

Die Schwächung der innerstaatlichen Gerichte wird fast zwangsläufig zu einer Schwächung der Einhaltung der Rechtsprechung des Gerichtshofs auf innerstaatlicher Ebene führen. Nach den Worten des ehemaligen Präsidenten des Gerichtshofs Sicilianos stellt sich die Frage, wie man denn hoffen kann, dass Personen, die an Gerichtsverfahren beteiligt sind, das Recht auf einen unabhängigen Richter oder Beachtung jedes Grundrecht genießen, wenn den Richtern selbst keine Garantien gesichert werden, die diese Unabhängigkeit gewährleisten? In diesem Sinne kann die Sicherung der Wahrung der Unabhängigkeit von innerstaatlichen Richtern als eine Möglichkeit verstanden werden, die gewissenhafte Anwendung der Konventionsnormen auf innerstaatlicher Ebene zu gewährleisten. Dies entspräche, wie der ehemalige Präsident des Gerichtshofs Sicilianos⁴⁸ betonte, auch dem Rechtsstaatsgedanken, der zu den Grundprinzipien des Vertrags gehört und in allen sei-

48 Concurring Opinion in the case of the ECtHR (GC) 23 June 2016, No 20261/12, *Baka v. Hungary*.

nen Bestimmungen verankert ist. Ein solches Verständnis von Art. 6 EMRK ist insbesondere dann wichtig, wenn den betreffenden Richtern keine wirksamen innerstaatlichen Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen, entweder weil die innerstaatliche Rechtsordnung sie nicht vorsieht oder weil diese Rechtsbehelfe selbst nicht unabhängig sind. Insofern könnte man den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte – ähnlich wie den Europäischen Gerichtshof – als externe Rettungsleine für die Richter ansehen.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass ein subjektives Recht auf Unabhängigkeit die Unabhängigkeit der einzelnen Richter stärker betonen würde als die Unabhängigkeit der Justiz insgesamt. Obwohl diese beiden Dimensionen eindeutig miteinander verbunden sind, überschneiden sie sich nicht vollständig, und eine institutionell unabhängige Justiz ist keine wasserdichte Garantie für die Unabhängigkeit auf individueller Ebene. Die Einführung eines subjektiven Rechts auf Unabhängigkeit von Richtern würde unabhängig vom institutionellen Kontext zu einem stärkeren Schutz auf individueller Ebene führen. In diesem Sinne würden Richter nicht nur besser vor Druck aus der Justiz geschützt sein, sondern sie auch widerstandsfähiger gegen Angriffe auf die Unabhängigkeit der Justiz als Institution machen⁴⁹.

Am 7.5.2021 erließ der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte ein Urteil in der Rechtssache über Unregelmäßigkeiten in der personellen Zusammensetzung des polnischen Verfassungsgerichtshofs (Fall Xero Flor ww Polsce sp. Z o.o gegen Polen). Ein Rasenbauunternehmen legte nach einem andauernden Rechtsstreit Individualbeschwerde beim EGMR ein und machte geltend, dass sein Recht auf ordnungsgemäße Rechtsprechung vom polnischen Verfassungsgericht in Frage gestellt worden sei. Mit anderen Worten, die Entscheidung des polnischen Verfassungsgerichts verletzte die Bestimmung des Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK.

In diesem Fall urteilte der EGMR wie folgt: Die Entscheidungen aller Gerichte eines Mitgliedstaats des Europarats, einschließlich der Obersten Gerichtshöfe, unterliegen der Zuständigkeit des EGMR. Folglich unterliegen auch die Entscheidungen des polnischen Verfassungsgerichtshofs seiner Zuständigkeit. So wurde die entsprechende Beschwerde des Unternehmens zulässigerweise bei ihm eingelegt. Denn obwohl das polnische Verfassungsgericht im vorliegenden Fall über Fragen der Verfassungsmäßigkeit des polnischen Rechts entschieden hat, betreffen diese „zivilrechtlichen Ansprüche“ im Wortlaut und im Sinne die Bestimmungen von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK.

Der EGMR stellte eine Verletzung des „gesetzlich begründeten Rechts auf ein Gericht“ fest, weil die Entscheidung über die Einstellung des Verfahrens zu einer von einem polnischen Unternehmen eingereichten Verfassungsbeschwerde vom Verfassungsgericht unter Beteiligung einer Person ergangen ist, die rechtswidrig zum Richter gewählt wurde. Das besagte Urteil ist das erste Urteil eines internati-

49 S. Lelou, Mathieu, Who safeguards the Guardians? A Subjective Right of Judges to their Independence under Article 6 (1) ECHR, Published online by Cambridge University Press: 3 September 2021, European Constitutional Law Review, Volume 17, Issue 3, September 2021, S. 394–421, DOI: <https://doi.org/10.1017/S1574019621000286>.

onalen Gremiums, das feststellte, dass die Unregelmäßigkeiten in der Arbeitsweise des polnischen Verfassungsgerichtshofs gegen internationales Recht verstoßen. Der Gerichtshof stellte fest, dass die Rechtsverletzungen bei der Wahl der Personen, die an der Entscheidung im Fall des Beschwerdeführers beteiligt waren, so schwerwiegend waren, dass das gesetzlich verankerte Recht auf rechtliches Gehör in seinem Wesensgehalt verletzt wurde. In diesem Zusammenhang stellte der Gerichtshof fest, dass ein Richter des Verfassungsgerichts vom Sejm zu wählen sei, dessen Amtszeit den Tag abdeckt, an dem sein Sitz frei wird. Der EGMR machte auch auf die Verletzung der Pflicht des Präsidenten zur Eidesleistung rechtmäßig gewählter Richter aufmerksam.

Weder der Sejm noch der Präsident folgten dem Urteil des Verfassungsgerichtshofs. Die Verletzung der Konvention resultierte aus der Tatsache, dass rechtswidrig gewählte Personen an der Rechtsprechung beteiligt waren, und daher sollte der Ausschluss dieser Personen von der Rechtsprechung zumindest in Fällen von Beschwerden und Rechtsfragen ausreichen, um das Auftreten ähnlicher Verletzungen in Zukunft zu verhindern.

Das Ablegen des Eids vor den drei rechtmäßigen Richtern kann jedoch als verfassungsmäßig angesehen werden. Die Verpflichtung des Präsidenten, und darüber hinaus die Situation, in der nur zwölf Richter zur Entscheidung befugt sind, beeinträchtigen aber die Wirksamkeit der Arbeit des Verfassungsgerichtshofs. Es könnte auch argumentiert werden, dass das Versäumnis, den Eid vor ordnungsgemäß gewählten Richtern abzulegen, die Rechte dieser Richter verletzt, aber in dieser Situation hätten die einzelnen Anträge von diesen Richtern dem Gerichtshof selbst eingereicht werden müssen⁵⁰.

Es folgte die EGMR-Entscheidung in dem Fall von Dolińska-Ficek und Ozimek v. Poland vom 8.11.2021.⁵¹ Bei den Beschwerdeführern handelte es sich um Richter, die sich beim National Council of Justice (NCJ/KRS) auf freie Richterstellen beworben hatten. Sie beschwerten sich darüber, dass die Kammer für außerordentliche Überprüfung und öffentliche Angelegenheiten des Obersten Gerichtshofs, die ihre Berufungen gegen die Beschlüsse des KRS prüfte, kein durch Gesetz geschaffenes unabhängiges und unparteiisches Gericht gewesen sei. Sie behaupteten einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK.

Gemäß § 2 (1) des Gesetzes über den Obersten Gerichtshof von 2017, mit dem die Kammer der außerordentlichen Überprüfung geschaffen wurde, umfasst ihre Zuständigkeit insbesondere die Prüfung außerordentlicher Beschwerden, Wahlanfechtungen, die Gültigkeit von Volks- und Verfassungsreferenden, Fälle des öffentlichen Rechts und Beschwerden über die überlange Verfahrensdauer.

Nach ausführlicher Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union in Hinblick auf die Situation der Unabhängigkeit der Justiz in Polen kam der Gerichtshof unter anderem zu den folgenden Schlussfolgerun-

50 S. Szwed, Marcin, What Should and What Will Happen After Xero Flor – The Judgement of the EGMR on the Composition of the Polish Tribunal, *Verfassungsblog* 9.5. 2021.

51 Applications nos. 49868/19 and 57511/19.

gen: Das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK ist im Lichte der Präambel der Konvention auszulegen, die in ihrem maßgeblichen Teil die Rechtsstaatlichkeit zum gemeinsamen Erbe der Vertragsstaaten erklärt. Das gesetzlich verankerte Recht auf ein Gericht spiegelt genau diesen Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit wider und spielt als solches eine wichtige Rolle bei der Wahrung der Gewaltenteilung und der Unabhängigkeit und Legitimität der Justiz, wie es in einer demokratischen Gesellschaft erforderlich ist. Alles das hat der Gerichtshof bereits in seiner Entscheidung *Guðmundur Andri Ástráðsson* erwähnt⁵². Der EGMR verwies, wie zuvor in der Rechtssache *Reczkowicz* gegen Polen, ausführlich auf die Rechtsprechung des EuGH und wandte dabei seine eigene Methodik an, insbesondere den Drei-Stufen-Test, der in der Rechtssache *Guðmundur Andri Ástráðsson* gegen Island für die Beurteilung formuliert wurde und gemäß dem festzustellen ist, ob ein Gericht als ein „durch Gesetz errichtetes Gericht“ angesehen werden kann⁵³.

Nach Ansicht des EGMR muss das Urteil im Zusammenhang mit dem allgemeinen Kontext gesehen werden, in dem das Verfassungsgericht seit 2015 tätig ist. Mit seinen Maßnahmen, zielt das Verfassungsgericht auf die Abwertung des Obersten Gerichtshofs in Bezug auf seine Jurisprudenz durch das mangelhafte gerichtliche Ernennungsverfahren unter der Beteiligung des KRS ab, was eigentlich ein offensichtlicher Verstoß gegen nationales und internationales Recht darstellt⁵⁴.

Diese Maßnahmen begannen mit einer beispiellosen Interim-Entscheidung vom 20.1.2020, mit der die Zuständigkeit des Obersten Gerichtshofs ausgesetzt wurde, Entscheidungen über die Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht und der internationalen Rechtsprechung, die Zusammensetzung des KRS, das durchgeführte Verfahren für die Ernennung von Richtern durch dieses Gremium und das Vorrecht der Präsidenten, Richter zu ernennen, zu treffen. Der Gerichtshof ist der Ansicht, dass diese Art der Einmischung in eine Justizbehörde, die darauf abzielt, sie an der Ausübung ihrer richterlichen Funktion bei der Anwendung und Auslegung der Konvention und anderer internationaler Verträge zu hindern, als Angriff auf die Rechtsstaatlichkeit und die Unabhängigkeit der Justiz eingestuft werden muss⁵⁵.

Nach dem EGMR demonstrierten im vorliegenden Fall die Handlungen der Exekutive im Prozess der Ernennung von Richtern der Kammer für die außerordentliche Überprüfung und öffentliche Angelegenheiten eine Haltung, die nur als eine völlige Missachtung der Autorität, Unabhängigkeit und der Rolle der Justiz bezeichnet werden kann. Diese Maßnahmen wurden laut Gerichtshof eindeutig mit dem Hintergedanken ergriffen, nicht nur den Ausgang des anhängigen Verfahrens zu beeinflussen, sondern auch die ordnungsgemäße Prüfung der Rechtmäßigkeit des Beschlusses, der Kandidaten für Richterämter empfahl, zu verhindern und in der Folge eine gerichtliche Überprüfung des Beschlusses gegenstandslos zu machen. Sie zielten darauf ab sicherzustellen, dass die vom KRS vorgeschlagenen Er-

52 Para 315.

53 Para 272.

54 Para 315.

55 Rn. 318.

nennungen von Richtern – ein Gremium, über das die Exekutive und die Legislative eine uneingeschränkte Macht innehatten – auch auf Kosten der Untergrabung der Autorität des Obersten Verwaltungsgerichts, eines der höchsten Gerichte des Landes, wirksam werden, trotz des Risikos, damit ein rechtswidriges Gericht einzurichten. Damit verstießen nach dem Gerichtshof die Aktionen in eklatanter Weise gegen die Anforderungen an ein faires Verfahren im Sinne von Art. 6 Abs. 1 der Konvention⁵⁶.

Bei der Gesamtbewertung aller oben genannten Umstände kommt der Gerichtshof zu dem Schluss, dass die Ernennung aller Richter der Außerordentlichen Kammer durch den Präsidenten Polens aufgrund des Beschlusses Nr. 331/2018 des KRS ein offensichtlicher Verstoß gegen das innerstaatliche Recht darstellt. Ein Verhalten der obersten Staatsgewalt, das durch vorsätzliches Handeln unter Missachtung einer verbindlichen richterlichen Entscheidung und durch *faits accomplis* in den Gang der Justiz eingreift, um eine anhängige gerichtliche Überprüfung der Richterbestellung zu vereiteln und sinnlos zu machen, kann nur als eklatanter Verstoß gegen die Rechtsstaatlichkeit charakterisiert werden⁵⁷.

Der Gerichtshof stellte ferner fest, dass die Legislative aufgrund des Änderungsgesetzes von 2017, das der Justiz das Recht entzog, richterliche Mitglieder des KRS zu wählen – ein Recht, das ihr nach der vorherigen Gesetzgebung gewährt und von internationalen Standards anerkannt wird – mit der Exekutive einen entscheidenden Einfluss auf die Zusammensetzung des KRS erlangten. Das Gesetz ermöglichte es der Exekutive und der Legislative direkt oder indirekt in das gerichtliche Ernennungsverfahren einzugreifen, eine Möglichkeit, von der diese Behörden Gebrauch machten. Diese Situation wurde durch die anschließende Ernennung von Richtern für die Kammer für außerordentliche Überprüfung und öffentliche Angelegenheiten durch den polnischen Präsidenten ungeachtet weiter verschärft⁵⁸.

Der EGMR stellte fest, dass in zwei Fällen ein offensichtlicher Verstoß gegen das innerstaatliche Recht vorlag, der die grundlegenden Verfahrensregeln für die Ernennung von Richtern in der Kammer für außerordentliche Überprüfung und öffentliche Angelegenheiten des Obersten Gerichtshofs beeinträchtigte. Erstens erfolgte die Ernennung auf Empfehlung des KRS, der gemäß dem Änderungsgesetz von 2017 eingerichtet wurde, einem Gremium, das keine ausreichenden Garantien für seine Unabhängigkeit von der Legislative oder Exekutive mehr bot. Zweitens ernannte der Präsident von Polen trotz der Tatsache, dass die Umsetzung der KRS-Resolution Nr. 331/128 – wobei alle Richter in der Kammer für außerordentliche Überprüfung und öffentliche Angelegenheiten zur Ernennung empfohlen worden waren – vom Obersten Verwaltungsgericht ausgesetzt worden war und die Frage der Rechtsgültigkeit dieses Beschlusses noch von diesem Gericht zu entscheiden war, sie zum Richteramt unter offensichtlicher Missachtung der Rechtsstaatlichkeit. Diese Unregelmäßigkeiten im Ernennungsverfahren beeinträchtigten die Legitimität der Kammer für außerordentliche Überprüfung und öffentliche Angele-

⁵⁶ Rn. 330.

⁵⁷ Rn. 338.

⁵⁸ Para 348.

genheiten insofern, als ihr nach einem inhärent mangelhaften Verfahren zur Ernennung von Richtern die Attribute eines „Tribunals“ im Sinne von Artikel 6 Abs. 1 EMRK fehlten. Der Wesenskern des fraglichen Rechts ist daher berührt worden⁵⁹.

Mit seiner Entscheidung vom 24.11.2021 hat das Verfassungsgericht Polens dieses Mal die Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte angefochten. Das heißt, das polnische Gericht bestreitet innerhalb der polnischen Rechtsordnung Grundregeln der EMRK, wie z. B. Rechtsnormen, die in Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK enthalten sind.

Aus dem Vorstehenden folgt, dass sich die beiden Gerichte, der Gerichtshof der Europäischen Union und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, in vollem Umfang darüber einig sind, dass die Reformen der polnischen Gesetzgebung, wie sie bereits seit 2015 eingeführt worden waren, gegen die beiden Verträge der Europäischen Union und der Europäischen Menschenrechtskonvention und die Rechtsstaatlichkeit verstoßen. Die EU respektiert trotz der Tatsache, dass sie weder Mitglied des Europarates noch Vertragspartei der EMRK ist, die Rechtsstaatlichkeit im Kontext der EMRK, hauptsächlich durch die Rechtsprechung der EGMR, und wird auch durch die Rechtsprechung zur EMRK beeinflusst. Hinsichtlich des Grundrechtsschutzes steht dieser unter dem Einfluss von Art. 6 Abs. 3 EUV und Art. 52 GRCh, was zu einer Auslegung von Art. 47 Abs. 2 GRCh im Lichte von Art. 6 EMRK führt⁶⁰.

4. Die Rechtsordnung

Bereits 2018 schlug die Kommission eine Verordnung zum Schutz des EU-Haushalts vor allgemeinen Rechtsstaatlichkeitsmängeln vor. Dies war Teil des umfassenderen Versuchs der Kommission, dem Rückfall der Rechtsstaatlichkeit in Ungarn und Polen entgegenzuwirken. Dies war nicht nur ein ehrgeiziger Vorschlag, sondern auch ein Durchsetzungsmechanismus. Der Europäische Rat konnte sich nicht auf die von der Kommission vorgeschlagene Abstimmungsmodalität, die vom Europäischen Parlament unterstützt wurde, einigen und infolgedessen verkümmerte der Vorschlag.

Während die Kommission ursprünglich vorgeschlagen hatte, die Wiedereinzahlungsfonds sinnvoll an die Einhaltung der Rechtsstaatlichkeit zu binden, wurde dies in den Schlussfolgerungen so weit verwässert, dass eine Einigung zwischen Polen und Ungarn erzielt werden konnte und beide damit prahlten, dass diese Anforderungen fallengelassen wurden. Eine differenziertere Lesart der Schlussfolgerungen war jedoch möglich, da es einige vage Zusagen zur Einhaltung der Rechtsstaatlichkeit und zur Erarbeitung eines allgemeinen Rechtsstaatlichkeitskonditionalitätsmechanismus in Zukunft gab. Polen und Ungarn hatten ihre Zustimmung zum Mehrjährigen Finanzrahmen 2021–2027 sowie zum Aufbaufonds „Next Generation EU“ verweigert, um die Verabschiedung der Verordnung zu verhindern.

⁵⁹ Para 353.

⁶⁰ S. Payandeh, JuS 2021, S. 483.

Das Europäische Parlament reagierte, um seiner Unzufriedenheit Ausdruck zu verleihen, und begrüßte zwar die anfängliche politische Einigung über ein Sanierungspaket, bestand jedoch auf der Notwendigkeit der Schaffung eines allgemeinen Rechtsstaatlichkeitsmechanismus zum Schutz des EU-Haushalts nach dem Vorbild des Vorschlags der Kommission als Voraussetzung. Das Ergebnis war, dass der Vorschlag der Kommission von 2018 wieder im Vordergrund stand und aktualisiert und geändert wurde, um den neuen Wiedereinziehungsfonds aufzunehmen. Bei den Verhandlungen wurde ein Kompromiss über die Abstimmungsmodalitäten erzielt. Nach dem Vorschlag der Kommission für einen Durchführungsrechtsakt mit finanziellen Maßnahmen zur Bekämpfung eines Verstoßes gegen die Rechtsstaatlichkeit soll der Rat die Maßnahme mit qualifizierter Mehrheit beschließen. Im November 2020 ermöglichte die Annahme der VO 2020–2092 eine Regelung zum Schutz des Haushalts der Union, die am 1.1.2021 in Kraft trat. Das Europaparlament billigte am 16.12.2020 eine Einigung mit dem Rat über einen neuen Mechanismus, der es der EU erlauben soll, Zahlungen an Mitgliedstaaten auszusetzen, wenn diese gegen die Rechtsstaatlichkeit verstoßen.

Ungarn und Polen erhoben vor dem Gerichtshof der Europäischen Union Klagen auf Nichtigkeitsklärung der Verordnung⁶¹. Dabei stützten sie sich u. a. darauf, dass die Verordnung keine oder eine unzureichende Rechtsgrundlage habe, dass sie mit Art. 7 Abs. 2 EUV unvereinbar sei und dass sie gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit verstoße. Die obersten EU-Richter sollen prüfen, ob der neue Mechanismus zur Kürzung von EU-Geldern bei bestimmten Rechtsstaatsverstößen zulässig ist.

Generalanwalt Manuel Campos Sánchez-Bordona hob in seinen Schlussanträgen hervor, dass die Verordnung die Rechtsstaatlichkeit nicht durch einen Sanktionsmechanismus schützen solle, der dem von Art. 7 EUV ähnele, sondern ein Instrument der finanziellen Konditionalität zur Erhaltung des Wertes der Rechtsstaatlichkeit der Union schaffe. Das Ermessen der Unionsorgane umfasse diese gesetzgeberische Option, die nicht als offensichtlich fehlerhaft eingestuft werden könne, da die Achtung der Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit für das ordnungsgemäße Funktionieren der öffentlichen Finanzen und die korrekte Ausführung des Haushaltsplans der Union von grundlegender Bedeutung sein könne. In concreto verfügt die Union über einen Haushalt, der ihr die notwendigen Mittel zur Verfügung stellt, um ihre Ziele zu erreichen und ihre Politiken durchzuführen. Der Haushalt ist das Instrument des Unionsrechts, das den Grundsatz der Solidarität jährlich in finanzielle Begriffe umsetzt und von verfassungsrechtlicher Bedeutung ist.

Art. 322 Abs. 1 Buchst. a AEUV verleiht dem Unionsgesetzgeber die Befugnis, derartige Konditionalitätsmechanismen, für die die Verordnung 2020/2092 ein Beispiel ist, zum Schutz des Unionshaushalts einzuführen.

Mit der Verordnung 2020/2092 wird kein Verfahren eingeführt, das (mit geringeren Beschränkungen) dem in Art. 7 EUV vorgesehenen Verfahren zur Ahndung von Verstößen gegen die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit entspricht. Es handelt sich um unterschiedliche Rechtsinstrumente⁶².

61 Rs. C-156/2021, C-157/2021.

62 Paras 122–123.

Das Verfahren der Verordnung 2020/2092, die bei einem Verstoß gegen die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit mit Auswirkungen auf den Haushaltsvollzug anwendbar ist, tritt somit zu den früheren Haushaltsvorschriften der Union hinzu, die Konditionalitätsmechanismen im Zusammenhang mit den Verpflichtungen in den Programmen für den Transfer von Geldern an die Mitgliedstaaten vorsehen.

Die Neuartigkeit der Verordnung 2020/2092 und ihres horizontalen Charakters gegenüber den früheren Vorschriften besteht darin, dass sie die Berücksichtigung von Verstößen gegen die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit mit hinreichend unmittelbaren Auswirkungen auf die Ausführung des Unionshaushalts gestattet, wenn diese Auswirkungen auf Handlungen der nationalen Behörden zurückzuführen sind.

Soweit solche gegen die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit verstoßenden Maßnahmen Einfluss auf die ordnungsgemäße Verwaltung des Unionshaushalts haben konnten, sahen die früheren Haushaltsvorschriften keine spezifischen Reaktionsmechanismen von ähnlicher Intensität wie die Verordnung 2020/2092 vor⁶³.

Am 16.2.2022 hatte der Gerichtshof zwei Urteile erlassen, die mit der Anfechtung der Verordnung 2020/2092 des Europäischen Parlaments und des Rates über eine allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union seitens Polens und Ungarns. Der Gerichtshof hat mehrere Aspekte der Problematik angetastet, die man in sechs Kategorien einteilen könnte.

4.1. Ein allgemeiner Teil

Die angefochtene Verordnung soll den Unionshaushalt vor etwaigen Auswirkungen schützen, die sich aus Verstößen gegen rechtsstaatliche Grundsätze in den Mitgliedstaaten ergeben können⁶⁴.

Das Verfahren für den Erlass „geeigneter Maßnahmen“ kann von der Kommission eingeleitet werden nur dann, wenn sie feststellt, dass es triftige Gründe für die Annahme gibt, dass nicht nur Verstöße gegen die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit in einem Mitgliedstaat vorliegen, sondern insbesondere, dass diese Verstöße die wirtschaftliche Haushaltsführung beeinträchtigen oder ernsthaft den Unionshaushalt oder den Schutz der finanziellen Interessen der Union zu beeinträchtigen drohen⁶⁵.

Der Gerichtshof macht klar, dass die angefochtene Verordnung einen Mitgliedstaat für einen Verstoß gegen den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit nicht bestrafen soll. Es geht um die Wahrung des Schutzes der berechtigten Interessen der Endempfänger oder Begünstigten, wenn nach dieser Verordnung geeignete Maßnahmen gegen einen Mitgliedstaat ergriffen werden. Es geht um den Schutz des Unionshaushalts⁶⁶.

Nach dem Gerichtshof ist darauf hinzuweisen, dass der Unionshaushalt eines der wichtigsten Instrumente ist, um den im Art. 2 EUV besagten Grundsatz der

63 Paras 110–113.

64 RdNr. 110.

65 RdNr. 111.

66 RdNr. 115.

Solidarität zu bewahren. Die Umsetzung von diesem Grundsatz über den Unionshaushalt beruht auf gegenseitigem Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten in Bezug auf die verantwortungsvolle Nutzung der in diesem Haushalt gemeinsamen Mittel⁶⁷.

Damit erinnert der Gerichtshof, dass Art. 2 EUV nicht nur eine Erklärung politischer Leitlinien oder Absichten ist, sondern Werte enthält, die einen wesentlichen Bestandteil der Identität der Union ausmachen als gemeinsame Rechtsordnung, Werte, die in Grundsätzen konkretisiert werden, die rechtlich bindende Verpflichtungen für die Mitgliedstaaten enthalten⁶⁸.

4.2. Eine Kombination zwischen Art. 19 EUV und Art. 47 der Charta

Der Gerichtshof wiederholt, dass in der Präambel der Charta unter anderem erwähnt wird, dass die Europäische Union auf den Grundsätzen der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit beruht und die in der Charta niedergelegten Rechte, Freiheiten und Grundsätze anerkennt. Die Artikel 6, 10 bis 13, 15, 16, 20, 21 und 23 der Charta definieren den Geltungsbereich der darin enthaltenen Werte. Artikel 47 der Charta und Artikel 19 EUV garantieren unter anderem das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und das Recht auf ein zuvor gesetzlich errichtetes unabhängiges und unparteiisches Gericht in Bezug auf den Schutz der durch das Unionsrecht garantierten Rechte und Freiheiten⁶⁹.

Der Gerichtshof hat auch betont, dass Artikel 19 Absatz 1 Unterabsatz 2 EUV, ausgelegt im Lichte von Artikel 47 der Charta, den Mitgliedstaaten eine klare und genaue Verpflichtung hinsichtlich des zu erreichenden Ergebnisses auferlegt, die keiner Bedingung in Bezug auf die Unabhängigkeit unterliegt. Die zur Auslegung und Anwendung des Unionsrechts berufenen Gerichte müssen eine Bestimmung des nationalen Rechts, die gegen Art. 19 Absatz 1 Unterabsatz 2 EUV verstößt, unanwendbar machen, gegebenenfalls nach Einholung einer Auslegung dieser Bestimmung beim Gerichtshof im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens⁷⁰.

4.3. Die Differenzierung vom Art. 7 EUV

Der Gerichtshof hat die Argumentation Ungarns, wonach der Wert der Rechtsstaatlichkeit von der Union nur nach dem Verfahren des Art. 7 EUV geschützt werden könne, zurückgewiesen⁷¹. Der Gerichtshof hat als Begründung erwähnt, dass dem Unionsgesetzgeber jedoch gestattet ist, wenn er eine Rechtsgrundlage dafür hat, in einem Akt des Sekundärrechts andere Verfahren festzulegen, die sich auf die in Art. 2 EUV enthaltenen Werte beziehen, darunter die Rechtsstaatlichkeit, vorausgesetzt, dass sich diese Verfahren sowohl hinsichtlich ihres Ziels als

67 RdNr. 125.

68 RdNr. 232.

69 RdNr. 157.

70 RdNr. 162.

71 RdNr. 163.

auch ihres Gegenstands von dem in Artikel 7 EUV vorgesehenen Verfahren unterscheiden⁷².

Zweck des in Art. 7 EUV vorgesehenen Verfahrens ist es daher, dem Rat die Möglichkeit zu geben, schwerwiegende und anhaltende Verstöße gegen die in Art. 2 EUV enthaltenen Werte zu ahnden, insbesondere um den betreffenden Mitgliedstaat zu zwingen, diese Verstöße abzustellen⁷³.

So betont der Gerichtshof, dass das in der angefochtenen Verordnung vorgesehene Verfahren einen anderen Zweck verfolgt als Art. 7 EUV⁷⁴.

Zum Gegenstand jedes dieser beiden Verfahren ist darauf hinzuweisen, dass der Anwendungsbereich des Verfahrens nach Art. 7 EUV alle in Art. 2 EUV enthaltenen Werte umfasst, während der Anwendungsbereich des Verfahrens durch die angefochtene Verordnung nur einen dieser Werte abdeckt, nämlich die Rechtsstaatlichkeit⁷⁵.

Was die Voraussetzungen für die Einleitung der beiden Verfahren betrifft, so ist darauf hinzuweisen, dass das in Art. 7 EUV vorgesehene Verfahren gemäß Abs. 1 dieses Artikels auf Initiative eines Drittels der Mitgliedstaaten, des Parlaments oder der Kommission eingeleitet werden kann, wenn die eindeutige Gefahr eines schwerwiegenden Verstoßes durch einen Mitgliedstaat der in Artikel 2 EUV enthaltenen Werte vorgelegt ist. Umgekehrt kann das durch die angefochtene Verordnung geschaffene Verfahren allein von der Kommission eingeleitet werden, wenn begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass in einem Mitgliedstaat nicht nur Verstöße gegen rechtsstaatliche Grundsätze vorliegen, sondern vor allem auch diese Verstöße die wirtschaftliche Haushaltsführung der Union oder den Schutz der finanziellen Interessen der Union hinreichend unmittelbar beeinträchtigen oder ernsthaft zu beeinträchtigen drohen, wenn er eine Rechtsgrundlage dafür hat, in einem Akt des Sekundärrechts andere Verfahren festzulegen, die sich auf die in Art. 2 EUV enthaltenen Werte beziehen, darunter die Rechtsstaatlichkeit, vorausgesetzt, dass sich diese Verfahren sowohl hinsichtlich ihres Ziels als auch ihres Gegenstands von dem in Artikel 7 EUV vorgesehenen Verfahren unterscheiden⁷⁶.

Was die Art der Maßnahmen betrifft, die nach Art. 7 Abs. 3 EUV erlassen werden können, so bestehen diese Maßnahmen in der Aussetzung „bestimmter Rechte“, die sich aus der Anwendung der Verträge auf den betreffenden Mitgliedstaat ergeben, einschließlich der Stimmrechte des Vertreters der Regierung dieses Mitgliedstaats im Rat. Sie können sich daher auf alle Rechte beziehen, die sich aus der Anwendung der Verträge auf den betreffenden Mitgliedstaat ergeben. Dagegen beschränken sich die nach der angefochtenen Verordnung zulässigen Maßnahmen auf die in Art. 5 Abs. 1 dieser Verordnung aufgeführten und zusammengefassten Maßnahmen, die allesamt haushaltspolitischer Natur sind⁷⁷.

72 RdNr. 168.

73 RdNr. 170.

74 RdNr. 172.

75 RdNr. 173.

76 RdNr. 175.

77 RdNr. 177.

4.4. Anforderungen des Art. 13 Abs. 2 EUV

Was die Anforderungen des Artikels 13 Absatz 2 EUV anbetrifft, wonach jedes Organ im Rahmen der ihm in den Verträgen übertragenen Befugnisse und im Einklang mit den darin festgelegten Verfahren, Bedingungen und Zielen tätig wird, ergibt sich aus Art. 6 der angefochtenen Verordnung, dass die Kommission dieses Verfahren durchführt und dass der Rat gegebenenfalls auf Vorschlag der Kommission einen Durchführungsbeschluss zur Annahme geeigneter Maßnahmen erlässt. Trotz der Bezugnahme im 26. Erwägungsgrund dieser Verordnung weist Artikel 6 dem Europäischen Rat keine Rolle im Rahmen des eingeführten Verfahrens durch diese Verordnung zu⁷⁸.

Insoweit führt die Kommission zunächst nach Art. 317 Abs. 1 AEUV den Unionshaushalt in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten in eigener Verantwortung unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit der Haushaltsführung aus.

Daher entspricht ihre Rolle in dem durch die angefochtene Verordnung geschaffenen Verfahren den ihr durch diese Bestimmung übertragenen Befugnissen. Ferner kann der Rat nach Art. 291 Abs. 2 AEUV auf Vorschlag der Kommission in allen Fällen beschließen, in denen er nach Maßgabe der Verträge Rechtsakte auf Vorschlag der Kommission erlässt. Seine Beteiligung verstößt nicht gegen die ihm übertragenen Befugnisse⁷⁹.

4.5. Was die Rechtssicherheit anbetrifft

Nach Art 317 Abs.1 führt die Kommission den Haushaltsplan zusammen mit den Mitgliedstaaten gemäß der nach Artikel 322 festgelegten Haushaltsordnung in eigener Verantwortung und im Rahmen der zugewiesenen Mittel entsprechend dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit der Haushaltsführung aus. Im Lichte dieser Erwägungen hat der Gerichtshof das Vorbringen Ungarns, unterstützt von der Republik Polen, zur Stützung seines Klagegrundes über den Verstoß gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit abgewiesen. Der Gerichtshof prüft zunächst die Argumente, wonach der Begriff „Rechtsstaatlichkeit“ wegen der Verpflichtung zum „Schutz“ der nationalen Identität jedes Mitgliedstaats nicht genau definiert und einheitlich ausgelegt werden könne.

Der in Art. 2 Buchst. a der angefochtenen Verordnung definierte Begriff der Rechtsstaatlichkeit umfasst jedoch andere als in Art. 2 (a) EUV enthaltene Werte. Insoweit soll erstens Art. 2 Buchst. a der angefochtenen Verordnung diesen Begriff nicht erschöpfend definieren, sondern nur für die Zwecke dieser Verordnung eine Reihe von Grundsätzen aufführen, die sie erfasst und welche nach Ansicht des Unionsgesetzgebers im Hinblick auf den Zweck dieser Verordnung, der darin besteht, den Schutz des Unionshaushalts zu gewährleisten, am relevantesten sind⁸⁰.

78 RdNr. 183.

79 RdNr. 322.

80 RdNr. 226–227.

4.6. Was den Konditionalitätsmechanismus anbetrifft

Ungarn macht, unterstützt durch die Republik Polen, geltend, dass das Verhältnis zwischen Art. 2 Buchst. a, Art. 3 und Art. 4 Abs. 2 der angefochtenen Verordnung nicht eindeutig bestimmt werden könne, wohl aber die gemeinsame Anwendung dieser Bestimmungen nicht ausschließen, dass Situationen, die nicht mit der ordnungsgemäßen Verwaltung der Mittel des Unionshaushalts zusammenhängen, sanktioniert werden können und dass die in Artikel 3 Buchstabe b dieser Verordnung genannten Begriffe nur entfernt mit dem Begriff „Rechtsstaatlichkeit“ zu tun haben⁸¹.

Sodann legt entgegen dem von der Republik Polen unterstützten Vorbringen Ungarns die gemeinsame Anwendung dieser Bestimmungen keineswegs nahe, dass Sachverhalte, die nicht mit der Bewirtschaftung der Mittel des Unionshaushalts zusammenhängen, Gegenstand von Maßnahmen des Art. 4 der angefochtenen Verordnung sein könnten, die gemäß diesem Verfahren ergriffen werden. Dieser Artikel wird in seinem Abs. 2 ausschließlich auf Situationen und Verhaltensweisen von Behörden der Mitgliedstaaten angewandt, die für die wirtschaftliche Haushaltsführung des Unionshaushalts oder für den Schutz der finanziellen Interessen der Union relevant sind. Er verlangt in dessen Absatz 1, dass in jedem Fall ein echter Zusammenhang zwischen Verstößen gegen die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit einerseits und Auswirkungen oder schwerwiegenden Gefahren von Auswirkungen auf die wirtschaftliche Haushaltsführung oder auf den Schutz dieser finanziellen Interessen andererseits hergestellt werden muss⁸².

In Bezug auf die Begriffe „wirtschaftliche Haushaltsführung“ und „Schutz der finanziellen Interessen der Union“ wird ersterer auch in Artikel 317 Absatz 1 AEUV erwähnt und in Artikel 2 Nummer 59 der Haushaltsordnung als Ausführung des Haushaltsplans nach den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Wirksamkeit definiert, wobei letzterer auch unter Artikel 325 AEUV fällt und gemäß Artikel 63 Absatz 2 der Haushaltsordnung alle konzipierten Gesetzgebungs-, Regulierungs- und Verwaltungsmaßnahmen umfasst, unter anderem um Unregelmäßigkeiten und Betrug bei der Ausführung des Haushaltsplans zu verhindern, aufzudecken und zu korrigieren⁸³.

Der Gerichtshof hat ferner entschieden, dass der Begriff „finanzielle Interessen der Union“ im Sinne von Artikel 325 Absatz 1 AEUV nicht nur Einnahmen umfasst, die dem Unionshaushalt zur Verfügung gestellt werden, sondern auch Ausgaben, die aus diesem Haushalt finanziert werden. Dieser Begriff ist daher nicht nur im Rahmen der in dieser Bestimmung genannten Maßnahmen zur Bekämpfung von Unregelmäßigkeiten und Betrug relevant, sondern auch für die wirtschaftliche Haushaltsführung dieses Haushalts, da der Schutz dieser finanziellen Interessen ebenfalls zu dieser wirtschaftlichen Haushaltsführung beiträgt⁸⁴.

81 RdNr. 241.

82 RdNr. 244.

83 RdNr. 263.

84 RdNr. 265.

Die Verhinderung von Wirkungen, wie sie in Art. 4 Abs. 1 der angefochtenen Verordnung genannt werden, ergänzt somit die Korrektur dieser Wirkungen, die sowohl dem Begriff der „wirtschaftlichen Haushaltsführung“ als auch dem des „Schutzes der Finanzen“ innewohnt und muss daher als dauerhafte und horizontale Anforderung der EU-Finanzgesetzgebung angesehen werden⁸⁵.

4.7. Schutzmaßnahmen

Hinsichtlich des Arguments, dass Art. 5 Abs. 3 Satz 3 der angefochtenen Verordnung das Ziel und den Umfang der Maßnahmen zum Schutz des Unionshaushalts, die gemäß Artikel 4 Absatz 1 dieser Verordnung erlassen werden können, nicht ausreichend bestimmt, ist zunächst daran zu erinnern, dass Art. 5 Abs. 1 dieser Verordnung die verschiedenen Schutzmaßnahmen, die ergriffen werden können, erschöpfend auflistet⁸⁶.

Folglich räumt Art. 5 Abs. 3 Satz 4 der angefochtenen Verordnung der Kommission und dem Rat nur dann einen Ermessensspielraum bei der Wahl der Maßnahmen ein, wenn sich dies für die Gewährleistung des Schutzes des Haushalts der Union als Ganzes als unerlässlich erweist. Außerdem hat die Kommission nach Art. 6 Abs. 7 und 8 dieser Verordnung u. a. die Verhältnismäßigkeit der geplanten Maßnahmen zu prüfen und dem betroffenen Mitgliedstaat Gelegenheit zu geben, sich über die Maßnahmen und insbesondere über ihre Verhältnismäßigkeit zu äußern, da diese Anforderungen im Licht des 26. Erwägungsgrundes dieser Verordnung zu verstehen sind⁸⁷.

Daraus folgt, dass die Kommission unter Berücksichtigung der in Art. 4 der angefochtenen Verordnung aufgestellten Voraussetzungen eine sorgfältige Würdigung des Sachverhalts vornehmen muss. Gleiches gilt für das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen⁸⁸.

In den Erwägungsgründen 16 und 26 dieser Verordnung heißt es außerdem, dass die Kommission eine gründliche qualitative Bewertung vornehmen muss, die objektiv, unparteiisch und gerecht ist und die Grundsätze der Objektivität, der Nichtdiskriminierung und der Gleichheit der Mitgliedstaaten achtet und nach einem unparteiischen und evidenzbasierten Ansatz durchgeführt werden sollte⁸⁹.

Aufgrund der fortwährenden Verstöße Polens und Ungarns gegen die Rechtsstaatlichkeit hält die EU derzeit milliardenschwere Corona-Hilfspakete an die beiden Länder zurück.

Insgesamt gibt es einen theoretischen Wandel, der Verwaltung und Justiz als Ganzes und unabhängig im Rahmen der allgemeinen EU-Wirtschaftspolitik und in einigen Fällen des Rechtsstaatsprinzips anspricht. Dieser neue Ansatz zeigt sich insbesondere in zwei Bereichen, in der neuen wirtschaftspolitischen Steuerung und

85 RdNr. 266.

86 RdNr. 269.

87 RdNr. 277.

88 RdNr. 283.

89 RdNr. 284.

insbesondere in der Nutzung der Voraussetzungen während der Krise sowie in den neuen EU-Institutionen für technische Hilfe.

Im Kontext der Griechenlandkrise wurden, um Voraussetzungen für eine europäische und internationale Unterstützung (conditionality) zu schaffen, unter anderem Regelungen für Verwaltung und Justiz erlassen. So enthielten die Programme klare Verweise auf die Justizreform, die Griechenland zum Ziel setzte, die wirkungsvolle und rechtzeitige Umsetzung von Verträgen, Wettbewerbsregeln und Gerichtsentscheidungen zu gewährleisten und die Rechtspflege zu beschleunigen, anhängige Gerichtsverfahren zu beseitigen und außergerichtliche Verfahren durch Streitbeilegung zu erleichtern⁹⁰.

5. Fazit

Die Krise der Rechtsstaatlichkeit in Europa geht über die einzelne Frage der illiberalen Politik Polens oder Ungarns hinaus. Sie betrifft alle Mitgliedstaaten der Union, sowohl individuell als auch kollektiv. Alle Mitgliedstaaten sind heute in unterschiedlichem Maße populistischem Druck, autoritärer Versuchung oder Abkehr vom Liberalismus ausgesetzt und die Notstandsregime vervielfachen im Namen der Bekämpfung des Terrorismus, der Einwanderung oder des Gesundheitsnotstands diese Maßnahmen, die so viele Schläge gegen die Rechtsstaatlichkeit bedeuten. Rechtsstaatlichkeit ist ein gemeinsamer Wert, aber auch der Weg zur europäischen Integration⁹¹. Auf der anderen Seite sind bestimmte Mitgliedstaaten aufgrund unterschiedlicher Grundrechtsstandards um die Grundrechte ihrer Bürger und die Achtung ihrer Verfahrensgarantien besorgt und lassen in ihrer Gesetzgebung Umleitungen zu, um das EU-Recht nicht durchzusetzen, und gleichzeitig es restriktiv auszulegen. Dies gibt einigen Mitgliedstaaten die Möglichkeit, sich auf den Schutz grundlegender Menschenrechte zu berufen, um Ausnahmen vom Grundsatz des Vorrangs des EU-Rechts zu rechtfertigen⁹², obwohl die Bindung

90 S. das zweite Memorandum of Understanding vom 12.2012, S. 8.

91 S. Bogdandy, Armin von, (Tyrannei der Werte? – Probleme und Wege europäischen Schutzes nationaler Rechtsstaatlichkeit – (der Titel aus dem gleichnamigen Werk von Carl Schmitt, Die Tyrannei der Werte, 3. korrigierte Aufl., Berlin 2011), MPIL Research Paper Series/N. 2019-04) der von Tyrannei der Werte spricht und schlägt vor, dass eine breite europäische Öffentlichkeit in fairen Verfahren überzeugen zeigt, was die Werte verlangen, S. 11.

92 S. Payandeh, JuS 2021, S. 487, der unter anderem Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Vereinbarung mit Art. 79 Abs. 3 GG in die Diskussion bringt. S. auch Preßlein, David, Grundgesetz vs. Grundrechtscharta? Zur „europäischen Grundrechtsprüfung“ des BVerfG an den Beschlüssen zum „Recht auf Vergessen“ und „Europäischer Haftbefehl III“, EuR 2021, S. 247 ff. Insbesondere wird im Rahmen der Analyse der Entscheidungen „Recht auf Vergessen I“, „Recht auf Vergessen II“ des ersten Senats und „Europäischer Haftbefehl III“ des zweiten Senats des BVerfG die ständige Kontrolle bei der Auslegung und der Anwendung des Unionsrechts im Nationalstaat und die Infragestellung des Prinzips des Vorrangs des EU-Rechts hervorgehoben. Diese Kontrollen sind der Grundrechtsvorbehalt, die ultra-vires-Kontrolle, d. h. die in Art. 5 EUV erwähnte Kontrolle

der Mitgliedstaaten an das Unionsrecht allgemein in Art. 4 Abs. 3 EUV sowie speziell für die Charta in Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh bestätigt wird und im Falle der Kollision mit mitgliedstaatlichem Recht durch den Anwendungsvorrang des EU-Rechts abgesichert wird⁹³. Auslegungsdifferenzen entstehen auch im Fall des Ausgleichs zwischen der Gleichheit der Bürger, der Unantastbarkeit der Menschenwürde sowie auch des Demokratieprinzips. Die Gleichheit der Mitgliedstaaten und die Achtung der nationalen Identitäten begründen jedoch kein Vertrauen in Bezug auf ein angemessenes Schutzniveau für die Grundrechte in der EU⁹⁴. Auf EU-Ebene wirft die Anwendung des Verfahrens nach Art. 7 EUV des EU-Rahmens zahlreiche Fragen auf. Das Auslösen des EU-Rechtsstaatlchkeitsrahmens gegen einen Mitgliedstaat, d. h. Polen, aber nicht gegen einen anderen, nämlich Ungarn, wo die verfassungsmäßige Vereinnahmung viel früher stattfand, kann die Objektivität und Unparteilichkeit des EU-Rechtsstaatsystems und des Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Mitgliedstaaten in Frage stellen⁹⁵. Man muss jedoch gestehen, dass die Bedeutung der gemeinsamen Werteordnung und die Rechtsstaatlichkeit gemäß Art. 2 EUV erhöht werden, soweit der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit nicht durch politische Gewalt, sondern durch Recht regiert wird, was im Interesse der kleineren Mitgliedstaaten liegt⁹⁶. Tatsache ist jedoch, dass sowohl die Rechtsprechung des Gerichtshofs als auch des EGMR zeigen, dass die Frage der Unabhängigkeit der Justiz in den Mitgliedstaaten der Union und in den Vertragsstaaten der EMRK losgelöst von der demokratischen Legitimität des jeweiligen Staates, der in die Justiz eingreift, ist. Die Konfrontation mit den Regimen Ungarns und Polens hat die Europäische Union dazu veranlasst, klare und eindeutige Voraussetzungen über das Konzept der Rechtsstaatlichkeit und insbesondere für die Rolle der Justiz zu schaffen, die in jedem Mitgliedstaat gelten sollen, wenn seine Gerichte mit dem Gerichtshof der Union in Dialog treten.

Auf der anderen Seite erhielt der Rechtsstaatsbegriff durch die Rechtsprechung eine institutionelle Dimension in Bezug auf die Gewaltenteilung im Rechtsstaat,

in Bezug auf den Grundsatz der begrenzten Einzelmächtigung und die Verfassungsidentitätskontrolle, die eine Kontrolle des Übertragbaren ist, d. h. Kontrolle einer Ermächtigung nach Art. 23 Abs. 1 S. 2, 3 GG. Zu betonen ist in diesem Bereich auch das PSPP-Urteil des BVerfG. Als „schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar“ bewertete der Zweite Senat das Urteil des EuGH, mit dem die Luxemburger Richter den Beschluss des EZB-Rates zum Public Sector Asset Purchase Programme (PSPP) gebilligt hatten, obwohl die EZB-Entscheidung nach Karlsruher Auffassung *ultra vires* ergangen war. Über den Rechtsprechungsdialog zwischen BVerfG und EuGH und die Legitimation des europäischen Integrationsprozesses s. auch Simantiras, Nikolaos I., Staatliches Kreditrisiko, Liquidität und EZB-Intervention: Ein Rechtsprechungsdialog aus der Legitimationsperspektive, in: Antoniou, Theodora D./Heintzen, Markus (Hrsg.), Staatsverschuldung und Eurokrise im deutsch-griechischen Verfassungsdialog, Berlin 2020, S. 243 ff.

93 S. Raitio, Juha, Bemerkungen zur Gleichheit und nationalen Identität der Mitgliedstaaten und dem Rechtsstaatsprinzip – aus der Perspektive Finnlands, *EuR* 2020, S. 484.

94 S. *ibid.*, S. 533.

95 S. Bard, Petra, Scrutiny over the Rule of Law in the European Union, 36 *Polish Z.B. Int'l L.* 187 (2016), S. 194, 201.

96 S. Raitio, Juha, *EuR* 2020, S. 533.

eine prozessuale Dimension und eine sachliche Dimension in Bezug auf den Grundrechtsschutz auf allen Ebenen. So kann man zum Schluss kommen, dass die Begrenzung der Willkür in der EU eigentlich nur erreicht werden kann, wenn Demokratie, Grundrechtsschutz und Vorrang des Rechts kohärent unter das rechtsstaatliche Dach integriert werden⁹⁷.

Literaturverzeichnis

- Bard, Peter, Scrutiny over the Rule of Law in the European Union, 36 Polish Y.B.Int'l L.187 (2016).
- Blumenwitz, Dieter/Gornig, Gilbert/Murswiek, Dietrich (Hrsg.), Die Europäische Union als Wertegemeinschaft. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 22, 2005.
- Bogdandy, Armin von, Die Tyrannei der Werte? – Probleme und Wege europäischen Schutzes nationaler Rechtsstaatlichkeit, MPIL Research Paper Series/No 2019-04.
- Bogdandy, Armin von/Luke Dimitrios Spieker, Countering the judicial silencing of critics: article 2 TEU values, reverse Solange, and the responsibilities of national judges, E.C.L. Review 2019, 15(3), 391–426.
- Bogdandy, Armin von/Ioannidis, Michael, Rechtsstaat in Krise: Wie kann die Europäische Union schwache Institutionen stärken, Nomiko Vima 2017, S. 1993 (griechisch).
- Bogdandy, Armin von, Ways to Frame the European Rule of Law: Rechtsgemeinschaft, Trust, Revolution, and Kantian Peace, E.C.L.Review. Bd. 14 (2018), 676.
- Carpano, Eric, L'Etat de droit intégré, Revue de l'Union européenne 2021, S. 98 ff.
- Danwitz, Luc von, Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten der EU. Eine wertebasierte Garantie der Einheit und Wirksamkeit des Unionsrechts, EuR 2020.
- Elsuwege, Peter van/Gremmelprez, Femke, Protecting the Rule of Law in the EU Legal Order: a Constitutional Role for the European Court of Justice, E.C.L.Review 2020, 16 (1).
- Gornig, Gilbert/Hilpold, Peter (Hrsg.), Europas Grundwerte und ihre Umsetzung insbesondere in den Ländern Mittel- und Ostmitteleuropas, Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Bd. 35, 2021.
- Koen Lenearts, New Horizons for the Rule of Law within the EU, 21 GERMAN L.J. 29 (2020).
- Kortvelyesi, Zsolt, The Illiberal Challenge in the EU: Exploiting the Parallel with Illiberal Minorities and the Example of Hungary, E.C.L. Review 2020, 16 (4), 567–600.
- Leloup, Mathieu, Who Safeguards the Guardians? A Subjective Right of Judges to their Independence under Article 6 (1) ECHR, Published online by Cambridge University press: 3 September 2021.
- Molinari, Caterina, The EU and its Perilous Journey through the Migration Crisis: Informalization of the EU Return Policy and Rule of Law Concerns, E.L.Rev: 2019, 44 (6), 824–840.
- Payandeh, Mehrdad, Das unionsverfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip, JuS 2021, 481 ff.
- Pech, Laurent/Platon, Sébastien, Judicial Independence under Threat: The Court of Justice to the Rescue in the ASJP Case, Common Market Law Review, Bd. 55 (2018), 1827.

97 S. Molinari, Caterina, E.L.Rev. 2019 44 (6), S. 828.

- Pech, Laurent, Protecting Polish Judges from Poland's Disciplinary "Star Chamber": Commission v. Poland. Case C-791/19 R, Order of the Court (Grand Chamber) of 8 April 2020, EU:C:2020:277, https://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=585187.
- Platon, Sebastian, Writing Between the Lines. The Preliminary Ruling of the CJEU on the Independence of the Disciplinary Chamber of the Polish Supreme Court, eulawanalysis.blogspot.com/2019/11/writing-between-lines-preliminary.html.
- Preßlein, David, Grundgesetz vs. Grundrechtscharta? Zur „europäisierten Grundrechtsprüfung“ des BVerfG nach den Beschlüssen zum „Recht auf Vergessen“ und „Europäischer Haftbefehl III“, EuR 2021, 247.
- Raitio, Julia, Bemerkungen zur Gleichheit und nationaler Identität der Mitgliedstaaten und dem Rechtsstaatsprinzip, EuR 2020, S. 533.
- Reyns, Charlotte, Saving Judicial Independence: a Threat to the Preliminary Ruling Mechanism?, E.L.Rev 2021, 17 (1), 26–52.
- Simantiras, Nikolaos I., Staatliches Kreditrisiko, Liquidität und EZB-Intervention: Ein Rechtssprechungsdialog aus der Legitimationsperspektive, in: Antoniou, Theodora D./ Heintzen, Markus (Hrsg.), Staatsverschuldung und Eurokrise im deutsch-griechischen Verfassungsdialog, Berlin 2020, S. 243 ff.
- Swed, Marcin, What Should and What Will Happen After Xero Flor – The Judgement of the ECHR on the Composition of the Polish Constitutional Tribunal, Verfassungsblog, 9.5. 2021.
- Uity, Renata, The Perils of Defending the Rule of Law through Dialogue, E.C.L. Review 2019, (15), 1–16.
- Winninger, Laura, Warum das Zwangsgeld gegen Polen die Glaubwürdigkeit der EU stärken wird, Verfassungsblog, 2021/10/29.

Vom „EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips“ zum „Konditionalitätsmechanismus“ – eine kritische Analyse der aktuellen Ansätze der EU zur Wahrung des Rechtsstaatsprinzips

Hannes Hofmeister¹

Abstract Deutsch

Der vorliegende Beitrag untersucht die aktuellen Ansätze der EU zur Wahrung des Rechtsstaatsprinzips. Um diese besser einordnen zu können, bedarf es zunächst einer kurzen Darstellung der traditionellen Reaktionsmöglichkeiten der EU auf Verstöße gegen das Rechtsstaatsprinzip. Im Anschluss daran werden die neu geschaffenen Instrumente der EU dargestellt und einer kritischen Betrachtung unterzogen. Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt dabei auf der neuen „*Rechtsstaats-Konditionalitätsmechanismus-VO*“. Der Beitrag schließt mit einem kritischen Ausblick.

Abstract English

This chapter analyses new approaches of the EU to protect the rule of law. Before delving deeper into the intricacies of the latter, it will first briefly describe the EU's traditional possibilities for reacting to violations of the rule of law. Having done so, the newly created instruments of the EU will be presented and subjected to a critical analysis. The focus of the analysis will be on the new 'Rule of Law Conditionality-Mechanism' Regulation. The chapter concludes with a critical outlook.

1. Einleitung

Minderheiten zählen auch im 21. Jahrhundert noch immer zu den schwächsten Bevölkerungsgruppen. Aus diesem Grund sind sie in besonderer Weise auf einen effektiv funktionierenden und umfassenden Rechtsstaat angewiesen. Dies zeigt sich exemplarisch an der Situation der deutschen Minderheit im Polen, deren Rechte nach Ansicht des PiS-Vorsitzenden Jarosław Kaczyński eingeschränkt werden müssen.² So forderte Kaczyński u.a. die Abschaffung einer Regelung, welche nationale Minderheiten von der 5%-Hürde bei Parlamentswahlen dispensiert. Schutz gegen solche Maßnahmen sollte eigentlich ein effektiver Rechtsstaat mit unabhängigen Gerichten und umfassenden Minderheitenrechten bieten. Doch dieser

1 Der Autor dankt Prof. Dr. Arnold für wertvolle Hinweise. Bei dem Beitrag handelt es sich um eine aktualisierte und stark erweiterte Version eines früheren Artikels des Autors, welche ursprünglich in Dvbl. (2016) erschien.

2 Gnauck, „Die deutsche Minderheit hat zu viele Rechte“, Die Welt, 10.12.2012, abrufbar online <https://www.welt.de/politik/ausland/article111937332/Die-deutsche-Minderheit-hat-zu-viele-Rechte.html>.

Rechtsstaat wird in Polen seit dem Wahlsieg der PiS-Partei im Oktober 2015 kontinuierlich zurückgebaut. Mit einer soliden Parlamentsmehrheit im Rücken arbeitet die neue polnische Regierung ihren Masterplan zur Umstrukturierung des Staates konsequent ab. Im Fokus steht dabei die Justiz – insbesondere das Verfassungsgericht. So hat der Sejm³ binnen weniger Wochen neue Vorschriften über die Arbeitsweise des Verfassungsgerichts erlassen. Zudem hob der neu gewählte Sejm die Ernennung von fünf Verfassungsrichtern durch das alte Parlament auf und substituierte diese durch PiS-affine Kandidaten. Im Anschluss erfolgte der Umbau des Obersten Gerichts und darauf die „Neustrukturierung“ des sog. Landesjustizrats. Bei letzterem handelt es sich um ein Gremium, das eine entscheidende Rolle bei der Besetzung von Richterstellen spielt. Schritt für Schritt wird somit die Judikative von oben nach unten „umgekrempelt“. Diese konzertierte Aktion hat nunmehr auch die Europäische Union – insbesondere die Europäische Kommission in ihrer Funktion als „Hüterin der Verträge“ – auf den Plan gerufen. So wurden als Reaktion hierauf mehrere Maßnahmen, beginnend mit dem neuen „EU-Rahmen zur Stärkung der Rechtsstaatlichkeit“, ergriffen.⁴ Der letzte und somit aktuellste Schritt zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips bestand in der Verabschiedung der „*Rechtsstaats-Konditionalitätsmechanismus-VO*“.⁵ Danach ist die Gewährung von EU-Finanzmitteln an die Einhaltung rechtsstaatlicher Prinzipien geknüpft. Aber tragen diese neuen Instrumente wirklich zu einer Stärkung des Rechtsstaatsprinzips bei?

Um diese komplexe Frage zu beantworten, werden zunächst die traditionellen Reaktionsmöglichkeiten der EU und deren Defizite analysiert. Im Anschluss daran werden die neu geschaffenen Instrumente der EU einer kritischen Betrachtung unterzogen. Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt dabei auf der neuen „*Rechtsstaats-Konditionalitätsmechanismus-VO*“. Der Beitrag schließt mit einem kritischen Ausblick.

2. Der bisherige Rechtsrahmen und seine Defizite – insbesondere die Verfahren nach Art. 7 EUV und Art. 258 ff. AEUV

Nach traditioneller⁶ Vertragskonzeption sollten mitgliedstaatliche Europarechtsverstöße zunächst mit dem Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 ff. AEUV geahndet werden; seit dem Amsterdamer Vertrag⁷ steht zudem bei eindeutigen Gefahren für die Rechtsstaatlichkeit und andere fundamentale Werte der Sanktions-

3 Zusammen mit der zweiten Kammer des Parlaments – dem Senat.

4 Vgl. Europäische Kommission Mitteilung ‚Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips‘, KOM (2014) 158 vom 11.3.2014.

5 Verordnung 2020/2092 des europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2020 über eine allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union.

6 D.h. nach dem Vertrag von Amsterdam (1999), der das Sanktionsverfahren einführt, sowie nach dem Vertrag von Nizza (2003), der das Frühwarnsystem einführt.

7 Bzw. nach dem Vertrag von Nizza (2003), der das Frühwarnsystem einführt.

mechanismus nach Art. 7 EUV zur Verfügung.⁸ Beide Verfahren erwiesen sich im Laufe der Zeit jedoch als defizitär – insbesondere wenn es um systemische Gefährdungen ging:

So eignet sich das *Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 ff. AEUV* nicht, um auf systemische Gefährdungen zu reagieren, da es lediglich fallspezifischer Natur ist. Einzelne Verstöße gegen EU-Recht mögen sich auf diesem Wege wirksam bekämpfen lassen, nicht hingegen breit angelegte, systemische Gefährdungen der Rechtsstaatlichkeit. Hinzu kommt, dass die Art. 258 ff. AEUV nur dann zur Anwendung gelangen, wenn ein Verstoß gegen EU-Recht gerügt wird. Es gibt aber Fälle, die nicht vom Europarecht erfasst sind und daher „nicht als Verletzung von aus den EU-Verträgen erwachsenden Pflichten angesehen werden können, aber dennoch eine systemische Gefährdung der Rechtsstaatlichkeit darstellen“.⁹

Der *Sanktionsmechanismus nach Art. 7 EUV* eignet sich ebenfalls nicht, um systemischen Gefährdungen der Rechtsstaatlichkeit effektiv zu begegnen. Dies ist vor allem auf folgende Gründe zurückzuführen: Zum einen sind die verfahrenstechnischen Hürden zu hoch angesetzt: Die sog. Vorfeldmaßnahmen nach Art. 7 I EUV setzen beispielsweise voraus, dass der Rat – nach Zustimmung des Europäischen Parlaments – mit einer 4/5 Mehrheit¹⁰ beschließt, dass eine eindeutige Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung europäischer Werte vorliegt. Selbst wenn im Falle Polens eine 4/5 Mehrheit zustande käme – was äußerst unwahrscheinlich ist – so würde das Verfahren jedenfalls auf der zweiten Stufe (dem sog. Suspendierungsverfahren) scheitern.¹¹ Das tatsächliche Suspendierungsverfahren nach Art. 7 II EUV verlangt nämlich zur Feststellung einer schwerwiegenden Verletzung *Einstimmigkeit* im Europäischen Rat. Der ungarische Premier Viktor Orban hat für diesen Fall aber bereits sein Veto angekündigt.¹² Zum anderen sind auch die Sanktionen nach Art. 7 III EUV nicht geeignet, um systemischen Defiziten adäquat zu begegnen. Das Sanktionsinstrumentarium des Art. 7 III EUV umfasst, *inter alia*, die Aussetzung bestimmter Mitgliedschaftsrechte. Dem Rat steht insofern ein Auswahlermessen zu:¹³ Er kann wählen, welche in EUV und AEUV vorgesehenen Mitgliedschaftsrechte er suspendiert. Weitergehende Sanktionen sind von Art. 7 III EUV nicht mehr gedeckt. Dieses Sanktionsinstrumentarium eignet sich aber nicht, um einer Gefährdung der Rechtsstaatlichkeit wirksam zu begegnen. So führt

8 Nach hM finden die beiden Verfahren nebeneinander Anwendung, vgl. Pechstein, in: Streinz (Hrsg.): EUV/AEUV Kommentar, (C. H. Beck, München 2012), Art. 7, Rn. 22.

9 Europäische Kommission Mitteilung ‚Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips‘, KOM (2014) 158 vom 11.3.2014, 6.

10 Diese bestimmt sich gem. Art. 7 V EUV nach Art. 354 AEUV.

11 Zu beachten ist, dass die beiden Stufen unabhängig voneinander sind, d.h. das Suspendierungsverfahren nach Abs. II kann eingeleitet werden, ohne dass vorab der Frühwarnmechanismus nach Abs. I aktiviert wurde.

12 Die Welt, Orban stellt sich demonstrativ an die Seite Polens, 8.1.2016, abrufbar online unter <http://www.welt.de/politik/ausland/article150761520/Orban-stellt-sich-demonstrativ-an-die-Seite-Polens.html>.

13 Vgl. Heintschel von Heinegg, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Handkommentar, (Nomos, Baden-Baden 2012), Art. 7, Rn. 24.

z.B. die Suspendierung bestimmter Mitgliedschaftsrechte – wie z.B. des Stimmrechts im Rat – nicht unmittelbar zur Stärkung rechtsstaatlicher Institutionen auf nationaler Ebene.

Zum Teil wird auch die Möglichkeit eines *Ausschlusses aus der EU* diskutiert. Die Möglichkeit einen Staat aus der EU auszuschließen, wird allerdings in den Verträgen mit keinem Wort thematisiert. Selbst im Falle einer gravierenden Verletzung fundamentaler Werte der EU sehen die Verträge – wie oben dargelegt – lediglich die Aussetzung bestimmter Mitgliedschaftsrechte vor.¹⁴ Vor dem Hintergrund der sich zuspitzenden Lage in einigen europäischen Staaten, wird jedoch verstärkt nach Argumenten gesucht, um dennoch einen Ausschluss – gewissermaßen als *ultima ratio* – legitimieren zu können. Die vertretenen Ansätze vermögen aber allesamt nicht zu überzeugen: So wird zum Teil argumentiert¹⁵, ein Ausschluss käme auf der Basis allgemeiner völkerrechtlicher Grundsätze in Betracht. Vor allem Art. 60 der Wiener Vertragsrechtskonvention wird insofern bemüht. Danach sind im Falle eines „material breaches“ durch eine Vertragspartei, die anderen Vertragsparteien zur Beendigung des Vertrages berechtigt. Fraglich ist aber, ob ein Rekurs auf Art. 60 der WVK überhaupt (noch) möglich ist. Dagegen spricht schon, dass die EU-Verträge eine „neue und autonome Rechtsordnung geschaffen haben“¹⁶, welche den Rückgriff auf allgemeine völkerrechtliche Grundsätze (und damit auch auf Art. 60 WVK) ausschließt. Das EU-Recht ist gewissermaßen ein „*self-contained regime*“. Aber auch wenn man diese Einschätzung nicht teilt und das EU-Recht immer noch als Bestandteil des Völkerrechts begreift, scheidet ein Rückgriff auf Art. 60 WVK aus. Dies liegt daran, dass auch nach dieser Auffassung ein Rekurs nur dann möglich ist, wenn das EU-Recht die in Frage stehende Materie nicht regelt. Es gilt der Grundsatz des „*lex specialis derogat legi generali*“. Das EU-Recht enthält aber gerade eine Vielzahl an Normen, die den Umgang mit vertragsbrüchigen Mitgliedstaaten regeln. Diese gehen insofern als *leges speciales* vor. Insofern ist auf Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 ff. AEUV und das Sanktionsverfahren nach Art. 7 EUV zu verweisen. Diese sehen aber gerade nicht den Ausschluss eines Staates vor, sondern lediglich die Verhängung eines Zwangsgeldes bzw. die Suspendierung einzelner Mitgliedschaftsrechte. Im Ergebnis vermag somit keiner der untersuchten Ansätze zu überzeugen. Ein Ausschluss ist da-

14 Vgl. Art. 7 III EUV.

15 Vgl. Hilf, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.) Kommentar zum EU/EG-Vertrag, (Nomos, Baden-Baden, 1997), Art. 240, Rn. 9; vgl. auch Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht (Mohr Siebeck, Tübingen, 1972) 101.

16 Vgl. hierzu die Ausführungen des EuGH im Fall *Cost v ENEL*: ‘By contrast with ordinary international treaties, the *EEC* has created its own legal system which on the entry into force of the Treaty became an integral part of the legal systems of the Member States and which their courts are bound to apply. By creating a community of unlimited duration, having its own institutions, its own personality, its own legal capacity and capacity of representation on the international plane and, more particularly, real powers stemming from a limitation of sovereignty or a transfer of powers from the states to the Community, the Member States have limited their sovereign rights, albeit within limited fields, and have thus created a body of law which binds both their nationals and themselves’, Case 6/64, *Costa v ENEL*, Slg. 1964, 1251, 1259.

her nicht möglich. Zudem wäre dieses Instrument auch nicht zielführend¹⁷, um einen Staat bei systemischen Verstößen gegen die Rechtsstaatlichkeit wieder auf den „Weg der Tugend“ zu führen.

Zusammenfassend ist daher Folgendes festzuhalten: Die Entwicklungen in Ungarn, Polen und Rumänien haben gezeigt, dass das derzeitige Sanktionsinstrumentarium – bestehend aus den Verfahren nach Art. 7 EUV und Art. 258 ff. AEUV – nicht ausreicht, um schnell auf Bedrohungen der Rechtsstaatlichkeit zu reagieren.¹⁸ Ein Recht auf Ausschluss aus der EU – dessen Eignung im vorliegenden Kontext ohnehin zweifelhaft wäre – existiert nicht.¹⁹ Zusätzlich zu den genannten Mechanismen bedarf es daher eines neuen EU-Rahmens zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips.²⁰

3. Der „EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips“

In Anbetracht der dargelegten Defizite, sah sich die Kommission 2013 veranlasst, aktiv zu werden. Sie hat dementsprechend ein Dokument mit dem vielversprechenden Titel *„Ein neuer EU Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips“* ausarbeiten lassen, welches am 11. März 2014 veröffentlicht wurde.²¹ Mit den existierenden Sanktionsmechanismen – so die Kommission – sei es nicht möglich gewesen, effektiv auf Bedrohungen des Rechtsstaatsprinzips zu reagieren.²² Neben dem Sanktionsmechanismus nach Art. 7 EUV sowie dem Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 ff. AEUV soll damit ein neues Instrument zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips etabliert werden:²³ der sog. „EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips“. Im Folgenden sollen daher die Voraussetzungen, das Verfahren, sowie die spezifische Zielsetzung des neuen Mechanismus²⁴ näher analysiert werden. Im Anschluss daran werden die Stärken und Schwächen dieses Verfahrens untersucht.

3.1. Voraussetzungen

Materielle Voraussetzung für die Aktivierung des neuen Mechanismus sind klare Hinweise auf eine *systemische Gefährdung der Rechtsstaatlichkeit*.

Die Gefährdung muss zunächst *systemischer* Natur sein. Der Terminus „systemisch“ wird primär in der Medizinwissenschaft verwendet und bedeutet „den gan-

17 Allenfalls wenn man allein auf das Drohpotential abstellt.

18 Vgl. Europäische Kommission Mitteilung „Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips“, KOM (2014) 158 vom 11. März 2014, 6.

19 So zumindest die hM.

20 Ibid., 6.

21 Europäische Kommission Mitteilung „Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips“, KOM (2014) 158 vom 11. März 2014.

22 Ibid., 7.

23 Ibid.

24 Sowie dessen Verhältnis zu anderen Rechtsinstrumenten.

zen Organismus betreffend“.²⁵ Auf die vorliegende Konstellation übertragen bedeutet dies: Die Gefährdung darf nicht singulärer Natur sein, sondern muss das System als Ganzes betreffen. Die Gefährdung muss sich mithin gegen „die politische, institutionelle und/oder rechtliche Ordnung eines Mitgliedstaates *als solche*, die verfassungsmäßige Struktur, die Gewaltenteilung, die Unabhängigkeit der Justiz oder das System der richterlichen Kontrolle einschließlich der Verfassungsjustiz richten ...“.²⁶ Singuläre Grundrechtsverletzungen bzw. vereinzelte richterliche „Fehlurteile“ reichen dagegen nicht aus.

Den Begriff der *Rechtsstaatlichkeit* interpretiert die Kommission weit. Sie bezieht sich dabei im Wesentlichen auf die Rspr. des EuGH, des EGMR sowie die Texte des Europarates. Demnach umfasst der Kerngehalt der Rechtsstaatlichkeit, *inter alia*, folgende Aspekte:

- Rechtmäßigkeitsprinzip (welches einen transparenten, demokratischen und pluralistischen Gesetzgebungsprozess impliziert),
- Rechtssicherheit,
- Willkürverbot,
- eine unabhängige Justiz,
- Achtung der Grundrechte
- und die Gleichheit vor dem Gesetz.²⁷

Der Terminus Rechtsstaatlichkeit ist mithin Sammelbegriff für die zentralen Bedingungen der Legalität staatlichen Handelns. Das Rechtsstaatsprinzip ist mithin das fundamentale Ordnungsprinzip eines jeden EU-Mitgliedstaates. Funktionieren die auf nationaler Ebene etablierten Mechanismen zur Sicherung des Rechtsstaatsprinzips nicht mehr, dann hat dies weitreichende Implikationen: Ein Rechtsstaatsdefizit auf nationaler Ebene führt zwangsläufig auch zu einer Beeinträchtigung des EU-Rechts: Europarechtliche Normen sind in ihrer Wirkung stark eingeschränkt, wenn nationale Institutionen aufgrund rechtsstaatlicher Defizite nicht in der Lage sind, dem Recht zu Effektivität zu verhelfen.²⁸

3.2. Verfahren

Das Verfahren des neuen EU-Rechtsstaatsmechanismus gliedert sich in drei Phasen:

1. Phase: Sachstandsanalyse der Kommission. Zunächst führt die Kommission eine sog. „Sachstandsanalyse“ durch. In dieser Phase bewertet sie mit anderen

25 Vgl. Duden, Wörterbuch, Eintrag „systemisch“, abrufbar online unter <http://www.duden.de/rechtschreibung/systemisch>.

26 Europäische Kommission Mitteilung „Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips“, KOM (2014) 158 vom 11.3.2014, 7.

27 Ibid., 4.

28 Vgl. v. Bogdandy, Rechtsstaatsdämmerung in der Europäischen Union, Herrenhausen Lecture, Vortrag im Rahmen des 70. Deutschen Juristentages, 16. September 2014, 8, abrufbar online unter <https://www.volkswagenstiftung.de/stiftung/publikationen/publdet/news/detail/artikel/herrenhausen-lecture-rechtsstaatsdaemmerung-in-der-europaeischen-union/marginal/4663.htm>.

Worten die Situation in dem betroffenen Mitgliedstaat. Um eine möglichst umfassende Analyse zu gewährleisten, kann dabei auf diverse Informationsquellen zurückgegriffen werden, so z.B. auf Dokumente der EU-Grundrechteagentur und des Europarates. Führt diese vorläufige Analyse zu dem Ergebnis, dass eine systemische Gefährdung der Rechtsstaatlichkeit vorliegt, leitet die Kommission den sog. Dialogprozess ein. Dies geschieht durch Übermittlung einer schriftlichen „Stellungnahme zur Rechtsstaatlichkeit an den betroffenen Mitgliedstaat.“²⁹ Hierin begründet die Kommission ihre Bedenken und gibt – ganz im Sinne des Prinzips „*audiatur et altera pars*“ – dem Mitgliedstaat Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. Von letzterem wird bis zum endgültigen Abschluss der Sachstandsanalyse erwartet, dass er sich kooperativ verhält. Dies ergibt sich bereits aus dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit nach Art. 4 III EUV. Insbesondere hat der betreffende Staat die Pflicht – in Bezug auf die von der Kommission gerügten Punkte – keine vollendeten Tatsachen zu schaffen.³⁰ Um eine zügige Problemlösung zu ermöglichen, wird diese Verfahrensphase grundsätzlich vertraulich geführt.³¹

2. Phase: *Empfehlung zur Rechtsstaatlichkeit*. Wird das Rechtsstaatsdefizit nicht beseitigt, so fordert die Kommission den Mitgliedstaat in einer zweiten Stufe unmissverständlich und mit einer Fristsetzung zur Behebung der beanstandeten Probleme auf. Diese Empfehlung wird von der Kommission auch veröffentlicht. Dahinter steht offensichtlich die Hoffnung, dass der sog. „*naming and shaming*“-Effekt eintritt: Der betreffende Staat werde die monierten Maßnahmen abstellen, um einer öffentlichen Brandmarkung zu entgehen.

3. Phase: „*Monitoring*“ der Umsetzung. In der dritten Stufe überprüft die Kommission die Umsetzung ihrer Empfehlung. Sollte sich der betreffende Staat als renitent erweisen und die beanstandeten Defizite nicht beheben, kann die Kommission ein Verfahren gegen den Mitgliedstaat nach Art. 7 EUV einleiten.

Im Zentrum des gesamten Verfahrens steht somit der kontinuierliche Dialog zwischen Kommission und Mitgliedstaat. Rat und Europäisches Parlament spielen dabei allenfalls eine marginale Rolle und werden lediglich in regelmäßigen Abständen über die Ergebnisse unterrichtet.³² Die zentrale Rolle der Kommission auf Seiten der EU verwundert dabei nicht, ist sie doch gem. Art. 17 I EUV die Hüterin der Verträge und damit auch die Hüterin der Rechtsstaatlichkeit.³³

3.3. Verhältnis zu den Verfahren nach Art. 7 EUV und Art. 258 ff. AEUV

Strukturell ist der neue EU-Rahmen dem Verfahren nach Art. 7 EUV vorgeschaltet. Dahinter steht folgende Überlegung: Das neue Verfahren soll der Kommission

29 Europäische Kommission Mitteilung „Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips“, KOM (2014) 158 vom 11.3.2014, 7.

30 Ibid., 7.

31 Ibid., 8.

32 Hummer, Ungarn erneut auf dem Prüfstand der Rechtsstaatlichkeit und der Demokratie. Wird Ungarn dieses Mal zum Anlassfall des neu konzipierten „Vor Artikel 7 EUV“-Verfahrens, *Europarecht* 2015, 635 f.

33 Ibid., 635 f.

frühzeitig den Eintritt in einen strukturierten Dialog mit dem betreffenden Mitgliedstaat ermöglichen. Dadurch wird idealerweise vermieden, dass sich in dem betreffenden Staat überhaupt eine „systemimmanente Gefahr für das Rechtsstaatsprinzip“ herausbildet³⁴: Diese könnte sich nämlich später zu einer „eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Rechtsstaatlichkeit“ iSd Art. 7 EUV entwickeln und die Aktivierung der dort vorgesehenen Verfahren erforderlich machen.³⁵ Im Ergebnis ist daher zunächst der neue Rechtsstaatsmechanismus durchzuführen. Eine Ausnahme hiervon soll laut Kommissionsmitteilung allerdings dann bestehen, wenn sich die Lage in dem betreffenden Mitgliedstaat plötzlich gravierend verschlechtert und eine energischere Reaktion seitens der EU erfordert.³⁶ Dann kann das Verfahren nach Art. 7 EUV direkt eingeleitet werden.³⁷ Diese Formulierung ist allerdings unglücklich. Sie impliziert, dass grundsätzlich eine Pflicht besteht, zunächst das neue Vorverfahren durchzuführen. Das kann aber – rein logisch – nicht der Fall sein: Dies würde nämlich bedeuten, dass allein die Kommission „Herrin“ über die Einleitung des Sanktionsverfahrens nach Art. 7 EUV wäre (nämlich nur dann wenn sie vorab das „Pre-Artikel 7-Verfahren“ initiiert hat). Art. 7 EUV sieht aber ausdrücklich vor, dass auch andere Institutionen berechtigt sind, das Sanktionsverfahren einzuleiten (z.B. das Europäische Parlament, bzw. ein Drittel der Mitgliedstaaten). Letztlich kann die gewählte Formulierung nur so zu verstehen sein, dass die Kommission sich quasi selbst insofern bindet, als sie stets das neue „Vor-Artikel 7-Verfahren“ durchzuführen hat, wenn *sie selbst* die Einleitung des Art. 7 Verfahrens zu einem späteren Zeitpunkt beabsichtigt.³⁸ Festzuhalten bleibt auf jeden Fall, dass die gewählte Formulierung insofern unglücklich ist.

Das Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 ff. AEUV bleibt vom neuen Rechtsstaatsmechanismus unberührt.

3.4. Kritische Würdigung

Die Schwächen des neuen EU-Rechtsstaatlichkeitsrahmens zeigen sich, wenn man ihn auf die aktuelle Situation in Polen anwendet.

So basiert der neue EU-Rechtsstaatlichkeitsrahmen u.a. auf einer zweifelhaften Prämisse: Mit einem Staat, der in Verdacht steht, fundamentale Werte der EU zu verletzen, soll ein konstruktiver Dialog möglich sein, der letztlich zur Problembhebung führt.³⁹ Die jüngste Vergangenheit scheint diese Prämisse aber zu widerlegen: Mit Ländern wie Ungarn oder Polen, in denen sich die Regierung bewusst

34 Europäische Kommission Mitteilung „Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips“, KOM (2014) 158 vom 11.3.2014, 7.

35 Ibid., 7.

36 Ibid., 8.

37 Ibid., 8.

38 Nicht hingegen, wenn andere Institution dies beabsichtigen.

39 Kochenov/Pech, Upholding the rule of law in Europe, On the Commission's „Pre-article 7 procedure“ as a timid step in the right direction, EUI Working Papers, RSCAS 2015/14, 12.

dafür entschieden hat, von den grundlegenden Werten der EU abzuweichen, ist ein konstruktiver Dialog kaum möglich. Die Äußerungen des (ehemaligen) polnischen Außenministers Witold Waszczykowski bestätigen dies: Warschau – so der Außenminister – „sei vor dem Beginn des EU-Rechtsstaatsverfahrens gegen Polen am 13. Januar 2016 getäuscht worden. An diesem Tag hatte die EU-Kommission festgestellt, dass die jüngsten polnischen Gesetzesnovellen zur Blockade des Verfassungsgerichts und zur Gleichtaktung des öffentlichen Rundfunks Anlass zur Besorgnis geben, was die Wahrung der Rechtsstaatlichkeit anbelangt. ... Waszczykowski sagt nun, noch unmittelbar vor diesem Beschluss ... habe Juncker in einem Gespräch mit der polnischen Ministerpräsidentin zugesagt, dass die Kommission „keinerlei Schritte in Bezug auf unser Land unternehmen wird“.⁴⁰ Es wird eine Diskussion geben, mehr nicht, habe der Kommissionschef versichert. Dass es dann doch anders kam, stellt Waszczykowski jetzt als Betrug dar. Nicht ich war es, der unrecht hatte, sagte er im Radio – und in Bezug auf Junckers Versicherungen fügte er hinzu: „Wir wurden getäuscht“.⁴¹ Vor diesem Hintergrund scheint ein konstruktiver Dialog – wie er dem neuen Rechtsstaatsverfahren zugrunde liegt – kaum möglich.

In diesem Kontext offenbart sich auch ein weiteres Defizit des neuen EU-Rahmens. So fehlt es der „Rechtsstaatsempfehlung“ – also der 2. Stufe des neuen Verfahrens – an einer rechtlichen Bindungswirkung; auch führt deren Nichtbefolgung nicht zur automatischen Einleitung eines Sanktionsverfahrens nach Art. 7 EUV. Welchen Anreiz aber hat ein Staat dieser Empfehlung freiwillig Folge zu leisten, wenn sein Verhältnis zur Kommission ohnehin schon schwer belastet ist. Getreu dem Motto „Ist der Ruf erst ruiniert, lebt es sich ganz ungeniert“, ist ein Einlenken der neuen polnischen Regierung vorliegend kaum zu erwarten. Auch das „*naming and shaming*“-Argument erweist sich in diesem Kontext als wenig überzeugend. Anstatt reumütig Besserung zu geloben, inszenieren sich die betroffenen Staaten vielmehr als Opfer einer selbstgerechten Brüsseler Elite.

Zudem hat es die Kommission versäumt, das Tatbestandsmerkmal „systemische Gefährdung“ näher zu spezifizieren.⁴² Dies stellt insofern ein gravierendes Problem dar, als erst eine solche systemische Gefährdung das Verfahren überhaupt auszulösen vermag. Wünschenswert wäre es daher, wenn die Kommission das Konzept einer „systemischen Gefährdung“ konkretisiert und zwar in zweierlei Hinsicht: Zum einen dahingehend, dass klar erkennbar wird, wo eine isolierte Gefährdung endet und wo eine systemische Gefährdung beginnt.⁴³ Zum anderen sollte

40 Schuller, Polen wirft Juncker Täuschung vor, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 25.1. 2016, abrufbar online unter <http://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/europa/eu-rechtsstaatsverfahren-polen-wirft-juncker-taeschung-vor-14033546.html>.

41 Ibid.

42 Kochenov/Pech, Upholding the rule of law in Europe, On the Commission's ‚Pre-article 7 procedure‘ as a timid step in the right direction, EUI Working Papers, RSCAS 2015/14, 12.

43 Vgl. Meijers Committee, Letter to Commissioner Reding: Note on the Commission Communication „A new frame-work to strengthen the rule of law“, Ref. CM 1406, 15.6.2014.

auch klargestellt werden, ob der „systemischen Gefährdung“ eine subjektive Komponente inhärent ist. Muss z.B. ein Staat vorsätzlich versuchen, die Rechtsstaatlichkeit zu unterminieren? Oder genügt es, wenn die Gefahr ein bloßes (nicht intendiertes) Nebenprodukt generellen staatlichen Versagens ist? Letzteres Problem zeigt sich, *inter alia*, am Beispiel des viel gerügten griechischen Asylsystems.⁴⁴

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass der EU-Rechtsstaatsmechanismus eine Vielzahl von Defiziten aufweist. Er basiert nicht nur auf einer zweifelhaften Prämisse, sondern es mangelt ihm zudem an der erforderlichen Bindungswirkung bzw. entsprechenden Automatismen.

4. Der Konditionalitätsmechanismus

In Anbetracht der o.g. Defizite entschied man sich für eine gänzlich neue Strategie zur Wahrung rechtsstaatlicher Prinzipien. Diese wurde im Dezember 2020 mit Verabschiedung der VO 2020/2092 (Rechtsstaats-Konditionalitätsmechanismus-VO) umgesetzt.⁴⁵ Danach ist die Gewährung von EU-Finanzmitteln zukünftig an die Einhaltung rechtsstaatlicher Prinzipien geknüpft: Die EU kann bei Verstößen den Zugang zu Finanzmitteln aussetzen, reduzieren oder einschränken. Getreu dem Motto „*Hit them, where it hurts them most*“, versucht man die von Finanztransfers stark abhängigen Länder wie Ungarn und Polen nunmehr über die finanzielle Schiene zur Einhaltung von Rechtsstaatsprinzipien zu bewegen. Im Folgenden soll die Funktionsweise des „Konditionalitätsmechanismus“ näher untersucht und anschließend einer kritischen Analyse unterzogen werden.

4.1. Funktionsweise

4.1.1. Voraussetzungen

Gem. Art. 4 VO hat die EU „geeignete Maßnahmen zu ergreifen, wenn ... Verstöße gegen die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit in einem Mitgliedstaat die wirtschaftliche Führung des Haushalts der Union oder den Schutz ihrer finanziellen Interessen hinreichend unmittelbar beeinträchtigen oder ernsthaft zu beeinträchtigen drohen“.⁴⁶

aa) Voraussetzung für die Aktivierung des Mechanismus ist zunächst ein Verstoß gegen die *Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit* durch einen Mitgliedstaat. Was konkret unter Rechtsstaatlichkeit im Sinne der Verordnung zu verstehen ist, regelt Art. 2 VO:

44 Kochenov/Pech, Upholding the rule of law in Europe, On the Commission’s “Pre-article 7 procedure” as a timid step in the right direction, EUI Working Papers, RSCAS 2015/14, 7.

45 Verordnung 2020/2092 des europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2020 über eine allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union (im folgenden „VO“). Diese trat am 1.1.2021 in Kraft.

46 Art. 4 I VO.

„Rechtsstaatlichkeit bezeichnet den in Artikel 2 EUV verankerten Wert der Union. Dieser umfasst die Grundsätze der *Rechtmäßigkeit*, die transparente, rechenschaftspflichtige, demokratische und pluralistische Gesetzgebungsverfahren voraussetzen; der *Rechtssicherheit*; des *Verbots der willkürlichen Ausübung von Hoheitsgewalt*; des *wirksamen Rechtsschutzes* — einschließlich des Zugangs zur Justiz — durch unabhängige und unparteiische Gerichte, auch in Bezug auf Grundrechte; der *Gewaltenteilung* und der *Nicht-diskriminierung* und der *Gleichheit vor dem Gesetz*“.⁴⁷

Der Terminus Rechtsstaatlichkeit ist mithin Sammelbegriff für die zentralen Bedingungen der Legalität staatlichen Handelns.⁴⁸ Er umfasst nicht nur rein formale Aspekte, sondern auch materielle Komponenten. „Dies bedeutet, dass die Achtung des Rechtsstaatsprinzips untrennbar mit der Achtung der Demokratie und der Grundrechte verbunden ist: Demokratie und Achtung der Grundrechte sind ohne Wahrung der Rechtsstaatlichkeit nicht möglich, was umgekehrt genauso gilt. Grundrechte können ihre Wirkung nur dann entfalten, wenn sie einklagbar sind. Wenn die Justiz – einschließlich der Verfassungsgerichte – ihre grundlegende Aufgabe wahrnimmt und es ihr gelingt, die Meinungsfreiheit, die Versammlungsfreiheit ... zu garantieren, dann ist auch der Schutz der Demokratie garantiert“.⁴⁹ Diese weite Konzeption von Rechtsstaatlichkeit – bestehend aus formellen wie materiellen Elementen – bildet die wesentlichen Facetten des „European rule of law approach“ adäquat ab.⁵⁰ Dieser liegt bereits dem „EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips“ von 2014 zugrunde, so dass sich insofern keine wesentlichen Neuerungen ergeben.

Um die praktische Anwendbarkeit der VO zu erleichtern, listet Art. 3 einige Beispiele auf, die als Indiz für einen Verstoß gegen die Rechtsstaatlichkeit gewertet werden können. So kann z.B. die Gefährdung der Unabhängigkeit der Justiz bzw. das Versäumnis, willkürliche Entscheidungen von Behörden zu unterbinden oder zu sanktionieren, einen Verstoß gegen die Rechtsstaatlichkeit indizieren.⁵¹

47 Art. 2 (a) VO (Hervorhebungen durch den Autor).

48 Pechstein, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV Kommentar (CH Beck, München 2018), Art. 2 EUV, Rn. 6.

49 Europäische Kommission Mitteilung ‚Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips‘, KOM (2014) 158 vom 11. März 2014, 5.

50 Vgl. v. Bogdandy, Rechtsstaatsdämmerung in der Europäischen Union, Herrenhausen Lecture, Vortrag im Rahmen des 70. Deutschen Juristentags, 16. September 2014, 8.

51 Art. 3 der VO lautet:

„Für die Zwecke dieser Verordnung kann Folgendes ein Hinweis auf Verstöße gegen die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit sein:

- a) die Gefährdung der Unabhängigkeit der Justiz;
- b) das Versäumnis, willkürliche oder rechtswidrige Entscheidungen von Behörden einschließlich Strafverfolgungsbehörden, zu verhüten, zu korrigieren oder zu ahnden, die ihre ordnungsgemäße Arbeit beeinträchtigende Einbehaltung finanzieller und personeller Ressourcen oder das Versäumnis, sicherzustellen, dass keine Interessenkonflikte bestehen;
- c) die Einschränkung der Zugänglichkeit und Wirksamkeit von Rechtsbehelfen, auch mittels restriktiver Verfahrensvorschriften und der Nichtumsetzung von Gerichtsentscheidungen oder der Einschränkung der wirksamen Untersuchung, Verfolgung oder Ahndung von Rechtsverstößen.“

Auch die Einschränkung des Zugangs zu bestimmten Rechtsbehelfen sowie die Nichtumsetzung von Gerichtsentscheidungen können einen solchen Hinweis darstellen.⁵²

bb) Der Verstoß muss zudem „die wirtschaftliche Führung des Haushalts der Union oder den Schutz ihrer finanziellen Interessen hinreichend unmittelbar beeinträchtigen oder ernsthaft zu beeinträchtigen drohen“.⁵³ Eine trennscharfe Abgrenzung zwischen den beiden Tatbestandsalternativen „wirtschaftliche Haushaltsführung“ und „Schutz der finanziellen Interessen“ ist nur schwer möglich. Um die inhärenten Ambiguitäten dieser vagen Formel etwas zu klarifizieren, listet Art. 4 II VO einige Beispielsfälle auf. So soll eine entsprechende Beeinträchtigung bzw. Gefahr einer Beeinträchtigung vorliegen, wenn folgende Aspekte tangiert sind:

- „a) das ordnungsgemäße Arbeiten der Behörden, die den Haushaltsplan der Union ausführen, einschließlich Darlehen und anderer aus dem Haushalt der Union garantierter Instrumente, insbesondere im Zusammenhang mit Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge oder mit Finanzhilfeverfahren;
- b) das ordnungsgemäße Arbeiten der Dienststellen, die die Finanzkontrolle, die Überwachung und die Rechnungsprüfung durchführen, sowie das ordnungsgemäße Funktionieren wirksamer und transparenter Finanzverwaltungs- und Rechenschaftssysteme;
- c) das ordnungsgemäße Arbeiten von Ermittlungs- und Strafverfolgungsinstanzen bei der Untersuchung und Verfolgung von Betrug, einschließlich Steuerbetrug, Korruption und anderen Verstößen gegen das Unionsrecht im Zusammenhang mit der Ausführung des Haushaltsplans der Union oder dem Schutz ihrer finanziellen Interessen;
- d) die wirksame gerichtliche Kontrolle behördlicher Handlungen oder Unterlassungen im Sinne der Buchstaben a, b und c durch unabhängige Gerichte;
- e) die Verhütung und Ahndung von Betrug, einschließlich Steuerbetrug, Korruption und anderen Verstößen gegen das Unionsrecht im Zusammenhang mit der Ausführung des Haushaltsplans der Union oder dem Schutz ihrer finanziellen Interessen sowie die Verhängung wirksamer und abschreckender Sanktionen gegen Empfänger durch nationale Gerichte oder Verwaltungsbehörden;
- f) die Wiedereinzahlung rechtsgrundlos gezahlter Beträge;
- g) die wirksame und rechtzeitige Zusammenarbeit mit OLAF und, vorbehaltlich der Beteiligung des betroffenen Mitgliedstaats, mit der EUSTa bei ihren Ermittlungs- und Strafverfolgungstätigkeiten gemäß den anwendbaren Unionsrechtsakten nach dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit;
- h) andere Umstände oder Verhaltensweisen von Behörden, die für die wirtschaftliche Führung des Haushalts der Union oder den Schutz ihrer finanziellen Interessen von Bedeutung sind“.⁵⁴

Sind die materiellen Voraussetzungen erfüllt, so kann eine oder mehrere Sanktionen verhängt werden. Auf diese soll im folgenden Kapitel näher eingegangen werden.

52 Vgl. Art. 3 (c) VO.

53 Art. 4 I VO.

54 Art. 4 II VO.

4.1.2. Sanktionen

Die Maßnahmen zum Schutz des EU-Haushalts regelt Art. 5 VO. Dabei differenziert Art. 5 I VO zwischen (a) Maßnahmen, die im Falle einer *direkten Mittelverwaltung*⁵⁵ durch die EU verhängt werden können und (b) solchen, die bei einer *geteilten Mittelverwaltung* durch die EU und die Mitgliedstaaten in Betracht kommen.

Im Falle einer *direkten Mittelverwaltung*, kann die EU

- „Zahlungen aussetzen oder die rechtliche Verpflichtung kündigen;
- das Eingehen neuer rechtlicher Verpflichtungen verbieten;
- die Auszahlung von Tranchen oder eine vorzeitige Rückzahlung von aus dem EU-Haushalt garantierten Darlehen aussetzen;
- den wirtschaftlichen Vorteil im Rahmen eines aus dem EU-Haushalt garantierten Instruments aussetzen oder verringern;
- den Abschluss neuer Vereinbarungen über Darlehen oder andere Instrumente, die aus dem EU-Haushalt garantiert werden, verbieten“.⁵⁶

Im Falle einer *geteilten Mittelverwaltung*, kann die EU

- „Genehmigungen von Programmen aussetzen;
- Mittelbindungen aussetzen oder reduzieren, einschließlich durch Finanzkorrekturen oder Mittelübertragungen auf andere Ausgabenprogramme;
- die Vorfinanzierung reduzieren;
- Zahlungsfristen unterbrechen;
- Zahlungen aussetzen.

Die getroffenen Maßnahmen müssen verhältnismäßig sein. Sie sind unter Berücksichtigung der tatsächlichen oder potenziellen Auswirkungen der Verstöße auf die wirtschaftliche Führung des EU-Haushalts oder die finanziellen Interessen der EU festzulegen. Der Art, der Dauer, der Schwere und dem Umfang der Verstöße ist gebührend Rechnung zu tragen“.⁵⁷ Die Bezugnahme auf die lediglich „*potenziellen* Auswirkungen“ der Verstöße in Art. 5 III VO eröffnet dem Rechtsanwender mithin ein weites Ermessen.

4.1.3. Verfahren

Das Verfahren zur Verhängung von Sanktionsmaßnahmen ist in Art. 6 VO geregelt. Diese komplexe Norm umfasst 11 Absätze, welche detailliert die einzelnen Schritte zur Verhängung von Sanktionen regeln. Sie lassen sich – *grosso modo* – wie folgt zusammenfassen: Sind (1) nach Auffassung der Kommission die Voraussetzungen für die Verhängung von Sanktionen erfüllt und (2) ergreift der betreffende Mitgliedsstaat auch nach Mitteilung durch die Kommission keine adäquaten Abhilfemaßnahmen, dann (3) legt die Kommission dem Rat einen Vorschlag zur Annahme von Schutzmaßnahmen vor. (4) Der Rat entscheidet mit qua-

55 Bzw. indirekten Mittelverwaltung, vgl. Art. 5 I a VO.

56 Schutz des EU-Haushalts – Rechtsstaatlichkeit, 1 abrufbar online unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:4499417>.

57 Ibid., 1 et seq.

lifizierter Mehrheit über den Vorschlag.⁵⁸ Seitens der Kommission und des Parlaments wurde auch die Möglichkeit einer Abstimmung mit einer „umgekehrten qualifizierten Mehrheit“ erwogen.⁵⁹ Dies hätte einen Quasi-Automatismus impliziert und so die Effektivität des Verfahrens signifikant gestärkt. Auf Druck des Rates nahm man allerdings von dieser Möglichkeit wieder Abstand.

4.2. Kritische Würdigung

4.2.1. Restriktiver Anwendungsbereich

Ein signifikantes Defizit des neuen Mechanismus besteht in dem restriktiv gefassten Anwendungsbereich. So kommt eine Anwendung nur dann in Betracht, wenn der Rechtsstaatsverstoß die wirtschaftliche Führung des EU-Haushalts oder den Schutz ihrer finanziellen Interessen beeinträchtigt.⁶⁰ *In praxi* bedeutet dies, dass nach der Feststellung eines Verstoßes gegen die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit, die Kommission in einem zweiten Schritt eine Auswirkung dieses Verstoßes auf den Haus-

58 Ibid., 1 et seq.

Art. 6 I VO bestimmt folgendes:

„Liegen nach Auffassung der Kommission hinreichende Gründe für die Feststellung vor, dass die in Artikel 4 festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind, übermittelt sie dem betreffenden Mitgliedstaat eine schriftliche Mitteilung und legt darin die Tatsachen und die spezifischen Gründe dar, auf denen ihre Feststellungen beruhen, es sei denn, sie ist der Auffassung, dass andere in der Gesetzgebung der Union festgelegte Verfahren es ihr ermöglichen würden, den Haushalt der Union wirksamer zu schützen. Die Kommission unterrichtet das Europäische Parlament und den Rat unverzüglich über diese Mitteilung und deren Inhalt“.

Art. 6 IX und X VO lauten:

„(9) Gelangt die Kommission zu der Feststellung, dass die Voraussetzungen des Artikels 4 erfüllt sind und die gegebenenfalls vom Mitgliedstaat gemäß Absatz 5 vorgeschlagenen Abhilfemaßnahmen der in der Mitteilung der Kommission dargelegten Feststellung nicht in angemessener Weise gerecht werden, legt sie dem Rat einen Entwurf für einen Durchführungsbeschluss mit geeigneten Maßnahmen vor, und zwar binnen eines Monats nach Eingang der Stellungnahme des Mitgliedstaats oder, sofern keine Stellungnahme abgegeben wird, unverzüglich und in jedem Fall binnen eines Monats nach Ablauf der gemäß Absatz 7 festgelegten Frist. Die Kommission legt in ihrem Vorschlag die spezifischen Gründe und Beweismittel dar, auf denen ihre Feststellung beruht.

(10) Der Rat nimmt den in Absatz 9 des vorliegenden Artikels genannten Durchführungsbeschluss binnen eines Monats nach Eingang des Kommissionsvorschlags an. Sollten außergewöhnliche Umstände auftreten, kann der Zeitraum für die Annahme dieses Durchführungsbeschlusses um höchstens zwei Monate verlängert werden. Zur Gewährleistung eines rechtzeitigen Beschlusses macht die Kommission von ihren Rechten nach Artikel 237 AEUV Gebrauch, wenn sie dies für angemessen hält“.

59 Vgl. den Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz des Haushalts der Union im Falle von generellen Mängeln in Bezug auf das Rechtsstaatsprinzip in den Mitgliedstaaten, Art. 5 VII, COM (2018) 324 final vom 2. Mai 2018.

60 Bzw. ernsthaft zu beeinträchtigen droht, vgl. Art. 4 I VO.

halt der Union nachweisen muss.⁶¹ Der neue Konditionalitätsmechanismus ist mithin keine Allzweckwaffe im Kampf gegen strukturelle Rechtsstaatsverstöße. Vielmehr können nur einzelne Maßnahmen mit Haushaltsbezug Gegenstand eines Verfahrens nach Art. 6 VO sein. Die VO ist mithin allenfalls ein Baustein unter vielen im Kampf gegen systemische Gefährdungen der Rechtsstaatlichkeit.

4.2.2. Handwerkliche Defizite

Auch die handwerkliche Ausarbeitung der VO weist signifikante Defizite auf. So ist z.B. der Wortlaut von Art. 5 V VO missverständlich. Danach unternimmt die Kommission „alles in ihrer Macht Stehende, um sicherzustellen, dass jeder von staatlichen Einrichtungen oder Mitgliedstaaten [...] geschuldete Betrag [...] tatsächlich an die Endempfänger oder Begünstigten gezahlt wird“.⁶² Diese Formulierung stieß zu Recht auf Kritik.⁶³ Sie könnte nämlich so interpretiert werden, dass ungeachtet eines Rechtsverstosses „im jeweiligen Anwendungsfall an die betreffenden Endempfänger zu zahlen ist“.⁶⁴ Erst eine vertiefte systematische Interpretation der relevanten Vorschriften zeigt, dass die Norm wohl anders zu verstehen ist – nämlich so, dass nur „im Falle einer unionsrechtskonformen Konstellation die Endempfänger schadlos zu stellen sind, selbst wenn gegen den betreffenden Mitgliedstaat Maßnahmen nach der VO ergriffen werden; die Regelung will also sicherstellen, dass dann der Mitgliedstaat selbst für die finanzielle Leistung an den Endempfänger aufkommt – stets vorausgesetzt, es handelt sich im Einzelfall um eine rechtmäßige Begünstigung dieses Endempfängers“.⁶⁵

Auch der 26. Erwägungsgrund der VO ist unglücklich formuliert. Dieser nimmt Bezug auf das Verfahren zur Ergreifung von Schutzmaßnahmen und regelt eine Ausnahme: Ist ein Mitgliedstaat der Ansicht, dass der Vorschlag der Kommission für einen Durchführungsrechtsakt in schwerer Weise gegen die Grundsätze der Objektivität, der Nichtdiskriminierung oder der Gleichbehandlung verstößt, so kann er in *Ausnahmefällen* beantragen, dass die Angelegenheit auf einer Tagung des Europäischen Rates erörtert wird.⁶⁶ Was genau ist aber unter einem „schweren Verstoß“ bzw. „Ausnahmefällen“ im Sinne dieses Erwägungsgrundes zu verstehen? Leider spezifiziert die VO dies nicht und eröffnet so den Mitgliedstaaten die Möglichkeit das Verfahren zu verzögern. Der als Auslegungshilfe gedachte Erwägungsgrund ist somit selbst auslegungsbedürftig.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die VO 2020/2092 nicht gerade der Olymp gesetzgeberischer Redaktionskunst ist.

61 Dies wird die Kommission im Einzelfall vor nicht unerhebliche Beweisprobleme stellen.

62 Art. 5 V VO.

63 See Scheppele/Pech/Platon, *Compromising the Rule of Law while Compromising on the Rule of Law*, *Verfassungblog*, 15.12.2020 abrufbar online unter <https://verfassungsblog.de/compromising-the-rule-of-law-while-compromising-on-the-rule-of-law/>.

64 Mader, *Rechtsstaatlichkeit und Haushalt: Der Stand des Werteschutzes in der EU nach dem Streit über die Rechtsstaatsverordnung*, *EuZW* 2021, 135.

65 Mader, *Rechtsstaatlichkeit*, 135 f.

66 Vgl. Erwägungsgrund 26 der VO.

4.2.3. *Der Nexus zwischen Rechtsstaatsverstoß und EU-Haushalt*

Unklar bleibt auch wie genau der Nexus zwischen Rechtsstaatsverstoß auf der einen Seite und EU-Haushalt auf der anderen Seite beschaffen sein muss. Art 4 I VO bestimmt insofern, dass der „Verstoß gegen die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit in einem Mitgliedstaat die wirtschaftliche Führung des Haushalts der Union oder den Schutz ihrer finanziellen Interessen hinreichend unmittelbar beeinträchtigen oder ernsthaft zu beeinträchtigen drohen“ muss. Was aber genau verbirgt sich hinter dieser vagen Formel? Um die inhärenten Ambiguitäten dieser Formel etwas zu klarifizieren, listet Art. 4 II VO einige Beispielsfälle auf. So soll eine entsprechende Beeinträchtigung bzw. Gefahr einer Beeinträchtigung für den EU-Haushalt vorliegen, wenn folgende Aspekte tangiert sind:

- „a) das ordnungsgemäße Arbeiten der Behörden, die den Haushaltsplan der Union ausführen, einschließlich Darlehen und anderer aus dem Haushalt der Union garantierter Instrumente, insbesondere im Zusammenhang mit Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge oder mit Finanzhilfeverfahren;
- b) das ordnungsgemäße Arbeiten der Dienststellen, die die Finanzkontrolle, die Überwachung und die Rechnungsprüfung durchführen, sowie das ordnungsgemäße Funktionieren wirksamer und transparenter Finanzverwaltungs- und Rechenschaftssysteme;
- c) das ordnungsgemäße Arbeiten von Ermittlungs- und Strafverfolgungsinstanzen bei der Untersuchung und Verfolgung von Betrug, einschließlich Steuerbetrug, Korruption und anderen Verstößen gegen das Unionsrecht im Zusammenhang mit der Ausführung des Haushaltsplans der Union oder dem Schutz ihrer finanziellen Interessen;
- d) die wirksame gerichtliche Kontrolle behördlicher Handlungen oder Unterlassungen im Sinne der Buchstaben a, b und c durch unabhängige Gerichte;
- e) die Verhütung und Ahndung von Betrug, einschließlich Steuerbetrug, Korruption und anderer Verstöße gegen das Unionsrecht im Zusammenhang mit der Ausführung des Haushaltsplans der Union oder dem Schutz ihrer finanziellen Interessen sowie die Verhängung wirksamer und abschreckender Sanktionen gegen Empfänger durch nationale Gerichte oder Verwaltungsbehörden;
- f) die Wiedereinzahlung rechtsgrundlos gezahlter Beträge;
- g) die wirksame und rechtzeitige Zusammenarbeit mit OLAF und, vorbehaltlich der Beteiligung des betroffenen Mitgliedstaats, mit der EUSTa bei ihren Ermittlungs- und Strafverfolgungstätigkeiten gemäß den anwendbaren Unionsrechtsakten nach dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit;
- h) andere Umstände oder Verhaltensweisen von Behörden, die für die wirtschaftliche Führung des Haushalts der Union oder den Schutz ihrer finanziellen Interessen von Bedeutung sind“⁶⁷

Diese Auflistung ist aber nur bedingt hilfreich, beschränkt sie sich doch darauf, die mitgliedstaatlichen Bereiche aufzuzählen, die potenziell mit der Administration von EU-Finanzmitteln zu tun haben. Offen bleibt weiterhin, was unter der „hinreichenden Unmittelbarkeit einer Beeinträchtigung“ zu verstehen ist.⁶⁸ Muss z.B.

⁶⁷ Art. 4 II VO.

⁶⁸ Mader, Rechtsstaatlichkeit, 137.

„eine Art Nachweis geführt werden, dass und wie sich die genannten Rechtsstaatsmängel direkt auf die Mittelverwendung auswirken“⁶⁹

5. Fazit

Die Möglichkeiten der EU auf systemische Gefährdungen der Rechtsstaatlichkeit zu reagieren, sind – wie der Fall Ungarns und Polens zeigt – beschränkt und wenig effektiv. Die „traditionellen“ Verfahren nach Art. 7 EUV und Art. 258 ff. AEUV setzen entweder zu hohe Anforderungen in verfahrenstechnischer Hinsicht oder sind lediglich fallspezifischer Natur und eignen sich daher nicht zur Bekämpfung systemischer Gefahren.

Auch der 2014 in Kraft getretene EU-Rechtsstaatsmechanismus weist – wie oben dargelegt – eine Vielzahl von Defiziten auf. Er basiert, *inter alia*, auf einer zweifelhaften Prämisse. Zudem mangelt es ihm an der erforderlichen Bindungswirkung bzw. entsprechenden Automatismen.

Der neue Konditionalitätsmechanismus, der am 1.1.2021 in Kraft trat, vermag ebenfalls nur bedingt zu überzeugen. Er weist – wie oben dargelegt – signifikante handwerkliche Defizite auf. Hinzu kommt, dass der Anwendungsbereich der VO 2020/2092 restriktiv gefasst ist. So kommt eine Anwendung nur dann in Betracht, wenn der Rechtsstaatsverstoß die wirtschaftliche Führung des EU-Haushalts oder den Schutz ihrer finanziellen Interessen beeinträchtigt. Der neue Konditionalitätsmechanismus ist mithin keine Allzweckwaffe im Kampf gegen strukturelle Rechtsstaatsverstöße. Vielmehr können nur einzelne Maßnahmen mit Haushaltsbezug Gegenstand eines Verfahrens nach Art. 6 VO sein. Die VO ist mithin allenfalls ein Baustein unter vielen im Kampf gegen systemische Gefährdungen der Rechtsstaatlichkeit.

Literaturverzeichnis

Bogdandy, A. v., Rechtsstaatsdämmerung in der Europäischen Union, Herrenhausen Lecture, Vortrag im Rahmen des 70. Deutschen Juristentages, 16.9.2014, abrufbar online unter <https://www.volkswagen-stiftung.de/stiftung/publikationen/publdet/news/detail/artikel/herrenhausen-lecture-rechtsstaatsdaemmerung-in-der-europaeischen-union/marginal/46> 63.html.

Gnauck, G., „Die deutsche Minderheit hat zu viele Rechte“, Die Welt, 10.12.2012, abrufbar online <https://www.welt.de/politik/ausland/article111937332/Die-deutsche-Minderheit-hat-zu-viele-Rechte.html>.

Hummer, W., Ungarn erneut auf dem Prüfstand der Rechtsstaatlichkeit und der Demokratie. Wird Ungarn dieses Mal zum Anlassfall des neu konzipierten „Vor Artikel 7 EUV“-Verfahrens, in: *Europarecht* 2015, 635 ff.

Ipsen, H., *Europäisches Gemeinschaftsrecht* (Mohr Siebeck, Tübingen, 1972).

69 Mader, *Rechtsstaatlichkeit*, 137.

- Kochenov, D./Pech, L., Upholding the rule of law in Europe, On the Commission's "Pre-article 7 procedure" as a timid step in the right direction, EUI Working Papers, RSCAS 2015/14, 1 ff.
- Mader, O., Rechtsstaatlichkeit und Haushalt: Der Stand des Werteschutzes in der EU nach dem Streit über die Rechtsstaatsverordnung, in: EuZW 2021, S. 133 ff.
- Scheppele, K./Pech, L./Platon, S., Compromising the Rule of Law while Compromising on the Rule of Law, Verfassungblog, 15.12.2020 abrufbar online unter <https://verfassungsblog.de/compromising-the-rule-of-law-while-compromising-on-the-rule-of-law/>.
- Schuller, K., Polen wirft Juncker Täuschung vor, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 25.1.2016, abrufbar online unter <http://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/europa/eu-rechtsstaatsverfahren-polen-wirft-juncker-taeuschung-vor-14033546.html>.
- Streinz, R. (Hrsg.), EUV / AEUV Kommentar (C. H. Beck, München 2018).
- Vedder, C./Heintschel von Heinegg, W. (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Handkommentar (Nomos, Baden-Baden 2012).

Das Art. 7-Verfahren vor dem Gerichtshof

Anmerkungen zur Rechtssache C-650/18

Matthias Niedobitek

Abstract Deutsch

In der Rechtssache C-650/18 hatte der Gerichtshof (EuGH) erstmals die Gelegenheit, den ersten Schritt des sog. Artikel 7-Verfahrens einer europarechtlichen Bewertung zu unterziehen. Das Verfahren zielt in seinem Absatz 1 auf einen Beschluss des Rates, wonach die eindeutige Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der in Artikel 2 genannten Werte durch einen Mitgliedstaat besteht. Im Jahr 2018 hatte das Europäische Parlament, einer der drei potenziellen Initianten, ein Artikel 7-Verfahren gegen Ungarn eingeleitet. Gegen die Entschließung des Europäischen Parlaments wandte sich Ungarn in einer Nichtigkeitsklage. Dabei ging es unter anderem um die formale Frage, ob bei der Berechnung der gemäß Art. 354 IV AEUV erforderlichen Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen die Enthaltungen mitzuzählen waren (wie Ungarn meinte) oder nicht. In seinem Urteil vom 3. Juni 2021 verneinte der EuGH diese Frage und wies die Klage ab. Dabei argumentierte der EuGH verwirrend bis chaotisch und am Ende nicht überzeugend, vor allem was das Verhältnis zwischen Art. 263 und Art. 269 AEUV angeht. Das ist bedauerlich, weil das Urteil in der Rechtssache C-650/18 in künftigen Rechtssachen, die das Artikel 7-Verfahren zum Gegenstand haben, als Maßstab dienen wird. Gewiss handelt es sich um nicht ein Urteil, das als Vorbild für eine am Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit orientierte Begründung dienen kann.

Abstract English

In case C-650/18 the European Court of Justice (ECJ) for the first time had the opportunity to scrutinize the first step of the Article 7-procedure which aims at the adoption of a Council decision that determines that there is a clear risk of a serious breach by a Member State of the values referred to in Article 2 (Art. 7 para. 1 TEU). In 2018, an Article 7-procedure was initiated against Hungary by the European Parliament. Thereupon, in the case under consideration, Hungary raised an action for annulment of the Parliament's resolution under Article 263 TFEU. In its action Hungary put forward several pleas among which the formal question was crucial whether abstentions were to be taken into account (as Hungary argued) or not when calculating whether the two-thirds majority of the votes prescribed in Art. 354 IV TFEU. Eventually, in its judgment of 3 June 2021, the ECJ denied that question and dismissed the action. However, the Court's way of reasoning and of construing the relationship between Article 263 TFEU and Article 269 TFEU is puzzling, if not chaotic, and, in the final analysis, not convincing. This is unfortunate since the judgment will certainly serve as a reference case for future litigations concerned with the Article 7-procedure. In no case, this judgment is an example of a proper "rule of law"-reasoning.

1. Einleitung

Die Werte der Union sind in Art. 2 S. 1 EUV aufgelistet. Eine Gefährdung oder Verletzung dieser Werte kann im Wege des Verfahrens gemäß Art. 7 EUV (im Fol-

genden: „Art. 7-Verfahren“) festgestellt und ggf. sanktioniert werden.¹ Unter den Werten der Union kommt dem Rechtsstaatsprinzip besondere Bedeutung zu, denn, wie die Kommission in ihrer Mitteilung „Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips“ zutreffend festgestellt hat, ist die „Wahrung der Rechtsstaatlichkeit ... Voraussetzung für den Schutz sämtlicher in Artikel 2 EUV aufgelisteter Grundwerte“.² Seitdem konzentriert sich das Wertemonitoring der Kommission unter den Werten des Art. 2 EUV auf die Rechtsstaatlichkeit.³

Das Art. 7-Verfahren wurde lange Zeit als „nukleare Option“ betrachtet,⁴ weil es – so die Annahme – wegen seiner einschneidenden und abschreckenden Folgen niemals zur Anwendung kommen könnte.⁵ Ungeachtet dieser Annahme wurden in den Jahren 2017⁶ und 2018⁷ Art. 7-Verfahren – gegen Polen und Ungarn – eingeleitet. In der Rechtssache C-650/18⁸ hatte der EuGH nun erstmals Gelegenheit, den ersten Schritt des Art. 7-Verfahrens rechtlich zu prüfen. Dabei vollzog er einige nicht recht nachvollziehbare Kapriolen, die umso bedauerlicher sind, als der EuGH mit seinem Urteil wichtige Weichen für die künftige Prüfung des Art. 7-Verfahrens gestellt hat.

- 1 Hierzu vgl. u.a. den Sammelband von *Armin Hatje/Luboš Tichý* (Hrsg.), *Liability of Member States for the Violation of Fundamental Values of the European Union*, EuR 2018, Beiheft 1.
- 2 COM(2014) 158, S. 5.
- 3 Seit 2020 analysiert die Kommission jährlich die Lage der Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union, zusammenfassend und in Form von Länderberichten. Für das Jahr 2021 vgl. COM(2021) 700; für das Jahr 2022 vgl. COM(2022) 500.
- 4 Diese Kennzeichnung geht auf den damaligen Präsidenten der EU-Kommission der EU-Kommission *José Manuel Durão Barroso* zurück, vgl. dessen Rede zur Lage der Union 2012 auf der Website der EU-Kommission, https://ec.europa.eu/com-mission/presscorner/detail/en/SPEECH_12_596. In der deutschen Fassung ist allerdings von der „radikalen Option“ von Artikel 7 des Vertrags“ die Rede.
- 5 Vgl. *Dimitry Kochenov*, Article 7: A Commentary on a Much Talked-About ‘Dead’ Provision, in: *Armin von Bogdandy/Piotr Bogdanowicz/Iris Canor/Christoph Grabenwarter/Maciej Taborowski/Matthias Schmidt* (Hrsg.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Berlin 2021, 127–154 (136).
- 6 Vorschlag für einen Beschluss des Rates zur Feststellung der eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Rechtsstaatlichkeit durch die Republik Polen, COM(2017) 835.
- 7 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 12.9.2018 zu einem Vorschlag, mit dem der Rat aufgefordert wird, im Einklang mit Artikel 7 Absatz 1 des Vertrags über die Europäische Union festzustellen, dass die eindeutige Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Werte, auf die sich die Union gründet, durch Ungarn besteht, Amtsblatt der EU 2019 C-433/66.
- 8 EuGH, Urteil vom 3. Juni 2021, Rs. C-650/18, Ungarn/Parlament; zugänglich, wie alle publizierten EuGH-Entscheidungen und Schlussanträge, auf der EuGH-Website curia.europa.eu.

2. Die Entschließung des Europäischen Parlaments PA_TA(2018)0340 vom 12. September 2018

Die Entschließung des Europäischen Parlaments, mit der der Rat gemäß Art. 7 Abs. 1 EUV aufgefordert wird, die Gefahr einer schwerwiegenden Werteverletzung durch Ungarn festzustellen,⁹ wurde mit 448 Ja-Stimmen, 197 Nein-Stimmen und 48 Enthaltungen angenommen.¹⁰ Bei der Berechnung der abgegebenen Stimmen wurden Enthaltungen nicht mitgezählt. Nur so konnte das durch Art. 354 Abs. 4 AEUV aufgestellte erste Erfordernis – eine Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen – erreicht werden. Demnach beliefen sich die Ja-Stimmen auf 69,45% der abgegebenen Stimmen. Wären die 48 Enthaltungen mitgezählt worden, hätten die Ja-Stimmen nur 64,64% der abgegebenen Stimmen ausgemacht und die geforderte Zweidrittelmehrheit wäre verfehlt worden. Dass 448 Ja-Stimmen die Mehrheit der Mitglieder des Europäischen Parlaments darstellen – dies ist das zweite Erfordernis von Art. 354 Abs. 4 AEUV –, stand außer Frage. Damit war die Entschließung angenommen.

Die Entschließung des Europäischen Parlaments – weitere potenzielle Initianten des Verfahrens sind ein Drittel der Mitgliedstaaten oder die Kommission – ist der niederschwelligste, gleichwohl nicht zwingend der erste¹¹ Schritt in dem Art. 7-Verfahren. Nach Art. 7 Abs. 1 EUV kann das Europäische Parlament dem Rat einen begründeten Vorschlag unterbreiten festzustellen, dass die eindeutige Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der in Art. 2 EUV genannten Werte durch einen Mitgliedstaat besteht. Weitere mögliche Verfahrenselemente bis hin zur Aussetzung bestimmter Rechte des betreffenden Mitgliedstaats ergeben sich aus den Absätzen 2 und 3 von Art. 7 EUV.

Als betroffener Mitgliedstaat war Ungarn der Meinung, dass das Europäische Parlament bei der Berechnung des Abstimmungsergebnisses die Enthaltungen nicht unberücksichtigt hätte lassen dürfen, und klagte in der Rechtssache C-650/18 gemäß Art. 263 AEUV auf Nichtigerklärung der Entschließung. Am 3. Juni 2021 wies der EuGH die Klage ab.¹² Zuvor war Generalanwalt *Michal Bobek* in seinen Schlussanträgen vom 3. Dezember 2020¹³ zum selben Ergebnis gekommen, allerdings mit einer in wesentlichen Punkten abweichenden Begründung.

9 Vgl. Anm. 7.

10 Vgl. das „Legislative Observatory“ des Europäischen Parlaments unter [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2017/2131\(INL\)&l=en](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2017/2131(INL)&l=en), Key events, 12.9.2018, Results of vote in Parliament.

11 Anders als bei den Absätzen 2 und 3 von Art. 7 EUV besteht zwischen den Absätzen 1 und 2 kein logisches Abhängigkeitsverhältnis.

12 EuGH (Anm. 8). Für eine ausführliche Kommentierung des Urteils vgl. *Claude Blumann*, Une avancée mal assurée de la justiciabilité de l'article 7 TUE – CJUE, gde ch., 3 juin 2021, Hongrie/Parlement européen, aff. C-650/18, *Revue des Affaires Européennes* (R.A.E.) 2021/2, 399–413. *Claude Blumann* gilt mein herzlicher Dank für die kurzfristige Überlassung des Manuskripts.

13 GA *Bobek*, Schlussanträge vom 3.12.2020, Rs. C-650/18, Ungarn/Parlament.

3. Die Klage Ungarns in der Rechtssache C-650/18 auf Nichtigerklärung der Entschließung

Im Wesentlichen warf Ungarn dem Europäischen Parlament vor, bei der Beschlussfassung über die streitige Entschließung die Regeln seiner eigenen Geschäftsordnung (GO-EP) missachtet zu haben. Zur Zeit der Annahme der Entschließung hatte Art. 178 GO-EP folgenden Wortlaut:

„Für die Annahme oder Ablehnung eines Textes werden nur die abgegebenen Ja- und Nein-Stimmen bei der Berechnung des Abstimmungsergebnisses berücksichtigt, *ausgenommen in den Fällen, für die in den Verträgen eine spezifische Mehrheit vorgesehen ist.*“¹⁴

Ungarn war der Ansicht, dass im vorliegenden Fall, abweichend von der Regel des Art. 231 Abs. 1 AEUV,¹⁵ mit Art. 354 Abs. 4 AEUV eine *spezifische Mehrheit* vorgesehen war und daher nicht nur die abgegebenen Ja- und Nein-Stimmen, sondern – so verstand Ungarn Art. 178 Abs. 3 GO-EP – auch die Enthaltungen hätten berücksichtigt werden müssen.¹⁶ Dafür brachte Ungarn auch eine materielle Begründung vor.¹⁷ In den Worten des EuGH:

„Das in Art. 354 Abs. 4 AEUV aufgestellte Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit für die Annahme eines begründeten Vorschlags nach Art. 7 Abs. 1 EUV durch das Parlament zeuge von der *Bedeutung* eines solchen Rechtsakts. Eine Auslegung dieser Bestimmung des AEU-Vertrags in dem Sinne, dass die Enthaltungen als abgegebene Stimmen anzusehen wären, so dass für die Annahme dieses Rechtsakts *eine größere Anzahl Ja-Stimmen erforderlich* wäre, würde es jedoch gerade erlauben, dieser Bedeutung Rechnung zu tragen.“¹⁸

Der letzte Halbsatz von Art. 178 Abs. 3 GO-EP wurde erst durch die Novellierung der Geschäftsordnung im Jahr 2016 hinzugefügt.¹⁹ Leider lassen sich den zugrundeliegenden Unterlagen – vor allem dem Bericht des Berichterstatters *Richard Corbett*²⁰ – keine Hinweise entnehmen, die die Ergänzung erläutern würden. So sieht auch Generalanwalt *Bobek* keine relevante Einschränkung des – vorherigen – Wortlauts von Art. 180 Abs. 2 UAbs. 2 GO-EP. Wie es scheint, ging es nur um eine *Verschiebung* des bisherigen Wortlauts nach Art. 178 GO-EP und nicht um eine relevante Änderung der Bestimmung selbst.

Gleichwohl wirft die (vermutlich überflüssige und sogar schädliche) Hinzufügung des erwähnten Halbsatzes Verständnisfragen auf. Die ungarische Interpreta-

¹⁴ Kursive Hervorhebung hinzugefügt.

¹⁵ Wortlaut: „Soweit die Verträge nicht etwas anderes bestimmen, beschließt das Europäische Parlament mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen“.

¹⁶ EuGH (Anm. 8), Rn. 64 ff.

¹⁷ EuGH (Anm. 8), Rn. 65.

¹⁸ Kursive Hervorhebung hinzugefügt.

¹⁹ Beschluss des Europäischen Parlaments vom 13. Dezember 2016 über die allgemeine Überarbeitung der Geschäftsordnung des Parlaments (2016/2114[REG]), Amtsblatt der EU 2016 C 238/146.

²⁰ Bericht über die allgemeine Überarbeitung der Geschäftsordnung des Parlaments, Dok. A8-0344/2016.

tion, wonach es sich bei Art. 354 Abs. 4 AEUV um eine solche *spezifische Mehrheit* handelt, erscheint jedenfalls nicht von vornherein abwegig. Gleichzeitig machen das ungarische Vorbringen einerseits und die Schlussanträge andererseits deutlich, dass es in der Interpretation des erwähnten Halbsatzes kein gemeinsames Verständnis gibt – eher ein vollständiges *gegenseitiges Unverständnis*. So betont Generalanwalt *Bobek*, dass Art. 354 Abs. 4 AEUV, auf den sich Ungarn bezieht, „keine spezifischen, abweichenden Regeln zur Art und Weise der Zählung der ‚abgegebenen Stimmen‘“ vorsehe. Die Ausführungen Ungarns würden in diesem Punkt „etwas zirkulär“ und verfangen sich in Querverweisen zwischen denselben Bestimmungen, von denen jedoch keine etwas anderes besage. Ungarn seinerseits ist der Meinung, dass Art. 354 Abs. 4 AEUV, insgesamt betrachtet, eine *spezifische Mehrheit*, abweichend von Art. 231 Abs. 1 AEUV, vorsieht. Es scheint also so, als habe der Generalanwalt das – nicht abwegige – Vorbringen Ungarns nicht im Ansatz nachvollziehen können.

Die Unklarheit betreffend die Berücksichtigung von Enthaltungen kam nicht überraschend. Wenige Tage vor der Abstimmung im Europäischen Parlament hatte Ungarn dem Generalsekretär des Europäischen Parlaments mitgeteilt, es sei der Ansicht, dass Enthaltungen bei der Abstimmung zu berücksichtigen seien. Daraufhin informierte der Stellvertretende Generalsekretär des Parlaments die Abgeordneten darüber, dass nur „abgegebene Stimmen“, *nicht* jedoch *Enthaltungen* berücksichtigt würden.²¹ Ein Gutachten des Juristischen Dienstes des Parlaments zu der umstrittenen Frage, angefordert vom Präsidenten des Europäischen Parlaments, wurde auf Antrag des Parlaments aus den Gerichtsakten entfernt.²² Das Gutachten wurde auch dem Verfasser dieser Zeilen nicht zugänglich gemacht.

Zur Stützung der Zulässigkeit der Klage brachte Ungarn vor, die angefochtene Entschließung sei eine anfechtbare Handlung im Sinne von Art. 263 AEUV, da diese – von Ungarn näher dargelegte – verbindliche Rechtswirkungen entfalte. Was die Begründetheit der Nichtigkeitsklage angeht, berief sich Ungarn vor allem auf eine Verletzung der Regelungen der Geschäftsordnung des Europäischen Parlaments, hier Art. 178 Abs. 3. Vor einer Prüfung dieser Punkte musste sich der EuGH aber mit der Frage beschäftigen, ob seine Jurisdiktion im vorliegenden Fall durch Art. 269 AEUV ausgeschlossen war.

4. Die Bedeutung von Art. 269 AEUV für die Zuständigkeit des Gerichtshofs

Art. 269 AEUV bestimmt Folgendes:

„Der Gerichtshof ist für Entscheidungen über die Rechtmäßigkeit eines nach Artikel 7 des Vertrags über die Europäische Union erlassenen Rechtsakts des Europäischen Rates oder des Rates nur auf Antrag des von einer Feststellung des Europäischen Rates oder

²¹ EuGH (Anm. 8), Rn. 11, 12.

²² „Ordonnance de la Cour“, 14.5.2019, Rs. C-650/18, Ungarn/Parlament.

des Rates betroffenen Mitgliedstaats und lediglich im Hinblick auf die Einhaltung der in dem genannten Artikel vorgesehenen Verfahrensbestimmungen zuständig.

Der Antrag muss binnen eines Monats nach der jeweiligen Feststellung gestellt werden. Der Gerichtshof entscheidet binnen eines Monats nach Antragstellung.“

Das Europäische Parlament vertrat die Ansicht, dass dieser Artikel die zulässigen Klagegegenstände im Rahmen eines Art. 7-Verfahrens *abschließend* bestimme, so dass die angefochtene EntschlieÙung – ungeachtet einer möglichen Rechtswirkung – nicht Gegenstand einer Nichtigkeitklage sein könne. Aus der Entwicklung der Verträge ergebe sich nämlich, dass das Art. 7-Verfahren „erst nach und nach einer gewissen Kontrolle durch den Gerichtshof unterworfen worden sei“.²³

Tatsächlich sah noch der Amsterdamer Vertrag (1997), der das Art. 7-Verfahren einführte, in Art. 46 EUV/Amsterdam keine Zuständigkeit des EuGH für das Verfahren vor. Dies änderte sich erst durch den Vertrag von Nizza (2001), der in Art. 46 lit. e) EUV die Zuständigkeit des EuGH auf „die reinen Verfahrensbestimmungen des Artikels 7 [erstreckte], wobei der Gerichtshof auf Antrag des betroffenen Mitgliedstaats binnen eines Monats nach der Feststellung des Rates gemäß dem genannten Artikel entscheidet“.

Somit besteht zwar zwischen dem erwähnten Art. 46 lit. e) EUV/Nizza und Art. 269 AEUV eine gewisse (oberflächliche, rein wortlautbezogene) Ähnlichkeit, jedoch hört die Ähnlichkeit damit auf, wie der Generalanwalt zutreffend festgestellt hat.²⁴ Denn die Funktion von Art. 269 AEUV im EU-Gerichtssystem ist eine gänzlich andere als diejenige des Art. 46 EUV/Nizza, der dem EuGH außerhalb der supranationalen Gemeinschaftsverträge nur punktuelle Zuständigkeiten zuwies und im Übrigen den EUV, insbesondere die beiden intergouvernementalen Säulen, der Gerichtsbarkeit des EuGH entzog. Art. 269 AEUV hingegen ist Bestandteil eines *vollständigen* Rechtsschutzsystems, „das die gerichtliche Rechtmäßigkeitskontrolle der Unionshandlungen gewährleisten soll, mit der der Unionsrichter betraut wird“.²⁵

Ähnlich wie der Generalanwalt geht auch der EuGH (zunächst) von einem *weiten* Anwendungsbereich des Art. 263 AEUV, mithin von einem weiten Umfang seiner eigenen Zuständigkeit aus. Art. 269 AEUV, der die allgemeine Zuständigkeit des EuGH für Nichtigkeitsklagen begrenzt, ist demnach, wie der EuGH feststellt, „eng auszulegen“.²⁶ Des Weiteren schließt der EuGH aus dem Wortlaut von Art. 269 AEUV, dass dieser Artikel die angefochtene EntschlieÙung nicht von der allgemeinen Zuständigkeit nach Art. 263 AEUV ausnehmen wollte.

Ein mögliches „Einknicken“ des EuGH, wie es später erfolgen sollte, deutet sich dann allerdings in der anschließenden Formulierung an, wonach eine solche Auslegung „im Übrigen zur Beachtung des Grundsatzes beitragen [könne], nach dem die Europäische Union eine Rechtsunion ist, mit der ein umfassendes System von Rechtsbehelfen und Verfahren geschaffen worden ist, das dem Gerichtshof

23 EuGH (Anm. 8), Rn. 21.

24 GA Bobek (Anm. 13), Nr. 52.

25 GA Bobek (Anm. 13), Nr. 33.

26 EuGH (Anm. 8), Rn. 31.

der Europäischen Union die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Handlungen der Unionsorgane zuweist“.²⁷ Diese lieblose, nur ergänzende und argumentativ hintangestellte Bezugnahme auf die „Rechtsunion“ könnte, hobbypsychologisch betrachtet, als Ausdruck eines Unwohlseins des EuGH im Hinblick auf den abrupten Wechsel der Argumentation²⁸ verstanden werden, den der EuGH wenig später vollzieht (vgl. 5.). Zunächst attestiert sich der EuGH jedoch die Zuständigkeit, über die Klage Ungarns zu befinden und weist das gegenläufige Vorbringen des Parlaments zurück.

5. Die Auslegung von Art. 263 AEUV „im Licht“ von Art. 269 AEUV

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Nichtigkeitsklage ergeben sich aus Art. 263 AEUV. Problematisch ist dabei vor allem die Klagebefugnis natürlicher und juristischer Personen,²⁹ während Ungarn als Mitgliedstaat gemäß Art. 263 Abs. 2 AEUV zu den privilegiert klagebefugten Klägern zählt.³⁰ Was den Klagegegenstand betrifft, ist zentrales Erfordernis der Zulässigkeit, dass die angegriffene Handlung Rechtswirkung gegenüber Dritten entfaltet.³¹ Genauer gesagt, sind alle von den Organen erlassenen Bestimmungen, die verbindliche Rechtswirkung erzeugen sollen, unabhängig von ihrer Form anfechtbar.³²

Damit stellt sich die Frage nach den etwaigen Rechtswirkungen der angefochtenen Entschließung. Auch in diesem Punkt wiegt der EuGH Ungarn noch in einer trügerischen Sicherheit. Er weist alle Einwände des Parlaments, die dieses gegen eine mögliche Rechtswirkung vorbringt, zurück:³³ Die Entschließung erzeugt zunächst deshalb Rechtswirkung, weil sie das in Protokoll (Nr. 24) zu EUV und AEUV grundsätzlich statuierte Verbot, Asylanträge von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten untereinander zu berücksichtigen, für ungarische Staatsangehörige beseitigt. Die Entschließung ist auch keine bloße Zwischenmaßnahme, die nicht mit der Nichtigkeitsklage anfechtbar wäre,³⁴ m.a.W. formuliert die Entschließung nicht, wie das Parlament meint, nur einen *vorläufigen* Standpunkt des Parlaments.

27 EuGH (Anm. 8), Rn. 34; kursive Hervorhebung hinzugefügt.

28 *Blumann* (Anm. 12), R.A.E. 2021/2, 399 (408), spricht anschaulich von einer „[j]ustification du zigzag“ bzw. einem „curieux tour de passe-passe“ und bezeichnet den argumentativen Übergang von Art. 263 AEUV zu Art. 269 AEUV zu Recht als „tout à fait inattendu“.

29 Hierzu *Matthias Niedobitek*, Der Gerichtshof der Europäischen Union – multinationales Rechtsprechungsordnung und Integrationsmotor, in: Peter Becker/Barbara Lippert (Hrsg.), Handbuch Europäische Union, Wiesbaden 2020, S. 429–458 (445 f.).

30 EuGH (Anm. 8), Rn. 50; *GA Bobek* (Anm. 13), Nr. 34.

31 Näher etwa *Ulrich Ehricke*, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV / AEUV, 3. Aufl., München 2018, Art. 263 AEUV Rn. 21.

32 EuGH (Anm. 8), Rn. 37.

33 EuGH (Anm. 8), Rn. 39 ff.

34 Vgl. *Ehricke* (Anm. 31), Rn. 23.

Mit einem – nicht isoliert angreifbaren – Legislativvorschlag der Kommission hat die Entschließung des Parlaments gemäß Art. 7 Abs. 1 EUV in der Substanz nichts gemeinsam, wie der Generalanwalt richtig feststellt;³⁵ dasselbe gilt übrigens für die begründeten Vorschläge der anderen möglichen Initianten des Art. 7 Abs. 1 EUV.³⁶ Damit kommt der EuGH zu dem Schluss, dass die angefochtene Entschließung als anfechtbare Handlung im Sinne von Art. 263 Abs. 1 AEUV anzusehen ist.

Nunmehr wäre zu erwarten gewesen, dass der EuGH die Prüfung der Begründetheit der Klage angeschlossen hätte, so wie dies auch der Generalanwalt getan hat.³⁷ Der EuGH macht jedoch – ab Randnummer 51 – eine argumentative Kehrwendung und erklärt, Art. 263 AEUV könne nicht in einer Weise ausgelegt werden, die der in Art. 269 AEUV vorgesehenen Begrenzung der allgemeinen Zuständigkeit des EuGH ihre *praktische Wirksamkeit* (Englisch: *practical effect*; Französisch: *effet utile*) nehmen könnte. Deshalb dürfe Art. 263 AEUV nicht unabhängig von Art. 269 AEUV angewandt werden, sondern müsse vielmehr „im Licht des letztgenannten Artikels“ ausgelegt werden. Insoweit weist der EuGH auf die in Art. 269 AEUV enthaltenen Restriktionen hin, die für Klagen gegen die nach Art. 7 EUV erlassenen Rechtsakte des Rates und des Europäischen Rates gelten (Klage nur des betroffenen Mitgliedstaats; Beschränkung der Klagegründe auf eine Verletzung der Verfahrensbestimmungen des Art. 7 EUV). Diese Restriktionen verlören, so der EuGH, weitgehend ihre praktische Wirksamkeit, wenn man zuließe, dass ein anderer Kläger als der betroffene Mitgliedstaat gegen einen nach Art. 7 Abs. 1 EUV angenommenen begründeten Vorschlag des Parlaments klagen und sich dazu auf jeden der in Art. 263 Abs. 2 AEUV genannten Klagegründe stützen könnte. Dieses Szenario konkretisiert der EuGH in den Randnummer 55 und 56 im Hinblick auf Kläger und Klagegründe:

55: „Würde ein derartiger begründeter Vorschlag des Parlaments auf Antrag eines solchen Klägers für nichtig erklärt, wäre der Rat daran gehindert, das Bestehen einer eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Werte der Union festzustellen, obwohl dieser Kläger nach Art. 269 Abs. 1 AEUV nicht die Nichtigerklärung dieser Feststellung beantragen kann.“

56: „Ebenso wäre der Rat, sollte dieser Vorschlag aufgrund eines anderen als der in Art. 269 AEUV genannten Klagegründe für nichtig erklärt werden, gleichermaßen daran gehindert, das Bestehen einer solchen Gefahr festzustellen, obwohl dieser Klagegrund nach Art. 269 AEUV nicht geltend gemacht werden kann, um die Nichtigerklärung dieser Feststellung zu erwirken.“

Im Ergebnis stellt der EuGH fest, dass eine Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV, mit der ein begründeter Vorschlag des Parlaments, den dieses gemäß Art. 7 Abs. 1

35 GA Bobek (Anm. 13), Nr. 84 ff.

36 Anders insoweit Blumann (Anm. 12), R.A.E. 2021/2, 399 (407), der einen begründeten Vorschlag der Kommission gemäß Art. 7 Abs. 1 EUV als Vorschlag im Sinne von Art. 293 Abs. 2 AEUV einordnet und es daher für möglich hält, dass Vorschläge gemäß Art. 7 Abs. 1 EUV abhängig vom Initianten eine jeweils unterschiedliche Rechtswirkung haben.

37 GA Bobek (Anm. 13), Nr. 116, 117.

EUV angenommen hat, nur von dem betroffenen Mitgliedstaat erhoben und nur auf die Verletzung der in Art. 7 EUV genannten Verfahrensbestimmungen gestützt werden kann.

So klar das Ergebnis ist, so wenig kann die Argumentation des EuGH überzeugen. Zunächst liegt es auf der Hand, dass der EuGH seine einleitenden Aussagen zur Reichweite seiner Zuständigkeit (enge Auslegung von Art. 269 AEUV) im Ergebnis *umdreht*: Praktisch sämtliche Restriktionen des Art. 269 AEUV, abgesehen von der knappen Antragsfrist des Art. 269 Abs. 2 AEUV, werden in Art. 263 AEUV gemäß der Methode der Interpretation „im Licht“ *hineingelesen*, um dem *effet utile* jener Vorschrift Rechnung zu tragen. Dadurch hat der EuGH, wie *Groussot* und *Zemskova* treffend feststellen, „a hybrid version of Article 269 TFEU (standing and grounds for review) and Article 263 TFEU (challengeable acts and time limit)“ erschaffen.³⁸ Leider versäumt es der EuGH aber, die von ihm zugrunde gelegte „praktische Wirksamkeit“ von Art. 269 AEUV inhaltlich zu entfalten. Die vom EuGH in den Randnummern 55 und 56 beschriebenen Szenarien, die offenbar für sich genommen überzeugend sein sollen, helfen nicht weiter.

Der *effet utile* von Art. 269 AEUV besteht, wie auch seine Entstehungsgeschichte zeigt, darin, die in dieser Vorschrift genannten, eminent *politischen* Entscheidungen³⁹ einer inhaltlichen Überprüfung durch den EuGH zu entziehen⁴⁰ und nur die Verfahrensbestimmungen des Art. 7 EUV seiner gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen. Politischen Charakter in dem genannten Sinn haben zumindest⁴¹ die Feststellungen des Rates und des Europäischen Rates, wonach die eindeutige Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der in Art. 2 EUV genannten Werte oder eine schwerwiegende und anhaltende Verletzung jener Werte durch einen Mitgliedstaat besteht. Der *effet utile* des Art. 269 AEUV wird somit nur dann negativ berührt, wenn die erwähnten politischen Entscheidungen des Rates oder des Europäischen Rates einer inhaltlichen Überprüfung durch den EuGH zugeführt werden und wenn dies auf andere Kläger als den betroffenen Mitgliedstaat zurückzuführen ist.

Weshalb allerdings der *effet utile* von Art. 269 AEUV darin bestehen sollte zu verhindern, dass Feststellungen gemäß Art. 7 EUV (a) *überhaupt* getroffen werden bzw. (b) wegen einer Rechtswidrigkeit des Verfahrens oder (c) wegen anderer als der in Art. 269 AEUV genannten Klagegründe *nicht* getroffen werden können, ist unerfindlich. Hinzu kommt, dass – was den letzten Punkt angeht – bei der Überprüfung der Initiativen gemäß Art. 7 Abs. 1 EUV ohnehin keine politisch-inhaltliche, sondern allenfalls eine verfahrensbezogene Kontrolle durch den EuGH in Betracht kommen dürften. Erst die Existenz einer der erwähnten politischen Fest-

38 *Xavier Groussot/Anna Zemskova, Hungary v European Parliament (C-650/18): Enhancement of the Protection of the Rule of Law and Process-Oriented Review: Constitutional Business as Usual?*, *EU Law Live*, 7.6.2020.

39 So auch *Blumann* (Anm. 12), R.A.E. 2021/2, 399 (403) und an weiteren Stellen.

40 Vgl. *Matthias Pechstein*, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), *EUV / AEUV*, 3. Aufl., München 2018, Art. 269 AEUV Rn. 1; *Nina Wunderlich*, Von der Rechtsgemeinschaft zur Verweigerungsunion?, in: *Europarecht* 2019, 557–577 (575).

41 *GA Bobek* (Anm. 13), Nr. 73, möchte Art. 269 AEUV auf die genannten Feststellungen beschränken.

stellungen gemäß Art. 7 EUV eröffnet den Anwendungsbereich von Art. 269 AEUV, wobei dessen *effet utile* nicht über seinen Anwendungsbereich hinausgehen kann. Umgekehrt widmet sich der EuGH im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung mit keinem Wort dem *effet utile* des Art. 263 AEUV.

Alles in allem sieht es so aus, als habe der EuGH sich einen weiten Zuständigkeitsbereich für das vorliegende Verfahren nur deshalb attestiert, um ihn dann, auf der Ebene der Zulässigkeit, maximal einzuschränken. Die Schlussanträge des Generalanwalts, die Art. 269 AEUV einen realistischeren Platz zuweisen, sind bei weitem überzeugender. Gleichwohl kommen sowohl der EuGH als der Generalanwalt zu dem Ergebnis, dass die Klage zulässig ist. Dies gelingt dem EuGH nur, weil mit Ungarn derjenige Mitgliedstaat klagt, der von der Entschließung im Sinne von Art. 269 AEUV „betroffen“ ist. Somit war die Begründetheit zu prüfen.

6. Die Auslegung des Begriffs der „abgegebenen Stimmen“ in Art. 354 Abs. 4 AEUV

Bis zum Urteil des EuGH in der Rechtssache C-650/18 hatte die Frage, ob der Begriff der „abgegebenen Stimmen“ auch Enthaltungen umfassen würde, nur wenig Aufmerksamkeit der Literatur auf sich gezogen.⁴² Die Praxis des Europäischen Parlaments war durch die Bestimmungen der Geschäftsordnung bestimmt, wonach bei Abstimmungen nach der Regel des Art. 231 AEUV (Mehrheit der abgegebenen Stimmen) nur die Ja- und die Nein-Stimmen zählen. Die nach allem unglückliche und missverständliche Ergänzung von Art. 178 GO-EP (vgl. 3.) hat den Anlass für die vorliegende Klage gegeben.

Was deren Begründetheit angeht, monierte Ungarn gegenüber dem Europäischen Parlament im Wesentlichen eine Missachtung von dessen eigener Geschäftsordnung (vgl. 3.). Auf dieses Vorbringen ließ sich der EuGH jedoch nicht ein. Dafür bezog er sich auf Art. 269 AEUV, wonach eine gerichtliche Überprüfung „lediglich im Hinblick auf die Einhaltung der in dem genannten Artikel [Art. 7 EUV] vorgesehenen Verfahrensbestimmungen“ möglich ist. Anders als Art. 354 AEUV, auf den Art. 7 Abs. 5 EUV ausdrücklich verweise, werde die Geschäftsordnung der Europäischen Parlaments von den in Art. 269 AEUV in Bezug genommenen Verfahrensbestimmungen nicht erfasst.⁴³ Damit beschränkte der EuGH den Anwendungsbereich von Art. 263 AEUV erneut, denn im Allgemeinen handelt es sich bei Bestimmungen einer Geschäftsordnung um *wesentliche Formvorschriften*, die beim

42 So schreibt *Johann Schoo*, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2019, Art. 231 AEUV Rn. 2, unter der Mehrheit der abgegebenen Stimmen sei „die einfache Mehrheit zu verstehen: Es reicht aus, dass eine Stimme mehr dafür *oder als Enthaltung* abgegeben wird“ (kursive Hervorhebung hinzugefügt). Demgegenüber schreibt *Sven Hölscheidt*, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, München, Loseblatt, Art. 231 AEUV Rn. 5: „Stimmenthaltungen und ungültige Stimmen werden nicht zu den abgegebenen Stimmen gezählt“.

43 EuGH (Anm. 8), Rn. 77.

Erlass von Rechtsakten zu beachten sind und deren Einhaltung gemäß Art. 263 Abs. 2 AEUV mit der Nichtigkeitsklage eingefordert werden kann.⁴⁴

Allerdings hätte der EuGH die Geschäftsordnung des Parlaments durchaus zu den Verfahrensbestimmungen im Sinne von Art. 269 AEUV zählen können, indem er, wie es auch das Parlament vorschlug,⁴⁵ die Interpretation des inhaltlich offenen Begriffs der „abgegebenen Stimmen“ in Art. 354 Abs. 4 AEUV der Geschäftsordnungsautonomie des Parlaments vorbehalten hätte. Damit hätte der EuGH nicht zuletzt auch der Geschäftsordnungsgeschichte des Parlaments Rechnung tragen können: Bereits die erste Geschäftsordnung des Europäischen Parlaments von 1958/1962⁴⁶ bestimmte in ihrem Art. 35 Abs. 4, dass bei *namentlichen* Abstimmungen – dies war nur als Ausnahme vorgesehen – zwar „mit lauter Stimme“ mit „Ja“, „Nein“ oder „Enthaltung“ abzustimmen war, dass jedoch bei der Berechnung des Abstimmungsergebnisses nur die abgegeben Ja- und Nein-Stimmen zu berücksichtigen waren.

Da sich der EuGH diesen Weg jedoch versagt hatte, musste er den streitigen Begriff der „abgegebenen Stimmen“ im Sinne von Art. 354 Abs. 4 AEUV selbst interpretieren. Insoweit folgte der EuGH seinem bekannten Ansatz, wonach nicht legaldefinierte Begriffe des Unionsrechts grundsätzlich als autonome Begriffe des Unionsrechts zu verstehen und zu konstruieren sind. Daher ist der Begriff der „abgegebenen Stimmen“ – so der EuGH – „entsprechend seinem üblichen Sinn im gewöhnlichen Sprachgebrauch auszulegen, wobei der Zusammenhang, in dem er verwendet wird, und die Ziele zu berücksichtigen sind, die mit der Regelung verfolgt werden, zu der er gehört“.⁴⁷

In diesem Punkt machte es sich der EuGH allerdings deutlich zu einfach. Unter Hinweis auf die insoweit ebenso oberflächlichen⁴⁸ Ausführungen in den Schlussanträgen des Generalanwalts, der im Ansatz etymologisch argumentiert,⁴⁹ behauptete der EuGH, eine abgegebene Stimme enthalte immer entweder ein befürwortendes oder ein ablehnendes Votum, während eine Enthaltung ihrem üblichen Sinn nach als Weigerung zu verstehen sei, zu einem bestimmten Vorschlag Stellung zu beziehen. Noch deutlicher äußerte sich der Generalanwalt: Eine Person, die sich der Stimme enthalte, wolle so behandelt werden, „*als ob sie gar nicht an der Abstimmung teilnahme*“.⁵⁰

Allerdings zeigt die zitierte Formulierung des Generalanwalts, dass die Sache ein wenig komplizierter ist. Demnach ist es nämlich offenbar möglich, an einer Abstimmung *teilzunehmen* und sich gleichzeitig zu *enthalten*. Auch hätte sich eine Person, die wie eine abwesende Person behandelt zu werden wünscht, einfach

44 Vgl. Oliver Dörr, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, München, Loseblatt, Art. 263 AEUV Rn. 168.

45 EuGH (Anm. 8), Rn. 72; vgl. auch GA Bobek (Anm. 13), Nr. 131.

46 Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 1962/2437 vom 15.10.1962.

47 EuGH (Anm. 8), Rn. 83.

48 Auch Blumann (Anm. 12), R.A.E. 2021/2, 399 (403), hält das EuGH-Urteil, wenn auch in anderem Zusammenhang, für oberflächlich.

49 GA Bobek (Anm. 13), Nr. 128.

50 GA Bobek (Anm. 13), Nr. 128; kursive Hervorhebungen hinzugefügt.

der Enthaltung enthalten, d. h. bei der Stimmabgabe schlicht untätig bleiben können. Schließlich ist es keineswegs ausgemacht, dass Personen, die sich der Stimme enthalten, stets wie eine *abwesende* Person behandelt werden möchten. Vielmehr sind ganz unterschiedliche Gründe denkbar sich zu enthalten.⁵¹ Allerdings ist einzuräumen, dass diese Gründe nach außen nicht sichtbar werden und sich deshalb einer inhaltlichen Bewertung entziehen. Eines ist jedoch klar: Eine (aktive) Stimmenthaltung verkörpert in Bezug auf einen Vorschlag die inhaltliche Aussage, diesen *nicht unterstützen* zu wollen. Dass dieselbe Stimmenthaltung auch bedeutet, den betreffenden Vorschlag *nicht ablehnen* zu wollen, spielt demgegenüber keine Rolle, da es für die Annahme eines Vorschlags auf diejenigen Stimmen ankommt, die den Vorschlag unterstützen.

Bei seinen weiteren Ausführungen setzt sich der EuGH auch mit dem von Ungarn für eine Berücksichtigung von Enthaltungen vorgebrachten Argument auseinander, schließlich würden die Enthaltungen ja auch bei dem *zweiten* Element des Abstimmungserfordernisses gemäß Art. 354 Abs. 4 AEUV, nämlich der Mehrheit der Mitglieder des Parlaments, berücksichtigt. Erstaunlicherweise macht sich der EuGH dieses Vorbringen ohne Not zu Eigen. Angeblich ergebe sich nämlich aus Art. 354 Abs. 4 AEUV, dass Enthaltungen für die Prüfung, ob die Ja-Stimmen die Mehrheit der Mitglieder des Parlaments abbilden, zu berücksichtigen seien. Dies kann eigentlich nur so verstanden werden, dass eine *Berücksichtigung* von Enthaltungen in diesem Fall darin besteht, diese zur Kenntnis zu nehmen und bei der Berechnung des Abstimmungsergebnisses *nicht zu berücksichtigen* (eben weil sie nicht zustimmend sind).

Dass der EuGH das letztlich genauso sieht, macht seine Erläuterung deutlich, nach der besagten Mehrheitsregel (Mehrheit der Parlamentsmitglieder) könne ein begründeter Vorschlag des Parlaments gemäß Art. 7 EUV nicht angenommen werden, wenn die Zahl der Mitglieder, die für ihn gestimmt haben, die verbleibende Zahl der Mitglieder des Parlaments nicht überschreite, und zwar „*unabhängig davon, ob sie gegen ihn gestimmt haben, sich enthalten haben oder bei der Abstimmung abwesend waren*“.⁵² Mit anderen Worten bestimmt Art. 354 Abs. 4 AEUV mit dem Erfordernis der Mehrheit der Parlamentsmitglieder, dass nur *zwei* Größen zueinander in Beziehung zu setzen sind, zu denen Enthaltungen nicht zählen: die Ja-Stimmen und die gesetzliche Mitgliederzahl, wie sie sich aus dem jeweils Beschluss des Europäischen Rates über die Zusammensetzung des Europäischen Parlaments ergibt, dies sind zurzeit 705 Mitglieder gemäß dem Beschluss (EU) 2018/937 des Europäischen Rates vom 28. Juni 2018.⁵³ Die Argumentation des EuGH, mit der er die – angebliche – Berücksichtigung von Enthaltungen bei der Ermittlung der Mehrheit der Mitglieder des Parlaments zu rechtfertigen und von der Nichtberücksichtigung von Enthaltungen beim *ersten* Element des Abstim-

51 Zu Recht weist *Blumann* (Anm. 12), R.A.E. 2021/2, 399 (412), darauf hin, dass „abstentions permettent d’exprimer une position politique [...]“, schränkt dies aber zu Recht dahin ein, dass solche Voten „n’ont aucune portée sur le fond“.

52 EuGH (Anm. 8), Rn. 87.

53 Amtsblatt der EU 2018 L 165 I.

mungserfordernisses gemäß Art. 354 Abs. 4 AEUV (Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen) abzugrenzen versucht, führt daher in die Irre. Letztlich geht es beim zweiten Element nicht um die Berücksichtigung von Enthaltungen, sondern um die abstrakte Nichtberücksichtigung *aller* Mitglieder, die *nicht* mit Ja gestimmt haben, egal aus welchem Grund, wie auch das Zitat des EuGH deutlich macht.⁵⁴

7. Ergebnis

Die Klage Ungarns war brisant, weil dieser Mitgliedstaat, dem seitens des Europäischen Parlaments Mängel im Bereich der Rechtsstaatlichkeit angekreidet wurden (und werden), dem Parlament seinerseits eine Missachtung seiner selbstgegebenen Regeln, mithin auch einen Verstoß gegen die Rechtsstaatlichkeit, vorwarf. Dem EuGH ist es gelungen, diesen Vorwurf auszuräumen, allerdings mit einer chaotischen Begründung, wie man sie selten in EuGH-Urteilen findet. *Blumann* zitiert in diesem Zusammenhang das Bonmot „pourquoi faire simple quand on peut faire compliqué“.⁵⁵ Dabei war der Ausgangspunkt der ungarischen Klage nicht unplausibel: Die Ergänzung von Art. 178 GO-EP durch einen unklaren Halbsatz konnte durchaus im Sinne Ungarns verstanden werden, auch wenn der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen völlige Verständnislosigkeit zeigt. Gleichwohl überzeugt das Urteil des EuGH im Ergebnis: Die Nichtbeachtung von Enthaltungen bei der Berechnung der „abgegebenen Stimmen“ entspricht der historisch gewachsenen Praxis des Europäischen Parlaments, wie sie sich seit jeher in dessen Geschäftsordnung manifestiert. Gleichwohl hat der EuGH durch seine Auslegung des Verhältnisses von Art. 263 und 269 AEUV die gerichtliche Behandlung des Art. 7-Verfahrens für die Zukunft festgelegt. Das ist misslich und könnte nur durch eine Vertragsänderung – Streichung von Art. 269 AEUV – bereinigt werden.⁵⁶ Denn wie soll es Staaten, die Probleme mit der Rechtsstaatlichkeit haben sollen, verständlich gemacht werden, dass unionsrechtlich eine gerichtliche Kontrolle nur eingeschränkt möglich ist?

Literaturverzeichnis

Blumann, Claude, Une avancée mal assurée de la justiciabilité de l'article 7 TUE – CJUE, gde ch., 3 juin 2021, Hongrie/Parlement européen, aff. C-650/18, *Revue des Affaires Européennes* 2021/2, 399–413.

54 In diesem Sinn auch *Blumann* (Anm. 12), R.A.E. 2021/2, 399 (412), der zwischen Abstimmungsverfahren mit einer variablen Mehrheit (abhängig von der Zahl der Abstimmenden) und mit einer festen Mehrheit (als Mehrheit der Mitglieder) unterscheidet, wie sie beide in Art. 354 Abs. 4 AEUV vorgesehen sind.

55 *Blumann* (Anm. 12), R.A.E. 2021/2, 399 (413).

56 So, wenn auch mit etwas anderer Stoßrichtung, *Jaap W. de Zwaan*, How to Enforce the Fundamental Values of the European Union?, in: *Bratislava Law Review* 5 (2021) 1, 9–24 (22).

- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin* (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, München, Loseblatt.
- Groussot, Xavier/Zemskova, Anna*, Hungary v European Parliament (C-650/18): Enhancement of the Protection of the Rule of Law and Process-Oriented Review: Constitutional Business as Usual?, *EU Law Live*, 7.6.2020.
- Hatje, Armini/Tichý Luboš* (Hrsg.), *Liability of Member States for the Violation of Fundamental Values of the European Union*, *EuR* 2018, Beiheft 1.
- Kochenov, Dimitry*, Article 7: A Commentary on a Much Talked-About ‘Dead’ Provision, in: Armin von Bogdandy/Piotr Bogdanowicz/Iris Canor/Christoph Grabenwarter/Maciej Taborski/Matthias Schmidt (Hrsg.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Berlin 2021, S. 127–154.
- Niedobitek, Matthias*, Der Gerichtshof der Europäischen Union – multinationales Rechtsprechungsordnung und Integrationsmotor, in: Peter Becker/Barbara Lippert (Hrsg.), *Handbuch Europäische Union*, Wiesbaden 2020, S. 429–458.
- Schwarze, Jürgen* (Hrsg.) *EU-Kommentar*, 4. Aufl., Baden-Baden 2019.
- Streinz, Rudolf* (Hrsg.), *EUV / AEUV*, 3. Aufl., München 2018.
- Wunderlich, Nina*, Von der Rechtsgemeinschaft zur Verweigerungsunion?, in: *Europarecht* 2019, 557–577.
- Zwaan, Jaap W. de*, How to Enforce the Fundamental Values of the European Union?, in: *Bratislava Law Review* 5 (2021) 1, 9–24.

Das Urteil des polnischen Obersten Gerichts vom 16.9.2021 (Sign.: I KZ 29/21) und die Rechtsprechung des EuGH und des EGMR zur Unabhängigkeit der Justiz in Polen. Textdokumentation mit Einführung

Tina de Vries

Abstract Deutsch

Die Krise des polnischen VerFGH begann unmittelbar nach den Sejm-Wahlen 2015, als drei ordnungsgemäß ernannte Verfassungsrichter nicht vereidigt wurden und die Richterstellen mit anderen Personen besetzt wurden. Der VerFGH entschied 2015 in zwei Urteilen über die Nichternennung von Richtern, die vom Sejm gewählt worden waren, und kam zu dem Schluss, dass drei der gewählten Richter rechtmäßig vom Sejm der siebten Legislaturperiode ernannt worden waren. Diese Richter sind jedoch bis heute nicht vereidigt worden. Im Jahr 2016 folgten drei Änderungen des Gesetzes über den VerFGH, die der VerFGH ebenfalls für verfassungswidrig erklärte. Diese Urteile wurden verspätet veröffentlicht, obwohl sie aufgrund von Art. 190 Abs. 2 Verf unverzüglich zu veröffentlichen waren. Im Dezember 2016 endete die Amtszeit des damaligen Präsidenten des VerFGH. Wiederum wurde ein neues Gesetz über den VerFGH verabschiedet und der VerFGH mit mehr Richtern besetzt sowie ein neuer Präsident gewählt, der die bereits ordnungsgemäß besetzten Richterstellen zuließ und somit bereit war, die Politik zu befolgen.

Ab 2016 war dann die sog. „Justizreform“ auf der politischen Agenda. Sie begann mit der „Übernahme des LJR“ der willkürlichen Entlassung von Gerichtspräsidenten und deren Ersetzung oft durch Richter, die zuvor an das Justizministerium delegiert worden waren und die die Politik des Justizministers unterstützten, setzte sich fort in der Einrichtung von Disziplinarkammern – an den ordentlichen Gerichten, aber insbesondere auch am OG – die Richter und andere Juristen rügen sollen, und hatte mit der Verabschiedung des sogenannten „Maulkorbgesetzes“ einen weiteren Höhepunkt erreicht.

Die Bedrohungen für die Unabhängigkeit der Justiz und die Rechtsstaatlichkeit in Polen wurden sowohl von der EU als auch von den betroffenen polnischen Bürgern vor Gericht angefochten. Einige der wichtigsten Entscheidungen sind erst kürzlich ergangen, wie die Urteile des EGMR vom 7.5.2021, *Xero Flor Poland Ltd. v. Poland*, Application No. 4907/18; vom 29.6.2021, *Broda und Bojara v. Poland*, Application No. 26691/18 und 27367/18; und vom 22.7.2021, *Reczkowicz v. Poland* Application No. 43447/19. Zuvor war der EuGH bereits mit einem Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV befasst, zunächst wegen der Festsetzung des neuen Renteneintrittsalters für Richter: EuGH-Urteil vom 5.11.2019 in der Rechtssache C-619/18 und mit dem Vorlagebeschluss zur Unabhängigkeit der Disziplinarkammer des Obersten Gerichtshofs: EuGH-Urteil vom 19.11.2019 – verbundene Rechtssachen C-585/18, C-624/18 und C-625/18. Das Urteil des EuGH vom 2.3.2021 – Rechtssache C-824/18 betraf eine Vorlageentscheidung des Obersten Verwaltungsgerichts über die Überprüfbarkeit des Verfahrens zur Ernennung von Richtern an der OG und die Rolle des nach der so

genannten „Justizreform“ eingerichteten LJR. Ein weiteres Urteil vom 15.7.2021 – Rechtssache C-791/19 betraf die Einschränkung des Rechts und der Pflicht der nationalen Gerichte, den EuGH um Vorabentscheidungen zu ersuchen.

Im Urteil des polnischen OG vom 16.9.2021 (Sign.: I KZ 29/21) wurde ausführlich das Verhältnis zwischen dem EU-Recht, dem Recht der EMRK und den dazu ergangenen Urteilen und Beschlüssen des polnischen VerfGH und der ordentlichen polnischen Gerichte kommentiert. Anhand dieser Entscheidung lässt sich der aktuelle Stand des Konflikts um die Unabhängigkeit der polnischen Gerichte und das Spannungsverhältnis zwischen nationalem Recht und der Anwendung des europäischen Rechts im weiteren Sinne gut nachvollziehen.

Abstract English

The crisis of the Constitutional Tribunal began immediately after the 2015 Sejm elections, when three duly appointed constitutional judges were not sworn in and the judges' positions were filled by other persons. The Constitutional Tribunal ruled on the non-appointment of judges elected by the Sejm in two judgments in 2015 and concluded that three of the elected judges were lawfully appointed by the Sejm of the VII legislative term. However, these judges have not been sworn in to date. This was followed in 2016 by three amendments to the Law on the Constitutional Tribunal, which the Constitutional Court also found unconstitutional. These rulings were published late, although they were to be published in the relevant official gazette immediately without reservations due to Art. 190 para. 2 Constitution. In December 2016, the term of office of the then President of the Constitutional Court ended. Once again, a new Law on the Constitutional Tribunal was passed and the Constitutional Tribunal was staffed with more judges and a new president was elected who admitted judges appointed to positions that had already been duly filled and was thus prepared to comply with the policy.

Then, from 2016 onwards, the so-called “judicial reform” was put on the political agenda. Which began with the “takeover of the National Council of the Judiciary” of the arbitrary dismissal of court presidents and their replacement often with judges who had previously been delegated to the Ministry of Justice, supporting the policy of the Minister of Justice, and continued in the establishment of the disciplinary chambers – at the ordinary courts, but especially also those at the Supreme Court – which are to reprimand judges and other jurists, and had reached a further climax with the adoption of the so-called “Muzzle Law”.

The threats to the independence of the judiciary and the rule of law in Poland have been addressed in court by both the EU and affected Polish citizens. Some of the most important decisions have been issued recently, such as the ECtHR's judgments of 7.5.2021, *Xero Flor Poland Ltd. v. Poland*, Application No. 4907/18; of 29 June 2021, *Broda and Bojara v. Poland*, Application Nos. 26691/18 and 27367/18; and of 22.7.2021, *Reczkowicz v. Poland* Application No. 43447/19. Prior to this, the ECJ had already been seized with infringement proceedings under Article 258 TFEU, initially on the setting of the new retirement age for judges: ECJ judgment of 5.11.2019 in case C-619/18 and with the referral decision on the independence of the disciplinary chamber of the Supreme Court: ECJ judgment of 19.11.2019 – joined cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18. The judgment of the ECJ of 2.3.2021 – Case C-824/18 concerned a referral decision of the Supreme Administrative Court on the reviewability of the procedure of appointment of judges to the OG and the role played by the National Council of the Judiciary established after the so-called “judicial reform”. Another judgment of 15.7.2021 – Case C-791/19 concerned the limitation of the right and duty of national courts to ask the ECJ for preliminary rulings.

In The Judgment of the Polish Supreme Court of 16.9.2021 (sign.: I KZ 29/21) the reasoning commented in detail on the relationship between EU law, the law of the ECHR and the judgments and decisions of the Polish Constitutional Court and the Polish courts issued in this regard. On the basis of this decision, the current state of the conflict over the independence of the Polish courts and the tension between national law and the application of European law in the broad sense can be easily understood.

1. Einführung

Die Krise des VerfGH begann bereits unmittelbar nach der Sejm-Wahl 2015 mit der Nichtvereidigung dreier ordnungsgemäß ernannter Verfassungsrichter und der Besetzung der Richterstellen mit anderen Personen. Der VerfGH entschied 2015 in zwei Urteilen¹ über die Nichtberufung der vom Sejm gewählten Richtern und kam zu dem Ergebnis, dass drei der gewählten Richter vom Sejm der VII. Legislaturperiode rechtmäßig ernannt wurden. Diese Richter wurden jedoch bis heute nicht vereidigt. Darauf folgte 2016 die dreimalige Änderung des VerfGHG, die der VerfGH ebenfalls für verfassungswidrig hielt². Diese Urteile wurden erst spät veröffentlicht, obwohl sie ohne Vorbehalte aufgrund von Art. 190 Abs. 2 Verf im entsprechenden Amtsblatt zu veröffentlichen waren. Im Dezember 2016 endete dann die Amtszeit des damaligen Präsidenten des VerfGH. Erneut wurde ein neues VerfGHG³ verabschiedet und der VerfGH wurde mit weiteren Richtern besetzt und eine neue Präsidentin gewählt, die die Richter, die auf Stellen berufen wurden, die bereits ordnungsgemäß besetzt worden waren, zuließ und somit bereit war, die Vorgaben der Politik zu erfüllen.

Ab dem Jahr 2016 wurde dann die sog. „Justizreform“ auf die politische Agenda gesetzt. Die mit der „Übernahme des Landesjustizrats“ der willkürlichen Abberufung der Gerichtspräsidenten und deren Neubesetzung häufig mit Richtern, die vorher ins Justizministerium delegiert waren, und den Kurs des Justizministers unterstützen, begann und in der Einrichtung der Disziplinarkammern – an den ordentlichen Gerichten, insbesondere aber auch der am Obersten Gericht (nachfolgend:

- 1 Urteile des VerfGH vom 3.12.2015, Sign. K 34/15, Dz.U. 2015, Pos. 2129, OTK Serie A 2015 Nr. 11, Pos. 185, KSAG 2016 Nr. 2; vom 9.12.2015, Sign.: K 35/15, Dz.U. 2015, Pos. 2147, OTK Serie A 2015 Nr. 11, Pos. 186, KSAG 2016 Nr. 2.
- 2 Urteile des VerfGH vom 9.3.2016, Sign.: K 47/15, Dz.U. 2018, Pos. 1077, das im Dz.U. mit der Bemerkung: „Erlassen unter Verletzung des Rechts“ veröffentlicht wurde, KSAG 2016 Nr. 3, S. 95, OTK Serie A 2016, Pos. 2, OTK Serie A 2018, Pos. 31; vom 11.8.2016, Sign.: K 39/16 Dz.U. 2018, Pos. 1078 GP, OTK Serie A 2016, Pos. 71, Przeg.Orz. SA Gd. 2016 Nr. 4, S. 109, OTK Serie A 2018, Pos. 32, sowie das Urteil vom 7.11.2016 Sign.: K 44/16, Dz.U. 2018, Pos. 1079, GP, OTK Serie A 2016, Pos. 86, Przeg. Orz. SA Gd. 2017 Nr. 1, S. 124, OTK Serie A 2018, Pos. 33, zur Berufung des Präsidenten und Vizepräsidenten des VerfGH wurden zunächst nicht veröffentlicht.
- 3 Es handelte sich um drei Gesetze, das VerfGHG: Dz.U. 2016, Pos. 2072, mit späteren Änderungen, das Gesetz über die Richter am VerfGH: Dz.U. 2016, Pos. 2073, einheitliche Fassung Dz.U. 2018, Pos. 1422., sowie das Einführungsgesetz zum VerfGHG: Dz.U. 2016, Pos. 2074, mit späteren Änderungen.

„OG“) – die Richter und andere Juristen maßregeln sollen, fortsetzt⁴ und mit der Verabschiedung des sog. „Maulkorbgesetzes“⁵ einen weiteren Höhepunkt erreicht hatte.

Gegen die Bedrohungen für die Unabhängigkeit der Justiz und den Rechtsstaat in Polen gingen sowohl die EU als auch betroffene polnische Bürger gerichtlich vor. Einige der wichtigsten Entscheidungen wurden erst vor kurzem erlassen, so z.B. die Urteile des EGMR vom 7.5.2021, Xero Flor Polen GmbH v. Polen, Antrag Nr. 4907/18; vom 29.6.2021, Broda und Bojara v. Polen, Antrag Nr. 26691/18 und 27367/18; und vom 22.7.2021, Reczkowicz v. Polen Antrag Nr. 43447/19. Davor war bereits der EuGH mit Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV zunächst mit der Festlegung des neuen Rentenalters für Richter am OG befasst: Urteil des EuGH vom 24.6.2019 in der Rechtssache C-619/18⁶ sowie für Richter an den ordentlichen Gerichten: Urteil des EuGH vom 5.11.2019 in der Rechtssache C-619/18⁷ und mit der Vorlageentscheidung über die Unabhängigkeit der Disziplinarkammer des OG: Urteil des EuGH vom 19.11.2019 – verbundene Rechtssachen C-585/18, C-624/18 und C-625/18⁸. Das Urteil des EuGH vom 2.3.2021 – Rechtssache C-824/18⁹ betraf eine Vorlageentscheidung des Obersten Verwaltungsgerichts (nachfolgend: „OVG“) über die Überprüfbarkeit des Verfahrens der Berufung von Richtern ans OG und die Rolle, die der nach der sogenannten „Justizreform“ gebildete Landesjustizrat (nachfolgend: „LJR“) dabei wahrnahm. Ein weiteres Urteil vom 15.7.2021 – Rechtssache C-791/19 betraf die Beschränkung des Rechts und der Pflicht der nationalen Gerichte, sich mit Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof zu wenden¹⁰.

Der Sachverhalt, der der Textdokumentation zugrunde liegt, ist Folgender: Im Juni 2021 lehnte ein Richter, der im Jahr davor durch den neu zusammengesetzten LJR auf eine Richterstelle in die Kammer für Strafsachen am OG berufen worden war, die Wiederaufnahme des Verfahrens, die ein Häftling beantragt hatte, wegen offensichtlicher Unbegründetheit ab. Diese Entscheidungen ergehen nach der polnischen StPO in der Besetzung mit einem Richter. Gegen die Ablehnung kann Beschwerde eingelegt werden und über diese entscheidet die Strafkammer am OG in der Besetzung mit drei Richtern. Die drei Richter der Beschwerdeinstanz gaben der Beschwerde statt. In der Begründung nahmen sie ausführlich zum Verhältnis zwischen EU-Recht, dem Recht der EMRK und den dazu ergangenen Urteilen und Entscheidungen des polnischen VerfGH und der polnischen Gerichte Stellung. Anhand dieses Beschlusses ist der derzeitige Stand des Konflikts um die Unabhängigkeit der polnischen Gerichte im Spannungsfeld zwischen natio-

4 Vgl. hierzu das Urteil des EuGH vom 19.11.2019 in den RS C-585/18, C-624/18 und C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982.

5 Gesetz über die Änderung des Rechts über das System der ordentlichen Gerichte (GSOG), das OG (GOG) sowie einiger anderer Gesetze, Dz.U. 2020, Pos. 190.

6 ECLI:EU:C:2019:531.

7 ECLI:EU:C:2019:924.

8 ECLI:EU:C:2019:982.

9 ECLI:EU:C:2021:153

10 ECLI:EU:C:2021:596.

nalem Recht und der Anwendung des europäischen Rechts i.w.S. gut nachzuvollziehen.

2. Textdokumentation, Beschluss des OG vom 16.9.2021 in der Sache I KZ 29/21

Das OG [...] im Fall von K. J. [...] Häftlingsbeschwerde gegen die Entscheidung des OG vom 16.6.2021, [...] über die Ablehnung eines Antrags auf Wiederaufnahme des Verfahrens nach Art. 439 Abs. 1 Nr. 2 StPO i.V.m. Art. 545 Abs. 3 StPO, hat beschlossen, die angefochtene Entscheidung aufzuheben und den Antrag des Verurteilten auf Wiederaufnahme des Verfahrens zur erneuten Prüfung an das OG zu verweisen.

Begründung

In der Entscheidung vom 16.6.2021, in der Sache I KO 6/21, gemäß Art. 545 § 3 StPO lehnte das OG den Antrag des Verurteilten auf Wiederaufnahme des Verfahrens ab, da es ihn für offensichtlich unbegründet hielt. Die verurteilte Person legte gegen diese Entscheidung Beschwerde ein. In der Beschwerde hat der Verurteilte keine formellen Einwände gegen die angefochtene Entscheidung erhoben. Das OG habe sehr wichtige Rechtsfragen nicht angesprochen [...], er hatte die Rechtsmängel des Verfahrens in der Rechtssache [...] des Berufungsgerichtes [...] ausführlich dargestellt. Abschließend beantragte er die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung (Az. 12 I KZ 29/21).

Das OG entschied wie folgt: Die vom Verurteilten eingelegte Beschwerde musste dazu führen, dass die angefochtene Entscheidung aufgehoben und der Fall, soweit es um den Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens geht, zur erneuten Verhandlung verwiesen wird, da die Entscheidung von einem Gericht in nicht ordnungsgemäßer Besetzung erlassen wurde (Art. 439 Abs. 1 Nr. 2 StPO). In dem Beschluss der drei verbundenen Kammern des OG vom 23.1.2020 (BSA I-4110-1/2020; OSNKW 2020, Heft 2, Pos. 7¹¹) wurde festgestellt: *„Eine nicht ordnungsgemäße Besetzung des Gerichts i. S. v. Art. 439 § 1 Abs. 2 StPO oder eine Unvereinbarkeit der Zusammensetzung des Gerichts mit den gesetzlichen Bestimmungen i. S. v. Art. 379 Abs. 4 ZVerfGB liegt auch dann vor, wenn zur Zusammensetzung des Gerichts eine Person gehört, die auf Antrag des LJR, der nach dem Verfahren der Bestimmungen des Gesetzes vom 8.12.2017 zur Änderung des Gesetzes über den LJR und einiger anderer Gesetze gebildet wurde, in das Amt eines Richters des OG berufen wurde (Dz.U. 2018, Pos. 3).“* Dieser Beschluss – erlangte nach Art. 87 Abs. 1 Gesetz über das OG (Dz.U. 2021, Pos. 154¹²) – sofort nach seiner Verabschiedung die Kraft eines Rechtsgrundsatzes und bindet jede Zusammensetzung des OG, solange davon nicht – nach der Norm des Art. 88 Abs. 2 GOG – abgewichen wird. (...) In seiner Begründung wurden ausführlich und umfassend

11 Anm. der Übersetzerin: Zitate und Hervorhebungen im Text sind vom OG.

12 Im Folgenden: „GOG“.

juristische Argumente vorgelegt, die zur Annahme des Rechtsgrundsatzes mit diesem Inhalt führte. Daher ist das OG in der Zusammensetzung in dieser Sache nicht nur aufgrund der Bestimmung des GOG an den getroffenen Beschluss gebunden, sondern auch, weil es die darin dargelegte rechtliche Argumentation akzeptiert und feststellt, dass sich die Rechtslage, aufgrund derer er gefasst wurde, nicht geändert hat.

Dem gegenwärtigen Spruchkörper ist natürlich bekannt, dass der VerFGH am 20.4.2020 in der Rechtssache U2/20 entschieden hat, dass der Beschluss des OG vom 23.1.2020 unvereinbar ist mit:

- (a) Art. 179, Art. 144 Abs. 3, Nr. 17, Art. 183 Abs. 1, Art. 45 Abs. 1, Abs. 8 Nr. 1, 7 und 2 Verf,
- (b) Art. 2 und Art. 4 Abs. 3 EUV,
- (c) Art. 6 Abs. 1 EGMR; OTK-A 2020, Pos. 61 (Dz. U. 2020, Pos. 376).

In seiner abweichenden Meinung zu diesem VerFG-Urteil hat Richter L. Kieres sehr ausführlich und präzise dargelegt, dass der Beschluss des OG vom 23.1.2020 keine allgemeinen und abstrakten Normen enthält und daher nicht als Rechtsvorschrift i. S. v. Art. 188 Abs. 3 Verf qualifiziert werden kann (abweichende Meinung – Rn. 126–217), und zwar deshalb, weil die Funktion dieser Beschlüsse in der Auslegung von Gesetzen und nicht in der Schaffung von Gesetzen besteht (Rn. 187–193). Darüber hinaus argumentierte er, dass es keine verfassungsrechtliche Grundlage für die Schlussfolgerung gebe, dass der VerFGH eine Aufsichtsfunktion über die Rechtsprechungstätigkeit (einschließlich der Fassung von Beschlüssen) des OG ausüben könne, zumal das OG nicht mit Gesetzgebungsbefugnissen ausgestattet sei (selbst die Befugnisse interner Organe zum Erlass interner verbindlicher Vorschriften seien begrenzt – Rn. 200). Er hat auch ausführlich dargelegt, dass der Beschluss vom 23.1.2020 keinen normativen Charakter hat (Rn. 210–217). Richter P. Pszczółkowski führte in seiner abweichenden Meinung ähnliche Argumente an und verwies darauf, dass der VerFGH den Beschluss vom 23.1.2020 fälschlicherweise als einen Rechtsakt zur Einführung einer Rechtsnorm qualifiziert habe, und dass der VerFGH selbst über den Umfang seiner Zuständigkeit und den durch den Inhalt der Art. 188 und 189 Verf vorgegebenen Rahmen hinausgegangen sei und sich in die Sphäre der gerichtlichen Entscheidungsfindung der Gerichte eingemischt habe – somit habe er außerhalb seines Zuständigkeitsbereichs gehandelt und den Grundsatz der Unabhängigkeit der Gerichte in Bezug auf ihre richterlichen Funktionen verletzt (Rn. 283–284). Noch nachdrücklicher – und angesichts der derzeitigen Zusammensetzung des OG sehr vernünftig – wies er in seinem weiteren Vorbringen darauf hin, dass **der VerFGH tatsächlich versucht habe, die Umsetzung des EuGH-Urteils vom 19.11.2019 zu blockieren** (C-585/18, C-624/18 und C-625/18). Unter Bezugnahme auf den Beschluss der drei Kammern des OG vom 23.1.2020 erklärte Richter Pszczółkowski, dass dieser Beschluss ein Akt der Rechtsanwendung sei, in dem das OG die Voraussetzungen der absoluten Berufungsgründe und der Nichtigkeit von Gerichtsverfahren rekonstruiert (interpretiert) habe – unter Berücksichtigung sowohl der verfassungsrechtlichen Anforderungen als auch derjenigen Anforderungen, die sich aus dem EU-Recht ergeben

(erläutert im Urteil vom 19.11.2019) – im Hinblick auf das Grundrecht auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht. Der OG hat keine neuen Rechtsvorschriften geschaffen, sondern den Inhalt einer Rechtsvorschrift unter Berücksichtigung übergeordneter Normen bestimmt (Rn. 302, Rn. 310). Die These, dass der Beschluss des OG nicht vom VerfGH geprüft werden könne, ohne gegen Art. 188 Abs. 3 Verf zu verstoßen, wurde auch von J. Wyrembak in seiner abweichenden Meinung vertreten (Rn. 318–326).

Dieses Urteil wurde vom EGMR im Rahmen der Prüfung der in Art. 6 Abs. 1 EMRK enthaltenen Norm bewertet, wahrscheinlich aufgrund des Hinweises des VerfGH in seinem Urteil U 2/20 (unter c) auf die Unvereinbarkeit des Beschlusses des OG mit der EMRK. Diese Bewertung wurde in dem Urteil vom 22.7.2021 in der Rechtssache *Reczkowicz gegen Polen*¹³ getroffen. Auf dieses Urteil des EGMR wird unten noch ausführlicher eingegangen. Hier sei nur angemerkt, dass das Urteil des VerfGH im Rahmen der Prüfung des Maßstabs von Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht als fundiert angesehen wurde. Der EGMR stellte fest, dass sich der VerfGH nur auf den Schutz der verfassungsmäßigen Vorrechte des Präsidenten konzentrierte, wichtige Fragen (die Frage des Status des LJR als unabhängiges Gremium) außer Acht ließ und auf eine aussagekräftige Analyse des Beschlusses des OG im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung verzichtete. Darüber hinaus stellte der EGMR den Hinweis des VerfGH im Zusammenhang mit der angeblichen Norm des Art. 6 Abs. 1 EMRK auf den Ausschluss der Befugnis „anderer Richter“ zur Beurteilung des „Rechts des Richters zur Entscheidung“ oder zur Überprüfung des der Ernennung des Präsidenten vorausgehenden Verfahrens als völlig unbegründet in Frage, und wies darauf hin, dass er „in seiner Rechtsprechung keine mögliche Grundlage für eine solche Schlussfolgerung“ sehe (§§ 261–262). Diese Feststellungen zeigen, dass der VerfGH im Urteil vom 20.4.2020 falsche Methoden zur Bewertung des Standards von Art. 6 Abs. 1 EMRK angewandt hat. Der EGMR bewertete das Urteil U 2/20 in diesem Zusammenhang stark und wies darauf hin, dass **die Bewertung des VerfGH im Hinblick auf den Maßstab des Art. 6 Abs. 1 EMRK als willkürlich angesehen werde, und da es sich um eine solche Beurteilung handelt, kann sie keinen Einfluss darauf haben, ob eine Rechtsverletzung vorliegt** (§ 262). Weitere Anmerkungen des EGMR werden unten dargelegt. Hier kann nur festgestellt werden, dass das Urteil des VerfGH unter dem Gesichtspunkt der Verletzung der Rechtsstaatlichkeit und der Unabhängigkeit der Justiz bewertet wurde (§ 263).

Zurückkommend auf das Urteil in der Rechtssache U 2/20 beweist nach Ansicht des OG die einschlägige Argumentation in diesen abweichenden Stellungnahmen, dass der VerfGH dem Beschluss vom 23.1.2020 das Kriterium einer Rechtsnorm zuerkannt hat, obwohl es sich um einen typischen Auslegungsakt handelt. Indem der VerfGH dem Beschluss einen anderen Charakter als den tatsächlichen zuschrieb, und zwar in einer mit Art. 188 Abs. 3 Verf unvereinbaren Weise, schuf er sich selbst die Befugnis, ihn zu bewerten und „für ungültig zu erklären“, obwohl er über keine solche Befugnis verfügte, wie Herr Kieres und die anderen

13 EGMR, Urteil vom 22.7.2021, *Reczkowicz v. Polen*, Antrag Nr. 43447/19.

Verfasser abweichender Meinungen treffend dargelegt haben. Zudem hat es im Wortlaut seines Urteils nicht die Ungültigkeit der angeblich durch den Beschluss geschaffenen Rechtsnorm mit den angegebenen Maßstäben erklärt, die angeblich durch den Beschluss geschaffen wurden, sondern den gesamten Beschluss für ungültig erklärt, der ja keine Rechtsvorschrift ist und durch seinen Inhalt nur die Spruchkörper des OG bindet, und damit nicht einmal die ordentlichen Gerichte. Dies allein zeigt, dass der Beschluss nicht den Charakter einer Rechtsnorm i. S. einer allgemeinen und abstrakten Regelung haben kann. Bei einer negativen Entscheidung, wie im Fall U 2/20, wird zwar eine Rechtsnorm geprüft, aber die Entscheidung richtet sich auf eine bestimmte Vorschrift, in der die Norm zum Ausdruck kommt (Beschluss des VerfGH vom 13.10.1998, SK 3/98, OTK 1998, Heft 5, S. 69). Das Urteil in der Sache U 2/20 hat einen solchen Inhalt nicht und konnte ihn nicht haben, da der Beschluss vom 23.1.2020 keine Rechtsnorm, sondern Auslegungsvorschriften enthielt.

Weiter ist anzumerken, dass der VerfGH sich ebenso leicht „Kassations“-Zuständigkeiten im Bereich der Verteidigung der sogenannten Justizreform zuschreibt, und ebenso leicht Entscheidungen anderer Gerichte „annulliert“, ohne dafür eine Begründung zu haben (das EGMR-Urteil vom 7.5.2021 in der Rechtssache Xero Flor v. Polen als *non existens* zu bezeichnen – vgl. Punkt 2.2. des Urteils vom 15.6. 2021, Sign. P 7/20, OTK-A 2021, Pos. 30). Es sollte hinzugefügt werden, dass in der Literatur seit langem darauf hingewiesen wird, dass **die Standards des Art. 6 Abs. 1 EMRK auch für Fälle gelten, die vor dem VerfGH verhandelt werden, wenn sein Ergebnis unmittelbar oder mittelbar für zivilrechtliche Rechte oder Pflichten entscheidend ist.** (vgl. z. B. P. Hofmański, A. Wrobel in: L. Garlicki [Hrsg.] Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Band I. Kommentar zu den Art. 1–8, Warschau 2010, S. 271 und die dort angegebenen Entscheidungen des EGMR Pammel v. Deutschland oder Pauer v. Österreich, Becker v. Deutschland; A. Redelbach, Die Gerichte und der Schutz der Menschenrechte, Thorn 1999, S. 260 und die dort angegebenen Fälle Sussman v. Deutschland und Ruiz-Mateos v. Spanien). Diese Umstände wurden in dem Urteil P 7/20 überhaupt nicht erwähnt, aber wenn man solche Aussagen über das Urteil des EGMR als rechtlich nicht existent deklariert, sollte man sie doch zumindest zur Kenntnis nehmen und darauf verweisen. Daher hat der VerfGH in der Rechtssache P 7/20 auch in diesem Bereich die rechtliche Bewertung diametral verfehlt und das Urteil eines anderen Gerichts „gestrichen“, obwohl es nicht nur keine Gründe dafür hatte, sondern nicht einmal bemerkte, dass der EGMR nur das wiedergab, was er in seiner früheren Rechtsprechung dargelegt hatte.

[...] Nach Ansicht des OG zielte die Entscheidung des VerfGH vom 20.4.2020 in der Rechtssache U 2/20 – durch die Behauptung, dass der Beschluss vom 23.1. 2020 eine Rechtsnorm schaffe (obwohl eine solche Norm durch diesen Beschluss nicht geschaffen werden konnte) – nur darauf ab, den Mechanismus der Auslegung der angegebenen Bestimmungen in einer Weise zu blockieren, die mit dem Beschluss vom 23.1.2020 durch andere Gerichte (und das OG selbst) übereinstimmt, sowie auf die Nichtumsetzung der im Urteil des EuGH vom 19.11.2019 enthaltenen Empfehlungen. Ein solcher Schluss ist auch zulässig, wenn man bedenkt, dass

zu den Richtern dieses Gremiums auch Personen gehörten, die diese Reformen im Sejm durchgeführt haben und z. B. wichtige Funktionen bei der Verabschiedung der entsprechenden Gesetze innehatten (S. Piotrowicz – als Berichterstatter in dieser Sache und zuvor als Vorsitzender des Sejm-Ausschusses für Justiz und Menschenrechte, der über den Gesetzentwurf zur Änderung des Gesetzes über den LJR und einiger anderer Gesetze – Drucksache 1423, den Verfahrensverlauf – <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=1423>; K. Pawłowicz als Mitglied des Sejm), und ein solcher Mechanismus, insbesondere im Zusammenhang mit der Umsetzung des Urteils des EuGH vom November 2019, kann nicht dazu führen, dass das OG an den Inhalt eines solchen Urteils gebunden ist, obwohl es veröffentlicht wurde (Art. 190 Abs. 1 Verf).

Wie noch zu zeigen sein wird, leidet dieses Urteil auch an einem anderen, weit-aus schwerwiegenderen verfassungsrechtlichen Mangel. Das Urteil wurde vom gesamten VerfG verkündet. M. Muszyński und J. Wyrembak nahmen daran teil. Aus formaler Sicht soll dieses Urteil in den Genuss des in Art. 190 Abs. 1 Verf bestimmten Attributs kommen, und auf der Grundlage dieser Norm wird ein Rechtsbild geschaffen, nach dem der Beschluss des OG vom 23.1.2020 ungeachtet der Bestimmungen des GOG seine Wirkung verlieren soll. Denn die Entscheidungen des VerfGH gemäß Art. 190 Abs. 1 Verf sind allgemeinverbindlich und endgültig. Mit der Bestimmung des Art. 190 Abs. 1 Verf sollte sichergestellt werden, dass der VerfGH als von der Legislative und Exekutive unabhängige Instanz das letzte Wort über die Rechtsgültigkeit bestimmter Rechtsakte hat. Diese Bestimmung kann somit durch den Satz definiert werden: *Tribunal locutus, causa finita*. Diese ungewöhnliche Stärke, mit der Entscheidungen des VerfGH versehen wurden, war wahrscheinlich auf die Überzeugung zurückzuführen (die durch wesentliche Garantien für die Richter dieses Gremiums ergänzt wurde, darunter insbesondere der Ausschluss der Möglichkeit einer zweiten Amtszeit, was zum Wunsch hätte führen können, Politikern [die Wahl wird vom Sejm vorgenommen] mit ihren Entscheidungen zu gefallen), dass die Stärke des Rechts, verstärkt durch die Autorität dieses VerfGH (geschaffen von den an ihn berufenen Personen), über den politischen Willen siegen möge und so einen demokratischen Rechtsstaat aufbaut (Art. 2 Verf). Das OG ist sich bewusst, dass die Entscheidungen des VerfGH über die hierarchische Einhaltung von Rechtsnormen vorbehaltlos endgültig sind und dass in der verbindlichen Verfassungsordnung kein Raum für die Schaffung von Verfahren zur Überprüfung des Inhalts der Entscheidungen des VerfGH oder ihrer formalen Bedingungen besteht. Insbesondere ist es nicht möglich, auf die Urteile des VerfGH die im Zivilprozess vorgesehenen Bestimmungen über die Nichtigkeit des Verfahrens anzuwenden, und es ist auch nicht möglich, das Verfahren vor dem VerfGH in einer Rechtssache, die durch ein Urteil dieses Gerichts abgeschlossen wurde, unter Anwendung der Bestimmungen der ZVerfGB wieder aufzunehmen (u. a. Beschluss des VerfGH vom 17.7.2003, Az. 13/02 – Abs. 9.2.; Urteil des VerfGH in der Rechtssache K 39/16; M. Florczak-Wątor, Entscheidungen des VerfGH und ihre Rechtsfolgen, Poznań 2006, S. 54–57). Vor dem Hintergrund der Formulierung des Art. 190 Abs. 1 Verf zur Allgemeinverbindlichkeit und Endgültigkeit von Urteilen (durch die die Sache hinsichtlich ihres Kerns entschieden wird – vgl. dazu

A. Mączyński, J. Podkowik in: M. Safjan, L. Bosek [Hrsg.] *Verf der Republik Polen*. Bd. II. Kommentar, Warschau 2016, S. 1189–1190) wird darauf hingewiesen, dass das Wesen dieses Konzepts die materielle Geltung in positiver Hinsicht (*erga omnes*) und in negativer Hinsicht (*res iudicata*) ist, und dies führt im positiven Sinne – zur Verpflichtung aller Rechtssubjekte und aller Organe der öffentlichen Gewalt, den Entscheidungen des VerfGH Folge zu leisten, und im negativen Sinne – zum Ausschluss wiederholter Verfahren in derselben Sache (vgl. M. Florczak-Wątor, *Rechtsprechung...*, S. 58–66; P. Winczorek, *Kommentar zur Verf der Republik Polen*, Warschau 2000, S. 246–247). Es wird auch betont, dass eine solche Entscheidung ab dem Zeitpunkt ihres Erlasses (verstanden als Bekanntgabe an die Verfahrensbeteiligten) Gültigkeit erlangt und ab dem Zeitpunkt ihrer öffentlichen Bekanntgabe sowohl die Verfahrensbeteiligten als auch die übrigen Staatsorgane bindet (Urteil des VerfGH vom 21.4.2016, K 2/14, OTK-A 2016, Pos. 18). Die Unanfechtbarkeit der Entscheidung bedeutet, dass Verfassungsgerichtsentscheidungen von keinem Staatsorgan aufgehoben oder geändert werden können. Solche Entscheidungen können weder von einem politischen Gremium institutionalisiert noch im Rahmen eines Gerichtsverfahrens überprüft werden. Die Endgültigkeit einer Entscheidung des VerfGH hat Verfassungsrang, und die Verfassung sieht kein Verfahren zur Anfechtung der Gültigkeit oder Richtigkeit einer solchen Entscheidung vor (vgl. A. Mączyński, J. Podkowik in: M. Safjan, L. Bosek [Hrsg.] *Verf der Republik Polen...*, S. 1191–1192). Alle diese Feststellungen wurden unter Bezugnahme auf Art. 190 Abs. 1 Verf getroffen. Es ist klar, dass diese in der Verfassung (Art. 190 Abs. 1) enthaltene Norm, die eine sehr starke (ausschlaggebende) Position des VerfGH festlegt (die Wirkungen des Urteils können von den gesetzgebenden und ausführenden Organen – dem Parlament, der Regierung oder dem Präsidenten – nicht aufgehoben werden), ähnlich wie andere Rechtsnormen konstruiert wurde und somit **eine normale, typische rechtliche (legale) Situation definiert, in der der – ordnungsgemäß, unter Einhaltung der Verfassungsnormen, gewählte – VerfGH ein solches Urteil fällt.**

Die Annahme, die der Konstruktion dieser Verfassungsbestimmung (die eine solche Norm enthält) zugrunde lag, war daher diese, dass diese Entscheidungen – mit solcher Kraft – von einem VerfGH erlassen werden, dessen Zusammensetzung mit den übrigen Verfassungsnormen übereinstimmt. Der Verfassungsgesetzgeber ist schließlich nicht davon ausgegangen, dass es in Zukunft dazu kommen würde, dass

- Personen auf Richterstellen gewählt werden, die bereits besetzt sind,
- Sejmbeschlüsse aus der vorangegangenen Legislaturperiode „ohne Verfahren“ (ohne Rechtsgrundlage) aufgehoben werden,
- Verfassungsgerichtsentscheidungen durch Politiker unter dem Vorwand, im Rahmen von Art. 7 Verf zu handeln, nicht veröffentlicht werden,
- der Präsident der Republik Polen (der Hüter der Verfassung) sich weigert, ordnungsgemäß gewählten Richtern den Eid abzunehmen.

Es ging also nicht darum, dass irgendein Gremium als „Verfassungsgerichtshof“ bezeichnet wird und die Personen, die in einem solchen Gremium sitzen, als Richter des VerfGH bezeichnet werden, sondern darum, dass **es sich um ein Gre-**

mium handelt, das in der Verfassung als Verfassungsgerichtshof bezeichnet wird und somit die Anforderungen der Verfassung der Republik Polen auch in Bezug auf die Ernennung von Richtern in diesem Gremium erfüllt. Im Urteil vom 3.11.2015, K 34/15 (OTK-A 2015, Heft 11, Pos. 185), vertrat der VerfGH die Auffassung, dass die Wahrung des Grundsatzes des Vorrangs der Verfassung und letztlich auch der Freiheiten und Rechte des Menschen unter anderem in der richterlichen Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Normen besteht, die von einer von der Legislative und Exekutive unabhängigen und getrennten Instanz ausgeübt wird, während **die Verfassungsgerichtsbarkeit in der europäischen Rechtskultur von Anfang an als Schutz des Einzelnen vor der „Tyrannei der Mehrheit“ und als Garant für den Vorrang des Rechts vor der Gewalt gedacht war.** Es wurde nachdrücklich betont, dass nach den Erfahrungen totalitärer Herrschaft kein Zweifel daran besteht, dass auch ein demokratisch gewähltes Parlament nicht die Kompetenz hat, grundgesetzwidrige Entscheidungen zu treffen, auch dann nicht, wenn zu ihrer Begründung das abstrakt verstandene Wohl des Volkes angeführt wird. Gleichzeitig wurde in dem Urteil festgestellt, dass Art. 137 des Gesetzes vom 25.6.2015 über den VerfGH (Dz. U. 2015, Pos. 1064) (nachfolgend: „VerfGHG 2015“), soweit er auf die Richter des VerfGH Anwendung findet, deren Amtszeit am 6.11.2015 abläuft, mit Art. 194 Abs. 1 Verf vereinbar ist. Zur Begründung wurde angeführt, dass sobald der Sejm einen Richter gewählt hat, es sich um einen Richter des Gerichts handelt, auch wenn er seine Amtszeit noch nicht begonnen und sein Amt noch nicht angetreten hat (Pkt. 8.3). Der VerfGH betonte weiter, dass der Präsident verpflichtet ist, die vom Sejm gewählten Richter zu vereidigen, und nicht in der Lage ist, unabhängig und nach eigenem Ermessen die Rechtsgrundlage der getroffenen Wahl oder die Ordnungsgemäßheit des vom Sejm angewandten Verfahrens zu beurteilen. Der Präsident ist nicht das Organ, das die Richter des VerfGH wählt, und die Nichtvereidigung der vom Sejm gewählten Richter des VerfGH sollte als Widerspruch zur Rolle des Staatsoberhauptes im gegenwärtigen Verfassungssystem betrachtet werden, da sie die Richter daran hindert, ihre Amtsgeschäfte aufzunehmen (Pkt. 8.5 – 8.5.1. und 8.5.2.). Die Beteiligung des Präsidenten an einem solchen Verfahren, das sich auf die Aufnahme der Amtsgeschäfte richtet, hat nichts mit der Befugnis zur Ernennung von Richtern gemäß Art. 179 Verf zu tun (Pkt. 8.5.3.). **Die Folge des Urteils des VerfGH vom 3.12.2015 in der Rechtssache K 34/15, veröffentlicht im Gesetzblatt vom 16.12.2015 (Dz. U. 2015, Pos. 2129) – allgemein verbindlich und endgültig – ist, dass Richter des VerfGH per Gesetz (ab dem Datum der Wahl) mit Amtszeiten ab dem 7.11.2015: Roman Hauser, Krzysztof Ślebzak und Andrzej Jakubecki sind** (die drei Sejm-Beschlüsse vom 8.10.2015 – M.P. Pos. 1038, 1039 und 1040). Nur aufgrund der Entscheidung des Präsidenten (der den Amtseid nicht abgenommen hatte) konnten diese Richter ihr Amt nicht antreten. Diese Auffassung wurde in einem späteren Urteil des VerfGH vom 9.12.2015 bestätigt. (K 35/15, OTK-A 2015, Z. 11, Pos. 186). In diesem Urteil stellte der VerfGH fest, dass: *„Die Entgegennahme des Amtseids eines neu durch den Sejm gewählten Richters des VerfGH ist Aufgabe des Präsidenten, der damit die Voraussetzungen dafür schafft, dass ein vom Sejm gewählter Richter sofort mit der Ausübung des ihm übertragenen*

Amtes beginnen kann.“ (Pkt. 5.3.2.; und im gleichen Umfang auch Pkt. 6.2.3.), und dass: „Der Gesetzgeber bei der Festlegung des Verfahrens für die Wahl der Richter des VerfGH an die Verfassungsgrundsätze gebunden bleibt, darunter Art. 194 Abs. 1 Verf, wonach der Sejm die Richter des VerfGH wählt. Der Gesetzgeber darf die Auswahl weder einem anderen Staatsorgan übertragen noch Lösungen einführen, die es ermöglichen würden, die Zuständigkeit für die Bestimmung der Zusammensetzung des VerfGH vom Sejm auf ein anderes Organ der öffentlichen Gewalt zu übertragen“ (Pkt. 5.3.4.). Der VerfGH betonte nachdrücklich, dass: „Da der VerfGH in seinem Urteil vom 3.12.2015, Sign.: K 34/15 die Vereinbarkeit von Art. 137 VerfGHG 2015 mit der Verfassung bestätigte, der die Rechtsgrundlage für die Wahl von drei Richtern anstelle der Richter, deren Amtszeit am 6.11.2015 abließ, bildete, und die vom Sejm der VII. Legislaturperiode gewählt wurden, so muss die erneute Wahl dieser Richter durch den Sejm der VIII. Legislaturperiode auf der Grundlage einer anderen Vorschrift (konkret, der untersuchte Art. 137a VerfGHG 2015) die Zahl der Richter, die im VerfGH sitzen, auf 18 erhöhen. Der Generalstaatsanwalt argumentiert daher zu Recht, dass Art. 137a VerfGHG 2015 den Weg für eine ‚verfassungswidrige Erhöhung der Zahl der Richter‘ ebnet. Nur die Wahl von zwei Richtern des VerfGH anstelle von Richtern, deren Amtszeit während der VIII. Legislaturperiode des Sejms und damit der laufenden Legislaturperiode abließ, kann im Lichte dieser Bestimmung als zulässig angesehen werden“ (Pkt. 7.2.). In Anbetracht der Tatsache, dass das Urteil in der Rechtssache K 34/15 (sowie das Urteil vom 9.12.2015) als rechtskräftig und allgemeinverbindlich für alle Staatsorgane, einschließlich des OG, bindend ist, ist festzustellen, dass gemäß den Verfassungsbestimmungen der Republik Polen Richter des VerfGH (die Amtszeit dauert weiter an): Roman Hauser, Krzysztof Ślęzak und Andrzej Jakubecki sind.

Am 2.12.2015 – nach der „Annullierung der Sejmbeschlüsse vom 8.10.2015“ – hat der Sejm der VIII. Legislationsperiode Beschlüsse über die Wahl von M. Muszyński, H. Cioch, L. Morawski, J. Przyłębska und P. Pszczółkowski zu Richtern des VerfGH angenommen. In der Nacht vom 2. auf den 3.12.2015 vereidigte der Präsident vier Personen und der fünften Person hat er den Eid am 9.12.2015 abgenommen. Es geht jedoch darum, dass drei Sitze im VerfGH (der stets 15 Richter hat) bereits seit dem 8.10.2015 durch die ordnungsgemäß gewählten Richter R. Hauser, K. Ślęzak und A. Jakubecki besetzt sind. Darüber hinaus hat der VerfGH unmissverständlich festgestellt, dass die Sejmbeschlüsse vom 25.11.2015, mit denen die Rechtskraft der Sejmbeschlüsse vom 8.10.2015 über die Wahl der Richter des VerfGH durch den Sejm der VII. Legislationsperiode (M.P.2015, Pos. 1131, 1132, 1133, 1134, 1135) für ungültig erklärt wurden, **die Rechtskraft der Sejmbeschlüsse der VII. Legislaturperiode über die Wahl der Richter des VerfGH, deren Amtszeit am 6.11. endete, nicht berühren** – und daher insoweit keinerlei Rechtswirkung entfalten und die Gültigkeit von Art. 137 VerfGHG nicht beeinträchtigen (Pkt. 6.7. des Urteils vom 3.12.2015; ebenso die Begründung des VerfGH-Beschluss vom 7.1.2016, U 8/15, OTK-A 2016, Pos. 1). Es ist daher erneut darauf hinzuweisen, dass das VerfGH-Urteil vom 3.12.2015 zur Folge hatte, dass angesichts der korrekten – verfassungskonformen – Wahl von R. Hauser, K. Ślęzak und A. Jakubecki es keine freien Sitze am VerfGH, die von den ersten

drei in den Beschlüssen des Sejm vom 2.12.2015 genannten Personen, d. h. M. Muszyński, H. Cioch und L. Morawski, besetzt werden konnten, gab (im Gegensatz zu den beiden letzten Sitzen, die erst im Dezember 2015 mit B. Sitek und A. Sokala besetzt werden sollten, was durch das Urteil K 34/15 für verfassungswidrig erklärt wurde). In dem VerfGH-Urteil vom 11.8.2016. (K 39/16, OTK-2016, Pos. 71; Dz. U. 2018, Pos. 1078) hat der VerfGH unter Bezugnahme auf den Versuch, auf der Grundlage von Art. 90 VerfGHG vom 22.7.2016 (Dz. U. 2016, Pos. 1157) drei Richter einzuführen, die auf bereits besetzte Sitze (aufgrund der Sejmbeschlüsse vom 8.10.2015) gewählt wurden, mit Nachdruck festgestellt: *„Der VerfGH hat sich endgültig zur Rechtsgrundlage für die Wahl von Richtern des VerfGH für die 2015 frei gewordenen Sitze geäußert und hält diese Position auch in diesem Verfahren für gültig (siehe Urteile des VerfGH vom: 3.12.2015, Az. K 34/15; 9.12.2015, Az. K 35/15; 9.3.2016, Az. K 47/15; Beschluss des VerfGH vom 7.1.2016, Az. U 8/15, OTK ZU Nr. 1/A/2016, Pos. 1). Vor diesem Hintergrund käme die Umsetzung der in Art. 90 VerfGHG 2016 enthaltenen Richtlinien durch den Präsidenten des VerfGH einem Verstoß gegen die Urteile des VerfGH gleich, die allgemeinverbindlich und auch für den VerfGH und seinen Präsidenten bindend sind. Es sei daran erinnert, dass der VerfGH in seinem Urteil vom 3.12.2015, Sign. K 34/15 feststellte, dass die Rechtsgrundlage für die Wahl der Richter des VerfGH, deren Amtszeit am 6.11.2015 abließ, verfassungskonform war, während die Sejmbeschlüsse vom 25.11.2015 über die Feststellung der fehlenden Rechtskraft der Sejmbeschlüsse vom 8.10.2015 über die Wahl der Richter des VerfGH durch den Sejm der VII. Legislaturperiode (M. P. Pos. 1131, 1132, 1133, 1134, 1135) sich überhaupt nicht auf das Verfahren der Wahl eines Richters des VerfGH bezogen – sie hatten die Züge teils einer Erklärung, teils einer rechtlich unverbindlichen Resolution. **In dieser Situation wurde die Wahl neuer Richter des VerfGH durch den Sejm der VIII. Legislaturperiode auf Sitze vorgenommen, die nicht vakant waren. Genau diese Situation wird in Art. 90 VerfGHG 2016 angesprochen.**“* (Pkt. 10.2.). Dabei ist die Richtigkeit der Auffassung zu teilen, dass die Sejmbeschlüsse vom 2.12.2015 in Bezug auf diese drei Personen nicht als rechtlich bedeutsame Handlungen angesehen werden können, da eine der Konstruktionsregeln des Wahlakts es verbietet, eine Wahl vorzunehmen, die zu einer Erhöhung der Zahl der aktiven Richter des VerfGH über 15 hinaus führt, und daher, wenn eine bestimmte Stelle besetzt ist (sie war seit der Annahme des Beschlusses durch den Sejm am 8.10.2015 besetzt – wie der VerfGH in den genannten Urteilen bestätigt hat), dann ist es ohne die Abberufung des Inhabers dieser Position in dem gesetzlich vorgesehenen Verfahren nicht möglich, eine andere Person auf diese besetzte Position zu wählen, und die so durchgeführte Handlung stellt keine Wahl dar (M. J. Zieliński, einige Randbemerkungen zum Streit über die Legalität der Besetzung der Richterstellen am VerfGH im Jahr 2015, PS 2017, Heft 11–12, S. 15). Nach dem Tod von H. Cioch wählte der Sejm J. Wyrembak an seiner Stelle und J. Piskorski anstelle des ebenfalls verstorbenen L. Morawski. In diesem Zusammenhang rief die Frage des Status von M. Muszyński, J. Wyrembak und J. Piskorski berechnete Zweifel hervor und führte zu einem Streit über die Rechtmäßigkeit dieser Ernennungen (vgl. eine Zusammenfassung der Aussagen in: J. Roszkiewicz,

Der Streit um den VerfGH – die Genese und das Wesen des Problems, Zukunftsszenarien; https://www.researchgate.net/publication/332964209_Spor_o_Trybunal_Konstytucyjny_-_geneza_i_istota_problemu_skutki_scenariusze_na_przyszlosc; und M.J. Zieliński, Die rechtstheoretischen Feststellungen des Sejm der Republik Polen die fehlende Rechtskraft der Wahl der Richter zum VerfGH im Jahr 2015, PS 2017, Heft. 10, S. 7–19). Dieses Problem, das die ordnungsgemäße (verfassungsgemäße) Besetzung des VerfGH betrifft, wurde auch in den Argumenten der abweichenden Meinungen der Verfassungsrichter S. Wronkowska-Jaśkiewicz und L. Kieres in der Urteilsbegründung vom 16.3.2017 in der Rechtssache Kp 1/17 (OTK-A 2017, Pos. 28; M.P. 2017, Pos. 265) vorgestellt. Richterin S. Wronkowska-Jaśkiewicz wies in ihrem Sondervotum darauf hin, Zitat: „*In Bezug auf die Zusammensetzung des Gerichts stelle ich fest, dass der Sejm (gleich welcher Legislaturperiode, dieselbe oder eine andere) die einmal getroffene Auswahl der Richter nicht widerrufen oder für ungültig erklären kann. Die vorgetragenen Thesen wurden formuliert und begründet im Urteil des VerfGH vom 3.12.2015, Az. K 34/15 (Dz. U. 2015, Pos. 2129), bestätigt durch das Urteil des VerfGH vom 7.1.2016. (Sign. U 8/15). Ich fühle mich an diese Urteile gebunden. Folglich vertrete ich zwar die Auffassung, dass die drei Richter, die vom VIII. Sejm anstelle der Richter gewählt wurden, deren Amtszeit am 6.11.2015 abließ, unter Verstoß gegen Art. 190 Abs. 1 Verf zu Richtern des VerfGH gewählt wurden, stelle aber auch fest, dass die Mängel bei ihrer Wahl durch die anschließenden Interventionen des Gesetzgebers, die ein ganzes Jahr andauerten, nicht beseitigt oder ‚geheilt‘ werden konnten.*“ **Das OG muss in der vorliegenden Zusammensetzung – gebunden an das Urteil des VerfGHs in der Rechtssache K 34/15 (und die erwähnten Urteile in den Rechtssachen K 35/15 und U 8/15) – zu dem Schluss kommen, dass die Auswahl der drei Personen, d. h. M. Muszyński, L. Morawski und H. Cioch unter Verstoß gegen die Verfassung der Republik Polen durchgeführt wurde, und daher weist die Zusammensetzung des Gerichts unter ihrer Beteiligung und unter Beteiligung von Personen, die anstelle der verstorbenen L. Morawski und H. Cioch ernannt wurden, jedes Mal einen ganz erheblichen Mangel in Form eines Verstoßes gegen Art. 194 Abs. 1 Verf auf.** Dieser Mangel wurde vom VerfGH festgestellt. Zwar wurde in dem Urteil vom 24.10.2017. (K 1/17, OTK-A 2017, Pos. 179), zu dessen Zusammensetzung zwei Personen gehörten, die durch (rechtsunwirksame) Sejmbeschlüsse vom 25.11.2015 ernannt worden waren, von dieser Ansicht Abstand genommen, aber selbst wenn man die Tatsache bedenkt, dass das Rechtsproblem im Wesentlichen diese beiden Personen betraf, die in diesem Spruchkörper saßen (sie entschieden im Wesentlichen indirekt über ihren Status und verteidigten diesen Status), ist es schwer zu leugnen, dass formal die Urteile des VerfGH in den Rechtssachen K 33/15 und K 35/15 einen Verfassungsverstoß bei der Ernennung von drei Personen auf bereits besetzte Sitze am VerfGH aufzeigten.

Zur Frage der Wahl von Richtern durch den Sejm der VIII. Legislaturperiode am 2.12.2015 ist zu betonen, dass diese formal möglich war, nachdem die Sejmbeschlüsse der VII. Legislaturperiode vom 8.10.2015 ohne jegliche Rechtsgrundlage aufgehoben wurden. Zwar waren die Sejmbeschlüsse vom 25.11.2015 nicht

rechtskräftig, führten aber dennoch zur Infragestellung der Wirksamkeit der Wahl von drei Richtern am 8.10.2015 (in diesem Verfahren war auch die Beteiligung des Präsidenten wesentlich, der den drei rechtmäßig gewählten Richtern den Amtseid nicht abnahm). Auf diese Weise wollte die gesetzgebende Gewalt – ohne jedes Verfahren – die bereits besetzten Sitze am VerfGH auffüllen. Der Mechanismus des rechtswidrigen Handelns des Sejm der VIII. Legislaturperiode im Verfahren der Beschlussannahme am 25.11.2015 (ohne Rechtsgrundlage) verursachte wesentlich einen Verstoß gegen die Norm des Art 194 Abs. 1 Verf und trug damit zur Vereidigung von Personen auf bereits besetzte Richterstellen des VerfGH (mit Amtszeit ab 7.11.2015) bei. Trotz der vom VerfGH am 30.11.2015 erlassenen Sicherungsanordnung in der Rechtssache K 34/15, die die Aufforderung an den Sejm beinhaltete, bis zur endgültigen Entscheidung in der Rechtssache K 34/15 Handlungen zu unterlassen, die auf die Wahl von Richtern des VerfGH abzielen, befolgte der Sejm der VIII. Legislaturperiode diese Sicherungsmaßnahme nicht, ignorierte die ergangenen Entscheidungen und wählte am 2.12.2015 fünf Kandidaten, und wie bereits erwähnt hat der Präsident – nachts und daher in aller Eile – vier Personen vereidigt und am 9. Dezember die fünfte Person (vgl. W. Białogłowski in: P. Radziejewicz, P. Tuleja, der Verfassungsstreit: über die Grenzen der Änderung der Organisation und der Grundsätze des Handelns des VerfGH 6.2015 – 3.2016, Warschau 2017, S. 419–422). Durch diesen Mechanismus (initiiert durch ein rechtswidriges – verfassungswidriges – Handeln) übernahmen die oben genannten Personen das Richteramt am VerfGH und ebenfalls unter ihrer Beteiligung, wurde die durch die Urteile in den Rechtssachen K 34/15, K 35/15 und den Beschluss U 8/15 vorgezeichnete Rechtsprechungslinie „umgekehrt“. Diese Aspekte des Verstoßes gegen innerstaatliches Recht, die Wahl von M. Muszyński zum Richter am VerfGH (er saß im Spruchkörper des VerfGH) wurden auch im Urteil des EGMR vom 7.5.2021 in der Rechtssache 4907/18 XERO FLOR v. Polen (LEX Nr. 3170326; siehe auch die Urteilsbesprechung) genau angegeben: M. A. Nowicki, Palestra 2021, Heft. 6, S. 88–101). Der EGMR, der einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK feststellte, verwies in diesem Urteil darauf, dass sowohl der Sejm der VIII. Legislaturperiode bei der Wahl der fünf Richter am 2.12.2015 als auch der Präsident in Kenntnis der bevorstehenden (am 3.12.2015) Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Besetzung des VerfGH (vom 8.10.2015) und ihr überstürztes Handeln (Vereidigung bei Nacht) den Verdacht einer unzulässigen Einmischung in das Wahlverfahren der Verfassungsrichter erwecken. Es sei daran erinnert, dass der EGMR zur Auslegung der EMRK-Bestimmungen eingesetzt wurde (Art. 19 EMRK). Es ist die Rechtsprechung des EGMR, die den Bestimmungen der Konvention die endgültige normative Form gibt und die Bedeutung und Tragweite der darin garantierten Rechte und Freiheiten, einschließlich des Rechts auf ein faires Verfahren, klarstellt. Der VerfGH hat in der Rechtssache P 7/20 (Beschluss vom 15.6.2021 – OTK-A 2021, Pos. 30) dieses Urteil für nicht existent (*sententia non existens*) erklärt. Es wurde bereits betont, dass dieses Organ ohne jegliches rechtsförmige Verfahren handelte, in dem es einen solchen Rechtszustand feststellen konnte, und darüber hinaus den Umstand übergang, dass als auf Gesetz beruhende Gerichte auch Verfassungsgerichte nach dem Maßstab des Art. 6 Abs. 1

EMRK bewertet werden können (vgl. P. Hofmański, A. Wróbel in: L. Garlicki [Hrsg.] EMRK..., S. 271; A. Redelbach, *Gerichte...*, S. 260).

Die Bewertung, die durch den EGMR vorgenommen wurde, teilt das OG in vollem Umfang; hierfür spricht nicht nur, dass der Sejm der VIII. Legislaturperiode keine Rechtsgrundlage zur Annahme der Beschlüsse am 26.11.2015 hatte (er handelte außerhalb des Verfahrens), sondern auch die außerordentliche Eile des Präsidenten, der die gewählten Personen in der Nacht, unmittelbar nach der Wahl, vereidigte, was ein beispielloser Präzedenzfall ist. Man kann somit feststellen, dass momentan aus einem Gesetzesverstoß, einschließlich eines unmittelbaren Verfassungsverstoßes (Art. 194 Abs. 1), auch der Schutz des Status derjenigen Personen, die fehlerhaft gewählt wurden, durch Art. 190 Abs. 1 Verf abgeleitet wird (vgl. u. a. das Urteil in der Rechtssache K 1/17).

Das Problem, das sich im Zusammenhang unter diesen dargestellten Rechtsbedingungen als Schlüsselproblem darstellt, lässt sich auf die Frage reduzieren: Erstreckt sich der Schutz der in Art. 190 Abs. 1 Verf enthaltenen Norm auch auf eine solche Entscheidung des VerfGH, zu dessen Besetzung Personen gehörten, die berufen wurden durch einen Verfassungsverstoß, der bereits vom VerfGH bestätigt wurde?

Bei der Beantwortung dieser Frage muss **der OG zunächst feststellen, dass die sich aus den Urteilen des VerfGH in den Rechtssachen K 34/15 und K 35/15 ergebende Wirkung des Art. 190 Abs. 1 Verf dazu führen muss, dass der OG feststellt, dass in der Besetzung des VerfGH, der am 20.4.2020 (U 2/20) urteilte, keine ordnungsgemäß gewählten Verfassungsrichter saßen (keiner von den dreien wurde ordnungsgemäß gewählt), stattdessen saßen die Herren Muszyński und Wyrembak, die Stellen einnahmen, die bereits besetzt waren.** Dies wiederum bedeutet, dass das OG unter Beachtung der Verfassung in Bezug auf die Besetzung des VerfGH (Begründung der Urteile in den Rechtssachen K 34/15 und K 35/15) nicht zu dem Schluss kommen kann, dass die in der Rechtssache U 2/20 ergangene Entscheidung ein Urteil ist, dessen Inhalt von der durch die Norm des Art. 190 Abs. 1 Verf bestimmten Wirkung erfasst wird. Denn das Erfordernis der Einhaltung von Art. 190 Abs. 1 Verf kann nicht mit dem Urteil in der Rechtssache U 2/20 in Verbindung gebracht werden, da dies gleichzeitig mit einem Verstoß gegen Art. 194 Abs. 1 Verf verbunden wäre, der sich aus den Urteilen des VerfGH in den genannten früheren Rechtssachen ergibt. In dieser Situation kommt das OG zu dem Schluss, dass in Anbetracht des Verstoßes gegen Art. 194 Abs. 1 Verf die einzige Möglichkeit, wie der OG den Zustand der Konformität mit der Verfassung durch seine Entscheidungen aufrechterhalten kann, darin besteht, anzuerkennen, dass das in der Rechtssache U 2/20 ergangene Urteil des VerfGH nicht die Wirkung von Art. 190 Abs. 1 und 3 Verf hat und somit die von dem Antrag betroffene Sache nicht gelöst hat. M.a.W. kann das OG ein solches Urteil, das als Folge eines Verstoßes gegen die Verfassung ergangen ist, nicht akzeptieren, denn wenn ein solches Urteil als verbindlich angesehen würde, dann würde das OG das Vorliegen eines verfassungsrechtlichen Delikts und die Wirksamkeit eines Urteils, das darauf abzielt, den durch ein solches Delikt verursachten Zustand zu schützen, akzeptieren (dies könnte man als Schutz von „Verfassungshehlerei“ be-

zeichnen). Am Rande dieser Frage ist jedoch anzumerken, dass in der rechtswissenschaftlichen Literatur die Auffassung vertreten wird, dass VerfGH-Entscheidungen in einer fehlerhaften Besetzung nicht in die Rechtsordnung eingehen und nicht bindend sind (vgl. z.B. A. Rakowska-Trela, Glosse zum Urteil des VerfGH vom 22.10.2020, K 1/20, PS 2021, Heft. 6, S. 110). Das OG teilt diesen Standpunkt. Zusammenfassend lässt sich unter Berücksichtigung der oben genannten Umstände sagen, dass das OG in dieser Zusammensetzung in formaler und rechtlicher Hinsicht nicht an das Urteil in der Rechtssache U 2/20 gebunden ist, da es nicht die durch Art. 190 Abs. 1 Verf verliehene Rechtskraft besitzt. Bei dieser Sachlage bleibt der Beschluss des OG vom 23.1.2020 in Kraft und ist für das OG verbindlich. Die Folge muss die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung sein, da sie mit einem Verstoß gegen Art. 439 § 1 Nr. 2 StPO behaftet ist. Seit Herrn Igor Zgoliński, infolge der Empfehlung des LJR (Beschluss Nr. 1020/2019 vom 21.11.2019), dessen Form durch Gesetz vom 8.12.2017 festgelegt wurde (Dz. U. 2018, Pos. 3) zum Richter des OG an der Strafkammer ernannt wurde [...] und er anschließend den Fall des Antrags auf Wiederaufnahme gemäß Art. 545 § 3 StPO verhandelte und einen Beschluss über die Ablehnung des Antrags gefasst hat, ist dieser Beschluss nach dem Beschluss der drei Kammern des OG vom 23.1.2020 mit dem Mangel einer nicht ordnungsgemäßen Besetzung des Gerichts i.S.v. Art. 439 Abs. 1 Nr. 2 StPO behaftet.

Bei der erneuten Prüfung der Frage der Verhandlung über den Antrag des Verurteilten auf Wiederaufnahme des Verfahrens sollte darauf geachtet werden, dass die Zusammensetzung des Gerichts ordnungsgemäß ist, im Sinne des Beschlusses der drei Kammern des OG vom 23.1.2020, der weiterhin in Kraft ist. Folglich sollten Richter, die nach demselben Verfahren an das OG befördert wurden, von der Zuweisung dieser Rechtssache ausgeschlossen werden. Obwohl der oben beschriebene Fehler zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses führen musste, muss auf ein anderes Problem im Zusammenhang mit der Besetzung der Spruchkörper am OG hingewiesen werden. [...] ¹⁴

In dieser Hinsicht wurde die Kontrolle durch das OG auch in dem Beschluss der drei gemeinsamen Kammern vom 23.1.2020 durchgeführt, wie die Begründung des Beschlusses in den Punkten 11–13, 15–26, 28, 43–44 überzeugend zeigt. Das OG hat in dem Beschluss auch deutlich darauf hingewiesen, dass die Frage der Besetzung des Gerichts im Hinblick auf die Umstände, unter denen die Ernennung zur Ausübung eines Amtes erfolgte, im Rahmen der Wiederaufnahme des Verfahrens von Amts wegen beurteilt werden kann (Art. 439 § 1, Nr. 2 StPO – Pkt. 26), während es die Notwendigkeit sah, die Beurteilung der Ordnungsgemäßheit der Besetzung des erkennenden Gerichts in jedes Kontrollverfahren einzubeziehen, das von einer anderen Besetzung des Gerichts durchgeführt wird (Pkt. 28). Eine solche Bewertung muss sich auf die Systemregelungen erstrecken,

14 Hier folgen Erörterungen zur Frage, inwiefern Wiederaufnahmeverfahren von Art. 6 EMRK erfasst werden, es werden die Rechtssachen *Moreira Ferreira v. Portugal*, *Fischer v. Österreich* u.a. wiedergegeben, im Ergebnis wird die Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK im vorliegenden Fall bejaht.

deren Anwendung für den Amtsantritt des Richters, der das Verfahren geführt oder die Entscheidung in der Rechtssache erlassen hat, ausschlaggebend war, und die Durchführung solcher Bewertungen ergibt sich aus der Notwendigkeit, die in Art. 45 Abs. 1 Verf und Art. 6 Abs. 1 EMRK zum Ausdruck gebrachte Garantie zu verwirklichen, dass die Rechtspflege durch ein unabhängiges Gericht erfolgt, das sich aus unabhängigen und unparteiischen Richtern zusammensetzt (Pkt. 28 des Beschlusses).

Wendet man alle diese Bemerkungen über die Konvention auf den Bereich der Verfahren an, die jetzt der Rechtsmittelkontrolle unterliegen, so ist festzustellen, dass der Gesetzgeber beschlossen hat, in das polnische Prozesssystem ein ordentliches Beschwerdeverfahren gegen den Beschluss des Gerichts auf Ablehnung des Antrags auf Wiederaufnahme des Verfahrens einzuführen (wobei nicht einmal Anwaltszwang besteht), dann muss das Wesentliche eines solchen Rechtsmittels (der Beschwerde gemäß Art. 545 § 3 in fine StPO) auch die Kontrolle umfassen, ob es sich bei dem Gericht, das einen solchen Antrag prüft, um ein Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK handelt, d. h. um ein unabhängiges und unparteiisches Gericht auf gesetzlicher Grundlage. Herr Igor Zgoliński, der den angefochtenen Beschluss erlassen hat, wurde auf Antrag des LJR gemäß den Bestimmungen des Gesetzes vom 8.12.2017 zur Änderung des Gesetzes über den LJR und einiger anderer Gesetze (Dz. U. 2018, Pos. 3) zum Richter am OG ernannt. Die Bildung des LJR als Folge dieser Änderung war Gegenstand ausführlicher Überlegungen in der Rechtsprechung des OG, z.B. in III P 7/18 (OSNP 2020, Heft 4, Pos. 38) und in dem bereits erwähnten Beschluss der drei vereinigten Kammern des OG vom 23.1.2020 (BSA I-41110-1/20, OSNKW 2020, Heft 2, Pos. 7). Wie bereits angedeutet, wurden diese Überlegungen auch im Zusammenhang mit dem Recht der EMRK auf ein faires Verfahren und dem darin enthaltenen Recht auf ein unabhängiges und unparteiisches, auf Gesetz beruhendem Gericht (Art. 6 Abs. 1 EMRK) und der Rolle, die der LJR nach der Änderung vom 8.12.2017 bei der Auswahl und Ernennung von Richtern spielt, angestellt (vgl. z.B. Urteil in III P 7/18 – Rn. 15, 28–29 und die zitierten Urteile in den Rechtssachen: Guðmundur Andri Ástráðsson v. Island, Antrag Nr. 26374/18; vom 14.6.2011, Sevanstyanov v. Russland, Antrag Nr. 75911/01; vom 25.10.2011, Richert v. Polen, Antrag Nr. 54809/07 sowie § 34; und im Beschluss des OG vom 23.1.2020. – Pkt. 15–20 sowie Pkt. 31–36 und 38–42). An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass die Argumentation im Urteil Guðmundur Andri Ástráðsson in der bisherigen Rechtsprechung des EGMR nichts Neues darstellt, sondern lediglich eine Weiterentwicklung der bereits in der Rechtsprechung vertretenen Thesen (vgl. W. Hermeliński, B. Nita-Światłowska, Gerichtliche Entscheidung unter Beteiligung eines fehlerhaft ernannten Richters und Verletzung des in Art. 6 Abs. 1 EMRK garantierten Rechts auf ein Gericht; Glosse zum Urteil der Großen Kammer des EGMR vom 1.12.2020, 26374/18, Guðmundur Andri Ástráðsson v. Island, EPS 2021, Heft. 5, S. 43–44 und die dort zitierten Urteile; und M.J. Zieliński, die Wirkung von Verfahrensfehlern zur Ernennung von Richtern auf die Bewertung der Einhaltung der Norm des Rechts auf ein Gericht in: J. Kosonoga [Hrsg.] EMRK, Rechtssprechungskommentar für 2019, OG, S. 94–94 und das dort genannte Urteil Findley v. the United Kingdom vom 25.2.1997).

Aus beiden Urteilen des OG geht hervor, dass der LJR in seiner nach dem Verfahren des genannten Gesetzes gebildeten Zusammensetzung keine Garantie für die Unabhängigkeit von der exekutiven und legislativen Gewalt bietet. Die Argumentation im Urteil in der Rechtssache III PO 7/18 ist besonders aufschlussreich: In den Pkt. 40 bis 59 werden in geordneter Weise eine Reihe von Umständen dargelegt, die nachdrücklich und unbestreitbar die These rechtfertigen, dass der LJR eine Einrichtung ist, die keine Garantie für die Unabhängigkeit von den Organen der Legislative und Exekutive bietet. Diese Einschätzungen, die sich auch auf Art. 6 Abs. 1 EMRK stützen, wurden durch die Rechtsprechung des EGMR bestätigt. Es ist der EGMR, der die verbindliche Auslegung der durch die Konvention garantierten Rechte (Art. 19) und damit auch von Art. 6 Abs. 1 festlegt. In der Rechtssache *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Island* (Antrag Nr. 26374; Urteil der Großen Kammer des EGMR vom 1.12.2020) wurde darauf hingewiesen, dass im Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 1 EMRK und dem darin enthaltenen Element des Rechts auf ein ordentliches Gericht das Verfahren zur Ernennung von Richtern notwendigerweise ein wesentlicher Bestandteil davon sein muss (im Anschluss an das Urteil des EGMR vom 9.7.2009, Antrag Nr. 6945/04 und EuGH-Urteil in den Rechtssachen C-542/18RX und C-543/18RX) und ist auch im Zusammenhang mit der notwendigen Eigenschaft eines Justizorgans als „unabhängig“ und „unparteiisch“ relevant. Bei der Frage der „Unabhängigkeit“ ist es wichtig, nicht nur den Geisteszustand zu bewerten, der die Widerstandsfähigkeit eines Richters gegenüber äußerem Druck anzeigt, sondern auch eine Reihe von institutionellen Regelungen, die die Art und Weise der Ernennung von Richtern in einer Weise regeln, die ihre Unabhängigkeit gewährleistet. Um festzustellen, ob in diesem Zusammenhang ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK vorliegt, hat der EGMR eine dreistufige Prüfung entwickelt, bei der in der ersten Stufe ein offensichtlicher Verstoß gegen das innerstaatliche Recht und, falls ein Verstoß vorliegt, das Ausmaß des Verstoßes festgestellt werden muss; in einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob es sich um „technische“ Verstöße handelt (die die Rechtmäßigkeit des Verfahrens zur Ernennung eines Richters nicht beeinträchtigen) oder ob sie einen Verstoß gegen die Grundprinzipien der Richterernennung darstellen. Bei diesem zweiten Kriterium kommt es nach Ansicht des EGMR darauf an, ob der Verstoß gegen die Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts die offensichtliche Gefahr bergen, dass andere Regierungsorgane, insbesondere die Exekutive, einen übermäßigen Ermessensspielraum ausüben, der die Integrität des richterlichen Ernennungsverfahrens untergräbt (d. h. den Grundsatz der Unabhängigkeit untergräbt). In der dritten Stufe der Prüfung hatte der EGMR hingegen zu beurteilen, ob die Vorwürfe, die das Recht auf ein „ordentliches Gericht“ betreffen, von den nationalen Gerichten tatsächlich untersucht und ausgeräumt wurden, und dabei müssen die Gerichte ihre Verpflichtungen aus der Konvention erfüllen (vgl. das Urteil und auch W. Hermeliński, B. Nita-Światłowska, Glosse..., EPS 2021, Heft. 5, S. 41–43). Es wurde bereits oben darauf hingewiesen, dass der Hinweis im Text des Urteils des VerfGH in der Rechtssache U 2/20 auf die Unvereinbarkeit des Beschlusses des OG vom 23.1.2020 mit Art. 6 Abs. 1 EMRK kein wesentliches rechtliches Argument darstellen kann, und zwar deshalb, weil die Normen der Konvention nur vom EGMR

verbindlich ausgelegt werden und dieser unmittelbar aufgezeigt hat, dass **der VerfGH die Umstände im Zusammenhang mit dem Verfahren zur Ernennung von Richtern gemäß der Empfehlung des neuen LJR mangelhaft und keineswegs ausreichend analysiert hat** (§§ 237–239, 258–263 Urteil des EGMR vom 22.6.2021 in der Rechtssache *Reczkowicz v. Polen*, Antrag Nr. 43447/19). Die Gegenüberstellung dieses Urteils des VerfGH und des Urteils des OG in der Rechtssache III P 7/19 sowie des Beschlusses des OG vom 23.1.2020 in der Formel für die Durchführung der ersten Stufe des Tests, die in der Rechtssache *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Island* und damit für die Feststellung, ob ein offensichtlicher Verstoß gegen nationales Recht vorlag, stellte der EGMR wortgewandt fest, dass angesichts des Versäumnisses des VerfGH in der Rechtssache U 2/20, eine umfassende, ausgewogene und objektive Analyse der Umstände in Bezug auf die Konvention vorzunehmen, **die Bewertung des VerfGH als willkürlich und ohne jegliche Relevanz für seine Schlussfolgerungen hinsichtlich der Frage, ob ein offensichtlicher Verstoß gegen nationales Recht in Bezug auf das Verfahren zur Ernennung von Richtern vorlag, angesehen werden muss** (§ 262). Diese Bemerkung bezog sich zwar ausdrücklich auf die bei der Disziplinarkammer ernannten Richter, doch galt das gleiche Verfahren auch für die anderen bei den ordentlichen Gerichten und beim OG ernannten Richter. Der EGMR hat, wie bereits erwähnt, zutreffend festgestellt, dass der VerfGH in seinem Urteil tatsächlich versucht hat, die Existenz des Beschlusses des OG insofern zu untergraben, als er einen Verstoß gegen innerstaatliches Recht und internationale Abkommen festgestellt hat. Darüber hinaus stellt der EGMR fest, dass bereits am 28.1.2020 der VerfGH dem OG die Ausübung seiner Befugnis zum Erlass von Beschlüssen untersagt hat, wenn diese die Vereinbarkeit der Zusammensetzung des LJR gemäß dem Gesetz vom 12.5.2011 über den LJR mit dem nationalen Recht, dem Völkerrecht und der Rechtsprechung internationaler Gerichte betreffen (Dz. U. 2019, Pos. 84, mit späteren Änderungen – Beschluss in der Sache Kpt 1/20, OTK-A 2020, Pos. 15), **dass diese Art der Einmischung als Verstoß gegen die Rechtsstaatlichkeit und die Unabhängigkeit der Justiz zu werten ist** (§ 263). Der OG teilt diese Auffassung. In diesem Zusammenhang bestand also kein Zweifel daran, dass nicht der VerfGH die richtige Auslegung darüber vorgenommen hatte, wie Art. 6 Abs. 1 EMRK zu verstehen ist, sondern das OG hatte in beiden Urteilen das polnische Recht gründlich, angemessen und transparent unter dem Gesichtspunkt der grundlegenden Normen der Konvention und des EU-Rechts bewertet (§ 264). Der EGMR stellte daher fest, dass bei der Ernennung von Richtern (in diesem Fall zur Disziplinarkammer) ein offensichtlicher Verstoß gegen das innerstaatliche Recht vorlag (§ 264). Das Wesen des Verstoßes gegen das innerstaatliche Recht bestand gerade in der Einschaltung des LJR als einer von der Legislative und der Exekutive nicht unabhängigen Instanz, was allein für die Feststellung eines offensichtlichen Verstoßes gegen das polnische Recht ausschlaggebend war. Auf der nächsten Stufe der Prüfung prüfte der EGMR, ob der so festgestellte Mangel so schwerwiegend war, dass er eine Verletzung des Rechts auf ein „ordentliches Gericht“ darstellte, und ob diese Verletzung den Wesensgehalt des Rechts auf ein „ordentliches Gericht“ beeinträchtigte (§ 266). Nach Berücksichtigung einer Reihe von Umstän-

den (§§ 270–276) hob der EGMR hervor, dass die Legislative und die Exekutive durch das Gesetz zur Änderung der Vorschriften für die Wahl der Richter in den LJR entscheidenden Einfluss auf die Zusammensetzung des LJR erlangt hatten und dass durch das Gesetz nicht nur das frühere Vertretungssystem, sondern auch die diesbezüglichen Garantien der richterlichen Unabhängigkeit beseitigt wurden, die es der Exekutive und der Legislative ermöglichten, unmittelbar oder mittelbar in das Verfahren zur Ernennung der Richter einzugreifen (§ 276). Zum Abschluss dieser Prüfungsphase betonte der EGMR, dass die Empfehlung von Bewerbern für die Ernennung zum Richter – als Voraussetzung *sine qua non* für die Ernennung – dem LJR anvertraut wurde, einer Einrichtung, die keine Garantie für die Unabhängigkeit von der Legislativ- und Exekutivgewalt gibt, was wiederum zu einer Missachtung des Grundsatzes der Gewaltenteilung und der Unabhängigkeit der Justiz geführt hat. Die Ernennung von Richtern im Rahmen eines solchen Verfahrens ist mit Art. 6 Abs. 1 EMRK unvereinbar, da sie das gesamte Verfahren beeinträchtigt und die Legitimität eines Gerichts, das sich aus so ernannten Richtern zusammensetzt, untergräbt (§ 276). In der dritten Phase der Prüfung wies der EGMR darauf hin, dass keine der Parteien (die Regierung, der Antragsteller) vorgebracht habe, dass es nach polnischem Recht ein Verfahren gebe, nach dem der Antragsteller den angeblichen Mangel im Verfahren zur Ernennung von Richtern anfechten könne (§ 278). Bei der Feststellung einer Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK betonte der EGMR, dass der Kern der Verletzung des Rechts auf ein ordentliches Gericht als ein Gericht mit dem Erfordernis der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit in der Empfehlung des durch das Gesetz von 2017 gebildeten LJR und damit in der Beteiligung eines Organs am Verfahren zur Ernennung von Richtern bestand, das keine Garantie für die Unabhängigkeit von der Legislative und der Exekutive bot, und dass dieses mangelhafte Verfahren zur Ernennung von Richtern so schwerwiegend war, dass es den Kern des Rechts auf ein Verfahren vor einem ordentlichen Gericht untergrub (§§ 280 und 283).

Daraus ist zu schließen, dass **der Inhalt des oben erörterten Urteils des EGMR in der Rechtssache Reczkowicz und die darin enthaltene überzeugende Argumentation eindeutig zeigen, dass angesichts der Beteiligung eines Organs wie des LJR in der durch die Novelle von 2017 geprägten Zusammensetzung an dem Verfahren zur Ernennung von Richtern in Polen (wodurch dieses Organ nicht unabhängig von der Exekutive und Legislative ist) – die Person, die zum Richter ernannt wurde, der über eine bestimmte Rechtssache entscheidet, kein unabhängiges und unparteiisches, auf Gesetz beruhendes Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK darstellt** (§ 284). Zwar wurde in dem Urteil *in concreto* der Fall der Ernennungen in die Disziplinarkammer des OG untersucht und festgestellt, dass es sich dabei nicht um ein auf Gesetz beruhendes Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK handelt, aber wie bereits betont, bestand der Kern des offensichtlichen Rechtsverstoßes in der Empfehlung von Personen für richterliche Ämter durch den LJR, dessen Form durch die Änderung vom 8.12.2017 festgelegt wurde. Herr Igor Zgoliński wurde aufgrund einer solchen – gegen polnisches Recht verstoßenden – Empfehlung des LJR (Beschluss Nr. 1020/2019 vom 21.11.2019) zum Richter des OG in der Strafkammer

ernannt [...] was zu der Schlussfolgerung führen muss, dass der Verurteilte im Zuge der Prüfung des vorliegenden Falles (Beurteilung des Antrags auf Wiederaufnahme des Verfahrens) nicht die Gewähr hat, dass der Fall von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht entschieden wird (Art. 6 § 1 EMRK). Die oben dargelegten Folgen, die sich aus der Prüfung der Frage ergeben, ob die Zusammensetzung des Gerichts, das die angefochtene Entscheidung erlassen hat, ein unabhängiges und unparteiisches Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK ist, müssen dem Wortlaut der Bestimmungen des Art. 29 § 2 und 3 des Gesetzes über den OG (GOG), in der Fassung des Gesetzes vom 20.12.2019 zur Änderung des GSOG, des GOG und einiger anderer Gesetze – Dz. U. 2020, Pos. 190) gegenübergestellt werden. **Aus den Bestimmungen des Art 29 § 2 und 3 GOG geht hervor, dass es im Rahmen der Tätigkeit des OG oder seiner Organe unzulässig ist, die Rechtmäßigkeit von Gerichten, Verfassungsorganen und Organen der Rechtskontrolle und des Rechtsschutzes in Frage zu stellen (§ 2), und es ist auch unzulässig, dass der OG oder eine andere Behörde die Rechtmäßigkeit der Ernennung eines Richters oder die sich aus dieser Ernennung ergebende Befugnis zur Ausübung richterlicher Tätigkeiten feststellt oder beurteilt (§ 3).** Im Zusammenhang mit dem Verständnis des Maßstabs von Art. 6 Abs. 1 EMRK ist klar, dass diese Normen unter Androhung von Sanktionen Beurteilungen in dem Maße verbieten, in dem jedes Gericht beurteilen sollte, ob ein bestimmtes Gericht, das mit einem Fall befasst ist, ein unabhängiges und unparteiisches, auf Gesetz beruhendes Gericht ist. Mit der Schaffung dieser Normen wollte der Gesetzgeber die Anwendung von Art. 6 Abs. 1 EMRK in einem bestimmten Bereich verhindern, was unzulässig und rechtswidrig ist (Art. 9 Verf); es handelt sich also um ein Beispiel für eine gesetzliche Rechtswidrigkeit (Sanktionierung der Einhaltung eines höherrangigen Gesetzes). Die Richter sind bei der Anwendung des Rechts uneingeschränkt der Verfassung und den Gesetzen unterworfen (Art. 178 Abs. 1 Verf). Mit diesem Grundsatz ist die in Art. 91 Abs. 2 Verf enthaltene Kollisionsnorm verbunden, die eine Verpflichtung zur Verweigerung der Anwendung des Gesetzes im Falle einer Kollision mit einem, durch ein Gesetz ratifiziertes internationales Abkommen vorsieht. Diese Verfassungsnorm betrifft Richter, die das Recht anwenden. Um diesen Zusammenhang näher zu beleuchten, seien Auszüge aus der Begründung des Beschlusses des VerfGH in der Rechtssache P 37/05 (OTK-A 2006, Heft. 11, Pos. 177) zitiert: „... *Die Vorlage einer Rechtsfrage an den VerfGH ist nur dann zulässig, wenn der Ausgang des vor dem Gericht anhängigen Verfahrens von der Antwort auf die Rechtsfrage abhängt. Die Anerkennung, dass im Falle eines Konflikts zwischen einer Norm des nationalen Rechts und einer Norm des Gemeinschaftsrechts letztere vorrangig anzuwenden ist, führt zu der Schlussfolgerung, dass im untersuchten Fall die von Art. 193 Verf geforderte Abhängigkeit nicht gegeben ist. Das Gericht, das das Gesetz anwendet, entscheidet selbst, wie ein solcher Konflikt zu lösen ist.*“ In dem Urteil heißt es weiter: „*Die nationalen Gerichte haben auch das Recht und die Pflicht, die Anwendung einer nationalen Norm zu verweigern, wenn diese im Widerspruch zu den Normen des Gemeinschaftsrechts steht. In einem solchen Fall hebt das nationale Gericht die nationale Regelung nicht auf, sondern*

weigert sich lediglich, sie anzuwenden, soweit es der Gemeinschaftsregelung Vorrang einräumen muss.“ Schließlich wies der VerfGH auf Folgendes hin: „... Das Problem der Lösung von Konflikten mit nationalen Gesetzen bleibt somit im Prinzip außerhalb des Interesses des VerfGH. Es ist Sache des OG, der Verwaltungsgerichte und der ordentlichen Gerichte, zu entscheiden, ob ein Gesetz dem Gemeinschaftsrecht widerspricht, und es ist Sache des EuGH, im Wege der Vorabentscheidung zu entscheiden, was die Normen des Gemeinschaftsrechts bedeuten...“ und „in der besonderen Situation einer Kollision zwischen einem Gesetz und dem Gemeinschaftsrecht ist die Befugnis des Gerichts, eine Rechtsfrage zu stellen, durch die in Art. 91 Abs. 2 der Verf enthaltene Kollisionsnorm und die Grundsätze der Anwendung des Gemeinschaftsrechts, vor allem den Grundsatz der unmittelbaren Anwendung des Gemeinschaftsrechts im Falle einer Kollision mit einem Gesetz, in gewisser Weise eingeschränkt.“ Es stimmt, dass sich das Gericht in dieser Entscheidung auf das Gemeinschaftsrecht (Art. 91 Abs. 3 Verf) bezieht, aber diese – sehr wichtigen – Aussagen beziehen sich auch auf die EMRK, da die Konvention gemäß dem in Art. 91 Abs. 2 Verf festgelegten Verfahren ratifiziert wurde. Wenn die Richter – die uneingeschränkt der Verfassung und den Gesetzen unterliegen (Art. 178 Abs. 1 Verf) – bei der Rechtsanwendung in einem bestimmten Fall einen Konflikt zwischen nationalem Recht und einem internationalen Abkommen feststellen, das mit vorheriger, in einem Gesetz zum Ausdruck gebrachter Zustimmung ratifiziert wurde, sind sie daher verpflichtet, den Kollisionsmechanismus von Art. 91 § 2 Verf anzuwenden (vgl. L. Garlicki, Polnisches Verfassungsrecht, Warschau 2000, S. 148; Z. Witkowski [Hrsg.] Verfassungsrecht, Thorn 2006, S. 141; P. Grzegorzczuk, Rechtsfolgen der Urteile des EGMR in der nationalen Rechtsordnung, PS 2006, Nr. 6, S. 7 m. w. N.). Es lohnt sich, daran zu erinnern – insbesondere heutzutage, wo der VerfGH die vom EGMR auf der Grundlage der EMRK aufgestellten Standards nicht respektiert –, dass in der Rechtsprechung des VerfGH darauf hingewiesen wurde, dass ein „Unterschreiten“ des in der EMRK enthaltenen Standards in der Tat gleichbedeutend mit der Unwürdigkeit einer solchen Regelung mit der Verfassung wäre (Urteil des VerfGH vom 19.2.2008, P 48/06, OTK-A 2009, Nr. 8, Pkt. 124). Angesichts eines solchen Verhaltens des VerfGH, der im Fall U 2/20 die gesetzlichen Normen nicht ausreichend mit den Normen der Konvention kontrolliert hat, hat jedes Gericht, einschließlich des OG, eine besondere Verpflichtung, die gesetzlichen Bestimmungen unter dem Gesichtspunkt ihrer Übereinstimmung mit der EMRK zu kontrollieren, wobei es sich davon leiten lässt, wie eine bestimmte Norm der EMRK durch den EGMR und nicht durch den VerfGH ausgelegt wird.

Folglich erfordert die Notwendigkeit, den Konventionsstandard eines fairen Verfahrens in Bezug auf den Zugang zu einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht zu erfüllen, in Anwendung von Art. 91 Abs. 2 Verf die Verweigerung der Anwendung der Bestimmungen von Art. 29 Abs. 2 und 3 GOG und, als weitere Folge, die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung, so dass der Verurteilte im weiteren Verfahren Anspruch auf die Garantien nach Art. 6 Abs. 1 EMRK hat. Es sei darauf hingewiesen, dass die genannten Bestimmungen des Art. 29 § 2 und 3 GOG nunmehr auch von der

Schutzanordnung des EuGH vom 14.7.2021 in der Rechtssache C-204/21 R (Buchstabe d des Beschlusses) erfasst werden. Das Urteil des VerfGH in der Rechtssache P 7/20 vom 15.7.2021 ist mit demselben Mangel behaftet wie das Urteil in der Rechtssache U 2/20 (J. Piskorski wirkte daran mit) und entfaltet schon aus diesem Grund – wie oben dargelegt – nicht die Wirkung nach Art. 190 Abs. 1 Verf.

Aus diesen Gründen entschied das OG wie im Beschluss.

Literaturverzeichnis

Polnische Gesetze

VerfGH-Gesetze: Gesetz über das Verfahren beim VerfGH: Dz. U. 2016, Pos. 2072, mit späteren Änderungen.

Gesetz über die Richter am VerfGH: Dz.U. 2016, Pos. 2073, einheitliche Fassung: Dz. U. 2018, Pos. 1422, Einführungsgesetz zum VerfGHG: Dz.U. 2016, Pos. 2074, mit späteren Änderungen.

Gesetz über die Änderung des Rechts über das System der ordentlichen Gerichte (GSOG), das OG (GOG) sowie einiger anderer Gesetze, Dz. U. 2020, Pos. 190.

Urteile des polnischen VerfGH

Urteil des VerfGH vom 3.12.2015, Sign. K 34/15, Dz. U. 2015, Pos. 2129, OTK Serie A 2015 Nr. 11, Pos. 185, KSAG 2016 Nr. 2.

Urteil des VerfGH vom 9.12.2015, Sign.: K 35/15, Dz. U. 2015, Pos. 2147, OTK Serie A 2015 Nr. 11, Pos. 186, KSAG 2016 Nr. 2.

Urteil des VerfGH vom 9.3.2016, Sign.: K 47/15, Dz. U. 2018, Pos. 1077, das im Dz.U. mit der Bemerkung: „Erlassen unter Verletzung des Rechts“ veröffentlicht wurde, KSAG 2016 Nr. 3, S. 95, OTK Serie A 2016, Pos. 2, OTK Serie A 2018, Pos. 31.

Urteil des VerfGH vom 11.8.2016, Sign.: K 39/16 Dz. U. 2018, Pos. 1078 GP, OTK Serie A 2016, Pos. 71, Przeg.Orz. SA Gd. 2016 Nr. 4, S. 109, OTK Serie A 2018, Pos. 32.

Urteil des VerfGH vom 7.11.2016 Sign.: K 44/16, Dz. U. 2018, Pos. 1079, GP, OTK Serie A 2016, Pos. 86, Przeg. Orz. SA Gd. 2017 Nr. 1, S. 124, OTK Serie A 2018, Pos. 33.

Urteil des polnischen Obersten Gerichts

Beschluss des OG vom 16.9.2021 in der Sache I KZ 29/21.

Urteile des EuGH

Urteil des EuGH vom 2.3.2021 – Rechtssache C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153.

Urteil des EuGH vom 5.11.2019 in der Rechtssache C-619/18, ECLI:EU:C:2019:924.

Urteil des EuGH vom 19.11.2019 verbundene Rechtssachen C-585/18, C-624/18 und C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982.

Urteile des EGMR

Urteil des EGMR vom 7.5.2021, Xero Flor Polen GmbH v. Polen, Antrag Nr. 4907/18, ECLI:CE:ECHR:2021:0507JUD000490718.

Urteil des EGMR vom 29.6.2021, Broda und Bojara v. Polen, Antrag Nr. 26691/18 und 27367/18, ECLI:CE:ECHR:2021:0629JUD002669118.

Urteil des EGMR und vom 22.7.2021, Reczkowicz v. Polen Antrag Nr. 43447/19.

Machtausübung im Rechtsstaat

Adrián Fábíán

Abstract Deutsch

Das Verhältnis zwischen Menschen und Staat hat sich in den letzten zwei Jahrhunderten der Weltgeschichte viel verändert. Das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit und die Anerkennung der Grundrechte der natürlichen Personen bedeuten wichtige Garantien dieses Verhältnisses aus dem Aspekt des Individuums, wo das wesentlichste Element der Spielraum und Beschränkungen der staatlichen Machtausübung ist. Obwohl diese Feststellungen einen unstreitbaren Ausgangspunkt sichern, es gibt seit Jahren einen konzeptionellen Diskurs über diese Grundbegriffe in der Europäischen Union. Das Ziel dieses Beitrages ist die rechtstheoretischen Relevanzen zu erleutern.

Abstract English

The relationship between humans and the state has changed a lot in the last two centuries of world history. The principle of the rule of law and the recognition of the fundamental rights of natural persons mean major guarantees of this relationship from the aspect of the individual, where the most essential element is the latitude and limitations of the exercise of state's power. Although these statements secure an indisputable starting point, there has been a conceptual discourse on these basic concepts in the European Union for years. The aim of this article is to highlight the legal-theoretical concerns.

1. Einführung

Die Rechtsstaatlichkeit, ihre Angemessenheit und ihre Qualität sind heute sowohl in Ungarn als auch im Ausland in den Vordergrund des Interesses gerückt und Gegenstand der Debatte und des (politischen) öffentlichen Diskurses. Obwohl es sich bei den Begriffen Rechtsstaatlichkeit und Rechtsstaat um weit verbreitete und vielzitierte Begriffe handelt, kommen uns leicht in Schwierigkeiten, wenn wir ihre Inhalte genau definieren möchten.¹

Die konzeptionellen Schwierigkeiten ergeben sich zum einen daraus, dass es sich bei der Rechtsstaatlichkeit um einen Rechtsbegriff handelt, ihre konzeptionellen Elemente werden von den nationalen Verfassungen – einschließlich des ungarischen Grundgesetzes – jedoch nicht explizit ausgeführt, sondern viele ihrer Komponenten können lediglich abgeleitet werden.² Nationale Verfassungen begnügen sich meist damit, dass sie im Wesentlichen deklarieren, dass ein Land ein Rechtsstaat ist. Die Ausfüllung des Begriffs ist daher fast selbstverständlich der Verfassungsauslegung überlassen.

1 *László Kiss*, Jogállam – jogalkotás – önkormányzatok [Rechtsstaat – Rechtsetzung – Selbstverwaltungen], Pécs: Közigazgatás Módszertani 1998, 102.

2 *Herbert Küpper*, Ungarns Verfassung vom 25.4.2011. Einführung – Übersetzung – Materialien, Frankfurt am Main: Peter Lang 2012, 73.

„Im Vergleich mit Deutschland fällt zudem auf, dass in der ungarischen Rechtsprechung lange Zeit die Rechtssicherheit im Vordergrund stand – eine natürliche Entwicklung in Zeiten eines Totalbruchs der Staats-, Wirtschafts- und Sozialordnung.“³

Das ungarische Verfassungsgericht vertrat zum Beispiel den Standpunkt, dass „die Qualifizierung von Rechtsstaatlichkeit sowohl eine Tatsachenfeststellung als auch ein Programm ist. Nicht nur die Gesetzgebung und die Funktionsweise staatlicher Organe sollen im Einklang mit der Verfassung stehen, sondern das konzeptionelle Kultur- und Wertesystem der Verfassung soll die Gesellschaft als Ganzes durchdringen. Das ist die Rechtsstaatlichkeit, das lässt die Verfassung Wirklichkeit werden. Die Verwirklichung der Rechtsstaatlichkeit ist ein Prozess“.⁴ „Die Verfassung gibt schließlich Zielvorstellungen des Staates vor und etabliert auf diesem Weg ein Kultur- und Wertesystem.“⁵

Das Problem ergibt sich daraus, dass die Fülle unterschiedlicher Interpretationsmöglichkeiten – gerichtliche, wissenschaftliche, politische, inländische und ausländische Literatur – dazu führt, dass der Wesenscharakter des innerstaatlichen Zusammenlebens, der Rechtsstaatlichkeit, noch unsicherer werden kann, insbesondere in Ländern, in denen es in dieser Hinsicht keinen öffentlichen Konsens gibt.

Meines Erachtens fehlt es an einem verbindlichen „gemeinsamen Nenner“, der beispielsweise durch detaillierte Gesetzgebung geschaffen werden könnte. Der grundlegende Mangel ist also meiner Meinung nach die Unterregulierung des Konzepts der Rechtsstaatlichkeit. So kann der Begriff der „Rechtsstaatlichkeit“, der den Charakter des Staates grundlegend beschreibt, Anlass zu scheinbar extremen Debatten bieten.

Die Rechtsstaatlichkeit kann mit Hilfe der Theorie ausgelegt werden. Wir können zum Beispiel den Aspekt der Legalität, das Vorhandensein von Rechtsvorschriften, das Prinzip der Gesetzlichkeit der öffentlichen Verwaltung, die Möglichkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes usw. hervorheben. An dieser Stelle sehen wir uns jedoch mit dem Problem der formalen Rechtsstaatlichkeit konfrontiert, was vereinfacht gesagt bedeutet, dass der Wortlaut von Gesetzen nicht allmächtig sein kann, da unzählige historische Beispiele beweisen, dass gerade auch die Gesetzgebung Inhalt von und Rechtfertigung für Ungerechtigkeit und Unmenschlichkeit sein kann. Es ist nicht schwierig, dafür historische Beispiele in Deutschland oder Ungarn anzuführen.

In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts wurde deshalb die inhaltliche Bewertung von Rechtsvorschriften und das Problem der materiellen Rechtsstaatlichkeit zu einem zentralen Thema. Dies wiederum führt uns zu der Frage der Auslegung, was die Problematik noch weiter verkompliziert: Es ist nun notwendig, den Begriff des materiellen Rechtsstaats und nicht den der Rechtsstaatlichkeit zu definieren.

3 *Herbert Küpper*, Die ungarische Verfassung nach zwei Jahrzehnten des Übergangs. Frankfurt am Main: Peter Lang 2007, 44.

4 131/2008. (XI. 3.) AB határozat [131/2008. (3.11) Beschluss des Verfassungsgerichts].

5 *Gilbert Gornig*, Ruf nach einer europäischen Verfassung, *Jura* 9 (2003), 34–44 (34).

Lehrbuchdefinitionen können zwar bei der Auslegung helfen, z. B. im Rechtsstaat „gibt das Recht der Ausübung der Staatsgewalt Maß und Form“⁶, aber zum einen sind auch diese Ansätze relativ, in vielerlei Hinsicht unterschiedlich, und zum anderen haben sie keine rechtliche Bindungswirkung.

Das Prinzip der Gewaltenteilung wird häufig als Bestandteil des Rechtsstaats erwähnt. Es kann festgestellt werden, dass über die Bedeutung dieses Kriteriums ein breiter Konsens besteht und es scheint, dass dieser Grundsatz tatsächlich zur Klärung des Begriffs Rechtsstaatlichkeit beitragen kann.

Ein systematischer Ansatz führt jedoch zu einer weiteren Unsicherheit: Was bedeutet überhaupt das Prinzip der Gewaltenteilung? Eine einschlägige ausdrückliche gesetzliche Regelung – abgesehen von der Deklaration – gibt es z. B. in Ungarn nicht. Und wenn wir uns auf der Suche nach einer Antwort an Montesquieu wenden, sollten wir mit Vorsicht vorgehen, denn wir nähmen dann als Leitsatz, was in einem mehr als 250 Jahre alten Werk steht, das ein zeitgenössischer französischer Aristokrat in Bezug auf das England des 18. Jahrhunderts formulierte.⁷ Vereinfacht gesagt: Ist dies eine ausreichende Hilfestellung, um den Rechtsstaat im 21. Jahrhundert zu definieren? Wahrscheinlich nicht, auch angesichts der Tatsache, dass das, was Montesquieu beschreibt, in der Funktionsweise moderner Staaten heute kaum in „chemisch reiner“ Form vorkommt.⁸ Tatsächlich hat die gesellschaftliche Entwicklung vielerorts den „Geist des Gesetzes“ verdrängt.

Es ist wichtig zu betonen, dass die Qualität des Rechtsstaats, die auf gesellschaftlicher Ebene als unterreguliert einzustufen ist, meiner Meinung nach auch eine Ideologie und eine Welt der Religionen auf gesellschaftlicher Ebene ist.⁹ In Ungarn war in der Zeit des Regimewechsels die Etablierung der Rechtsstaatlichkeit mit der Verwirklichung der sozialen Wohlfahrt verbunden. Kurzum: Rechtsstaatlichkeit galt als der Schlüssel zu sozialem Wohlstand und hohem Lebensstandard.

Diese Behauptung war – scheinbar – leicht zu belegen, denn die westeuropäischen demokratischen (sozialen, liberalen usw.) Rechtsstaaten, die als Vorbild gelten, sind unzweifelhaft erfolgreich in Bezug auf die soziale Wohlfahrt. Es ist jedoch zu beachten, dass dieser wirtschaftliche Erfolg auch in historischer Perspektive nachweisbar ist, d.h. der Lebensstandard in diesen Ländern auch in Zeiten hoch bzw. relativ hoch war, als die moderne Rechtsstaatlichkeit noch eine unbekannte Kategorie war. Auch heutzutage lässt sich anhand einer Reihe von Beispielen festhalten, dass es wohl keinen besonderen Zusammenhang zwischen Rechtsstaatlichkeit und sozialer Wohlfahrt gibt.¹⁰

6 József Petrétei, Magyarország alkotmányjoga I. Alapvetés, alkotmányos intézmények [Das Verfassungsrecht Ungarns I. Grundsätze, verfassungsmäßige Institutionen], Pécs: Kodifikátor Alapítvány 2013, 89.

7 Vgl. Rudiger Voigt, Der Moderne Staat, *Juridica International* 21 (2013), 5–20 (10–11); Marco Goldoni, Montesquieu and the French Model of Separation of Powers, *Jurisprudence* 4 (2014), 20–47.

8 Siehe dazu: Ernst Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, München: C. H. Beck 1958, 2.

9 Antal Ádám, Alkotmányi értékek és alkotmánybíráskodás [Verfassungswerte und Verfassungsgerichtsbarkeit], Budapest: Osiris 1998, 23.

10 Vgl. Francis Fukuyama, *Államépítés* [Staaten bauen], Budapest: Századvég 2005, 44.

Und wenn wir schon beim geschichtlichen Aspekt sind: Die Begriffe „Rechtsstaat“, „Rechtsstaatlichkeit“, wie wir sie heute verwenden, sind höchstens zweihundert Jahre alt. Ausgehend von der historischen Relativität lässt sich vielleicht auch feststellen, dass die Schaffung der „Rechtsstaatlichkeit“ unter den damaligen konzeptionellen Rahmenbedingungen und gesellschaftlichen Verhältnissen das Ziel der bürgerlichen Revolutionen des 19. Jahrhunderts oder auch des ungarischen Unabhängigkeitskrieges von 1956 war. In Ungarn wurde – explizit – erstmals 1989 die Notwendigkeit der Rechtsstaatlichkeit formuliert, im Gegensatz zum „Polizeistaat“ und als Ausdruck der „Sehnsucht“ nach der wirtschaftlichen Entwicklung der westeuropäischen Länder.

2. Die begrenzte Machtausübung

Das Wesen des Rechtsstaates ist ganz sicher die Begrenzung, genauer gesagt die Selbstbegrenzung des Staates: eine Begrenzung primär gegen den Staat und nicht gegenüber den Bürgern. Das Wesen der Selbstbegrenzung besteht darin, dass der Staat eine Reihe von „Schritten“ gegen die Bürger nicht ergreifen darf, die er angesichts seiner Macht sonst ergreifen könnte. Insbesondere Schritte und Maßnahmen, denen die heutige technologische Entwicklung im Grunde fast keine Grenzen mehr setzt.¹¹

Die Begrenzung von Staatsgewalt und die Begrenzung der Machtausübung sind praktisch synonyme Kategorien, da die Begrenzung von Staatsgewalt an sich sinnlos wäre, wenn sie sich nicht als Begrenzung der Machtausübung manifestierte. Die *Begrenzung der Macht ist ein konzeptionelles Element des demokratischen Rechtsstaates*.

Nach Max Weber: „Macht bedeutet jede Chance, innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel worauf diese Chance beruht.“¹² Im Rechtsstaat ist die Staatsgewalt rechtlich konstituiert, bzw. die Ausübung der Staatsgewalt ist rechtlich bestimmt, organisiert und abgegrenzt.¹³

Unbegrenzte Macht war ein Merkmal der absoluten Monarchien und Polizeistaaten vor den bürgerlichen Revolutionen.¹⁴ Die scharfe Gegenüberstellung zwischen Polizeistaat und Rechtsstaat ist jedoch zum Teil ein fehlerhafter Ansatz, da der Rechtsstaat ursprünglich als durch das Gesetz geregelter Polizeistaat verstanden wurde.¹⁵

Heutzutage kann die Gegenüberstellung von Rechtsstaat und Diktatur helfen, diese Begriffe zu klären. Während die Unterscheidung zwischen einem demokra-

11 János Sári, A hatalommegosztás [Gewaltenteilung], Budapest: Osiris 1995, 58.

12 Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, Neu Isenburg: Melzer 2000, 38.

13 Petrétai József, Az államhatalom szabályozása az Alaptörvényben [Die Regelung der Staatsmacht im Grundgesetz], in: Notha Tibor/Monori Gábor (Hrsg.), Ius est ars, Pécs: PTE ÁJK 2015, 419.

14 Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungswissenschaft. Baden-Baden: Nomos 2000, 82–83.

15 Radomir Lukic, Über den Rechtsstaat; Rechtstheorie, 24 (1993), 135–138 (135).

tischen Rechtsstaat und einer Diktatur aus theoretischer Sicht unproblematisch sein sollte, ist sie es in der Praxis nicht. Denn es ist schwer, heute ein Land zu finden, das sich großspurig als Diktatur (oder Polizeistaat) bezeichnen würde. Andererseits kann man sagen, dass je weniger die Ausübung der Staatsgewalt begrenzt ist, desto weniger kann von einem demokratischen Rechtsstaat gesprochen werden. In einer Diktatur ist die Machtausübung konzentriert, ausschließlich, unbeeinflusst, unbegrenzt oder kaum begrenzt, frei von Kontrollmechanismen.¹⁶

In einem demokratischen Rechtsstaat manifestieren sich die Grenzen der Staatsgewalt (Freiheitsrechte, demokratische Prinzipien der Staatsorganisation, bedeutende Privatinteressen) stets in der Gesetzgebung, so dass die wichtigste Grenze der Staatsgewalt – sowohl formal als auch inhaltlich – die Gesetzgebung ist.¹⁷

Die *gesetzliche Regelung* des Staates und der *öffentlichen Verwaltung* und die *zunehmende Bedeutung des Legalitätsprinzips* – unter dem Einfluss von Montesquieu, Kant und anderen – erfuhr mit der Entstehung der bürgerlichen Staaten weite Verbreitung.¹⁸ Dies beruhte auf der bürgerlichen Forderung, dass die Tätigkeit der Staatsorgane – anders als in absoluten Monarchien – nicht unbegrenzt sein solle. Die grundlegende Begrenzung an sich ist das Bestehen einer gesetzlichen Regelung. Wenn es eine Gesetzgebung über die Funktionsweise der öffentlichen Verwaltung gibt, dann grenzt diese bereits durch ihre reine Existenz die Funktionsweise der staatlichen Organe ein, fast unabhängig von ihrem Inhalt.

Die mit öffentlichen Befugnissen ausgestatteten Organe üben ihre Tätigkeit innerhalb des gesetzlich festgelegten organisatorischen Rahmens, innerhalb der gesetzlich festgelegten Funktionsregeln und innerhalb der gesetzlich festgelegten Grenzen in einer Weise aus, „die für die Bürger zugänglich und vorhersehbar sind.“¹⁹

„Die Anforderung, dass die öffentliche Verwaltung der Rechtsstaatlichkeit unterworfen sein muss, ist eine Anforderung, die sich aus dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit ergibt. Die Anforderung ist, dass die Behörden, die in Ausübung ihrer öffentlichen Befugnisse in die sozialen Beziehungen eingreifen, ihre Entscheidungen innerhalb des durch das Gesetz festgelegten organisatorischen Rahmens, in der durch das Gesetz geregelten Verfahrensordnung, innerhalb des durch das materielle Recht festgelegten Rahmen treffen.“²⁰

Die primäre theoretische, aber zugleich praktische Grenze der Machtausübung sind jedoch der gesellschaftliche Zweck der Staatsgewalt und ihr öffentliches Interesse. Obwohl schwierig auf Rechtsvorschriften zurückführbar, ist es doch eindeutig, dass die Ausübung staatlicher Macht nur im Rahmen gemeinschaftlicher Ziele gerechtfertigt werden kann.²¹ *Die Ausübung staatlicher Macht kann niemals eigennützig, missbräuchlich oder selbstreferenziell sein.*

16 Mehr dazu *Mihály Samu*, Államelmélet [Staatstheorie], Budapest: Püski 1992, 215.

17 Vgl. *Walter Klappstein/Georg-Christoph von Unruh*, Rechtsstaatliche Verwaltung durch Gesetzgebung, Heidelberg: R. v. Decker's 1987, 17. ff.

18 *Gustav Radbruch*, Einführung in die Rechtswissenschaft, Stuttgart: K. F. Koehler 1952, 23.; *Sári* (Fn. 11.), 67. ff.

19 56/1991. (XI. 8.) AB határozat [56/1991 (8.11) Beschluss des Verfassungsgerichts].

20 56/1991. (XI. 8.) AB határozat [56/1991 (8.11) Beschluss des Verfassungsgerichts].

21 *Petrétei* (Fn. 13), 428.

Die Quelle der Macht, das Volk, ist auch das Ziel der Machtausübung. Die Gemeinschaft nimmt die Folgen der Machtausübung gegen ein Mitglied oder eine Gruppe der Gemeinschaft in Kauf, wenn dies im Interesse der Gemeinschaft insgesamt gerechtfertigt ist. Ohne Menschen, ohne Gesellschaft gibt es keinen Staat, aber ohne staatliche Organisation kann es eine menschliche Gemeinschaft geben.

Der moderne Rechtsstaat versucht im Interesse einer demokratischen Machtausübung das Prinzip der Gewaltenteilung durchzusetzen, aber dieses Bestreben kann aufgrund objektiver und subjektiver Umstände nicht wirklich umgesetzt werden.

An erster Stelle rekrutiert sich jedenfalls in parlamentarischen Systemen das oberste Organ der Exekutive, die Regierung, aus dem Kreis der Legislative, so dass die persönliche Verbindung die Grenzen zwischen den beiden Gewalten verwischt. Ganz zu schweigen von der Tatsache, dass *parteibasierte Beziehungen hierarchische Beziehungen* unter den Teilnehmern der parteipolitisch organisierten demokratischen Machtausübung *schaffen und aufrechterhalten können*, unabhängig von der öffentlich-rechtlichen Über- und Unterordnung (z. B. über die Leiter von Organen mit autonomen Rechtsstatus).²²

Es ist also festzustellen, dass die Gewaltenteilung sowohl organisatorisch als auch funktional ein weit verbreitetes und häufig angewandtes Prinzip ist, während faktische Über- und Unterordnungsverhältnisse aufgrund persönlicher Beziehungen keineswegs eine Seltenheit sind.

Personelle Machtverflechtungen können nur durch die Anwendung strenger Regeln für Interessenkonflikte gemildert werden. Ansonsten kann sich die Machtkonzentration gerade durch persönliche Beziehungen verwirklichen, die durch die sonst angewandte funktionale und organisatorische Trennung der Gewalten verhindert werden sollte.

Der moderne Staat kann ohne Gesetzgebung nicht existieren, insofern ist *der Staat auch ein rechtliches Phänomen*, aber es ist auch wichtig zu betonen, dass der Staat nicht durch Gesetzgebung, sondern durch völkerrechtliche Tatsachen geschaffen wird und seine Entwicklung nicht primär von der Gesetzgebung abhängig ist.²³ Die Gesetzgebung ist für das berechenbare Funktionieren des Staates und der staatlich organisierten Gesellschaft unerlässlich.

Wirklich relevant sind für die Mitglieder der Gesellschaft Rechtsvorschriften, die sie unmittelbar betreffen: diejenigen, die ihre Beziehungen untereinander und zu den Organen des Staates bestimmen. In diesen Beziehungen erwarten oder fordern die Bürger von der Rechtsordnung nicht Ordnung oder Vorhersehbarkeit, sondern effektiven und schnellen Schutz, Gerechtigkeit, Fairness, Vernunft oder Empathie. Etwas vereinfacht könnte man auch sagen, dass die *Gesellschaft einen naturrechtlichen Ansatz hat*.

22 Meghan McConaughy – Paul Musgrave – Daniel H. Nexon, Beyond Anarchy: Logics of Political Organization, Hierarchy, and International Structure, *International Theory*, 10 (2018), 181–218 (182).

23 Dazu Gilbert Gornig, Der völkerrechtliche Status Deutschlands zwischen 1945 und 1990, München: Wilhelm Fink 2007, 4.

Andererseits will der Staat in Bezug auf seine eigene Rechtsordnung sicherstellen, dass das Recht die Anforderungen der Machtausübung erfüllt, dass es präzise, transparent, nachvollziehbar und stabil ist. Das wiederum bedeutet, dass *der Staat die Rechtsordnung aus einem rechtspositivistischen Aspekt heraus gestaltet*.

Weder die moderne Gesellschaft noch der moderne Staat können ohne Recht existieren, auch wenn es stimmt, dass der Unterschied zwischen dem naturrechtlichen und dem positivistischen Rechtsverständnis ständige Konfliktsituationen verursacht. Während staatliche Institutionen versuchen, diese Konfliktsituationen in (rechtlichen) Rahmen und Verfahren zu halten, kann dies leicht kontraproduktiv sein.

Wenn Mitglieder der Gesellschaft sich regelmäßig in einer Situation befinden, in der sie das Gefühl haben, dass sie das Recht „im Stich gelassen“ hat, ihnen nicht geholfen hat, ihre Probleme zu lösen, dann werden die Bürger zunehmend desillusioniert und distanzieren sich vom Recht, von rechtlichen Lösungen und von rechtlichen Verfahren. Wenn das Opfer eines Einbruchs das Gefühl hat, dass seine Anzeige sowieso zu keinem Ergebnis führt, weil es dies in einem früheren Fall schon einmal getan hat und nichts passiert ist, wendet es sich nicht an die Polizei. Wenn es die Erfahrung gemacht hat, dass das einzige Ergebnis eines jahrelangen Rechtsstreits anhaltende Krankheit und finanzielle Verluste sind, wird es in Zukunft nicht vor Gericht gehen.

Die massenhafte Desillusionierung und Abkehr vom Recht und den Rechtsinstitutionen kann nicht nur kritische Folgen für das individuelle Leben haben, sondern auch unabsehbare Folgen auf gesellschaftlicher Ebene hervorrufen, und der Staat kann an Handlungsfähigkeit verlieren, die Ausübung der Staatsgewalt kann in bestimmten Bereichen des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Lebens schrumpfen oder verschwinden.²⁴

3. Machtausübung und das Individuum

Jean Bodin schreibt in seinem im Jahr 1576 erschienen Werk mit dem Titel „Über den Staat“: „Der oberste Beamte ist das verkörperte Gesetz, das Gesetz kann nur mit Verboten und Drohungen gegen die Ungehorsamen auftreten. Das Gesetz ist nichts anderes als der Befehl des Herrschers. Es gibt keinen Mächtigeren als den souveränen Herrscher, nur Gott allein steht über ihm, der oberste Beamte erhält seine Macht vom Herrscher nach Gott und bleibt ihm und seinen Gesetzen immer untergeordnet, und die Individuen gehorchen dem Herrscher, seinen Gesetzen und seinen obersten Beamten nach Gott (der immer an erster Stelle stehen muss).“²⁵

Aus dem oben Gesagten ist das Verhältnis zwischen dem Staat, der Verwaltung („der oberste Beamte“) und dem Einzelnen („Individuum“) leicht zu erfassen. Das Verhältnis ist von einer strengen Hierarchie geprägt: Was befohlen wird, muss befolgt werden. In der Hierarchie steht Gott an erster Stelle, gefolgt vom absoluten

24 *Bertrand Mathieu*, A jog a demokrácia ellen? [Das Recht gegen die Demokratie?] Budapest: Századvég 2018, 26–30.

25 *Jean Bodin*, Az államról [Über den Staat], Budapest: Gondolat 1987, 195.

Monarchen (dessen Wort im Wesentlichen das Gesetz ist), dann kommt sein (oberster) Beamter und schließlich der Mensch (der Untertan).

Und was fehlt noch? Die gesetzlich garantierte Sicherheit. In dieser Beziehung gibt es keinen Rahmen, keine Grenzen und Garantien: Was auch immer der Inhalt des Gebots (des Gesetzes) ist, er muss befolgt werden. Das Gesetz und die Gesetzgebung sind nur eine formale Notwendigkeit, die dem Herrscher voll und ganz untergeordnete diskretionäre Entscheidungsbefugnis der Verwaltung wird der unbeschränkten Macht des Herrschers angepasst. Der Mensch ist völlig machtlos gegen Gebote, ihm stehen keine Rechtsmittel zur Verfügung, er ist ein hilfloser Untertan.

Im absoluten Staat war die Polizei das rechtliche Äquivalent für die unbegrenzte Macht des Souveräns über seinen Untertanen. Aus diesem Grund und weil die Strafverfolgungsbehörden im Zentrum des Staatsapparats standen, wird der absolute Staat auch als Polizeistaat bezeichnet, dessen Aufgabe die Aufrechterhaltung der „guten Ordnung“ – oder, wie die gute Ordnung seinerzeit bezeichnet wurde: der „guten Policey“ – war.²⁶ Das Prinzip der Legalität der öffentlichen Verwaltung, das Prinzip der Gewaltenteilung, die Verfassungsmäßigkeit und auch die bürgerlichen Freiheiten werden im Polizeistaat nicht respektiert.²⁷

Die Beziehung zwischen der Person, dem Bürger, dem Klienten usw. und dem Staat kann aus mehreren Blickwinkeln untersucht werden: Es gibt auch juristische und nicht-juristische Komponenten zu dieser Bindung. Im Laufe der Zeit hat der Gesetzgeber (die Staatsmacht) den Menschen mal völlig unterdrückt, mal auf Distanz gehalten, ihm aber zunehmend Rechte gewährt, und in jüngster Zeit hat sie sich an seinen Bedürfnissen, Erwartungen und Meinungen orientiert. Dementsprechend hören wir immer öfter seine neueste Bezeichnung: Steuerzahler. Er ist derjenige, der das Funktionieren der öffentlichen Verwaltung finanziert und der „im Gegenzug“ eine gute Verwaltung und eine gute Regierungsführung erhält.

Die Frage nach der Offenheit und der Transparenz des Staates, insbesondere der öffentlichen Verwaltung, kann auch für die Gesellschaft von Interesse sein.²⁸ Ein Teil der von Behörden verarbeiteten Daten sind personenbezogene Daten, die angemessen geschützt werden müssen und rechtlichen Garantien unterliegen. Andererseits gibt es eine große Menge an Informationen, die von Behörden bearbeitet werden, für welche die Hauptregel nicht die Vertraulichkeit der Daten ist, sondern angesichts des Prinzips des öffentlichen Interesses ihre Offenlegung.

Der Staat findet es jedoch oft sehr schwierig, Daten von öffentlichem Interesse zur Verfügung zu stellen, insbesondere wegen der Unsicherheiten in der einschlägigen Gesetzgebung. Dafür kann es mehrere Gründe geben: politische, wirtschaftliche, frühere Irrtümer, Fehler und Vertuschung der Verantwortung für diese Nach-

26 Franz-Ludwig Knemeyer, *Polizei- und Ordnungsrecht*, München: C. H. Beck 2002, 2.

27 Armin von Bogdandy/Peter M. Huber, Deutschland, in: Armin von Bogdandy/Sabino Cassese/Peter M. Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europeum*. Band III. Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen, Heidelberg: C. F. Müller 2010, 48; Adolf Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien: Julius Springer 1927, 68–69.

28 Adam Candeub, *Transparency in the Administrative State*, *Houston Law Review*, 51 (2013), 385–416 (385).

lässigkeit usw. Dennoch kann festgehalten werden, dass der demokratischen öffentlichen Verwaltung in einem Rechtsstaat die Öffentlichkeit (einschließlich der Presse) eher entspricht als Geheimnisse, eine Vielzahl von Geheimhaltungsverfahren und die wahllose Anwendung des Instituts des Staatsgeheimnisses.

Machtausübung bedeutet – meiner Meinung nach etwas vereinfacht – die Verwirklichung von staatlicher Macht, öffentlicher Macht. Machtausübung ist ein sehr komplexes faktisches und öffentlich-rechtliches Phänomen. Um es zu verstehen und vollständig zu untersuchen, ist es unerlässlich, die folgenden Begriffe und Fragen zu erläutern:

- Was ist Staatsgewalt?
- Was ist die Quelle der Gewalt?
- Was bedeutet Gewaltenteilung?
- Was ist Machtausübung?
- Wo liegen die Grenzen der Machtausübung?

Die Beantwortung dieser Fragen erfordert einen zurückhaltenden Ansatz. Staatsgewalt und öffentliche Gewalt bedeuten, dass die staatlichen oder vom Staat damit beauftragten nichtstaatlichen Stellen oder Personen die Möglichkeit haben, das *Verhalten* von natürlichen Personen oder Organisationen außerhalb des Staates zu *kontrollieren*, zu *beeinflussen*, zu *bestimmen*, zu *erzwingen*, auch unter der Anwendung von Gewalt. Mit Macht meine ich die Möglichkeit der Machtausübung, ohne die tiefere Bedeutung von Macht zu erforschen oder zu analysieren.²⁹

Unter Staatsmacht verstehe ich im juristischen Sinne die Ausübung von Befugnissen, die sich aus der verfassungsmäßigen Ordnung ergeben und die auch die Gehorsamspflicht beinhalten. Hierzu sei angemerkt, dass die Aufgaben und Ziele des Staates nicht wörtlich zu verstehen sind. Viele Aufgaben des Staates – wie z. B. die Bereitstellung öffentlicher Verkehrsmittel, die Instandhaltung von Straßen – können privatrechtlich organisiert werden, so dass es in diesen Fällen nicht auf die Ausübung öffentlicher Gewalt ankommt.³⁰

Private Macht muss von öffentlicher Macht abgegrenzt werden. Unter privater Macht verstehe ich, dass der Staat durch eine gesetzliche Regelung eine externe Instanz in die Lage versetzt, Macht über die andere(n) Partei(en) auszuüben.³¹ Es besteht kein wesentlicher Unterschied zwischen der Ausübung privater Macht und öffentlicher Macht: Beide sind einseitige Willensdurchsetzungen, mit dem Unterschied, dass in einem privaten Machtverhältnis sowohl der Bessergestellte als auch die andere Partei der staatlichen (öffentlichen) Macht unterworfen sind. Auch die Ausübung privater Macht kann nur begrenzt sein, und das Gesetz bietet Rechtsschutz dagegen.

Gleichzeitig ist die Unterscheidung, dass die Staatsmacht eine konzentrierte Macht ist, während sich die private Macht fragmentiert und zersplittert darstellt,

29 Samu (Fn. 13), 106–108.

30 3/2014. (I. 21.) AB határozat [3/2014 (21.1) Beschluss des Verfassungsgerichts].

31 Mathias Rose Svendsen, Constitutional Limitations on the Competence to Entrust the Exercise of Authority to Private Entities, *European Constitutional Law Review*, 13 (2017), 704–723 (706).

problematisch. Je komplexer die Organisation einer Gesellschaft ist, je breiter der Umfang ihres Tätigkeitsspektrums ist, über je mehr Kapital sie verfügt, desto größer ist die – durch das Gesetz anerkannte und beschränkte – potenzielle Macht, die sie hat.

Die Trennung von privater und öffentlicher Macht ist besonders problematisch, wenn die Gesetzgebung die Möglichkeit vorsieht, dass private Organisationen quasi-öffentliche Mittel einsetzen können (zum Beispiel die Demontage der Messanlage wegen öffentlicher Abgabenschuld).

Das ungarische Verfassungsgericht beispielsweise kam zu dem Schluss, dass die an private Akteure delegierte („ausgelagerte“, „privatisierte“) Ausübung öffentlicher Gewalt in vielen Fällen die Privatsphäre von Menschen mit geringerer Fähigkeit zur Durchsetzung ihrer Interessen gefährdet und die Ausübung von Grundrechten bedroht, was die Kohäsion der politischen Gemeinschaft und das effektive Funktionieren des Staates schwächt.³²

Die „Anwendung von staatlichem Zwang“ kann offensichtlich nicht als etwas anderes als die Ausübung der öffentlichen Macht verstanden werden. (Die Formulierung des ungarischen Verfassungsgerichts ist allerdings – meiner Meinung nach – etwas unpräzise: In diesem Fall können die Kammern als mit öffentlichen Befugnissen ausgestattete Einrichtungen betrachtet werden, sind aber keine staatlichen Behörden.) Die Machtausübung ist also nicht unbedingt an staatliche Organe gebunden, wohl aber an eine staatliche Ermächtigung.

Ein wichtiges konzeptionelles Merkmal ist auch, dass die Quelle der Machtausübung eine staatliche oder eine nichtstaatliche Person (Organisation) sein kann, aber das *Ziel der Machtausübung ist immer die Person (Organisation) außerhalb des Staates*. Daraus folgt, dass die sonst gegen die Staatsgewalt zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmittel von einem Mitglied oder Vertreter des Staates in dieser Eigenschaft genutzt werden können.

Die Frage nach der Quelle der Macht ist eine Frage nach der Souveränität: *Woher kommt diese Macht?* Die Antworten sind unterschiedlich und ändern sich von Zeitalter zu Zeitalter, von Autor zu Autor.³³ Heute scheint klar, dass die Quelle der Macht im öffentlichen Sinne das Volk ist. Doch selbst mit dieser unbestreitbaren Antwort ist es schwierig, das Problem der Souveränität des Rechts zu umschreiben. Trotz der Klarheit und Unbestreitbarkeit der Volkssouveränität haben wir es rechtlich mit einer sehr fließenden Frage zu tun.

Die Organisation und die Funktionsweise des modernen Rechtsstaates, sein ganzer Charakter, werden durch Gesetze beschrieben, einschließlich der Frage, was die Quelle der Staatsgewalt ist. Wir wissen auch unmittelbar aus dem Gesetz, dass die Quelle der Macht das Volk ist, d.h. dass die Volkssouveränität sich direkt in der Souveränität des Rechts manifestiert.³⁴

32 3/2014. (I. 21.) AB határozat [3/2014 (21.1) Beschluss des Verfassungsgerichts].

33 Bodin (Fn. 19), 74–75.

34 Gábor Máthé, Sovereignty – State of Rule of Law (Rechtsstaat), Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eotvos Nominatae: Sectio Iuridica, 54 (2013), 95–114 (107).

Aber das Recht ist keine immerwährende Kategorie, es ist veränderbar und es ändert sich auch. Es stellt sich die Frage, wie die Situation staatsrechtlich zu interpretieren wäre, wenn der Gesetzgeber nicht das Volk als Quelle der Macht bezeichnete, sondern z. B. das Gesetz. Würden sich der Charakter der Macht und die Machtausübung gleichzeitig ändern? Oder würden abstrakte rechtstheoretische Aspekte durch praktische Überlegungen und Lösungen in der alltäglichen Rechtsanwendung überlagert werden? Man kann es nicht wissen.

Es ist auch schwer zu erklären, warum das Volk die Quelle der Macht ist. Für dieses zweihundert Jahre alte Dogma aus der Staatstheorie gibt es wahrscheinlich ebenso viele theoretische wie praktische Gründe. Die Demokratie kann nur vom Volk aus aufgebaut werden, die Legitimation, das Recht zur Machtausübung kann dem Staat oder einer im Auftrag des Staates vorgehenden Behörde oder Person nur vom Volk gegeben werden.³⁵ Andererseits ist die Tatsache, dass die Quelle der Macht das Volk ist, eine vollkommen verständliche Aussage, die keiner (oberflächlichen) Erklärung bedarf und mit der sich jeder (das Volk) leicht identifizieren kann. Ganz zu schweigen davon, dass der wichtigste Konsens und Eckpfeiler der Staats- und Verfassungsentwicklung in den westeuropäischen Demokratien dieses Prinzip des Konstitutionalismus ist.

Es ist eine wichtige Errungenschaft der modernen demokratischen Entwicklung, dass nicht nur die Staatsorgane eine Machtposition haben, sondern auch der Bürger: *Der Bürger ist ein Machttträger*.³⁶ Der theoretische Ausgangspunkt dabei ist, dass das Prinzip der demokratischen der Machttheorie die Quelle der Macht im Volk sieht, und die oberste Machtinstanz, den Staat, als Verkörperung des öffentlichen Willens wahrnimmt. Die demokratische Staatsauffassung geht vom Individuum, von der Machtbefugnis des Bürgers aus.³⁷

Dieser Sichtweise ist jedoch hinzuzufügen, dass der Einzelne nur als Mitglied der Gemeinschaft (des Volkes) Machttträger ist, er alleine ist kein Machttträger, was auch bedeutet, dass der Einzelne nicht nur als Machttträger, sondern auch als Quelle der Macht ein relativer Faktor ist.

Gemäß Artikel B) Abs. (1) des ungarischen Grundgesetzes ist Ungarn ein unabhängiger, demokratischer Rechtsstaat. Quelle der öffentlichen Gewalt ist nach Artikel B) Abs. (3) das Volk, das seine Macht durch seine gewählten Vertreter bzw. im Ausnahmefall unmittelbar ausübt. Nach dem Prinzip der Volkssouveränität kann das Volk nach Annahme der Verfassung und in deren Rahmen sein Recht ausüben, über die Ausübung der öffentlichen Gewalt zu entscheiden.

Nach dem ungarischen Grundgesetz ist das Volk nicht nur die Quelle der öffentlichen Gewalt, sondern nimmt nach deren Konstituierung auch an der Ausübung der öffentlichen Gewalt auf der Grundlage des Artikels B) Abs. (4) teil. Nur durch die Ausübung des Wahlrechts alle vier Jahre können die Wahlbürger Einfluss auf die Zusammensetzung der Vertretungsorgane, insbesondere auf die

35 *Petrétei* (Fn. 19), 428.

36 *Gábor Máthé* (Hrsg.), *Die Entwicklung der Verfassung und des Rechts in Ungarn*, Budapest: Dialóg Campus 2017, 413–414.

37 *Samu* (Fn. 13), 238.

der Landesversammlung, nehmen. Daher kann „jede Begrenzung der Gleichheit oder der Allgemeinheit nur aus sehr wichtigen prinzipiellen Gründen akzeptiert und mit der Verfassung vereinbar sein.“³⁸

Obwohl das Volk die Quelle der Macht ist, lässt sich aber zu Beginn des 21. Jahrhunderts feststellen, dass das Volk vielleicht noch nie so weit von der tatsächlichen Machtausübung entfernt war wie heute. Ein grundlegendes Merkmal repräsentativer Demokratien ist, dass in erster Linie aus praktischen Gründen *die Quelle der Macht und die Ausübung der Macht auffallend voneinander getrennt sind*. Die Ausübung von Macht ist das Recht und die Pflicht von demokratisch legitimierte und gesetzlich ausgestatteten Gremien, Organen oder Personen.

Die direkte Machtausübung (Entscheidungsfindung) findet nur in den seltensten Fällen statt: bei Parlamentswahlen in bestimmten Zeitabständen, selten bei Volksabstimmungen, eventuell bei Volksinitiativen. Es ist auffallend, wie wenig sich der Machthaber in den letzten hundert Jahren – weltweit – auf die Quelle der Macht verlässt.

Dieses Verhalten lässt sich zwar mit Argumenten erklären (z. B. dass es schwierig und kostspielig ist, Volksabstimmungen zu organisieren, dass komplizierte Fragen nicht einfach beantwortet werden können, dass verantwortungsvolle Entscheidungen nur dann getroffen werden können, wenn die für die Entscheidungsfindung erforderlichen Informationen zur Verfügung stehen usw.), aber es kann in keiner Weise gerechtfertigt werden.

Die Frage „Warum?“ ist in dieser Hinsicht verwirrend. Was kann wohl der Grund dafür sein, dass das Volk, die Quelle der Macht, so entscheidet (durch seine Vertreter!), dass die Macht als Hauptregel nicht direkt ausgeübt wird, sondern indirekt, durch gewählte oder von den Gewählten ernannte Beamte? Das Volk verzichtet zwar nicht auf die Macht, aber es verzichtet weitgehend auf die operative Machtausübung. Und das alles tut es scheinbar freiwillig.

Offensichtlich ist das wichtigste und logischste Argument, dass das Volk im Wesentlichen nicht in der Lage ist, die Macht im Alltag auszuüben, vor allem aus praktischen Gründen.³⁹ Einfachheit, Schnelligkeit, Operationalität sind alles Argumente für die indirekte Machtausübung. Die technischen und technologischen Standards des 21. Jahrhunderts machen es unbedingt erforderlich, diese Aspekte zu überdenken und neu zu bewerten. Es ist ganz sicher, dass die Verwirklichung der Ausübung direkter Macht – auf sichere Weise – heutzutage weit davon entfernt ist, auf die Volksversammlung oder auf die Wahlkabine unter der Aufsicht eines Ausschusses beschränkt zu sein.

Der moderne Staat (einschließlich Ungarns) führt viele Entwicklungen, meist IT-artiger Natur, ein, um den Bürgern zu ermöglichen, ihre öffentlichen Angelegenheiten auf einfache, leichte und sichere Weise zu erledigen. Demgegenüber mobilisiert derselbe Staat kaum Ressourcen und Innovationen, um demselben Bürger die Teilhabe an der Machtausübung und auch den direkten Einfluss auf staatliche Entscheidungen zu ermöglichen.

38 6/1991. (II. 28.) AB határozat [6/1991 (28.2) Beschluss des Verfassungsgerichts].

39 Mathieu (Fn. 21), 190–195.

Und die Folgen dieses Prozesses sind spürbar: Eine wachsende Gruppe von Bürgern hat das Gefühl, dass ihre Meinung und ihr Wille bei der demokratischen Entscheidungsfindung und Machtausübung nicht berücksichtigt werden. Folglich werden sich Massen (kleinere oder größere Quellen der Macht) von einer der wichtigsten Grundinstitutionen des demokratischen Rechtsstaates abwenden, d.h. sie nehmen nicht an den Wahlen teil.⁴⁰

Die westlichen Demokratien sind sich des Problems bewusst, aber ihre bisherigen Lösungsversuche haben nur bescheidene Ergebnisse hervorgebracht. Meist versucht man, die Wahlbeteiligung zu erhöhen, indem man jüngeren Altersgruppen das Wahlrecht anbietet. Dies ist bisher jedoch nirgendwo ein durchschlagender Durchbruch gewesen. Es wäre wahrscheinlich effektiver, mit Lösungen zu experimentieren, welche ein Engagement in der strategischen und sogar alltäglichen, operativen Machtausübung ermöglichen, die *sicherstellen, dass die Quelle der Macht das Erlebnis der Machtausübung erfährt*.

„Erst in der zweiten Hälfte des letzten Jahrtausends wurde die repräsentative Demokratie zur beherrschenden Demokratieform auf der Welt. Zwar kennen viele Staaten plebiszitäre Elemente, Bedeutung erlangte die direkte Demokratie in der westlichen Welt aber nur in der Schweiz. Das repräsentative System wird durch seine Kritiker als unvollkommene Form der Demokratie angesehen, da die politische Willensbildung fast ausschließlich durch die vom Volk gewählten Vertreter ausgeübt wird und sich dadurch vom Idealbild der Demokratie zu weit entfernt.“⁴¹

Ansichten, die das Primat oder sogar die Ausschließlichkeit der direkten Machtausübung befürworten, sind eher selten, selbst in historischer Hinsicht, aber es gibt sie. Thomas Münzer (1483–1546) zum Beispiel verkündete, dass alle Macht vom Volk ausgeübt werden sollte, dass Beamte vom Volk gewählt und ständig von ihm kontrolliert werden sollten. Er stellte sich eine zukünftige Gesellschaft als eine auf Gleichheit basierende Gemeinschaft vor, in der das Volk die Macht direkt ausüben würde, wodurch der Staat überflüssig wäre.⁴²

4. Resümee

„Die Verfassung hat eine Ordnungs- und Organisationsfunktion. Sie schafft Sicherheit, garantiert dem Staatswesen Stabilität auch im Wandel und entlastet die Politik von ständiger Diskussion über die Ordnung des Staates. Durch sie wird die Ausübung der Staatsgewalt vorhersehbar und verstehbar, aber auch in ihrer Macht begrenzt. Sie regelt ferner das grundlegende Verhältnis des Staates zu seinen Bürgern. Den Bürgern werden regelmäßig individuelle Rechte garantiert.“⁴³

40 Józsa Zoltán, „Tekézni egyedül?“ – a részvételi apátia [„Allein zu bowlen?“ – Das Teilnahmslosigkeit], Miskolci Jogi Szemle, 16 (2021), 149–159 (149–150).

41 Gornig Gilbert, Volksabstimmung und Europäische Verfassung, Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pecs Publicata, 135 (2005), 489–517 (503).

42 Samu (Fn. 13), 40.

43 Gornig (Fn. 5), 34.

Es macht noch keinen Rechtsstaat aus, wenn es keine nachweisbaren Rechtsverletzungen gibt. Der Rechtsstaat ist insofern ein Rechtsstaat, als er Verstöße nicht duldet und seine eigenen Institutionen in erster Linie zur Beseitigung von Verstößen einsetzt. Der Rechtsstaat und seine Institutionen tun dies alles nicht, um sich selbst zu rechtfertigen und um ihre Macht zu stabilisieren, sondern für die Gesellschaft, für die Menschen, denn Quelle und Zweck des Rechtsstaates ist ein und dasselbe: die soziale Gemeinschaft.

Für die Gesellschaft ist es wichtig, die Rechtsstaatlichkeit zu schätzen, sie als Wert zu betrachten, sich bewusst zu sein, dass sie keine natürliche, selbstverständliche Gegebenheit ist. „Der deutlichste Weg, um zu zeigen, was Rechtsstaatlichkeit für uns im täglichen Leben bedeutet, ist, sich daran zu erinnern, was geschah, als sie es nicht gab.“ formulierte Dwight D. Eisenhower, 34. Präsident der Vereinigten Staaten.

In einem Rechtsstaat ist die Begrenzung der Macht des Staates und der staatlichen Institutionen real und konstant, die Rechtsordnung selektiert nicht, die Gesetzgebung ist keine Sammlung von Phrasen, und die Anforderungen der Rechtmäßigkeit haben Vorrang vor allem anderen.

Abschließend betone ich noch einmal die Notwendigkeit einer Gesetzgebung, die hinreichend klare und eindeutige Regeln vorsieht, um das Funktionieren und die Führung des Staates zu unterstützen, auch wenn ideologische Veränderungen das Gesetz „ins Kreuzfeuer“ bringen. Andererseits muss das Recht in erster Linie Autorität und absolute Geltung und keine ideologischen Erwägungen haben.

Literaturverzeichnis

- Ádám, Antal, Alkotmányi értékek és alkotmánybíráskodás [Verfassungswerte und Verfassungsgerichtsbarkeit], Budapest: Osiris 1998.
- Bodin, Jean, Az államról [Über den Staat], Budapest: Gondolat 1987.
- Bogdandy, Armin von/Huber, Peter M., Deutschland, in: Bogdandy, Armin von/Cassese, Sabino/Huber, Peter M. (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europeum. Band III. Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen, Heidelberg: C. F. Müller 2010.
- Candeub, Adam, Transparency in the Administrative State, *Houston Law Review*, 51 (2013), 385–416.
- Forsthoff, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, München: C. H. Beck 1958.
- Fukuyama, Francis, Államépítés [Staaten bauen], Budapest: Századvég 2005.
- Gilbert, Gornig, Volksabstimmung und Europäische Verfassung, *Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pecs Publicata*, 135 (2005), 489–517.
- Goldoni, Marco, Montesquieu and the French Model of Separation of Powers, *Jurisprudence* 4 (2014), 20–47.
- Gornig, Gilbert, Der völkerrechtliche Status Deutschlands zwischen 1945 und 1990, München: Wilhelm Fink 2007.
- Gornig, Gilbert, Ruf nach einer europäischen Verfassung, *Jura* 9 (2003).
- Józsa, Zoltán, „Tekézni egyedül?“ – a részvételi apátia [„Allein zu bowlen?“ – Das Teilnahmelosigkeit], *Miskolci Jogi Szemle*, 16 (2021), 149–159.

- Kiss, László, Jogállam – jogalkotás – önkormányzatok [Rechtsstaat – Rechtsetzung – Selbstverwaltungen], Pécs: Közigazgatás Módszertani 1998.
- Clappstein, Walter/Unruh, Georg-Christoph von, Rechtsstaatliche Verwaltung durch Gesetzgebung, Heidelberg: R. v. Decker's 1987.
- Knemeyer, Franz-Ludwig, Polizei- und Ordnungsrecht, München: C. H. Beck 2002.
- Küpper, Herbert, Die ungarische Verfassung nach zwei Jahrzehnten des Übergangs. Frankfurt am Main: Peter Lang 2007.
- Küpper, Herbert, Ungarns Verfassung vom 25.4.2011. Einführung – Übersetzung – Materialien, Frankfurt am Main: Peter Lang 2012.
- Lukic, Radomir, Über den Rechtsstaat; Rechtstheorie, 24 (1993), 135–138.
- Máthé, Gábor (Hrsg.), Die Entwicklung der Verfassung und des Rechts in Ungarn, Budapest: Dialóg Campus 2017.
- Máthé, Gábor, Sovereignty – State of Rule of Law (Rechtsstaat), Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eotvos Nominatae: Sectio Iuridica, 54 (2013), 95–114.
- Mathieu, Bertrand, A jog a demokrácia ellen? [Das Recht gegen die Demokratie?] Budapest: Századvég 2018.
- McConaughy, Meghan/Musgrave, Paul – Nexon, Daniel H., Beyond Anarchy: Logics of Political Organization, Hierarchy, and International Structure, International Theory, 10 (2018), 181–218.
- Merkel, Adolf, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien: Julius Springer 1927.
- Petrétei, József, Az államhatalom szabályozása az Alaptörvényben [Die Regelung der Staatsmacht im Grundgesetz], in: Notha Tibor/Monori Gábor (Hrsg.), Ius est ars, Pécs: PTE ÁJK 2015.
- Petrétei, József, Magyarország alkotmányjoga I. Alapvetés, alkotmányos intézmények [Das Verfassungsrecht Ungarns I. Grundsätze, verfassungsmäßige Institutionen], Pécs: Kodifikátor Alapítvány 2013.
- Radbruch, Gustav, Einführung in die Rechtswissenschaft, Stuttgart: K. F. Koehler 1952.
- Samu, Mihály, Államelmélet [Staatstheorie], Budapest: Püski 1992.
- Sári, János, A hatalommegosztás [Gewaltenteilung], Budapest: Osiris 1995.
- Schuppert, Gunnar Folke, Verwaltungswissenschaft. Baden-Baden: Nomos 2000.
- Svendsen, Mathias Rose, Constitutional Limitations on the Competence to Entrust the Exercise of Authority to Private Entities, European Constitutional Law Review, 13 (2017), 704–723.
- Voigt, Rudiger, Der Moderne Staat, Juridica International 21 (2013), 5–20.
- Weber, Max, Wirtschaft und Gesellschaft, Neu Isenburg: Melzer 2000.

Volksherrschaft und Herrschaft des Rechts – vom Neben-, Gegen- und Miteinander des demokratischen und des nomokratischen Prinzips

Markus Kotzur

Abstract Deutsch

Das demokratische und das nomokratische Prinzip prägen in ihrem Zusammenklang den Verfassungsstaat als Typus. Sie bilden das gemeinsame Fundament seiner Freiheit. Weil die Herrschaft des Rechts, vor allem die Herrschaft der Grundrechte, dem souveränen Entscheiden-Können der Bürgerinnen und Bürger indes auch Grenzen setzt, scheinen beide mitunter in dichotomischem Gegensatz zu stehen. Vorliegender Beitrag will das Neben-, Gegen- und Miteinander von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit ausloten. Er versteht beide nicht als statisches Konzept, sondern ebenso wie die Verfassung, die sie ausformt, als einen kontinuierlichen öffentlichen Prozess.

Abstract English

The democratic and nomocratic principles, in their interdependence, characterize the constitutional state as a type. They form the common foundation of its freedom. However, because the rule of law, especially the rule of fundamental rights, also sets limits to the sovereign decision-making ability of citizens, the two sometimes appear to be in dichotomous opposition. This article aims to explore the coexistence, opposition and inter-dependency of democracy and the rule of law. It does not understand both as static concepts, but rather, like the constitution that shapes them, as a continuously open public process.

1. Einleitung: Das Spannungsfeld von demokratischer und rechtsstaatlicher Freiheit

Der Volksherrschaft und der Herrschaft des Rechts geht es, ganz wörtlich genommen, um Herrschaft: um ihre Begründung, ihre (institutionelle) Ermöglichung, ihre Begrenzung und die dafür notwendige Kontrolle. Mit dem je eigenen „Herrschaftsanspruch“ (verstanden als „Anspruch an Herrschaft“) formen beide, mögen sie sich auch ein Stück weit unabhängig voneinander entwickelt haben und unabhängig voneinander denken lassen, interdependente Strukturprinzipien freiheitlicher Herrschaftsorganisation.¹ Für die Bundesrepublik Deutschland sind diese Prinzipien in Art. 20 GG verfassungstextlich festgeschrieben, freilich nicht en detail aus-

1 *Jürgen Habermas*, Über den inneren Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie, in: ders. (Hrsg.), *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1996, 293–308 (293 ff.). Zum Begriff der Strukturprinzipien *Franz Reimer*, *Verfassungsprinzipien. Ein Normtyp im Grundgesetz*, Berlin: Duncker & Humblot 2001.

buchstabiert. So legt die Norm sich weder auf eine bestimmte Demokratietheorie fest noch kopiert respektive inkorporiert sie „irgendeine historisch gegebene politische Gestalt von Demokratie“.² Der Rechtsstaat wird nicht einmal explizit genannt³, sondern in Art. 20 Abs. 3 GG teils vorausgesetzt, teils ausgestaltet (Gewaltenteilung, Rechtsbindung der Gewalten). Schon für den Verfassungsgeber war klar, was nicht weniger für alle nachfolgenden Verfassungsinterpreten gilt: *Die Demokratie gibt es ebenso wenig wie den Rechtsstaat*. In häufig komplexen Rezeptionsprozessen⁴ und abhängig von den – ihrerseits historisch und kulturell bedingten – politischen, sozialen und nicht zuletzt wirtschaftlichen Kontexten erhalten die sehr viel allgemeineren politischen Ideen erst durch konkrete Verfassungsentscheidungen ihre spezifische normative Substanz.

Dennoch lässt sich verallgemeinernd sagen, dass das demokratische und das nomokratische Prinzip in ihrem Zusammenklang den Verfassungsstaat als Typus prägen. Sie bilden das gemeinsame Fundament seiner Freiheit⁵: die Demokratie als legitimatorisches Grundprinzip politischer Einheitsbildung und damit des Verfassungskonsenses⁶; der Rechtsstaat als Stütze dieses Verfassungskonsens, ohne den die Verfassung „keinen tragenden Grund“ besäße, und zwar in institutioneller wie materieller Hinsicht.⁷ Es wäre freilich verfehlt, die demokratische und nomokratische Freiheitssubstanz in konfliktfreier Harmonie zu denken.⁸ Das Spannungsverhältnis ist rasch erklärt. Der demokratische Souverän realisiert seinen politischen Selbstbestimmungsanspruch⁹ durch die Setzung von Recht, zuvörderst Verfassungsrecht, weiß sich in seinem Setzungsanspruch aber zugleich rechtlich

- 2 Gerhard Robbers, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 137. Aktualisierung, Heidelberg: C.F. Müller 2008, Art. 20 GG (Demokratie), Rn. 408; Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudr. der 20. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 1999, Rn. 21.
- 3 Erwähnt lediglich in Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG mit Blick auf die Herrschaftsorganisation in den Ländern.
- 4 Peter Häberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 1998, 715 ff.
- 5 In beiden Freiheitsdimensionen letztlich rückführbar auf den Menschenwürdegrundsatz, dazu jetzt auch BVerfGE 123, 267 (341) – Lissabon; sehr viel früher und grundlegend Peter Häberle, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2004, § 22 Rn. 61 ff.: „Recht auf politische Mitgestaltung“, „Grundrecht der Demokratie“.
- 6 Robbers (Fn. 2), Rn. 407.
- 7 Robbers (Fn. 2), Rn. 1718, u.a. mit einem Hinweis auf Konrad Hesse, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: ders./Siegfried Reicke/Ulrich Scheuner (Hrsg.), Staatsverfassung und Kirchenordnung: FS für R. Smend, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1962, 71–95 (71 ff.).
- 8 Dezidiert Ingeborg Maus, Volkssouveränität versus Konstitutionalismus. Zum Begriff einer demokratischen Verfassung, in: Günter Frankenberg (Hrsg.), Auf der Suche nach der gerechten Gesellschaft, Frankfurt a.M.: Fischer-Taschenbuch-Verl. 1994, 74–83 (74 ff.).
- 9 Zu den völkerrechtlichen Fragen des Selbstbestimmungsrechts Gilbert Gornig, Der Inhalt des Selbstbestimmungsrechts, Politische Studien, Sonderheft 6, 1993, 11–29 (11 ff.).

limitiert, zuvörderst durch die universellen Menschenrechte.¹⁰ Es sind eben diese Menschenrechte, die einerseits die Selbstbestimmung der Bürgerinnen und Bürger – We, the People! – ermöglichen, indem sie politische Freiheit institutionalisieren¹¹, und die andererseits dieser Freiheit Grenzen setzen, indem sie staatliche Herrschaft an vorstaatliche Freiheit rückbinden.¹² Wie jede Form der Souveränität ist auch die Volkssouveränität nur deshalb erträglich, weil sie letztlich rechtlich eingeeht wird.¹³ Weder „rex“ noch „populus“ dürfen „legibus absolutus“ sein, ein demokratischer Absolutismus wäre nicht weniger freiheitsfeindlich als ein monarchischer. Unumschränkte hoheitliche Macht kann niemals legitim sein. Deshalb agiert auch das demokratische Legitimationssubjekt nicht frei von rechtlichen Bindungen.

Recht wirkt zugleich als Herrschaftsinstrument und bildet den Legitimationsmaßstab für Herrschaft. Art. 79 Abs. 3 GG¹⁴ ist dafür der signifikanteste Ausdruck im positiven Verfassungsrecht der Bundesrepublik. Er setzt dem demokratischen Können letzte Grenzen. *J.-J. Rousseaus* Klassikertext zur Volkssouveränität, wonach alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht, darf deshalb nicht als Freibrief für voraussetzungs- und bindungslose Selbstermächtigung missverstanden werden. Im Gegenteil:

„Eine funktionierende Demokratie ist (...) nicht nur Ausdruck von Freiheit, Gleichheit und Kontrolle, sondern zugleich das Medium und Regelsystem, um die Spannung zwischen den Grundwerten zu vermitteln. Diese Vermittlung und Begrenzung erfordert ihre Einbettung in rechtsstaatliche Strukturen, welche die Bandbreite der demokratieimmanenten Auseinandersetzung markieren. Abgesteckt ist damit das Koordinatensystem, in dem die gesellschaftlichen Konflikte ausgetragen werden und sich die historisch konkrete Gestalt der Demokratie entfaltet.“¹⁵

- 10 Dazu *Michael Becker*, Grundrechte versus Volkssouveränität. Zur Achillesverse des demokratischen Prozeduralismus, in: ders./Hans-Joachim Lauth/Gert Pickel (Hrsg.), Rechtsstaat und Demokratie. Theoretische und empirische Studien zum Recht in der Demokratie, Wiesbaden: Westdt. Verl. 2001, 45–68 (45 ff.); *Markus Kotzur*, Migrationsbewegungen als Herausforderung für das Völkerrecht, in: Ninni Dethloff/Georg Nolte/August Reinisch (Hrsg.), Rückblick nach 100 Jahren und Ausblick/Migrationsbewegungen, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht, Bd. 49, Heidelberg: C.F. Müller 2018, 295–323 (300 ff.).
- 11 *Franz Neumann*, Demokratischer und autoritärer Staat. Studien zur politischen Theorie, Frankfurt a.M.: Fischer-Taschenbuch-Verl. 1986, 126.
- 12 *Hans-Joachim Lauth*, Vermittlungsprobleme zwischen Demokratie und Rechtsstaat, Jahrbuch für Recht und Ethik 21 (2013), 83–98 (93 f.): „Wenn das Prinzip der Volkssouveränität an die individuellen Grundrechte gekoppelt wird, die auf der verantwortlichen Autonomie und Würde des einzelnen basieren, dann sind mit ihm mehr als nur [die] politischen Grundrechte verbunden [...]. Es schließt die bürgerlichen Freiheitsrechte des *status negativus* gleichfalls ein“.
- 13 Das machen verfassungsstaatliche Ewigkeitsklauseln wie Art. 79 Abs. 3 GG explizit, dazu *Peter Häberle*, Verfassungsrechtliche Ewigkeitsklauseln als verfassungsstaatliche Identitätsgarantien, in: Yvo Hangartner (Hrsg.), Völkerrecht im Dienste des Menschen: FS für H. Haug, Bern: P. Haupt 1986, 81–108 (81 ff.).
- 14 *Häberle* (Fn. 13).
- 15 *Lauth* (Fn. 12), 83 ff., 86. Damit ist zugleich gesagt, dass politische Einheit nicht im Sinne eines ungeschichtlichen und statischen Zustands materiell vorgegeben ist,

Im Folgenden seien die nomokratischen und demokratischen Momente einer Herrschaftsordnung der „Freien und Gleichen“²¹ noch etwas näher spezifiziert. Für *M. Mahlmann*, der sich dabei nicht zuletzt auf *I. Kants* Entwurf „Zum Ewigen Frieden“ (1795) beruft, lautet die „ebenso einfache wie großartige normative Grundidee der Demokratie [...]“: Subjekte und Adressaten von politischer Herrschaft, notwendig vermittelt durch Recht, sollen identisch sein.²² Einem grundlegenden Missverständnis baut er dabei nachdrücklich vor. Diese Identität habe, ganz anders als in *C. Schmitts* Verfassungslehre behauptet, die „substantielle Homogenität des Volkes“²³ weder zur Voraussetzung noch zum Bezugspunkt, sondern bilde die

23 Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 10. Aufl., Neusatz auf der Basis der 1928 ersch. 1. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 2010, 234 ff.

„Kurzformel für ein normatives Verwirklichungsverhältnis politischer Autonomie durch (rechtlich und institutionell vermittelte) Selbstherrschaft“.²⁴ Es gehe in anderen Worten um „Selbstbestimmung, politische Autonomie, organisiert, prozedural gebündelt, rechtlich eingeeht und durch Institutionen nicht nur ermöglicht, sondern auch geschützt“.²⁵ Demokratie kann, prozedural wie institutionell, also nur als „Herrschaft durch Recht“ gelingen, die ihrerseits normativ eingeeht wird im Sinne einer „Herrschaft des Rechts“. In diesem doppelten Sinne ist jede Demokratie ein Rechtsgemeinschaft²⁶ – menschen- bzw. grundrechtlichen fundiert und gleichzeitig begrenzt.

Die Fundierungsfunktion liegt für die Meinungsfreiheit, die Versammlungs- respektive Demonstrationsfreiheit und alle Kommunikationsfreiheiten (Informationsfreiheit, Pressefreiheit, Rundfunkfreiheit, Filmfreiheit, Internetfreiheit) besonders nahe.²⁷ Sie sind elementare Lebensvoraussetzungen der freiheitlichen Demokratie²⁸ und „[schlechthin] konstituierend für die freiheitlich-demokratische Ordnung“.²⁹ Die grundrechtliche Verankerung der Demokratie erschöpft sich aber nicht in diesem Bündel von Rechten. Sie umgreifend und ihnen vorausliegenden kann die Menschenwürde (Art. 1) als „kulturanthropologische Prämisse der Demokratie“ gelten.³⁰ Ideengeschichtlich führen diese Überlegungen schnell zu *I. Kant*. In seinem philosophischen Weltordnungsentwurf ist der Zusammenhang von Menschenwürde und Demokratie klassisch angelegt. Dafür steht vor allem die berühmte Formel, wonach „der Mensch und überhaupt jedes vernünftige Wesen [...] als

24 *Mahlmann* (Fn. 22), 82.

25 *Mahlmann* (Fn. 22), 82 f.

26 Geläufig ist der Gemeinschaftsbegriff vor allem aus dem Unionsrecht: klassisch *Walter Hallstein*, *Die Europäische Gemeinschaft*, 5. Aufl., Düsseldorf: Econ-Verl. 1979, 53; *ders.*, *Der unvollendete Bundesstaat. Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse*, Düsseldorf: Econ-Verl. 1969, 33 ff.

27 Diese sind ihrerseits keineswegs primär revolutionäre Errungenschaften, sondern gereift in einem „jahrhundertlangen Prozess“, so *Gilbert Gornig*, *Äußerungsfreiheit und Informationsfreiheit als Menschenrechte*. Die Verankerung der Äußerungs-, Informations-, Presse- und Rundfunkfreiheit sowie des Zensurverbots in völkerrechtlichen Übereinkommen und in den Rechtsordnungen der KSZE-Staaten unter besonderer Berücksichtigung rechtsphilosophischer und rechtsgeschichtlicher Hintergründe, Berlin: Duncker & Humblot 1988, 1.

28 Im Sinne von BVerfGE 7, 198 (208) – *Lüth*, dort bezogen auf Meinungs- und Informationsfreiheit.

29 BVerfGE 10, 118 (121) – *Berufsverbot I*; 20, 56 (97) – *Parteienfinanzierung I*, 107, 299 (308) – *Herausgabe von Verbindungsdaten der Telekommunikation einer Journalistin*, ständ. Rechtsprechung.

30 *Häberle* (Fn. 5), Rn. 67: „Die ‚universal‘ und kulturspezifisch umrissene ‚Kultur der Menschenrechte‘ und die sie konkretisierende ‚Kultur der Freiheit‘ entfalten [...] unmittelbar demokratiebegleitende Kraft. So oft, und in Deutschland besonders erfolgreich, Spielarten des Liberalismus, des Positivismus und ein den Traditionen des Bourgeois bzw. des deutschen Konstitutionalismus verpflichtetes Denken die Demokratie als bloße ‚Staatsform‘ von den Grundfreiheiten unpolitisch trennen wollen, so unmissverständlich muss man heute den Zusammenhang zwischen Menschenwürde bzw. Grundfreiheiten und freiheitlicher Demokratie betonen; diese ist die organisatorische Konsequenz jener“.

Zweck an sich selbst, nicht bloß als Mittel zum beliebigen Gebrauche für diesen oder jenen Willen“ existiere und deshalb „in allen seinen, sowohl auf sich selbst, als auch auf andere vernünftige Wesen gerichteten Handlungen, jederzeit zugleich als Zweck betrachtet werden“ müsse.³¹ Diese innere Verbindung von Demokratie und Menschenwürde respektive den aus ihr fließenden Menschenrechten hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Lissabon-Urteil, wie bereits angedeutet, eher en passant und fast schon selbstverständlich benannt.³² In der deutschen Demokratie-debatte und Verfassungslehre kann von einer Selbstverständlichkeit freilich nicht die Rede sein. Hier wurde die konsequente Trennung von unpolitischer Menschenwürde bzw. unpolitischen Menschenrechten auf der einen und politischer Demokratie auf der anderen Seite lange Zeit tradiert.³³ Anders jedoch als von dieser dichotomischen Trennung impliziert, wird der Mensch im Kern seines „Bürger“-seines „Citoyen“³⁴-Seins betroffen, wenn er keine Möglichkeit hat, durch Wahlen und Abstimmungen, durch Meinungs- und Demonstrationsfreiheit seine politischen Freiheiten zu leben.³⁵ Selbst jenseits des Staates werden heute Forderungen nach universellen Mindeststandards demokratischer Teilhabe erhoben³⁶, auch wenn die defizitäre Wirklichkeit auf einem ganz anderen Blatt steht.

Die grundrechtsradizierte Demokratie und der grundrechtsgeprägte Rechtsstaat³⁷ basieren auf gleichursprünglicher Freiheit und entwickeln ein komplementäres Instrumentarium zu deren Sicherung. Sie sind aus den ihnen je eigenen Funktionslogiken heraus der große Gegenentwurf zur Willkürherrschaft.³⁸ Letztere droht überall dort, wo Herrschaft sich nicht – jedenfalls nicht innerweltlich – legitimie-

31 Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, Akademieausg., 2. Aufl., Hamburg: Felix Meiner Verlag 2016, Zweiter Abschnitt (428, 25–30).

32 BVerfGE 123, 267 – *Lissabon*.

33 Peter Häberle/Markus Kotzur, *Europäische Verfassungslehre*, 8. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2016, Rn. 839.

34 Rudolf Smend, *Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht*, in: *ders.*, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 1968, 309–325 (309 ff.), differenziert zwischen dem „sittlich an den Staat gebundenen Bürger“ (citoyen) und dem „rechenhaften Egoisten der kapitalistischen Zeit“ (bourgeois); siehe auch Walter Schmitt Glaeser, *Die grundrechtliche Freiheit des Bürgers zur Mitwirkung an der Willensbildung*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 3, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2005, § 38, Rn. 3.

35 Häberle/Kotzur (Fn. 33), Rn. 839.

36 Thomas M. Franck, *The Emerging Right to Democratic Governance*, *American Journal of International Law* 86 (1992), 46–91 (46 ff.); James Crawford, *Democracy and International Law*, *British Yearbook of International Law* 63 (1993), 113–133 (113 ff.); Barbara Bauer, *Der völkerrechtliche Anspruch auf Demokratie*, Frankfurt a.M. u.a.: Lang 1998; Armin von Bogdandy, *Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts – eine Bestandsaufnahme*, *ZaöRV* 63 (2003), 853–878 (853 ff.).

37 Siehe schon Hans F. Zacher, *Freiheitliche Demokratie*, München u.a.: Olzog 1969, 57 f.

38 Zu den existentiellsten Unrechtserfahrungen des Menschen rechnet sein Ausgeliefert-Sein gegenüber Willkür. Aus der Literatur Jan Schapp, *Freiheit, Moral und Recht*, 2. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck 2017.

ren muss, keine Grenzen kennt und jeder Kontrolle entzogen ist. Dem Verfassungs- als demokratischem Rechtsstaat bzw. als rechtsstaatlicher Demokratie geht es daher, wie eingangs schon gesagt, um die Sicherung seines Freiheitsversprechens durch die *Begründung*, *Begrenzung* und *Kontrolle* hoheitlicher Macht. Diese Sicherung kann nur durch Recht gelingen, muss in rechtlich geordneten Verfahren (Stichwort: prozedurale Rationalität) erfolgen und hängt von der Anerkennung des Anderen als gleichberechtigt Freiem ab.³⁹ Damit ist die grundrechtliche Dimension angesprochen. Der freiheitliche Verfassungsstaat heutiger Entwicklungsstufe versteht sich vor allem als „Grundrechtsstaat“⁴⁰, die „Herrschaft des Rechts“ meint insbesondere die „Herrschaft der Grundrechte.“⁴¹ Im „Grundrechtsstaat“ wird, wer seine Rechte einfordern kann, zugleich in seinen rechtlichen Ansprüchen und als wirkungsmächtiger Akteur der offenen Gesellschaft *anerkannt*.⁴² Demokratie und Rechtsstaat geht es einerseits, wie schon mehrfach konstatiert, um die Begründung, Begrenzung und Kontrolle hoheitlicher Macht⁴³, andererseits um den Anerkennungsanspruchs des Individuums.⁴⁴ Demokratie wie Rechtsstaat konstituieren sich aus formellen und materiellen, prozeduralen und substantiellen, institutionellen und individuell-menschenrechtlichen Komponenten. Diese Komponenten sind nicht im Sinne von Gegensatzpaaren zu denken. Sie bedingen und ergänzen einander vielmehr komplementär. Die formelle Seite der Herrschaftsorganisation wäre sinnentleert, stünde sie nicht im Dienste materieller Ansprüche an Herrschaft. Verfahren sind kein Selbstzweck, Grundrechte lassen sich als Institutionen deuten und Institutionen stehen ihrerseits im Dienst grundrechtlicher Freiheit.⁴⁵

39 Grundlegend Axel Honneth, *Anerkennung. Eine europäische Ideengeschichte*, Berlin: Suhrkamp 2018.

40 Peter Häberle, Wechselwirkungen zwischen deutschen und ausländischen Verfassungen, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. 1, Heidelberg: C.F. Müller 2004, § 7, Rn. 31; ders. *Europäische Verfassungslehre*, 5. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2008, 330 ff.; ders. (Fn. 4), 715 ff.; Detlef Merten, Prinzip Freiheit im Gefüge der Staatsfundamentalbestimmungen, in: ders./Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. 2, Heidelberg: C.F. Müller 2006, § 27, Rn. 5 ff.; noch immer prägend für den Verfassungsstaat des deutschen Grundgesetzes Hesse (Fn. 2), Rn. 125 ff.

41 Jutta Limbach, Die Kooperation der Gerichte in der zukünftigen europäischen Grundrechtsarchitektur – Ein Beitrag zur Neubestimmung des Verhältnisses von Bundesverfassungsgericht, Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, EuGRZ 2000, 417–420 (417 ff.); siehe auch Dieter Kugelmann, Grundrechte in Europa. Parallele Geltung aufgrund ihrer Rechtsquellen, Hamburg: Kovač 1997.

42 Grundlegend Peter Häberle, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten (1975) mit Nachtrag (1978), in: ders., *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 3. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 1998, 155–181 (160 f.); wohl enger Sebastian Müller-Franken, Demokratie als Wettbewerbsordnung, DVBl. 2009, 1072–1082 (1073).

43 Siehe oben Fn. 25.

44 Siehe oben Fn. 29.

45 Zu dieser Multidimensionalität und zur institutionellen Seite heute schon klassisch Peter Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), 43–141 (43 ff.).

3. Zum Nebeneinander von Demokratie und Rechtsstaat

Nach alldem erscheint es fast selbstverständlich, (Grund-)Rechtsstaatlichkeit und menschenwürde- bzw. grundrechtsradizierte Demokratie zusammenzudenken und zusammenzuleben. Ein solches „Zusammen“ beruht indes auf einem Vorverständnis, das, wenn es je unbestritten war, heute jedenfalls nicht mehr als unbestritten gelten kann: der Gleichsetzung demokratischer Herrschaftsorganisation mit liberaler Demokratie. Nicht zuletzt das Aufkommen von Vorstellungen „illiberaler Demokratie“⁴⁶ – für den freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat ein Widerspruch in sich – verdeutlicht jedoch, dass Demokratie und Rechtsstaatlichkeit bei aller Komplementarität zwei jedenfalls ein Stück weit separate, wenn auch stark komplementäre Konzepte sind. Entstehungsgeschichtlich gilt das allemal, man denke nur an die deutsche Verfassungsgeschichte.⁴⁷ So werden in der deutschen staatsrechtlichen Tradition grundrechtlich-rechtsstaatliche und demokratische Freiheitsidee oft als zwei voneinander unabhängige Quellen der Legitimation des Staates skizziert.⁴⁸ Der Demokratie gehe es um Freiheit durch Teilnahme an der Herrschaft, dem (Grund-)Rechtsstaat um Freiheit durch die Beschränkung der Herrschaft. In diesem Kontext erfolgt ebenso oft ein Verweis auf das „rechtsstaatliche Verteilungsprinzip“: Der prinzipiell unbegrenzten Freiheitssphäre des Einzelnen stehen die prinzipiell begrenzten Befugnisse des Staates gegenüber.⁴⁹ Das lässt sich in ein grundrechtliches Verteilungsprinzip übersetzen: Der Staat muss alle Eingriffe in Grundrechte rechtfertigen⁵⁰, letztere geben dabei „keine detaillierte Ideallinie vor, diese zu finden bleibt Aufgabe politischer Entscheidungen“.⁵¹ Wird trotz Trennungsthese und Rekurs auf das (grund-)rechtsstaatliche Verteilungsprinzip ein Vorverständnis von liberal-grundrechtsradizierter Demokratie zugrundegelegt, formuliert die Literatur eine eher einseitige Interdependenz: Die grundrechtliche sei oh-

46 Schon *Fareed Zakaria*, *The Rise of Illiberal Democracy*, *Foreign Affairs* 76 (1997), 22–43 (22 ff.).

47 Zum „deutschen Sonderweg“ im Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts etwa *Rainer Wahl*, *Die Entwicklung des deutschen Verfassungsstaates bis 1866*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 1, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2003, § 2, Rn. 7 ff.; siehe auch *Ernst-Wolfgang Böckenförde* (Hrsg.), *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815–1914)*, 2. Aufl., Königstein/Ts.: Verlagsgruppe Athenäum, Hain, Scriptor, Hanstein 1981. Insgesamt *Pierangelo Schiera*, *Die gemeineuropäische Geschichte des Verwaltungsrechts und seiner Wissenschaft*, in: Armin von Bogdandy/Sabino Cassese/Peter M. Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. 4, Heidelberg: C.F. Müller 2011, § 68.

48 *Christian Starck*, *Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 3, 3. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller 2005, § 33, Rn. 2 m.w.N.; *ders.*, *Der demokratische Verfassungsstaat*, Tübingen: Mohr Siebeck 1995, 33 ff., 39 ff.

49 *Schmitt* (Fn. 23), 126 f.

50 So *Anna Katharina Mangold*, *Relationale Freiheit. Grundrechte in der Pandemie*, *VVDStRL* 80 (2021), 7–36 (10).

51 *Mangold* (Fn. 50).

ne die demokratische, die demokratische aber nicht ohne die grundrechtliche Freiheitsidee denkbar.⁵²

Selbst wenn in den Kategorien eines (partiellen) Nebeneinanders gedacht wird, impliziert das keine Beziehungslosigkeit. Ein solches Denken widerlegt auch nicht die Eingangsüberlungen von der Gleichursprünglichkeit (grund-)rechtsstaatlicher und demokratischer Freiheit⁵³, sondern verweist nur darauf, dass weder historisch die Entwicklungen von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit kongruent verlaufen sind, noch in der heutigen Staatenwelt Rechtsstaatlichkeit und Demokratie eine entsprechende Kongruenz aufweisen. Im Gegenteil: Ein distanziertes Nebeneinander, wenn nicht Gegeneinander scheinen immer weiter Raum zu greifen. Gegensätze werden dabei nicht nur von staatlichen Akteuren aufgebaut, sie spiegeln sich auch in öffentlichen Diskursen wieder, wo nationalistische und populistische Strömungen den vermeintliche Wille des Volkes gegen die Rechtsstaatlichkeit in Stellung bringen und diese damit zugleich in Frage stellen.

4. Zum Gegeneinander von Demokratie und Rechtsstaat

An aktuellen Beispielen für antagonistische Zuspitzungen fehlt es nicht. So kündigte nur einen Tag, nachdem die EU-Kommission in ihrem Rechtsstaatbericht Ungarns LGBTQ-Gesetz schwer gerügt hatte – das Gesetz bedrohe mit der Menschenwürde und dem Gleichheitsgrundsatz Grundwerte der EU (siehe Art. 2 EUV) –, Ministerpräsident *Orban* ein Referendum über eben dieses Gesetz an.⁵⁴ Der Streit um die Rechtsstaatlichkeit in Polen hat längst ein gefährliches Eskalationspotential entfaltet.⁵⁵ Wenn eine besorgniserregende Zahl von Menschen an Grundelementen der rechtsstaatlichen Demokratie irrezuwerden scheint und eine „Sehnsucht nach Eintritt in die beruhigende Vereinfachung der Welt in autoritären Strukturen“ nicht nur in Polen und Ungarn, sondern, in der Intensität gewiss ganz unterschiedlich, auch in Brasilien, den USA und den meisten EU-Mitgliedstaaten

52 *Mangold* (Fn. 50), 13.

53 Siehe oben Fn. 37.

54 SZ vom 22.7.2021, 4. Dort heißt es unter der Überschrift „Der Manipulator“: „Das Referendum soll dem Populisten erlauben, „im Namen des Volkes zu sprechen“. Es lenkt ab von anderen Vorwürfen.“ Siehe auch ebd., S. 7, sowie SZ vom 21.7.2021, 6: „Vernichtendes Zeugnis. Der Rechtsstaatsbericht der EU-Kommission zeigt: Polen und Ungarn entfernen sich weiter von den Grundwerten der Union“.

55 *Wolfgang Janisch*, Jetzt geht's ans Geld, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/>, schreibt: „Der Prolog hätte dramatischer nicht sein können. Am Donnerstag hat das polnische Verfassungsgericht dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) vorgeworfen, er mische sich in das polnische Justizwesen ein und verstoße damit gegen den Vorrang der polnischen Verfassung vor europäischem Recht. Das war eine offene Kampfansage. In Brüssel wurde umgehend darüber gesprochen, wie man Polen mit finanziellem Druck auf den Pfad der Tugend zurück zwingen könnte. Da fügt es sich, dass vor dem EuGH in Luxemburg genau zu diesem Thema eine Anhörung bevorsteht“.

spürbar wird⁵⁶, so ist es nicht Aufgabe der Wissenschaft, die Prozesse politisch zu kommentieren. Jeder (Be-)Wertung muss die analytische Frage nach den Ursachen vorausgehen. Das kann vorliegender Beitrag nur anmahnen, nicht leisten. Er will lediglich für die notwendigen wissenschaftlichen Fragestellungen und Debatten sensibilisieren.

Die liberale Demokratie basiert auf einer pluralistischer Meinungsvielfalt, die in öffentlichen Diskursen artikuliert wird. Den damit verbundenen (politischen) Streit muss die Demokratie nicht nur aushalten, er ist ihr Lebenselixier. Wird in diesem Streit die vermeintliche Sicherheit (nationalstaatlich) geschlossener Räume („small is beautiful“) gegen die Ängste vor globalisierungsbedingter Offenheit und Unsicherheit in Stellung gebracht, werden Dichotomien zwischen nationaler Demokratie und europäischer Rechtsstaatlichkeit konstruiert, so ist das nicht per se undemokratisch, sondern Teil des demokratischen Prozesses. Innerhalb eben dieses Prozesses sind auch die Diskurse über ein (gemeineuropäisches) Rechtsstaatsverständnis und über das verfassungs-, unions-, und sogar völkerrechtlich determinierte Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit zu führen. Dass nationale Demokratie vermehrt als Gegensatz zu supra- und internationaler Rechtsstaatlichkeit missverstanden wird, hat viel damit zu tun, wie politische Gemeinschaften mit Unsicherheiten und Risiken umgehen⁵⁷: der Finanz- und Staatsschuldenkrise, der Flüchtlingsschutzkrise, dem Klimawandel, globalen Pandemien (ganz aktuell Covid-19) oder weltweitem Terrorismus. So nahe es liegt, staatenübergreifenden Herausforderungen mit überstaatlichen Lösungen zu begegnen, so wichtig bleibt es, diese nicht schlicht als globalisierungsbedingt alternativlos zu behaupten, sondern als die besseren Alternativen zu begründen.⁵⁸ Der Verweis auf bürokratische Funktionslogiken genügt dafür gewiss nicht.⁵⁹

Zum Verständnis von Problemen und zur Begründung von Lösungen hilft bisweilen der vergewissernde Blick auf institutionell Vertrautes. So lässt sich das potentielle „Gegeneinander“ von „Herrschaft des Volkes“ und „Herrschaft des Rechts“ auch an einer spezifischen strukturellen Dialektik des demokratischen Verfassungsstaates festmachen: dem Mehrheitsprinzip⁶⁰ und der ihm korrespondie-

56 *Mahlmann* (Fn. 22), 77 m.w.N.

57 Dazu auch *Peter Häberle*, Fünf Krisen im EU-Europa – Weltweite Implikationen, Möglichkeiten und Grenzen der Verfassungstheorie für Europa, AVR 53 (2015), 409–423 (409 ff.); schon klassisch *Ulrich Beck*, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, 21. Aufl., Erstausg. 1986, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2012.

58 *Häberle* (Fn. 4), 560 ff.

59 So wird die ungarische Philosophin *Ágnes Heller*, von 1986 bis zu ihrer Emeritierung Nachfolgerin *Hannah Arendts* an der New York School of Social Research, in der ZEIT vom 27.2.2014, 10 (Politikteil) wie folgt zitiert: „Die Demokratien der EU werden gut verwaltet, aber Verwaltung eignet sich nicht für den Umgang mit etwas, das man nach Hegel den ‚Geist‘ der Demokratie nennen könnte. Ohne lebendigen demokratischen Geist wird die Massendemokratie vielleicht unter wachsendem Druck von Nationalismus, Rassismus, Fundamentalismus, rechtem und linken Radikalismus untergehen“.

60 *Niels Magsaam*, Mehrheit entscheidet. Ausgestaltung und Anwendung des Majoritätsprinzips im Verfassungsrecht des Bundes und der Länder, Berlin: Duncker & Humblot

renden Notwendigkeit des Minderheitenschutzes. „Mehrheit entscheidet“ gehört heute zum *aquis démocratique*⁶¹ in Europa und stellt weit mehr als eine bloße Entscheidungsfindungstechnik dar. Es geht ihm um die *Rationalisierung* von Entscheidungsfindungsprozessen: Die gefundenen Entscheidungsergebnisse werden auch für die unterliegende Minderheit akzeptabel, weil sie darauf hoffen darf, die Mehrheit von Morgen zu werden.⁶² Die Rationalität ist also eine prozedurale, keine substantielle. Die Mehrheit mag irren, sich gar verirren. Die Entscheidung der Vielen kann sich auf keinen höheren Richtigkeits- oder gar Wahrheitsanspruch stützen als die Entscheidung der Wenigen. Dass Mehrheit entscheidet, formt vielmehr eine unverzichtbare „Friedensregel“ im Ringen zwischen Machtbehauptung und Machtwechsel⁶³, weil es die einzig richtige Entscheidung nicht geben, weil alles politische Entscheiden nur eine „vorläufige Gerechtigkeits- und Gemeinwohlvermutung“ für sich beanspruchen kann.⁶⁴

Mit der rechtlichen Verankerung und minderheitenschutzrechtlichen Einhegung des Mehrheitsprinzips sichert der Rechtsstaat eine wesentliche Funktionsbedingung der Demokratie. Fühlt die Mehrheit – oder diejenigen, die sich dafür halten – sich in ihrer Entscheidungsmacht relativiert, gar in ihrem „Mehrheit-Sein-Können“ gefährdet, so resultiert daraus eine parallele Gefährdung von rechtsstaatlicher Rückbindung und demokratischem Entscheiden. Für das komplexe Phänomen des Populismus ist das Können und Dürfen tatsächlicher oder vermeintlicher Mehrheiten ein Dreh- und Angelpunkt.⁶⁵ Populistische Akteure befeuern gern die verzerrte (Selbst-)Wahrnehmung einer ohnmächtigen Mehrheit als Opfer einer übermächtigen Minderheit, unterlegt mit einem Narrativ vom rechtlich nicht (mehr) steuerbaren Versagen des Mehrheitsprinzips. Deshalb steht im Populismus das

2014; zur „sozialen Logik von Mehrheitsentscheidungen“ *Michael Morlok*, Informalisierung und Entpolitisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung, VVDStRL 62 (2003), 37–80 (67).

61 So *Karl-Peter Sommermann*, Demokratiekonzepte im Vergleich, in: ders./Hartmut Bauer/Peter M. Huber, *Demokratie in Europa*, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, 191–221 (197); siehe auch *Werner Heun*, *Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie*, Berlin: Duncker & Humblot 1983.

62 *Hesse* (Fn. 2), Rn. 143.

63 *Gerhard Lehbruch*, *Parteienwettbewerb im Bundesstaat*, 3. Aufl., Wiesbaden: Westdt. Verl. 2000, 16.

64 *Peter Häberle*, *Das Mehrheitsprinzip als Strukturelement der freiheitlich-demokratischen Grundordnung* (1977) mit Nachtrag (1978), in: ders., *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 3. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 1998, 565–578 (565 ff.). Eine Neigung der Demokratie, „vorrangig die Bedürfnisse des Augenblicks“ zu befriedigen, hatte klassisch schon *Alexis de Tocqueville*, *Über die Demokratie in Amerika*, 1835/40, München: Dt. Taschenbuch-Verlag 1976, 258, beklagt.

65 *Nate Schenckkan*, *The False Promise of Populism, Nations in Transit 2017*, Freedom House Report, abrufbar unter: <https://freedomhouse.org/>; *Angelika Nußberger*, *Regieren: Staatliche Systeme im Umbruch?*, VVDStRL Thesenpapier vom 7.10.2021, These 18, i.E.; allg. *Armin Schäfer/Michael Zürn*, *Die demokratische Regression. Die politischen Ursachen des autoritären Populismus*, Berlin: Suhrkamp 2021; *Alexander Akel*, *Strukturmerkmale extremistischer und populistischer Ideologien: Gemeinsamkeiten und Unterschiede*, Baden-Baden: Nomos 2020.

Recht, „auch soweit es Macht eingrenzt und Spielregeln der Machtausübung vorgibt, zur Disposition; im Verbund mit dem Volk als Souverän lässt es sich, so die Grundidee, beseitigen.“⁶⁶ Der als „authentisch“ apostrophierte Wille des Volkes wird bemüht, um tradierte rechtsstaatliche Strukturen und die supranationale Integration in Frage zu stellen, weil nur so der Mehrheit der Bürgerinnen und Bürger wieder zu ihrem Recht verholfen werden könne. Deshalb ist es in den aktuellen Debatten so wichtig, nicht nur auf die (grund- und menschen-)rechtlichen Bindungen des demokratischen Souveräns, sondern auch die rechte Balance von Mehrheitsentscheidung und Minderheitenschutz zu verweisen und an die große rechtsstaatliche, demokratische und völkerrechtliche Tradition des letzteren zu erinnern.⁶⁷

Angesichts der gegenwärtigen politischen Verwerfungen in Ungarn sei dazu bewusst ins Gedächtnis gerufen, dass die Verfassungslehre der ungarischen Verfassung (1949/89) mit der Wendung von den Minderheiten als „staatsbildenden Faktoren“ eine zukunftsweisende Textvariante verdankt. Pluralistische Demokratien sind ohne Instrumente effektiven Minderheitenschutzes nicht denkbar. Der Minderheitenschutz ist gewissermaßen eine Selbstbegrenzung des Souveräns, um seine Zukunft in Freiheit dank und durch Pluralismus sicherzustellen.⁶⁸ Deshalb verdienen Minderheitenschutzartikel in den Gegenwartsdiskursen um die Balance von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit so große Aufmerksamkeit. Art. 21 und 22 der EU-Grundrechtecharta seien genannt, aber auch die deutschen Landesverfassungen sind ergiebig.⁶⁹ Schon das Europäische Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten aus dem Jahre 1985⁷⁰ liefert wichtige Textvorbilder. Sein Art. 1 weist den Schutz nationaler Minderheiten als „Bestandteil des internationalen Schutzes der Menschenrechte“ aus. Art. 2 spricht von einem „Geist der Ver-

66 Nußberger (Fn. 65), These 19, i.E.

67 Gilbert Gornig, Schutz von Minderheiten und Volksgruppen in einer europäischen Friedensordnung, in: ders./Angel Manuel Rafael (Hrsg.), Minderheitenschutz. Eine interdisziplinäre Betrachtung, Marburg: Verlag August W. Klages 2013, 73–136 (73 ff.); Gilbert Gornig, The Constitutional Rights of Minorities, Including Regionalism, in: Christian Starck (Hrsg.), Constitutionalism, Universalism, and Democracy. The German Contributions to the Fifth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Baden-Baden: Nomos 1999, 161–182 (161 ff.); Gilbert Gornig/Christiane Trübe, Minority Protection in Germany, Tilburg Foreign Law Review 6 (1997), 69–111 (69 ff.).

68 Thomas Fleiner-Gerster (Hrsg.), Die multikulturelle und multi-ethnische Gesellschaft, Freiburg/CHE: Institut du Fédéralisme 1995; Christine Langenfeld, Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten, Tübingen: Mohr-Siebeck 2001; Gerrit Manssen/Boguslaw Banaszak (Hrsg.), Minderheitenschutz in Mittel- und Osteuropa, Frankfurt a.M. u.a.: Lang 2001.

69 Z. B. Art. 25 Verf. Brandenburg von 1992; Art. 37 Abs. 1 Verf. Sachsen-Anhalt von 1992 („Die kulturelle Eigenständigkeit und die politische Mitwirkung ethnischer Minderheiten stehen unter dem Schutz des Landes und der Kommunen“); Art. 6 Abs. 2 Verf. Schleswig-Holstein von 1990 („Die kulturelle Eigenständigkeit und die politische Mitwirkung nationaler Minderheiten und Volksgruppen stehen unter dem Schutz des Landes, der Gemeinden und Gemeindeverbände [...]“).

70 Zit. nach Rudolf Streinz (Hrsg.), 50 Jahre Europarat, Bayreuth: Verl. PCO 2000, 134 ff.

ständigkeit und Toleranz.“ Verständigung und Toleranz werden oft als Markenzeichen liberaler Demokratien benannt. Daran sein jeder gemahnt, der das demokratische Wir gegen den rechtsstaatlichen Schutz der Anderen und Andersdenkenden auszuspielen versucht.

5. Zum Miteinander von Demokratie und Rechtsstaat

Für das Aufeinander-Verwiesen-Sein und Aufeinander-Angewiesen sein von Rechtsstaat und Demokratie wurden, beginnend mit der Gleichursprünglichkeit demokratischer Freiheit⁷¹, schon manche Aspekte vorgebracht. Gleichlauf und Gleichursprünglichkeit lassen sich darüber hinaus besonders deutlich am Aspekt des Parlamentsvorbehalts festmachen. In der Literatur wurde immer wieder auf die Unklarheiten darüber verwiesen, „in welchem Umfang das rechtsstaatliche und das demokratische Prinzip der Verfassung zu (parlaments-)gesetzlicher Regelung zwingen.“⁷² Das BVerfG nimmt Bezug auf den demokratisch-parlamentarischen Charakter des Grundgesetzes, wenn es fordert, alle die Bürger unmittelbar betreffenden Entscheidungen müssten durch Gesetz erfolgen.⁷³ „[I]n grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung“ habe der Gesetzgeber „alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen“.⁷⁴

Der Parlamentsvorbehalt wird als „staatsleitend“ charakterisiert: Im Unterschied zum überkommenen rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalt zielt er nicht primär auf einen „dem Parlament vorbehaltenen Entscheidungsbereich“, sondern auch darauf ab, das bestimmte Entscheidungen der Regierung auf die Mitwirkung des Parlaments angewiesen seien.⁷⁵ Es geht der Sache nach um „die Zuweisung der zentralen Entscheidungsgewalt an das Parlament.“⁷⁶ Insbesondere in der dem Parlamentsvorbehalt korrespondierenden Wesentlichkeitsrechtsprechung finden das legitimatorische Prä des demokratisch gewählten Gesetzgebers (das Parlament entscheidet respektive muss am Entscheidungsprozess angemessen beteiligt sein) und der Vorrang des Gesetzes (die Entscheidung hat in Gesetzesform zu erfolgen) zusammen.⁷⁷ Anders formuliert: Die rechtsstaatliche ist eine „wesentliche“ Ergän-

71 Siehe oben Fn. 37.

72 *Hans H. Klein*, Stellung und Aufgaben des Bundestages, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 2, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2004, § 50, Rn. 23.

73 BVerfGE 40, 237 (249) – *Justizverwaltungsakt*.

74 BVerfGE 49, 89 (126) – *Kalkar I*.

75 *Peter Badura*, Die parlamentarische Demokratie, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 2, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2004, § 25, Rn. 62.

76 *Michael Brenner*, Das Prinzip Parlamentarismus, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 3, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2005, § 44, Rn. 27.

77 Wiederum *Badura* (Fn. 75), Rn. 62; *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 2, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2004, § 26, Rn. 64. Europäisch

zung zur demokratischen Dimension der Wesentlichkeitstheorie. Um noch einmal auf die Rechtsprechung des BVerfG zurückzukommen: Ihr zufolge verpflichten das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip in ihrem Zusammenwirken den Gesetzgeber, in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im grundrechtsrelevanten Bereich, alle Entscheidungen selbst zu treffen.⁷⁸

6. Schlussbetrachtung

Was ist nach alledem also im Wesentlichen festzuhalten? Die Überlegungen zum Neben-, Gegen-, und Miteinander der Volksherrschaft und der Herrschaft des Rechts haben vor allem eines deutlich werden lassen: Sowohl Rechtsstaatlichkeit als auch Demokratie sind keine statischen Konzepte, sondern ebenso wie die Verfassung, die diese ausformt, ein kontinuierlicher öffentlicher Prozess.⁷⁹ Es wäre indes verfehlt, diesen Prozess mit unreflektierten Fortschrittsnarrativen zu unterlegen, ihm eine Eigendynamik hin zum immer Besseren zuschreiben oder gar von einem rechtsstaatlich-demokratischen Ende der Geschichte zu träumen.⁸⁰ Ein öffentlicher, zugleich offener Prozess trägt die Möglichkeit des (partiellen) Gelingens ebenso in sich wie die Gefahr des (partiellen) Scheiterns. Konsolidierung und Verfall liegen oft nahe beieinander, integrative und desintegrative Momente greifen mitunter sogar ineinander.⁸¹ Wo Deliberation in (ideologisch motivierte) „Deutungskämpfe“ umschlägt und die Sehnsucht nach dem vermeintlich Eindeutigen, Authentischen, gar einzig Richtigen „mangelnde Ambiguitätstoleranz“ bedingt,⁸² geraten Demokratien unter Druck⁸³ und haben immer größere Schwierigkeiten, adä-

fortgedacht bei *Sonja Röder*, *Der Gesetzesvorbehalt der Charta der Grundrechte der Union im Lichte einer europäischen Wesentlichkeitstheorie*, Baden-Baden: Nomos 2007.

78 BVerfGE 49, 89, LS 2 – *Kalkar I*: „Die normative Grundsatzentscheidung für oder gegen die rechtliche Zulässigkeit der friedlichen Nutzung der Kernenergie im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland ist wegen ihrer weitreichenden Auswirkungen auf die Bürger, insbesondere auf ihren Freiheitsbereich und Gleichheitsbereich, auf die allgemeinen Lebensverhältnisse und wegen der notwendigerweise damit verbundenen Art und Intensität der Regelung eine grundlegende und wesentliche Entscheidung im Sinne des Vorbehalts des Gesetzes. Sie zu treffen ist allein der Gesetzgeber berufen“.

79 Häberle (Fn. 42).

80 *Francis Fukuyama*, *Das Ende der Geschichte. Wo stehen wir?*, München: Kindler 1992.

81 Vgl. z. B. *Leanne McKay*, *Towards a Rule of Law Culture, Exploring Effective Responses to Justice and Security Challenges*, Washington: United States Institute of Peace 2015; *Grazyna Skapska*, *The decline of liberal constitutionalism in East Central Europe*, in: *Peter Vhallemm/Anu Masso/Signe Opermann* (Hrsg.), *The Routledge International Handbook of European Social Transformation*, London: Routledge 2018, § 8; mit Blick auf Polen *Wojciech Sadurski*, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford: Oxford University Press 2019.

82 So *Peter Strohschneider* bei seiner Eröffnungsrede zum 53. Historikertag in München, SZ vom 6.10.2021, 9.

83 Vgl. auch *Gilbert Gornig*, *Europäische Grundwerte. Auch eine kritische Betrachtung Deutschland*, in: *ders./Peter Hilpold* (Hrsg.), *Europas Grundrechte auf dem Prüfstand*.

quate Antworten auf Ungewissheiten respektive die daraus resultierenden Ängste der Bürgerinnen und Bürger zu finden. Wird, angstgetrieben, dieses vermeintlich Eindeutige, Authentische, mit einem verabsolutierenden Wahrheits- und Richtighkeitsanspruch unterlegt, zum „wahren Willen“ des Volkes stilisiert, den es von seinen rechtlichen Fesseln zu befreien gilt – Fesseln, deren Grund der Herrschaftsanspruch globaler Eliten, die Fremdbestimmung durch überstaatliche Akteure wie die EU oder ein eigenen Identitätsbehauptungen entgegenstehender Universalismus sei –, ist der Rechtsstaat nicht minder herausgefordert.⁸⁴

Die Literatur erklärt dieses Herausgefordert-Sein der rechtsstaatlichen Demokratie im globalisierten 21. Jahrhundert mit einer Art „Globalisierungsparadox“.⁸⁵ Es komme zu einem „Trilemma“ dahingehend, dass sich nationalstaatliche Souveränität, demokratische Selbstbestimmung und auf transnationale Rechtssetzung angewiesene Globalisierung gleichzeitig nicht vollständig realisieren lassen. Immer müssten zur Erreichung der einen Zielgröße mehr oder weniger weitgehende Abstriche bei den anderen gemacht werden.⁸⁶ Die Übertragung von Hoheitsrechten und die damit verbundenen Souveränitätseinschränkungen kollidieren nicht nur mit tradierten Konzepten souveräner Staatlichkeit, sondern auch den demokratischen Werten selbstbestimmten Entscheidens. „Praktische Konkordanz“, um den für die Grundrechtsdogmatik prägenden Begriff *K. Hesses* aufzugreifen, lässt sich hier kaum durch rein rechtlich determinierte Abwägungsprozesse herstellen. Wie Rechtsstaat und Demokratie mit Ängsten und Unsicherheiten umgehen⁸⁷, ob effektive Steuerungs- und Gestaltungsmechanismen eher der nationalen, der regional-europäischen oder gar der internationalen Ebene zugetraut werden, muss im – idealiter wissenschaftlich informierten – politischen Diskurs geklärt werden. Der Diskurs über Unsicherheiten ist umso wichtiger, weil in Unsicherheitslagen klassische rechtsstaatliche Mechanismen oft nur noch begrenzt funktionieren und das Vertrauen sowohl in die normativen Grundlagen als auch die institutionellen Absicherungen von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit schwinden.

Vertrauen aber ist für jede politische als Rechtsgemeinschaft ein unverzichtbares Gut. Sie lebt in hohem Maße von der *Gestaltungsmacht* und *Glaubwürdigkeit*⁸⁸ jener Akteure, die „Integration durch Recht“ leisten. Sie trifft die Verantwortung, *normative Bindung* in *politische Inklusion* zu übersetzen und so politische Gemeinschaft mitzustiften. Das ist gewiss leichter gesagt als getan, bleibt aber die Aufgabe, der sich die „offene Gesellschaft der europäischen Verfassungsinterpreten“⁸⁹ umso engagierter zu stellen hat, je mehr Verunsicherungen und Ängs-

Unter besonderer Berücksichtigung der Länder Mittel- und Osteuropas, Berlin: Duncker & Humblot 2021, 15–64 (42).

84 Gornig (Fn. 83), 45.

85 Dani Rodrik, Das Globalisierungs-Paradox. Die Demokratie und die Zukunft der Weltwirtschaft, München: C.H. Beck 2011.

86 Rodrik (Fn. 85).

87 Siehe etwa Martha Nußbaum, Königreich der Angst, Darmstadt: WBG Theiss 2019.

88 Ulrich Haltern, Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Misstrauen, Berlin: Duncker & Humblot 1998.

89 Klassisch für diesen Ansatz Häberle (Fn. 42), 155 ff.

te die rechtsstaatliche und damit auch die demokratische Verfassungssubstanz zu erodieren drohen. Wer die Demokratie gegen den Rechtsstaat stellt, vergisst schnell, dass demokratische Freiheit nur im Gehäuse rechtsstaatlicher Freiheit überlebensfähig ist. Es geht eben nicht nur um ein vielfach nuanciertes Neben-, Gegen-, oder Miteinander, sondern einen existentiellen Bedingungszusammenhang, dem eines am meisten schadet: die Existentialisierung von vermeintlich Gegensätzlichem. Demokratie und Rechtsstaat brauchen den engagierten, offenen und deshalb Vertrauen stiftenden Diskurs streitbarer Geister. Gilbert Gornig gehört ohne Zweifel zu ihnen. Herzlichen Glückwunsch und ad multos annos.

Literaturverzeichnis

- Akel, A., Strukturmerkmale extremistischer und populistischer Ideologien: Gemeinsamkeiten und Unterschiede, Baden-Baden: Nomos 2020.
- Badura, P., Die parlamentarische Demokratie, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2004, § 25.
- Bauer, B., Der völkerrechtliche Anspruch auf Demokratie, Frankfurt a.M. u.a.: Lang 1998.
- Becker, M., Grundrechte versus Volkssouveränität. Zur Achillesverse des demokratischen Prozeduralismus, in: ders./H.-J. Lauth/G. Pickel (Hrsg.), Rechtsstaat und Demokratie. Theoretische und empirische Studien zum Recht in der Demokratie, Wiesbaden: Westdt. Verl. 2001, 45–68.
- Böckenförde, E.-W. (Hrsg.), Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815–1914), 2. Aufl., Königstein/Ts.: Verlagsguppe Athenäum, Hain, Scriptor, Hanstein 1981.
- Bogdandy, A. von, Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts – eine Bestandsaufnahme, ZaöRV 63 (2003), 853–878.
- Brenner, M., Das Prinzip Parlamentarismus, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2005, § 44.
- Crawford, J., Democracy and International Law, British Yearbook of International Law 63 (1993), 113–133.
- Fleiner-Gerster, T. (Hrsg.), Die multikulturelle und multi-ethnische Gesellschaft, Freiburg /CHE: Institut du Fédéralisme 1995.
- Franck, T. M., The Emerging Right to Democratic Governance, American Journal of International Law 86 (1992), 46–91.
- Fukuyama, F., Das Ende der Geschichte. Wo stehen wir?, München: Kindler 1992.
- Gornig, G., Äußerungsfreiheit und Informationsfreiheit als Menschenrechte. Die Verankerung der Äußerungs-, Informations-, Presse- und Rundfunkfreiheit sowie des Zensurverbots in völkerrechtlichen Übereinkommen und in den Rechtsordnungen der KSZE-Staaten unter besonderer Berücksichtigung rechtsphilosophischer und rechtsgeschichtlicher Hintergründe, Berlin: Duncker & Humblot 1988.
- Gornig, G., Der Inhalt des Selbstbestimmungsrechts, Politische Studien, Sonderheft 6, 1993, 11–29.
- Gornig, G., Europäische Grundwerte. Auch eine kritische Betrachtung Deutschland, in: ders./P. Hilpold (Hrsg.), Europas Grundrechte auf dem Prüfstand. Unter besonderer Berücksichtigung der Länder Mittel- und Osteuropas, Berlin: Duncker & Humblot 2021, 15–64.

- Gornig, G., Schutz von Minderheiten und Volksgruppen in einer europäischen Friedensordnung, in: ders./A. M. Rafael (Hrsg.), *Minderheitenschutz. Eine interdisziplinäre Betrachtung*, Marburg: Verlag August W. Klages 2013, 73–136.
- Gornig, G., The Constitutional Rights of Minorities, Including Regionalism, in: C. Starck (Hrsg.), *Constitutionalism, Universalism, and Democracy. The German Contributions to the Fifth World Congress of the International Association of Constitutional Law*, Baden-Baden: Nomos 1999, 161–182.
- Gornig, G./Trübe, C., Minority Protection in Germany, *Tilburg Foreign Law Review* 6 (1997), 69–111.
- Gosepath, S., *Gleiche Gerechtigkeit – Grundlage des liberalen Egalitarismus*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2004.
- Häberle, P., Das Mehrheitsprinzip als Strukturelement der freiheitlich-demokratischen Grundordnung (1977) mit Nachtrag (1978), in: ders., *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 3. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 1998, 565–578.
- Häberle, P., Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 2, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2004, § 22.
- Häberle, P., Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten (1975) mit Nachtrag (1978), in: ders., *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 3. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 1998, 155–181.
- Häberle, P., *Europäische Verfassungslehre*, 5. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2008.
- Häberle, P., Fünf Krisen im EU-Europa – Weltweite Implikationen, Möglichkeiten und Grenzen der Verfassungstheorie für Europa, *AVR* 53 (2015), 409–423.
- Häberle, P., Grundrechte im Leistungsstaat, *VVDStRL* 30 (1972), 43–141.
- Häberle, P., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 1998.
- Häberle, P., Verfassungsrechtliche Ewigkeitsklauseln als verfassungsstaatliche Identitätsgarantien, in: Y. Hangartner (Hrsg.), *Völkerrecht im Dienste des Menschen: FS für H. Haug*, Bern: P. Haupt 1986, 81–108.
- Häberle, P., Wechselwirkungen zwischen deutschen und ausländischen Verfassungen, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. 1, Heidelberg: C.F. Müller 2004, § 7.
- Häberle, P./Kotzur, M., *Europäische Verfassungslehre*, 8. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2016.
- Habermas, J., Über den inneren Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie, in: ders. (Hrsg.), *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1996, 293–308.
- Hallstein, W., *Der unvollendete Bundesstaat. Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse*, Düsseldorf: Econ-Verl. 1969.
- Hallstein, W., *Die Europäische Gemeinschaft*, 5. Aufl., Düsseldorf: Econ-Verl. 1979.
- Haltern, U., *Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Misstrauen*, Berlin: Duncker & Humblot 1998.
- Hesse, K., Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: ders./S. Reicke/U. Scheuner (Hrsg.), *Staatsverfassung und Kirchenordnung: FS für R. Smend*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1962, 71–95.
- Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Neudr. der 20. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 1999.
- Heun, W., *Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie*, Berlin: Duncker & Humblot 1983.

- Honneth, A., *Anerkennung. Eine europäische Ideengeschichte*, Berlin: Suhrkamp 2018.
- Kahl, W./Waldhoff, C./Walter, C. (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 137. Aktualisierung, Heidelberg: C.F. Müller 2008.
- Kant, I., *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, Akademieausg., 2. Aufl., Hamburg: Felix Meiner Verlag 2016.
- Klein, H. H., *Stellung und Aufgaben des Bundestages*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 2, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2004, § 50.
- Kotzur, M., *Migrationsbewegungen als Herausforderung für das Völkerrecht*, in: N. Dethloff/G. Nolte/A. Reinisch (Hrsg.), *Rückblick nach 100 Jahren und Ausblick/Migrationsbewegungen*, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht*, Bd. 49, Heidelberg: C.F. Müller 2018, 295–323.
- Kriele, M., *Das demokratische Prinzip im Grundgesetz*, *Mitbericht*, VVDStRL 29 (1971), 46–84.
- Kugelman, D., *Grundrechte in Europa. Parallele Geltung aufgrund ihrer Rechtsquellen*, Hamburg: Kovač 1997.
- Langenfeld, C., *Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten*, Tübingen: Mohr-Siebeck 2001.
- Lauth, H.-J., *Vermittlungsprobleme zwischen Demokratie und Rechtsstaat*, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 21 (2013), 83–98.
- Lehmbruch, G., *Parteienwettbewerb im Bundesstaat*, 3. Aufl., Wiesbaden: Westdt. Verl. 2000.
- Limbach, J., *Die Kooperation der Gerichte in der zukünftigen europäischen Grundrechtsarchitektur – Ein Beitrag zur Neubestimmung des Verhältnisses von Bundesverfassungsgericht, Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte*, *EuGRZ* 2000, 417–420.
- Magsaam, N., *Mehrheit entscheidet. Ausgestaltung und Anwendung des Majoritätsprinzips im Verfassungsrecht des Bundes und der Länder*, Berlin: Duncker & Humblot 2014.
- Mahlmann, M., *Demokratie im Notstand? Rechtliche und epistemische Bedingungen der Krisenresistenz der Demokratie*, VVDStRL 80 (2021), 69–104.
- Mangold, A. K., *Relationale Freiheit. Grundrechte in der Pandemie*, VVDStRL 80 (2021), 7–36.
- Manssen, G./Banaszak, B. (Hrsg.), *Minderheitenschutz in Mittel- und Osteuropa*, Frankfurt a.M. u.a.: Lang 2001.
- Maus, I., *Volkssoeveränität versus Konstitutionalismus. Zum Begriff einer demokratischen Verfassung*, in: G. Frankenberg (Hrsg.), *Auf der Suche nach der gerechten Gesellschaft*, Frankfurt a.M.: Fischer-Taschenbuch-Verl. 1994, 74–83.
- McKay, L., *Towards a Rule of Law Culture, Exploring Effective Responses to Justice and Security Challenges*, Washington: United States Institute of Peace 2015.
- Merten, D., *Prinzip Freiheit im Gefüge der Staatsfundamentalbestimmungen*, in: ders./H.-J. Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. 2, Heidelberg: C.F. Müller 2006, § 27.
- Morlok, M., *Informalisierung und Entpolitisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung*, VVDStRL 62 (2003), 37–80.
- Müller-Franken, S., *Demokratie als Wettbewerbsordnung*, DVBl. 2009, 1072–1082.
- Neumann, F., *Demokratischer und autoritärer Staat. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a.M.: Fischer-Taschenbuch-Verl. 1986.
- Nußbaum, M., *Königreich der Angst*, Darmstadt: WBG Theiss 2019.

- Nußberger, A., *Regieren: Staatliche Systeme im Umbruch?*, VStRL Thesenpapier vom 7.10.2021.
- Reimer, F., *Verfassungsprinzipien. Ein Normtyp im Grundgesetz*, Berlin: Duncker & Humblot 2001.
- Richter, E., *Die Wurzeln der Demokratie*, Weilerswist: Velbrück 2008.
- Röder, S., *Der Gesetzesvorbehalt der Charta der Grundrechte der Union im Lichte einer europäischen Wesentlichkeitstheorie*, Baden-Baden: Nomos 2007.
- Rodrik, D., *Das Globalisierungs-Paradox. Die Demokratie und die Zukunft der Weltwirtschaft*, München: C.H. Beck 2011.
- Sadurski, W., *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford: Oxford University Press 2019.
- Schäfer, A./Zürn, M., *Die demokratische Regression. Die politischen Ursachen des autoritären Populismus*, Berlin: Suhrkamp 2021.
- Schapp, J., *Freiheit, Moral und Recht*, 2. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck 2017.
- Schiera, P., *Die gemeineuropäische Geschichte des Verwaltungsrechts und seiner Wissenschaft*, in: A. von Bogdandy/S. Cassese/P. M. Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. 4, Heidelberg: C.F. Müller 2011, § 68.
- Schmidt-Aßmann, E., *Der Rechtsstaat*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 2, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2004, § 26.
- Schmitt Glaeser, W., *Die grundrechtliche Freiheit des Bürgers zur Mitwirkung an der Willensbildung*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 3, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2005, § 38.
- Schmitt, C., *Verfassungslehre*, 10. Aufl., Neusatz auf der Basis der 1928 ersch. 1. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 2010.
- Skąpska, G., *The decline of liberal constitutionalism in East Central Europe*, in: P. Vahlemm/A. Masso/S. Opermann (Hrsg.), *The Routledge International Handbook of European Social Transformation*, London: Routledge 2018, § 8.
- Smend, R., *Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht*, in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 1968, 309–325.
- Sommermann, K.-P., *Demokratiekonzepte im Vergleich*, in: ders./H. Bauer/P. M. Huber, *Demokratie in Europa*, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, 191–221.
- Starck, C., *Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 3, 3. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller 2005, § 33.
- Streinz, R., (Hrsg.), *50 Jahre Europarat*, Bayreuth: Verl. PCO 2000.
- Tocqueville, A. de, *Über die Demokratie in Amerika, 1835/40*, München: Dt. Taschenbuch-Verlag 1976.
- Wahl, R., *Die Entwicklung des deutschen Verfassungsstaates bis 1866*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 1, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2003, § 2.
- Wiener, A., *A Theory of Contestation*, Heidelberg: Springer 2014.
- Zacher, H. F., *Freiheitliche Demokratie*, München u.a.: Olzog 1969.

Aktuelle Rechtsfragen der Meinungs- und Wissenschaftsfreiheit

Gerd Morgenthaler

Abstract Deutsch

Die Meinungs- und Wissenschaftsfreiheit gerät durch die Forderung nach *Political Correctness* und durch strukturelle Abhängigkeiten zunehmend unter Druck. Im vorliegenden Beitrag wird der verfassungsrechtliche Freiheitsbegriff ausgehend vom historischen Verständnis rekonstruiert und auf dieser Grundlage die Aufgabe des Gesetzgebers gegenüber der Meinungs- und Wissenschaftsfreiheit in ihren wesentlichsten Dimensionen analysiert, wobei insbesondere auf den institutionellen Aspekt und das Neutralitätsgebot des Staates einzugehen ist.

Abstract English

The freedom of speech and academic freedom have increasingly got under pressure by the demand for Political Correctness and by structural dependencies. The present paper endeavors to reconstruct the constitutional idea of freedom and to analyze the legislator's task about the freedom of speech and academic freedom in its most important dimensions with a special emphasis on the institutional aspect and the state's obligation to neutrality.

1. Einleitung

Fragen der Meinungs- und Wissenschaftsfreiheit werden in der Öffentlichkeit wieder heftig diskutiert. In Umfragen gibt inzwischen eine Mehrheit der Befragten dem Gefühl Ausdruck, die eigene Meinung nicht mehr frei äußern zu können¹. Hunderte von Wissenschaftlern haben sich jüngst zu einem Netzwerk Wissenschaftsfreiheit zusammengeschlossen, das vor Bestrebungen warnt, die Freiheit von Forschung und Lehre aus ideologischen Motiven einzuschränken. Sie mahnen die Wiederherstellung eines freiheitlichen Wissenschaftsklimas an, zu dem nach ihrer Überzeugung eine von Sachargumenten und gegenseitigem Respekt geprägte Debatte ebenso gehört wie ein institutionelles Umfeld, in dem niemand aus Furcht vor sozialen oder beruflichen Kosten Forschungsfragen und Debattenbeiträge meidet. Eine besondere Gefahr sehen sie darin, dass auf Wissenschaftler von Seiten anderer Hochschulangehöriger und externer Aktivisten zunehmend erheblicher Druck ausgeübt wird, unliebsame Forschungsprojekte gar nicht erst zu beginnen, bestimmte Gastredner nicht einzuladen und die Publikation missliebiger Ergebnisse zu unterlassen, was inzwischen allzu oft dazu führe, dass Hochschul-

1 Th. Petersen, Eine Mehrheit fühlt sich gegängelt, FAZ v. 16.6.2021: <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/allensbach-umfrage-viele-zweifeln-an-meinungsfreiheit-in-deutschland-17390954.html>.

angehörige ihre Forschungs- und Lehrfreiheit von vornherein selbst beschränken, um nicht angegriffen zu werden².

Im politischen Streit um die fortschreitende Verengung der Debattenräume durch *Cancel Culture* und *Political Correctness* werden regelmäßig von beiden Seiten verfassungsrechtliche Argumente ins Feld geführt. Dies gibt Anlass zu einer erneuten Klärung des juristischen Gehalts der grundgesetzlich garantierten Meinungs- und Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 GG). In diesem Sinn soll hier vorab der Freiheitsbegriff ermittelt (unten 2.1.) und die Aufgabe des Staates gegenüber der Freiheit bestimmt (2.2.) werden. Auf dieser Grundlage sind dann die für die Debattenkultur und ihr institutionelles Umfeld besonders relevant erscheinenden Themenbereiche zu beleuchten: Allgemein stellt sich dabei die Frage, worin die Aufgabe des Gesetzgebers und der Exekutive gegenüber der Meinungs- und Wissenschaftsfreiheit im Kern besteht und welchen Neutralitätspflichten staatliche Amtsträger im politischen Meinungskampf unterliegen müssen, damit das republikanische Modell einer rechtsstaatlichen Demokratie funktionieren kann (3.1.). Darüber hinaus ist hier die immer virulenter werdende Sonderproblematik der Einbindung der Freiheitsberechtigten in überindividuelle Strukturen anzusprechen, die sich schon länger auch in den öffentlich-rechtlichen Organisationsformen des Rundfunks und der Hochschulen und aktuell insbesondere in neueren technischen Großsystemen wie dem Internet zeigt (3.2.)³.

Die nachfolgende Untersuchung dient dabei einem doppelten Ziel: Zum einen soll der traditionelle Meinungsstand zur Interpretation des Art. 5 GG, wie er sich in der Rechtsprechung des BVerfG und in der h.L. in den letzten Jahrzehnten entwickelt hat, systematisch zusammengefasst und einigen – weniger in der juristischen Fachliteratur als in der politischen Öffentlichkeit – neuerdings vermehrt vortragenen alternativen Interpretationen gegenübergestellt werden. Zum anderen geht es darum, dieses Meinungsbild aufgrund einer methodenbewussten Auslegung einer kritischen Analyse zu unterziehen.

2. Freiheit

2.1. Was ist ‚Freiheit‘?

2.1.1. Grundrechtstheorien

Obwohl der Freiheitsbegriff eine der zentralen Säulen der Verfassungsordnung des Grundgesetzes darstellt, wird er als solcher in Rechtsprechung und Literatur kaum thematisiert und in den gängigen Lehrbüchern, Handbüchern und Kommentaren auch nicht definiert. Stattdessen ist es üblich, zur juristischen Anwendung der feierlich und daher sehr knapp formulierten Grundrechtsartikel bestimmte dog-

2 Manifest des Netzwerks Wissenschaftsfreiheit: <https://www.netzwerk-wissenschaftsfreiheit.de/ueber-uns/manifest/>.

3 Nicht vertieft werden können im vorliegenden Zusammenhang die ebenfalls sehr wesentlichen und höchst dringlichen Fragen des Verhältnisses der Meinungs- und Wissenschaftsfreiheit zu den Regelungen der sog. wehrhaften Demokratie.

matische Hilfskonstruktionen heranzuziehen, die seit *Ernst-Wolfgang Böckenförde*s grundlegendem Aufsatz von 1974 als „Grundrechtstheorien“ bezeichnet werden⁴. Dabei geht es um folgendes:

Den Ausgangspunkt der Rechtsprechung des BVerfG zu den Grundrechten bildet traditionell eine so genannte „liberale“ Theorie, der zufolge die Freiheitsgrundrechte einen sphärenhaft vorgestellten Bereich privater Lebensgestaltung vor staatlicher Intervention sichern und insofern als Abwehrrechte gegen den Staat aufzufassen sind⁵. Demnach hätte Art. 5 GG die Bedeutung, dem einzelnen Berechtigten unter anderem die Äußerung seiner Meinung und die Betätigung in Forschung und Lehre ohne staatliche Verbote oder inhaltliche Vorgaben zu ermöglichen. Dieser liberalen Theorie wurden im Lauf der Zeit eine Reihe anderer, untereinander nicht – oder zumindest nicht offenkundig – verbundener Konstrukte zur Seite gestellt, um ihre empfundenen Schwächen zu kompensieren und die Freiheit umfassender zu schützen. Dazu gehören laut *Böckenförde* insbesondere eine „institutionelle“ Theorie, eine „Werttheorie“, eine „demokratisch-funktionale“ und eine „sozialstaatliche“ Theorie, die er wie folgt zusammenfasst: Nach der institutionellen Theorie haben die Grundrechte den Charakter objektiver Ordnungsprinzipien für die von ihnen geschützten Lebensbereiche, die in normativen Regelungen institutioneller Art entfaltet werden müssen⁶. Die Werttheorie erblickt im Grundrechtskatalog ein Wert-, Güter- oder Kultursystem und verknüpft dementsprechend mit jeder einzelnen Freiheit die Erwartung, dass sie der Realisierung der in ihr zum Ausdruck kommenden Werte dient⁷. Die demokratisch-funktionale Theorie deutet die Grundrechte von ihrer öffentlichen und politischen Funktion her und sieht in ihnen folglich die Gewährleistung eines freien Prozesses demokratischer Staatshervorbringung⁸. Die sozialstaatliche Theorie schließlich ersetzt den von der liberalen Theorie proklamierten beherrschten Lebensraum individueller Autarkie durch einen sozialen Lebensraum effektiver Sozialleistungen und Sozialbeziehungen⁹.

Weil die Grundrechtsbestimmungen nach *Böckenförde*s Feststellung „ihrer Wortfassung und Sprachgestalt nach Lapidarformeln“ sind und „einer nicht nur explikativen, sondern ausfüllenden Interpretation“ bedürfen, aber die von ihm in Rechtsprechung und Literatur aufgespürten Grundrechtstheorien nur fragmentarischen Charakter haben, untereinander mehr oder weniger unverbunden sind und damit selbst unterschiedliche Deutungen zulassen, fordert er die Entwicklung einer umfassenden verfassungskonformen Grundrechtstheorie¹⁰ im Sinne einer „systematisch orientierte(n) Auffassung über den allgemeinen Charakter, die normative Ziel-

4 E.-W. Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, 1529–1538.

5 Dazu ausführlich Böckenförde, (Fn. 4), S. 1530 ff. mit vielen Nachweisen zu Rspr. und Lit.

6 So die Charakterisierung dieser Theorie durch Böckenförde (Fn. 4), 1532 f., der sich hinsichtlich der Lit. vor allem auf Peter Häberle beruft.

7 Vgl. dazu Böckenförde, (Fn. 4), S. 1533 f., maßgeblich unter Hinweis auf R. Smend.

8 Böckenförde, (Fn. 4), S. 1534 f.

9 Böckenförde, (Fn. 4), S. 1535 f.

10 Böckenförde, (Fn. 4), S. 1537.

richtung und die inhaltliche Reichweite der Grundrechte“, die dabei hilft, „die Interpretation der einzelnen Grundrechtsbestimmungen nicht allein einer an detailierten Gesetzesregelungen ausgebildeten juristischen Technik zu überlassen, sondern in den Gesamtzusammenhang einer“ – und zwar der richtigen – „Staatsaufassung/Verfassungstheorie einzubinden“¹¹.

Dem ist zuzustimmen: Die allenfalls relative Bedeutung der an den Verfassungstext herangetragenen dogmatischen „Theorien“, ihr bruchstückhafter Charakter und ihre oft missverständliche Formulierung werden deutlich, wenn man es unternimmt, den Begriff der Freiheit als solchen – wie in der Rechtswissenschaft ansonsten eigentlich üblich – im Wege einer methodisch stringenten grammatischen, historischen, systematischen und teleologischen Auslegung zu bestimmen¹². Das Ergebnis eines entsprechenden Versuchs¹³ sei hier im Folgenden kurz zusammengefasst.

2.1.2. *Der Freiheitsbegriff des Grundgesetzes*

Die prägenden Eingangsformulierungen des Grundgesetzes lassen in ihrer Wortwahl und in der Reihenfolge ihrer Bestimmungen klar erkennen, dass der Verfassungsgeber 1949 die grundrechtlich garantierten Freiheiten, für deren Schutz man so weit wie möglich hergebrachte und bewährte „klassische“ Formeln verwendete¹⁴, bewusst in einen engen Sinnzusammenhang mit der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) und der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) stellte¹⁵. Durch die erstmals in der deutschen Verfassungsgeschichte erfolgende Aufnahme dieser Leitideen in den Verfassungstext wollte man „bestimmen, welcher Art der Geist sein solle, der das neuorganisierte Staatswesen beseelt“¹⁶, und damit sicherstellen, dass die Grundrechtsartikel stets in diesem freiheitlichen Geist interpretiert werden.

11 Böckenförde, (Fn. 4), S. 1529.

12 Böckenförde, (Fn. 4), S. 1529, fordert zwar die Entwicklung einer umfassenden Grundrechtstheorie, schreibt aber auch: „Eine solche ausdeutende und den Inhalt erst konkretisierende Interpretation findet in Wortfassung, Sprachsinn und Regelungszusammenhang keinen hinreichenden Anknüpfungspunkt.“ Letzterem muss entschieden widersprochen werden, wie die folgenden Ausführungen zeigen sollen.

13 G. Morgenthaler, Freiheit durch Gesetz. Der parlamentarische Gesetzgeber als Erstadressat der Freiheitsgrundrechte, Tübingen: Mohr Siebeck 1999.

14 H. v. Mangoldt, in: ders. (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz. Kommentar, München: Vahlen 1953, S. 35 (Vorbemerkungen zu I. Die Grundrechte).

15 H. v. Mangoldt, Schriftlicher Bericht über den Abschnitt I. Die Grundrechte, in: Parlamentarischer Rat (Hrsg.), Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland (Drucksachen 850, 854), Anlage zum stenographischen Bericht der 9. Sitzung des Parlamentarischen Rates am 6. Mai 1949, Bonn 1948/49, S. 6–13 (6), betont, dass „die Freiheitsrechte, welche auf den in Artikel 2 folgenden Artikeln verbriefte werden, im Grunde genommen nur eine Konkretisierung der allgemeinen Rechte und Freiheiten dieses Artikels auf einzelnen Lebensgebieten darstellen“.

16 v. Mangoldt, (Fn. 15), S. 5.

Was war damit gemeint? Mit der ‚Würde des Menschen‘ knüpft der Verfassungstext erkennbar an das antike Konzept der *Dignitas* und an die christliche Vorstellung der Gottesebenbildlichkeit des Menschen an¹⁷, auf deren ideeller Grundlage seit der Renaissance und vor allem während der Aufklärungsepoche unverletzliche und unveräußerliche Menschenrechte (Art. 1 Abs. 2 GG) postuliert wurden, welche das Grundgesetz nun in Form von Grundrechten als unmittelbar geltendes Recht positiviert (Art. 1 Abs. 3 GG). Die Konturen des damit in Bezug genommenen historischen Naturrechts treten noch deutlicher hervor, wenn man die an die Freiheitsgarantie geknüpfte Erwartung der Persönlichkeitsentfaltung (Art. 2 Abs. 1 GG) hinzunimmt. Gemeint ist damit die Ausprägung der eigenen Individualität und des Charakters, die nur in freier Selbstbestimmung unter kontinuierlicher Auseinandersetzung mit der belebten und unbelebten Umwelt erfolgen kann. Das Grundgesetz erinnert hier ausdrücklich an das klassische Ideal der „Bildung“ durch Selbstkultivierung, das – wie das an gleicher Stelle ebenfalls erwähnte Sittengesetz (Art. 2 Abs. 1 GG) – zu den tragenden Säulen des deutschen Idealismus gehört. Jede Grundrechtsinterpretation, in der die Rechts- und Staatsphilosophie der Aufklärung insbesondere in ihrer an *Immanuel Kant* anknüpfenden Ausprägung durch *Georg Wilhelm Friedrich Hegel* nicht vorkommt, muss daher von vornherein ihr Ziel verfehlen.

Die verfassungsrechtlich garantierte ‚Freiheit‘ meint vor diesem Hintergrund die Befugnis des Einzelnen, im Rahmen allgemeiner Gesetze durch eigenständiges Denken seine Bewertungsmaßstäbe autonom zu bilden (Gedankenfreiheit) und diesen individuell selbstgesetzten Maßstäben gemäß schöpferisch und eigenverantwortlich zu handeln (Handlungsfreiheit)¹⁸. Diese „bürgerliche“ Freiheit setzt einerseits die so genannte Willensfreiheit voraus, die den Menschen vom Tier unterscheidet und ihn befähigt, jenseits festgelegten Instinktverhaltens seinen Willen gemäß den Anforderungen der Vernunft zu bilden. Sie ist andererseits die Voraussetzung für echte „sittliche“ Freiheit als Ausdruck der Persönlichkeit, von der dann gesprochen werden kann, wenn es dem Einzelnen gelingt, seine Triebe „durch die moralische Kraft“ zu beherrschen (*Schiller*)¹⁹, „sich seines Verstandes ohne Leitung eines anderen zu bedienen“ (*Kant*)²⁰, einen wahrhaft „allgemeinen“ Willen zu bilden (*Hegel*)²¹ und im Gehorsam gegen das Gesetz zu handeln, das er sich selbst gegeben hat (*Rousseau*)²².

17 Morgenthaler, (Fn. 13), S. 140 ff.

18 Morgenthaler, (Fn. 13), S. 155.

19 F. Schiller, Über Anmut und Würde. In: Sämtliche Werke in 5 Bänden, Bd. 5, München: Winkler 1968, S. 231–285 (271).

20 I. Kant, Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung? In: Werkausgabe Bd. XI, hrsg. v. W. Weischedel, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1977, S. 51–61 (53).

21 G. W. F. Hegel, Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte. In: Werke 12, hrsg. v. E. Moldenhauer/K.M. Michel, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1986, Einleitung, B., S. 67.

22 J. J. Rousseau, Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des Staatsrechts. In: ders., Sozialphilosophische und Politische Schriften, München: Winkler 1981, S. 267–391 (284).

2.2. Freiheit und Staat

2.2.1. *Sittliche, gesellige und rechtlich geordnete Freiheit*

Die grundrechtliche Freiheitsgarantie umfasst daher offenkundig mehr als nur den Freiraum zu eigenständigem Handeln, den die liberale Grundrechtstheorie zum Thema hat. Wie schon *Hegel* schrieb: „Die gewöhnlichste Vorstellung, die man bei der Freiheit hat, ist die der Willkür“. Aber: „Wenn man sagen hört, die Freiheit überhaupt sei dies, daß man tun könne, was man wolle, so kann solche Vorstellung nur für gänzlichen Mangel an Bildung des Gedankens genommen werden, in welcher sich von dem, was der an und für sich freie Wille, Recht, Sittlichkeit usf. ist, noch keine Ahnung findet“²³. Nimmt man den Gedanken hingegen ernst, so zwingt dies vor allem in drei Punkten zu Schlussfolgerungen: Erstens muss die Grundrechtsinterpretation die Tatsache berücksichtigen, dass der Verfassungsgeber die Freiheitsrechte ausdrücklich in den Dienst der Persönlichkeitsentfaltung (Art. 2 Abs. 1 GG) und damit der sittlichen Freiheit gestellt hat. Zweitens ist wichtig, dass in der historischen Naturrechtslehre des deutschen Idealismus neben dem „emanzipatorischen“ Aspekt der Freiheit, den die liberale Theorie zurecht hervorhebt, gleichberechtigt und untrennbar ein „geselliger“ Aspekt der Freiheit steht²⁴, der nicht vernachlässigt werden darf. Daraus ergibt sich drittens eine weitreichende Aufgabe des freiheitsausgestaltenden und -ordnenden Gesetzgebers: Es ist die aus den Freiheitsgrundrechten folgende verfassungsrechtliche Pflicht der Legislative, einerseits die für die jeweilige Freiheit erforderlichen Handlungs- und Gestaltungsspielräume des Einzelnen zu bewahren und sie, wo nötig, z.B. durch Vertrags- und anderes Zivilrecht zu schaffen. Andererseits muss sie den verfassungsrechtlich vorausgesetzten freiheitsförderlichen Institutionen durch einen geeigneten Rechtsrahmen und erforderlichenfalls eine subsidiäre Unterstützung seitens die Verwaltung Stabilität und Wirkungsmöglichkeiten geben und die Freiheitsberechtigten durch geeignete Rechtsinstitute zur Sicherstellung individueller Verantwortung, zum Beispiel durch Haftungsregelungen, mit dem eigenen Verhalten rückkoppeln.

Der erste Punkt, die mit der Freiheit verbundene Hoffnung auf Entfaltung der Persönlichkeit, verweist auf nichts weniger als die Kultivierung der Bürger in der Republik. Sie sollen befähigt werden, durch individuell selbstbestimmte Interaktion in Familie und bürgerlicher Gesellschaft im Laufe des Lebens die realen Fähigkeiten und Haltungen zu entwickeln, die Voraussetzung einer gelingenden gemeinschaftlichen Selbstbestimmung im demokratischen Staat sind. Wie *Böckenförde* festgestellt hat, lebt der moderne, säkularisierte Staat „von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann“. Als freiheitlicher Staat könne er einerseits nur bestehen, wenn sich die Freiheit, die er seinen Bürgern gewähre, „von

23 G. W. F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse. In: Werke 7, hrsg. v. E. Moldenhauer/K. M. Michel, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1986, § 15 Anm., S. 66.

24 D. Suhr, Freiheit durch Geselligkeit. Institut, Teilhabe, Verfahren und Organisation im systematischen Raster eines neuen Paradigmas, EuGRZ 1984, S. 529–546.

innen her, aus der moralischen Substanz des einzelnen und der Homogenität der Gesellschaft“, reguliere. Andererseits könne er „diese inneren Regulierungskräfte nicht von sich aus, das heißt mit den Mitteln des Rechtszwanges und autoritativen Gebots zu garantieren suchen, ohne seine Freiheitlichkeit aufzugeben“²⁵. In der Tat ist es unvorstellbar, die Herausbildung gesellschafts- und staatsnotwendiger Tugenden wie Weltoffenheit, Umsicht, Fleiß, Ehrlichkeit, Wahrhaftigkeit, Ehrgefühl, Verantwortungsbewusstsein, Zivilcourage und Einsatz- oder gar Opferbereitschaft für andere und die Allgemeinheit obrigkeitlich zu befehlen. Es ist aber durchaus ein großer Unterschied, ob der Staat durch seine Gesetzgebung und sein sonstiges hoheitliches Handeln die Erreichung dieses Ideals konterkariert oder es nach Möglichkeit – freiheitlich – unterstützt. Letzteres ist verfassungsrechtlich geboten.

Der zweite Punkt, die gesellige Dimension der Freiheit, erinnert an den eminent wichtigen Umstand, dass die Grundrechte nicht die Freiheit eines einsamen Robinson Crusoe im Blick haben, der – allein auf seiner Insel – ohnehin keine Rechtsordnung benötigt; gemeint ist aber auch nicht die von der sphärenhaften Denkweise der liberalen Theorie suggerierte Freiheit beziehungslos nebeneinander existierender Monaden, bei denen der Staat lediglich dafür sorgen müsste, dass sie sich nicht gegenseitig Schaden zufügen. Der grundrechtliche Schutz gilt vielmehr einer Freiheit von Menschen, die kraft ihrer natürlichen Disposition gesellig sind und ihr Leben sowohl in Gemeinschaft mit anderen Menschen als auch durch andere Menschen gestalten²⁶. Deshalb gehört zur bürgerlichen Freiheit neben der emanzipatorischen Befugnis, dem eigenen Willen entsprechend zu handeln, sich aus hergebrachten Rollenerwartungen und Zumutungen zu lösen und eigene Wege zu gehen, auch die Befugnis, mit anderen zu kooperieren oder andere für die eigenen Ziele einzuspannen, wie es in allen Bereichen der bürgerlichen Gesellschaft täglich passiert – dies alles selbstverständlich auf der Basis rechtlich gesicherter Gleichgewichtigkeit, Wechselseitigkeit und Verantwortlichkeit²⁷. Weiter gehört zur Freiheit immer auch die Einbindung des Individuums in bestimmte Institutionen, das heißt in dauerhafte soziale Einrichtungen, die das individuelle Verhalten prägen, indem sie einerseits den von ihnen erfassten Menschen Halt geben, ihrem Handeln Sinn vermitteln und ihr Bewusstsein formen und andererseits den in ihnen geltenden Verhaltensanforderungen durch sittliche Sanktionen Nachdruck verleihen²⁸. *Hegel* nannte als freiheitsnotwendige „Institutionen der Sittlichkeit“ die Familie, die bürgerliche Gesellschaft und den Staat²⁹. Es ist kein Zufall, dass das Grundgesetz gerade deren Ausgestaltung und Schutz detailliert regelt: Die Familie (vgl. Art. 6 GG) gewährleistet die natürliche Reproduktion des Volkes und legt den Grundstein für die Erziehung der Kinder zur Selbstständigkeit

25 E.-W. Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation. In: ders., Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1976, S. 42–64 (60).

26 Suhr, (Fn. 24), passim.

27 Morgenthaler, (Fn. 13), S. 230 ff. m.w.N.

28 Vgl. Morgenthaler, (Fn. 13), S. 66 Fn. 6 m.w.N.

29 Dazu Morgenthaler, (Fn. 13), S. 134 ff.

keit, indem sie ihnen auf der Grundlage angeborener Zuneigung Geborgenheit bietet und in überschaubarem Rahmen ihren Gemeinsinn weckt. In der bürgerlichen Gesellschaft mit ihren Subsystemen und Institutionen des Religiösen (Art. 4 und Art. 140 GG i.V.m. der WRV: Kirchen und andere Religionsgemeinschaften), des Bildungswesens (Art. 7 und Art. 5 Abs. 3 GG: u.a. Schulen und Hochschulen), des Erwerbslebens (Art. 12 und Art. 14 GG: insb. Unternehmen) und der Meinungsbildung (Art. 5 GG: Presse, Rundfunk und Wissenschaftseinrichtungen), die jeweils eigenen inneren Gesetzmäßigkeiten folgen, lernt der Einzelne, sich auch außerhalb des besonderen Schutzraums Familie unter den Bedingungen des Eigennutzes und der Konkurrenz zu behaupten, dabei vielfältige Orientierungs- und Verhaltensangebote aufzunehmen und Schritt für Schritt seine eigene Position im gesellschaftlichen Ganzen zu bestimmen. Es sind die vielen historisch gewachsenen und im freien gesellschaftlichen Austausch geformten Institutionen dieser Subsysteme, die es dem Einzelnen ermöglichen, unter ihrem Einfluss und Schutz die eigene Persönlichkeit zu entwickeln und, derart erprobt und gestärkt, als Bürger unter Bürgern an der demokratischen Selbstbestimmung des Volkes im Staat teilzuhaben.

Der dritte Punkt, in dem sich aus der expliziten Anknüpfung an den deutschen Idealismus weitreichende Konsequenzen ergeben, betrifft die legislatorische Ordnungs- und Gestaltungsaufgabe. Freiheitsgrundrechtlich gefordert ist keineswegs nur die Abgrenzung quasi naturgegebener individueller Freiheits-„Sphären“ und die Abwehr des Staates aus diesen Bereichen, wie die liberale Grundrechtstheorie dies verräumlichend und zugleich informationsverkürzend suggeriert. Vielmehr liegt die eigentliche Aufgabe und hohe Kunst der Gesetzgebung in der konzeptionell-gestalterischen Einrichtung dauerhafter, dynamischer Kooperationsmöglichkeiten mit gegenseitiger Einwirkung der Beteiligten und institutionalisierten Rückkopplungskreisläufen. Dies zeigt besonders anschaulich der Bereich des Unternehmensrechts: Richtig verstanden geht es beispielsweise bei der Aktiengesellschaft um die gesetzliche Konstituierung einer Grundrechtsausübungsgemeinschaft, in welcher die Anteilseigner als Kapitalgeber mit der Belegschaft als Arbeit-„nehmern“ (oder eigentlich doch Arbeit-„gebern“!) gleichberechtigt und auf Gegenseitigkeit zusammenwirken. Sie tun dies, indem die einen Teile ihres Vermögens und die anderen ihre Arbeitskraft einbringen und ihre darin liegende gemeinschaftliche Freiheitsausübung unter die einheitliche unternehmerische Leitung eines Managements stellen, das im Innenverhältnis gegenüber der – im Außenverhältnis haftenden – Grundrechtsausübungsgemeinschaft die volle Verantwortung für ihre Entscheidungen zu übernehmen hat³⁰. Wer hingegen wie das BVerfG ausgehend

30 Freiheitsgrundrechtlich problematisch sind im Recht der Aktiengesellschaften insbesondere auch die Haftungsbegrenzung und die Anonymität der Aktionäre, die in Verbindung mit der jederzeitigen Möglichkeit, die Aktien an der Börse zu veräußern, die Realisierung von Verantwortung verhindert; vgl. G. Morgenthaler, Freiheit und Verantwortung. Verfassungsrechtliche Betrachtung von Mitwirkung und Teilhabe im Unternehmen. In: G. Bergmann/J. Daub/F. Özdemir (Hrsg.), *Wirtschaft demokratisch. Teilhabe, Mitwirkung, Verantwortung*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht unipress 2019, S. 243–257 (252 ff.).

von der gesetzestechnischen Trennung in Gesellschaftsrecht und Arbeitsrecht die Anteilseigner der Gesellschaft als die Eigentümer des Unternehmens (Art. 14 Abs. 1 GG) betrachtet und die gesetzliche Einführung einer Arbeitnehmermitbestimmung als einen Grundrechtseingriff deutet, der allenfalls ausnahmsweise und in engen Grenzen gerechtfertigt werden kann³¹, verbaut sich mit dem verfehlten dogmatischen Ansatz von vornherein die Möglichkeit, die verfassungsrechtliche Herausforderungen überhaupt zu begreifen und die Aufgabe des Gesetzgebers angesichts der Freiheit zu verstehen³².

2.2.2. Die Aufgabe des Gesetzgebers

Die Aufgabe des parlamentarischen Gesetzgebers als Erstadressat der Freiheitsgrundrechte besteht somit unter anderem darin, die Familie, die religions-, bildungs-, erwerbs- und meinungsbezogenen Subsysteme der bürgerlichen Gesellschaft und letztlich auch die gewaltenteilende Organisation des Staates als neutraler Instanz (*pouvoir neutre*) rechtlich so zu ordnen und auszugestalten, dass Prozesse der Selbststeuerung entstehen, die den jeweils spezifischen Regelungsideen des betreffenden Teilbereichs und seiner Institutionen entsprechen. Das Ziel dabei ist es, wie gesagt, nicht nur eine offene, von inhaltlichen Vorgaben des Staates abgeschirmte Interaktion der Freiheitsberechtigten zu ermöglichen, sondern zugleich auch die individuelle und gesellschaftliche Herausbildung der immateriellen „Voraussetzungen“ der Freiheit, die der Staat nach Böckenfördes Diktum „selbst nicht garantieren kann“, indirekt zu fördern.

Die von Böckenförde zusammengestellten Grundrechtstheorien bekommen in dieser Sichtweise ihren genauen dogmatischen Stellenwert zugewiesen, aber auch ihre Grenzen aufgezeigt. Die liberale Theorie betont zurecht den emanzipatorischen Aspekt der bürgerlichen Freiheit, indem sie staatliche Verbote und Einflussnahmen auf das individuelle Belieben abwehrt, den Staat zur Neutralität gegenüber der Freiheitsausübung verpflichtet und deshalb den Umstand hervorhebt, dass die Grundrechte „Freiheit *schlechthin*, nicht Freiheit zu bestimmten Zielen oder Zwecken“ gewährleisten³³. Sie erfasst jedoch die Freiheitsidee nur teilweise, da sie den geselligen Aspekt ignoriert und die Notwendigkeit gesetzlicher Ausgestaltung vernachlässigt.

Die anderen, neueren Grundrechtstheorien versprechen, diese Mängel zu kompensieren. Bei ihnen ist es aber wichtig, stets den Bezug zum Freiheitsbegriff zu wahren, weil sonst eine interpretatorische Aushebelung der Grundrechte droht. So scheint die Werttheorie an das den Grundrechtsartikeln erkennbar zugrunde liegende „Wert-, Güter- und Kultursystem“ des europäischen Abendlands zu erinnern,

31 BVerfGE 50, 290 ff.

32 Damit ist verfassungsrechtlich keine konkrete, einzig „wahre“ Lösung vorgegeben. Der falsche dogmatische Ansatz verbaut jedoch die Möglichkeit, die freiheitsrechtliche Herausforderung als solche überhaupt zu erkennen, was seinerseits die Voraussetzung dafür ist, dass im Rahmen der sehr weiten legislatorischen Gestaltungsbefugnis nach angemessenen Lösungen gesucht wird und die Vorschläge rechtspolitisch angemessen – ohne falsches „Framing“ – diskutiert werden können.

33 So Böckenförde, (Fn. 4), 1530; Hervorhebung im Original.

wobei sie vermeintlich die Vorstellung von einem dem gesamten Grundgesetz zugrunde liegenden und seine Einzelbestimmungen gedanklich verbindenden, Gesellschaft und Staat „integrierenden“³⁴ Ordnungsmodell aufgreift. Die sozialstaatliche Theorie verweist durchaus zurecht auf den geselligen Charakter der Freiheit und die zentrale Bedeutung effektiver Sozialbeziehungen für die Möglichkeit zur tatsächlichen Wahrnehmung des Freiheitsangebots. Die institutionelle Theorie knüpft offenbar an die Werttheorie an, wenn sie die Grundrechte als Ausdruck objektiver Ordnungsprinzipien interpretiert. Sie betont darüber hinaus mit ihrer Forderung nach Entfaltung der grundrechtlich geschützten Lebensbereiche in normativen Regelungen institutioneller Art die Notwendigkeit einer gesetzlichen Ausgestaltung der Freiheit (,institutionell‘ im Sinne von Rechtsinstituten), und zuweilen scheint in ihr sogar der Gedanke einer Einbindung der Freiheitsberechtigten in bestimmte gesellschaftliche Strukturen auf (,institutionell‘ im Sinne von Institutionen). Die demokratisch-funktionale Theorie schließt ihrerseits hieran an, indem sie die Bedeutung der Freiheit für die Gewährleistung eines freien Prozesses demokratischer Staatshervorbringung zum Bewusstsein bringt, und unterstreicht, dass die in den Grundrechtsbestimmungen angesprochenen selbstregulierenden Subsysteme der Gesellschaft so ausgestaltet werden müssen, dass die an sie gestellten Erwartungen realistisch bleiben.

Die Gefahr bei der Anwendung dieser Theorien besteht jedoch darin, dass es bei oberflächlicher Anwendung und Ablösung von der zugrundeliegenden Freiheitsidee zu einer tiefgreifenden Umbildung der Verfassung unter Umgehung der für die Verfassungsänderung vorgesehenen Vorschriften (Art. 79 GG) kommen kann. Im Rahmen der Werttheorie passiert dies etwa, wenn in der Praxis der verfassungsrechtlichen Abwägung zum Zweck des „schonenden Ausgleichs“ unter Ausblendung des sinngebenden Gesamtzusammenhangs einzelne „Werte“ verabsolutiert oder gar völlig neue Werte postuliert werden, die angeblich schon immer das Wesen der „westlichen Zivilisation“ ausmachen oder aufgrund eines eingetretenen gesellschaftlichen Wertewandels bei der beständig geforderten Re-Interpretation des Grundgesetzes Berücksichtigung finden sollen. Die institutionelle und die demokratisch-funktionale Theorie können missbraucht werden, um grundrechtsgeschützte Lebensbereiche zu reglementieren und die Freiheitsberechtigten in die Systemstrukturen von Institutionen einzubinden, die vermeintlich funktional sind, jedoch faktisch unter dem Einfluss des Staates oder von sachfremden Interessengruppen stehen. Die Gefahr bei der sozialstaatlichen Theorie besteht darin, dass die Lösung des Problems nicht in der Einrichtung „sozialer Lebensräume“ auf der Basis rechtlicher Institute gesucht wird, die für die selbstbestimmte Ausgestaltung der zwischenmenschlichen Beziehungen auf der Basis von Gleichberechtigung, Gegenseitigkeit und Verantwortlichkeit zur Verfügung stehen, sondern die tatsächliche Möglichkeit zur Verwirklichung der Freiheit im Wege einer direkten zentralen Planung, Mittelzuteilung und -umverteilung und damit im Ergebnis durch staatliche Bevormundung sicherzustellen trachten.

34 Vgl. grundlegend R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht. München/Leipzig: Duncker & Humblot 1928.

Um diesen Gefahren zu entgehen, ist es wichtig, bei der Grundrechtsinterpretation ausgehend vom Wortlaut und der Systematik des Grundgesetzes nach dem historisch Gemeinten zu forschen, das den Einzelbestimmungen ihren Sinn und Zweck verleiht. Wie gezeigt, kommt es hierbei darauf an, die Funktion des jeweiligen Freiheitsgrundrechts im Rahmen des Ordnungsmodells des deutschen Idealismus zu erkennen und insbesondere dessen zentrale Bestandteile nicht aus den Augen zu verlieren: die wichtige Aufgabe der Gesetzgebung bei der Ordnung und Ausgestaltung der Freiheit (Eröffnung von Austausch- und Kooperationsmöglichkeiten samt Rückkoppelung), den geselligen Aspekt der Freiheit (Verantwortlichkeit und Institutionen der Sittlichkeit) und nicht zuletzt die mit der Freiheit verbundene Hoffnung auf Kultivierung des Einzelnen und der Gesellschaft (Persönlichkeitsentfaltung und sittlichen Freiheit). Der Staat muss, primär durch seine Gesetzgebung, subsidiär durch seine Verwaltungstätigkeit, freie gesellschaftliche Selbststeuerungsprozesse ermöglichen und dabei selbst konsequent strengste Neutralität wahren. Dies wird bei der nachfolgend durchzuführenden Analyse der grundgesetzlich geschützten Meinungs- und Wissenschaftsfreiheit zu beachten sein.

3. Meinungs- und Wissenschaftsfreiheit

3.1. Idee und Grundbegriffe

3.1.1. *Schutz eines offenen Debattenraums*

Wie schon die gemeinsame Platzierung in einem einzigen Grundrechtsartikel zeigt, stehen die Meinungsfreiheit einschließlich der Presse- und Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) und die Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) in einem engen sachlichen Zusammenhang miteinander. Sie zielen übereinstimmend auf die Gewährleistung individueller Handlungsfreiräume, darüber hinaus aber auch auf die umfassende Abstützung der gesellschaftlichen Meinungsbildung. Zu diesem Zweck ordnen sie die Errichtung und den Schutz eines offenen Debattenraums an, der als eines der tragenden Subsysteme der bürgerlichen Gesellschaft den ungehinderten Austausch von Tatsachenbehauptungen und wertenden Argumenten ermöglichen soll und für die unvoreingenommene politische Willensbildung des Volkes im vorstaatlichen Raum unverzichtbar ist. Dem liegt die Vorstellung zugrunde, dass es nur dann zu einer vollständigen Thematisierung und Debatte der wichtigen Fragen kommt und die staatliche Politik nur dann offen und angemessen auf sich ändernde Herausforderungen reagieren kann, wenn aus der vielfältigen Gesellschaft heraus ungehindert immer neue Impulse in die kollektive Meinungsbildung eingebracht werden. Das BVerfG bestätigt diese über den eher individualistischen Ansatz der liberalen Theorie hinausgehende Makroperspektive, indem es die Meinungsfreiheit, die es zu den „vornehmsten Menschenrechten überhaupt“³⁵ zählt, als für ein freiheitlich demokratisches Gemeinwesen „schlechthin konstituie-

35 BVerfGE 69, 315 (344).

rend³⁶ betrachtet und den Umstand betont, dass die Meinungsfreiheit nicht nur im Interesse der Persönlichkeitsentfaltung des Einzelnen, sondern auch im Interesse des demokratischen Prozesses geschützt ist³⁷. In diesem Sinn sei die Meinungsfreiheit einschließlich der Presse- und Rundfunkfreiheit auch als „dienende“ Freiheit³⁸ aufzufassen. Das Grundrecht enthalte neben dem Abwehrrecht ein objektives Prinzip³⁹.

Staatstheoretisch verbindet sich mit der durch diese Freiheitsgrundrechte ermöglichten dauerhaften, nie endgültig abgeschlossenen kommunikativen Auseinandersetzung die Hoffnung auf die schrittweise Klärung von Fakten und die Bildung von gemeinwohlverträglichen Werturteilen, mit anderen Worten: auf die langfristige Annäherung an die Wahrheit und auf das Wirken der Vernunft – ganz im Sinne des Ideals der sittlichen Freiheit und der Kultivierung des Volkes. Während nun die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) im Rahmen dieses verfassungsrechtlichen Konzepts allgemein jedermann die Teilnahme an der Diskussion interessierender Fragen ermöglichen soll, und zwar unabhängig davon, ob sie rein privater Natur oder von gesellschafts- und staatspolitischer Relevanz sind, thematisiert die Freiheit von Forschung und Lehre (Art. 5 Abs. 3 GG) den spezifisch wissenschaftlichen Prozess der rationalen, methodengeleiteten Suche nach Erkenntnis, der erfahrungsgemäß – wie auch die in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG ausdrücklich hervorgehobenen Bereiche Presse und Rundfunk – als Freiheitsvoraussetzung besondere, zweckentsprechend funktionale und sorgfältig rechtlich austarierte Institutionen für die gemeinschaftliche Grundrechtsausübung benötigt, wenn die hochgesteckten Erwartungen realistisch sein sollen.

3.1.2. Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 und 2 GG)

Gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG hat jeder das „Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten“. Nach der Rechtsprechung des BVerfG sichert diese Garantie jedermann die Befugnis, frei zu sagen, was er denkt⁴⁰, und zwar unabhängig davon, „ob die Äußerung begründet oder grundlos, emotional oder rational ist, als wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos eingeschätzt wird“⁴¹. Dabei gelten als ‚Meinung‘ neben Werturteilen grundsätzlich auch Tatsachenbehauptungen, „jedenfalls ... wenn sie Voraussetzung für die Bildung von Meinungen sind“⁴².

Somit reicht die individuelle Freiheit der Meinungsäußerung sehr weit. Es geht bei ihr gerade auch darum, diejenigen zu schützen, die den Mut zum Äußern ab-

36 BVerfGE 62, 230 (247); vgl. zur allgemeinen Meinungsfreiheit sowie zur Presse- und Rundfunkfreiheit auch BVerfGE 7, 198 (208); 76, 196 (208 f.); 77, 65 (74); 93, 266 (292 f.); 107, 299 (329); 117, 244 (258).

37 BVerfGE 82, 272 (282).

38 BVerfGE 87, 181 (197); 83, 238 (296).

39 BVerfGE 57, 295 (319 f.).

40 BVerfGE 42, 163 (170 f.); 61, 1 (7).

41 BVerfGE 124, 300 (320); 65, 1 (41); 90, 241 (247); 93, 266 (289).

42 BVerfGE 94, 1 (9); 61, 1 (8); 65, 1 (40 f.).

weichender Überzeugungen aufbringen und sich gegenüber Mehrheitsansichten als „Querdenker“ positionieren. Begrenzt wird die Meinungsfreiheit – außer durch ‚allgemeine‘ Gesetze i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG, die sich nicht gegen eine bestimmte Meinung richten dürfen – durch Gesetze, die entweder die immanenten, aus Sinn und Zweck der Meinungsfreiheit selbst folgenden Grenzen nachzeichnen oder ihr zugunsten anderer Belange echte Schranken setzen, wie es Art. 5 Abs. 2 GG im Interesse des Jugendschutzes und der persönlichen Ehre ausdrücklich vorsieht, aber nach h.M. auch zugunsten weiterer hochrangiger, von der Verfassung geschützter Güter zulässig ist.

Zunächst zu den ‚allgemeinen Gesetzen‘ i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG: Um solche handelt es sich nach der Rechtsprechung des BVerfG bei Gesetzen, die „weder gegen eine bestimmte Meinung noch gegen den Prozess der freien Meinungsbildung oder gegen freie Informationen als solche gerichtet“ sind, sondern „auf die Wahrung eines allgemeinen Rechtsguts“ zielen, „dessen Schutz unabhängig davon ist, ob es durch Meinungsäußerungen oder auf andere Weise gefährdet oder verletzt wird“⁴³. ‚Allgemein‘ in diesem Sinne sind solche Gesetze, die nicht von vornherein als Sonderrecht gegen den Prozess der Meinungsbildung gerichtet sind⁴⁴, wie zum Beispiel das zivilrechtliche Hausrecht, welches es dem Inhaber eines Gebäudes oder einer Wohnung ermöglicht, grundsätzlich frei darüber zu entscheiden, wem er Zutritt zur Örtlichkeit gestattet und damit die Chance auf Meinungsäußerung in derselben einräumt⁴⁵. In solchen Fällen⁴⁶ ist zu beachten, dass auch derart ‚allgemeine‘ Gesetze die Freiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG nicht beliebig einschränken dürfen, sondern – und dies gilt „für kritische Meinungsäußerungen zu gesellschaftlichen oder politischen Fragen in besonderem Maße“ – jede Beschränkung immer der „Rechtfertigung durch hinreichend gewichtige Gemeinschaftsbelange oder schutzwürdige Rechte oder Interessen Dritter“ bedarf⁴⁷, wobei die Einschränkung der Kommunikationsfreiheit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen, d.h. geeignet, erforderlich und angemessen sein muss⁴⁸. Stets sind die freiheitsbeschränkenden allgemeinen Gesetze ihrerseits „aus der Erkenntnis der Bedeutung“ dieser Grundrechte „im freiheitlichen demokratischen Staat auszulegen und so in ihrer diese Grundrechte beschränkenden Wirkung selbst wieder einzuschränken“⁴⁹.

Problematischer, weil gegen die Äußerung bestimmter Meinungen gerichtet, sind Gesetze zur Aktivierung immanenter Grenzen oder echter Schranken der Mei-

43 BVerfGE 113, 63 (79); 117, 244 (260); 120, 180 (200); 124, 300 (322).

44 BVerfGE 71, 206 (214); 95, 220 (236 f.).

45 Vgl. BGHZ 36, 171 (177); 124, 39 (42 f.).

46 Im Einzelnen ist der Begriff der ‚allgemeinen Gesetze‘ sehr umstritten. Zum Teil wird er – auch in der Rspr. des BVerfG – so ausgedehnt, dass einige der hier nachfolgend behandelten Schranken ebenfalls darunter fallen und deren ausdrückliche Erwähnung in Art. 5 Abs. 2 GG insofern überflüssig erscheint. Im vorliegenden Rahmen kann statt einer Vertiefung dieser dogmatischen Problematik nur auf die gängigen Kommentare zum Thema verwiesen werden.

47 BVerfGE 107, 275 (281).

48 BVerfGE 71, 206 (218 f.).

49 BVerfGE 71, 206 (214); 59, 231 (265); 66, 116 (150).

nungsfreiheit. Immanente Grenzen der Meinungsäußerungsfreiheit ergeben sich nach Auffassung des BVerfG daraus, dass nach dem Sinn des Grundrechts, zur Findung der Wahrheit beizutragen, „bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen“⁵⁰ von vornherein nicht von der verfassungsrechtlichen Garantie umfasst sind. Ebenso überschreitet die im Zuge der Meinungsäußerung erfolgende Anwendung oder Androhung von Gewalt und die Ausübung von nötigendem Druck, etwa wirtschaftlicher Art, von vornherein den Bereich der grundrechtlichen Gewährleistung, da das Grundgesetz die Meinungskundgabe allein als Mittel des geistigen Meinungskampfes schützt⁵¹.

Ausdrückliche Schranken findet die Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 2 GG außer in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze in „den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre“. Dabei ist mit dem ‚Schutz der Jugend‘ die Abwehr von Gefahren gemeint, die Jugendlichen aus Medienprodukten drohen, welche „Gewalttätigkeiten oder Verbrechen glorifizieren, Rassenhass provozieren, den Krieg verherrlichen oder sexuelle Vorgänge in grob schamverletzender Weise darstellen“⁵². Das ‚Recht der persönlichen Ehre‘, für dessen Schutz trotz des Wortlauts des Art. 5 Abs. 2 GG wie beim Schutz der Jugend ebenfalls eine spezialgesetzliche – zivil- oder strafrechtliche⁵³ – Grundlage erforderlich ist⁵⁴, dient der Abwehr von Verletzungen des individuellen allgemeinen Persönlichkeitsrechts⁵⁵, das nach der Rechtsprechung des BVerfG durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt wird⁵⁶.

Neben den in Art. 5 Abs. 2 GG genannten Schranken anerkennt das BVerfG weitere Schranken der Meinungsfreiheit, die sich aus anderen Verfassungsbestimmungen ergeben⁵⁷. So hat es zum Beispiel zur Wahrung der Neutralitätspflicht des Staates gesetzliche Einschränkungen der Meinungsfreiheit für Angehörige des öffentlichen Dienstes für grundgesetzkonform erachtet, wobei es auf die herge-

50 BVerfGE 99, 185 (197); s. auch BVerfGE 90, 1 (15). – Das BVerfG geht davon aus, dass neben bewusst unwahren Tatsachenbehauptungen auch solche Tatsachenbehauptungen, „deren Unwahrheit bereits im Zeitpunkt der Äußerung unzweifelhaft feststeht“, von vornherein nicht dem Schutz des Art. 5 Abs. 1 S.1 GG unterfallen. Dies ist problematisch und umstritten; vgl. die Literaturhinweise bei H.D. Jarass, in: H.D. Jarass/B. Pieroth, GG-Komm., 16. Aufl., München: C.H. Beck 2020, Art. 5 Rn. 7.

51 BVerfGE 25, 256 (265); 62, 230 (245). – Andererseits entfällt der Schutz der Meinungsfreiheit nicht schon deshalb, weil eine Meinungsäußerung bei anderen zu wirtschaftlichen Nachteilen führt. Sogar Boykottaufrufe sind grundrechtlich geschützt, sofern nicht physischer oder erheblicher wirtschaftlicher Druck eingesetzt wird; vgl. BVerfGE 62, 230 (244 f.).

52 BVerfGE 30, 336 (347).

53 Vgl. BVerfGE 34, 269 (282) zum Zivilrecht, BVerfGE 90, 241 (251) zum Strafrecht.

54 BVerfGE 33, 1 (16).

55 BVerfGE 93, 266 (290).

56 BVerfGE 54, 208 (217); 93, 266 (290); 97, 125 (147).

57 In diesen Fällen hält das BVerfG regelmäßig die Schranke der ‚allgemeinen Gesetze‘ i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG für einschlägig. Zu dieser umstrittenen Ausdehnung des Begriffs s. oben Fn 46.

brachten Grundsätze des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG) verwies⁵⁸. Darüber hinaus hat es zum Erhalt des Ansehens und der Funktionsfähigkeit des Staates den strafrechtlichen Schutz staatlicher Einrichtungen und Funktionsträger vor verbalen Angriffen gebilligt⁵⁹. Unter Bezugnahme auf die Möglichkeit des Vereins- und Parteiverbots (Art. 9 Abs. 2 und Art. 21 Abs. 2 GG) stellte es fest, dass Meinungsäußerungen zugunsten verbotener Vereinigungen oder Parteien untersagt werden dürfen⁶⁰.

Diese verfassungsrechtlichen Grundlagen haben wesentliche Konsequenzen: Zunächst ist wichtig, dass die Meinungsäußerungsfreiheit ihre Grenzen nur in solchen Gesetzen findet, die die erwähnten Grenzen und Schranken konkretisieren. Innerhalb dieses Rahmens darf jede Meinung geäußert werden, unabhängig davon, ob sie von anderen als richtig oder unrichtig, vernünftig oder unvernünftig usw. betrachtet wird. Auch scharfe Kritik an der politischen Wirklichkeit oder an Gegenpositionen ist selbstverständlich erlaubt, solange sie sich im Rahmen der von Art. 5 GG gezogenen Grenzen hält⁶¹.

3.1.3. Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG)

Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG garantiert die Freiheit von „Wissenschaft, Forschung und Lehre“, wobei die ‚Wissenschaft‘ den gemeinsamen Oberbegriff von Forschung und Lehre darstellt⁶². Geschützt sind durch dieses Grundrecht nach der Rechtsprechung des BVerfG „die auf wissenschaftlicher Eigengesetzlichkeit beruhenden Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen bei der Suche nach Erkenntnissen, ihrer Deutung und Weitergabe“⁶³. ‚Forschung‘ meint als Unterfall der Wissenschaft die selbstständige „Gewinnung wissenschaftlicher Erkenntnisse“⁶⁴, während die damit sachlich zusammenhängende ‚Lehre‘ die „wissenschaftlich fundierte Übermittlung der durch die Forschung gewonnenen Erkenntnisse“ umfasst⁶⁵. Geschützt ist bei der Forschung vor allem die freie Wahl von Fragestellungen und Methodik, die gesamte praktische Durchführung eines Forschungsprojekts sowie die Bewertung und Verbreitung der Forschungsergebnisse⁶⁶. Bei der Lehre fällt

58 BVerfGE 39, 334 (367).

59 BVerfGE 93, 266 (291).

60 BVerfGE 25, 44 (57). – Das BVerfG hielt einerseits ein gegen die Billigung und Verherrlichung der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft gerichtetes Gesetz für zulässig, weil das GG sich von dieser gezielt absetze (vgl. BVerfGE 124, 300 [328]), während es andererseits davon ausgeht, dass die Art. 9 Abs. 2, Art. 18, Art. 21 Abs. 2 und Art. 26 Abs. 1 für die Verbreitung nationalsozialistischen Gedankenguts eine abschließende Regelung enthalten (BVerfGE 111, 147 [158]). Auch die damit berührte Problematik kann hier nicht vertieft werden.

61 F. Hufen, Wissenschaftsfreiheit: 13 Thesen zur Klarstellung. In: W. Hopf (Hrsg.): Die Freiheit der Wissenschaft und ihre Feinde, Berlin: Lit Verlag 2019, S. 3–6 (5).

62 BVerfGE 35, 79 (113).

63 BVerfGE 111, 333 (354); 47, 327 (367); 122, 89 (105).

64 BVerfGE 61, 237 (244); 64, 323 (359).

65 BVerfGE 35, 79 (113).

66 BVerfGE 35, 79 (113).

sowohl die Wiedergabe eigener als auch die kritisch-reflektierte Verarbeitung angeeigneter, fremder wissenschaftlicher Erkenntnisse⁶⁷ in den Schutzbereich des Grundrechts, wobei der Hochschullehrer den Inhalt, die Methoden und den Ablauf der Lehrveranstaltungen frei wählen und gestalten darf⁶⁸ und er auch das Recht hat, Gastredner zum Thema einzuladen⁶⁹.

Analog zur Meinungsfreiheit, bei der es intentional um die Bildung von Werturteilen und die diskursive Feststellung der ihnen zugrunde liegenden Fakten geht, ist für die Wissenschaftsfreiheit die Suche nach Wahrheit und die prinzipielle Unabgeschlossenheit des Erkenntnisprozesses⁷⁰ zur Generierung von allgemeinem, nicht nur einzelfallbezogenem Wissen konstitutiv, wozu ein prinzipiell methodisch geordnetes und kritisch reflektiertes Denken ebenso wie wechselseitige Kommunikation und Publizität gehören⁷¹. Das BVerfG hat betont, „dass eine von gesellschaftlichen Nützlichkeits- und politischen Zweckmäßigkeitserwägungen freie Wissenschaft Staat und Gesellschaft im Ergebnis am besten dient“⁷². Wie bei Meinungsäußerungen kommt es im Einzelfall nicht auf die Richtigkeit der wissenschaftlichen Methoden und Ergebnisse an. Tabuthemen oder verbotene Thesen gibt es ebenso wenig wie eine Pflicht des einzelnen Freiheitsberechtigten zu Neutralität, Ausgewogenheit oder *Political Correctness*⁷³.

In deutlicher Parallele zur immanenten Grenze der Meinungsfreiheit (bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen) endet nach der Rechtsprechung des BVerfG der Schutz der Wissenschaftsfreiheit dort, „wo vorgefassten Meinungen oder Ergebnissen lediglich der Anschein wissenschaftlicher Gewinnung oder Nachweisbarkeit verliehen wird“. Da es keinen Anspruch auf absolute Wahrheit gibt, sind die grundsätzliche Weigerung, sich mit den eigenen Ergebnissen der öffentlichen Kritik zu stellen, und das systematische Ausblenden von entgegenstehenden Fakten, Quellen, Ansichten und Ergebnissen, mit Wissenschaft nicht zu vereinbaren⁷⁴. Gleiches gilt für erst recht für Fälschungen⁷⁵.

Einer ausdrücklichen Schranke unterliegt die Wissenschaftsfreiheit hingegen nicht⁷⁶. Art. 5 Abs. 2 GG bezieht sich nur auf die Meinungsfreiheit i.S.d. Art. 5 Abs. 1 GG. Auch die in Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG erwähnte Treue zur Verfassung begründet keine eigenständige Schranke, sondern unterstreicht nur die verfassungsrechtliche Selbstverständlichkeit, dass die Lehrfreiheit nicht zum Kampf gegen

67 Jarass (Fn. 50), Art. 5 Rn. 139.

68 BVerfGE 55, 37 (68).

69 Hufen, (Fn. 61), S. 4. – Hufen weist zurecht darauf hin, dass für Gastredner, die nicht selbst Träger der Wissenschaftsfreiheit sind, die Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. GG) und gegebenenfalls auch die Religionsfreiheit (Art. 4 GG) und Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 1. Alt. GG) gilt.

70 BVerfGE 90, 1 (13).

71 Jarass, (Fn. 50), Art. 5 Rn. 136.

72 BVerfGE 127, 87 (115); 128, 1 (87); 136, 338 Rn 56.

73 Hufen, (Fn. 61), S. 5.

74 BVerfGE 90, 1 (13).

75 Zum Ganzen s. Jarass, (Fn. 50), Art. 5 Rn. 136 m.w.N.

76 Allerdings sind auch hier gesetzliche Beschränkungen im Interesse anderer verfassungsrechtlich geschützter Güter zulässig.

die freiheitliche demokratische Grundordnung missbraucht werden darf⁷⁷. Sachlich begründete Kritik an der Verfassung oder am Staat und seinen Institutionen wird dadurch nicht ausgeschlossen.

3.2. Gesellschaftliche Selbstregulierung bei staatlicher Neutralität

3.2.1. Die „institutionelle“ Aufgabe

Die freiheitliche Ordnung des Grundgesetzes geht unter der Voraussetzung, dass der offene Debattenraum sachgerecht ausgestaltet ist, von einer gesellschaftlichen Selbstregulierung des Meinungsbildungsprozesses durch Argument und Gegenargument aus. Die im doppelten Sinn „institutionelle“ Aufgabe des Staates gegenüber der Meinungs- und Wissenschaftsfreiheit besteht nun darin, die vorgefundenen Strukturen des offenen Debattenraums, das heißt seine realen, historisch von den Ideen der Aufklärung und des Liberalismus geprägten Institutionen, durch geeignete Rechtsinstitute in ihrer ordnungsbildenden Kraft zu stützen und sie darüber hinaus beständig, aber behutsam im Sinne des gedachten Ideals so weiterzuentwickeln, dass sie das in ihnen gespeicherte kulturelle Ethos pflegen, ihre anerkannten Methoden, geübten Fähigkeiten und überlieferten Wissensbestände immer neu erproben und an gegenwärtigen und zukünftigen Anforderungen orientiert verbessern können. Diese Stützung durch den Staat erfolgt primär durch die Ausgestaltung eines passenden normativen Rahmens, mithin durch rechtliche Institute, sekundär durch eine subsidiäre Verwaltungstätigkeit in öffentlich-rechtlicher Organisationsform, wobei allerdings immer bewusst bleiben muss, dass die Verwaltung einem strengen Neutralitätsgebot unterliegt und allein dem Zweck dient, die gesellschaftliche Selbstregulierung unter Freien zu fördern.

Damit ist klar, dass sich die Aufgabe des Gesetzgebers im Bereich der Grundrechte nicht darin erschöpft, zwischen verschiedenen verfassungsrechtlich geschützten Positionen einen schonenden Ausgleich herbeizuführen. Im Kern geht es vielmehr zuerst um die schöpferische, konstruktiv gestaltende Einrichtung realer Institutionen sowie um die Regelung des individuellen Zugangs zu ihnen und der Stellung des Einzelnen im gesellschaftlichen Subsystem ‚offener Debattenraum‘. Hierbei ist es von wesentlicher Bedeutung, dass die einzelnen Bereiche der bürgerlichen Gesellschaft ihren eigenen inneren Gesetzmäßigkeiten folgen müssen, damit das Gemeinwohl so gefördert wird, wie es das verfassungsrechtliche Modell vorsieht. Es sind, mit anderen Worten, der Meinungs- und Wissenschaftsfreiheit gerecht werdende Verfahren und Organisationsstrukturen zu schaffen⁷⁸.

Für die Meinungsfreiheit einschließlich der Medien und der Wissenschaft bedeutet dies, dass hier grundsätzlich allein die Klärung von Tatsachen und die Bildung von Werturteilen angestrebt wird, während der Einfluss anderer Subsysteme zwar immer vorhanden sein wird, aber nicht übermächtig werden darf. Diese ver-

77 Vgl. BVerfGE 39, 334 (346 f.); BVerwG 61, 200 (206); 81, 212 (218) – im Einzelnen str.; zum Meinungsstand siehe Jarass, (Fn. 50), Art. 5 Rn. 150; B. Kempen, in: V. Ep-ping/Chr. Hillgruber, BeckOK GG, 3. Aufl., München: C.H. Beck 2020, Art. 5 Rn. 200.

78 Vgl. Hufen, (Fn. 61), S. 4.

fassungsrechtliche Forderung nach Autonomie des gesellschaftlichen Bereichs der Meinungsbildung hat konkret zur Folge, dass Meinungsäußerung und Information, Presse und Rundfunk, Forschung und Lehre nicht einer Ökonomisierung ausgeliefert werden dürfen, in der finanzstarke Interessengruppen eine überproportionale Chance auf Durchsetzung haben. Eine derartige Fremdsteuerung wäre ebenso verfassungswidrig wie die Öffnung des Kommunikations- und Wissenschaftsprozesses für systematische Einflussnahmen durch Verbände, Parteien oder weltanschauliche Gruppierungen, die letztlich dazu führen müssten, dass an die Stelle eines freien Journalismus die Tendenzberichterstattung und an die Stelle einer freien Forschung und Lehre die bloße Bestätigung vorgefasster Meinungen oder Ergebnisse träte. Positiv gewendet bedeutet dies, dass es überall dort, wo es zum Beispiel in den Medien und im Wissenschaftsbetrieb aufgrund von Knappheiten Beschränkungen des Zugangs und innerhalb der Institutionen Hierarchien gibt, rechtliche Regelungen geben muss, die ein sachangemessenes Auswahl- und Zulassungsverfahren sicherstellen und für die tägliche Arbeit durch geeignete Organisationsvorgaben und Verantwortlichkeiten ein Mindestmaß an – journalistischer oder wissenschaftsmethodischer – Qualität verbürgen.

3.2.2. *Das Neutralitätsgebot*

Aus Art. 5 GG ergibt sich ein Anspruch darauf, dass der Staat nicht nur den Bereich der Meinungsbildung durch freiheitliche Gesetze ausgestaltet und die Freiheit gegenüber rechtswidrigen Angriffen oder Einflussnahmen seitens Dritter schützt. Er muss auch selbst die Meinungs- und Wissenschaftsfreiheit achten, indem er sich gegenüber der Freiheitsausübung absolut neutral verhält. Das Gebot der staatlichen Neutralität gegenüber gesellschaftlichen Gruppierungen⁷⁹ ergibt sich aus vielen Bestimmungen des Grundgesetzes, insbesondere aus dem in Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG enthaltenen Mahnung, die Abgeordneten des Deutschen Bundestages seien „Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen“, und aus der Art. 33 Abs. 4 und 5 GG zugrunde liegenden Vorstellung einer dem Gemeinwohl verpflichteten Beamtenschaft. Dahinter steht die Idee des Staates als einheitsstiftender Instanz, deren Aufgabe darin besteht, trotz der gesellschaftlichen Vielfalt der Meinungen – die immerhin durch die integrierende und kultivierende Kraft der gesellschaftlichen Institutionen ein wenig vorgeformt und homogenisiert wird⁸⁰ – die Bildung eines einheitlichen Gesamtwillens des Volkes zu erreichen und bei den dafür erforderlichen Mehrheitsentscheidungen⁸¹ auch die legitimen Interessen der überstimmten

79 Siehe grundlegend M. Möstl, Demokratische Willensbildung und Hoheitsträger. Grund und Grenzen öffentlicher Äußerungsbefugnisse von Repräsentanten des Staates, in: A. Uhle (Hrsg.), Information und Einflussnahme. Gefährdungen und Offenheit des demokratischen Willensbildungsprozesses. Berlin: Duncker & Humblot 2018, S. 49–80 (49 ff.).

80 Vgl. Böckenförde, (Fn. 25), 112 f.; dazu schon oben zu Fn. 25.

81 Dazu grundlegend E. Flaig, Die Mehrheitsentscheidung. Entstehung und kulturelle Dynamik, Paderborn: Ferdinand Schöningh, 2013.

Minderheit zu berücksichtigen, ohne ein Auseinanderbrechen des Ganzen zu riskieren.

Diese Grundvorstellung neutraler Staatlichkeit spiegelt sich auch in der Rechtsprechung des BVerfG: So sieht das Gericht trotz des Umstands, dass die Mitglieder des Bundestags fast immer als Vertreter einer Partei gewählt werden⁸², in der Verpflichtung der Abgeordneten, „Vertreter des ganzen Volkes“ zu sein, einen Ausdruck des Repräsentationsprinzips⁸³, dem zufolge die Abgeordneten nicht nur einem Bundesland, einem Wahlkreis, einer Partei oder einer Bevölkerungsgruppe, sondern dem ganzen Volk gegenüber verantwortlich⁸⁴ und auch in diesem Sinne dem Gemeinwohl verpflichtet sind. Der in Art. 33 Abs. 5 GG enthaltene Verweis auf die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums weist nach der Rechtsprechung in dieselbe Richtung: Diese Grundsätze sollen dazu beitragen, im politischen Kräftespiel eine stabile, gesetzestreue Verwaltung zu sichern⁸⁵ und umfassen deshalb u.a. die Pflicht zu parteipolitischer Neutralität⁸⁶, aber auch darüber hinaus zu unparteiischer Amtsführung⁸⁷.

Das Gebot der meinungspolitischen Neutralität des Staates konkretisiert sich laut BVerfG zum Beispiel in der Beschränkung der Äußerungsbefugnis des Bundespräsidenten⁸⁸ und der Mitglieder der Bundesregierung⁸⁹ sowie der Ministerien⁹⁰, in einer Begrenzung der Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung⁹¹, in Bekenntnisverboten für öffentliche Einrichtungen⁹², in Einschränkungen der politischen Betätigung von Beamten und Soldaten⁹³ und in der Pflicht staatlicher Stellen, Bürgern und insbesondere politischen Parteien in streng gleicher Weise Zugang zu öffentlichen Einrichtungen zu gewähren⁹⁴.

Strenge Neutralität des Staates ist insbesondere auch bei der institutionellen Ausgestaltung des Rundfunks und der Hochschulen zu fordern, für die der Gesetzgeber sich traditionell öffentlich-rechtlicher Elemente bedient. Die Einführung derartiger Organisationsformen im Bereich der Freiheitsrechte ist nicht von vornherein verfassungswidrig, wie auch umgekehrt in der staatlichen Verwaltung,

82 BVerfGE 2, 1 (72); 5, 85 (392).

83 BVerfGE 112, 118 (134); 130, 318 (342); 134, 141 Rn. 178.

84 BVerfGE 121, 266 (305); 131, 316 (342).

85 BVerfGE 64, 367 (379); 71, 39 (60); 99, 300 (315).

86 BVerwGE 90, 104 (110).

87 BVerfGE 9, 268 (286).

88 BVerfGE 136, 323.

89 BVerfGE 138, 102 (104).

90 BVerfGE 140, 225 (e.A.).

91 BVerfGE 44, 125.

92 Vgl. BVerfGE 35, 366 (375 f.); 93, 1 (17 ff.) zu Kruzifixen in Gerichtssälen und Klassenzimmern staatlicher Schulen.

93 Nach BVerwGE 84, 292 (294 f.) konkretisieren die beamtenrechtlichen politischen Mäßigungsgebote die politische Treuepflicht der Beamten, die sich aus den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG) ergibt. Zur Beschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit für Beschäftigte des öffentlichen Dienstes s. Jarass, (Fn. 50), Art. 5 Rn. 96 ff. m.w.N.

94 Zur Chancengleichheit der Parteien s. Jarass, (Fn. 50), Art. 5 Rn. 64 ff. m.w.N.

etwa im Kommunalrecht, die Erfüllung hoheitlicher Aufgaben in privatrechtlichen Formen und mit privatrechtlichen Handlungsmitteln als zulässig erachtet wird. Wichtig ist nur, dass dabei die materiellen verfassungsrechtlichen Vorgaben im Blick bleiben. So darf im Verwaltungsrecht keine „Flucht ins Privatrecht“ stattfinden, sondern muss trotz der Verwendung privatrechtlicher Institute die Ausrichtung an der Hoheitsaufgabe und die Bindung an grundrechtliche und sonstige Garantien erhalten bleiben. Umgekehrt bleiben auch der Rundfunk und die Wissenschaft trotz der Verwendung öffentlich-rechtlicher Regelungskomponenten genuine Bestandteile des freiheitsgeschützten Subsystems der gesellschaftlichen Meinungsbildung.

Die besondere verfassungsrechtliche Herausforderung bei dieser Rechtsformenleihe besteht darin, in der Rechtspraxis die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung so zu deuten und anzuwenden, dass dabei das freiheitliche Anliegen voll zum Tragen kommt. Hierzu gehören insbesondere die Öffnung des Zugangs nach sachgerechten Leistungskriterien, die Gewährleistung ungestörter Freiheitsausübung und die Sicherstellung der subsystemspezifischen Qualitätsanforderungen. Letzteres darf aber nie direkt durch staatliche Vorgaben erfolgen, sondern immer ausschließlich durch rückgekoppelte Selbststeuerungsprozesse in voller Transparenz und Staatsferne.

3.3. Freiheit in Systemstrukturen

3.3.1. *Presse und Rundfunk*

Die Presse- und die Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) schützen als Medienfreiheiten in unmittelbarem Zusammenhang mit der Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) die massenkommunikative Vermittlung von Meinungen⁹⁵. Die Pressefreiheit betrifft die Herausgabe von ‚Presse-‘, d.h. Druckerzeugnissen, die zur Verbreitung an einem unbestimmten Personenkreis geeignet und bestimmt sind⁹⁶, einschließlich der Schaffung der notwendigen Organisation, der Festlegung von Art, Ausrichtung, Inhalt und Form des Mediums⁹⁷ sowie alle wesensmäßig mit der Pressearbeit zusammenhängenden Tätigkeiten von der Beschaffung der Informationen bis zur Verbreitung der Nachricht oder Meinung⁹⁸. In den Schutzbereich der Rundfunkfreiheit fallen als ‚Rundfunk‘ neben Hörfunk und Fernsehen⁹⁹ auch neuartige Dienste wie Pay-TV, Videotext und sonstige Abruf- und Zugriffsdienste¹⁰⁰. Umfasst sind hier alle „Tätigkeiten und Verhaltensweisen, die zur Gewinnung und rundfunkspezifischen Verbreitung von Nachrichten und Meinungen im weitesten Sinn gehören“¹⁰¹, also alle wesensmä-

95 Jarass, (Fn. 50), Art. 5 Rn. 1.

96 BVerfGE 95, 28 (35); 97, 125 (144).

97 BVerfGE 101, 369 (389).

98 BVerfGE 20, 162 (176); 91, 125 (134); 103, 44 (59).

99 BVerfGE 12, 205 (226).

100 BVerfGE 74, 297 (350 ff.).

101 BVerfGE 121, 30 (58).

ßig mit der Veranstaltung von Rundfunk zusammenhängenden Tätigkeiten von der Beschaffung der Informationen und der Produktion der Sendungen bis hin zu ihrer Verbreitung¹⁰².

Der Rundfunk muss nach der Rechtsprechung des BVerfG gesetzlich so geordnet werden, dass die Staatsfreiheit¹⁰³ garantiert und Programmautonomie¹⁰⁴ gewährleistet ist. Vor allem sind „materielle, organisatorische und Verfahrensregelungen erforderlich, die an der Aufgabe der Rundfunkfreiheit orientiert und deshalb geeignet sind, zu bewirken, was Art. 5 Abs. 1 GG gewährleisten will“¹⁰⁵. Da die Sicherung der Meinungsvielfalt bei privatwirtschaftlichen Rundfunkveranstaltern besondere Probleme bereitet¹⁰⁶, hat das BVerfG schon früh die gesetzliche Errichtung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten zugelassen, die die Aufgabe haben, „als Gegengewicht zu den privaten Rundfunkanbietern ein Leistungsangebot hervorzubringen, das einer anderen Entscheidungsrationale als der der marktwirtschaftlichen Anreize folgt“¹⁰⁷. Hierbei betont das Gericht, dass eine freie und umfassende Meinungsbildung nur gelingen kann, wenn der Rundfunk die Pluralität der bestehenden Meinungen möglichst breit und vollständig zum Ausdruck bringt¹⁰⁸. Der Staat müsse die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten so organisieren, dass ein beherrschender Einfluss des Staates auf die Anstalten unmöglich ist¹⁰⁹, die Zusammensetzung der Leitungs- und Aufsichtsgremien am Gebot der Vielfaltsicherung ausrichten¹¹⁰, „vorherrschende Meinungsmacht“ auf Veranstalterebene verhindern¹¹¹, „ausreichende Maßnahmen gegen Informationsmonopole“ treffen¹¹² und insgesamt im öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunk durch geeignete Vorkehrungen für möglichst freie, umfassende, wahrheitsgemäße und inhaltlich ausgewogene Information zu sorgen¹¹³.

Als bleibende Herausforderungen, die angesichts der Regelungspraxis auch weiterhin einer intensiven verfassungsrechtswissenschaftlichen Diskussion und gesetzgebungspolitischen Phantasie bedürfen, erweisen sich dabei neben der rechtlichen Ausgestaltung des Konkurrenzverhältnisses zwischen den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und privaten Rundfunkanbietern vor allem die Fragen nach

102 BVerfGE 91, 125 (135); 103, 44 (59); 119, 309 (318).

103 BVerfGE 31, 314 (322); 83, 238 (322).

104 BVerfGE 87, 181 (201); 97, 298 (310); 114, 371 (389).

105 BVerfGE 57, 295 (320); 73, 118 (153); 83, 238 (296).

106 BVerfGE 87, 181 (199); 114, 371 (388); 121, 30 (50 f.).

107 BVerfGE 136, 9 Rn. 31.

108 BVerfGE 57, 295 (320 ff.); 73, 118 (153 ff.); 74, 297 (324 f.); 90, 60 (88); 136, 9 Rn. 29.

109 BVerfGE 31, 314 (322).

110 BVerfGE 136, 9.

111 BVerfGE 73, 118 (172).

112 BVerfGE 97, 228 (258).

113 BVerfGE 57, 295 (326); 73, 118 (153 f.); 83, 238 (296 f.). – Bezüglich des Ziels der „Ausgewogenheit“ ist zu betonen, dass hier nicht die Ausgewogenheit der individuellen Stellungnahme des einzelnen Freiheitsberechtigten (vgl. zu Fn. 73) gemeint ist, sondern die organisatorische Vorsorge für das ausgewogene Zu-Wort-Kommen aller gesellschaftlichen Strömungen.

der Organisation ihrer Leitungsstrukturen und nach ihrer Finanzierung. So wird zum Beispiel weiterhin darüber nachgedacht werden müssen, ob es wirklich für die von Art. 5 Abs. 1 GG geforderte Vielfaltsicherung genügt, wenn das BVerfG keine strenge Staatsfreiheit fordert, bei der die Funktion der staatlichen Verwaltung auf eine reine Rechtsaufsicht beschränkt wäre, sondern lediglich eine „weit gehende Staatsfreiheit“ anstrebt¹¹⁴ und es im Zeichen einer derart „hinreichenden Staatsferne“¹¹⁵ zulässt, dass es in den Leitungs- und Aufsichtsgremien neben einer mit Regierungsvertretern (bis hin zu Ministerpräsidenten) besetzten „Staatsbank“ eine „Gesellschaftsbank“ gibt, die von bestimmten etablierten, gesetzlich oder staatsvertraglich bestimmten Parteien, Verbänden und Interessengruppen besetzt wird¹¹⁶, wobei zum Teil sogar nur politischen Parteien Berücksichtigung finden, die im jeweiligen Landesparlament in Fraktionsstärke vertreten sind¹¹⁷. Hinsichtlich der Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist zu Recht gefragt worden, ob diese nicht die Gefahr birgt, „dass diejenigen, die in Abständen von einigen Jahren über die Höhe der Mittel zu entscheiden haben, in der Berichterstattung weniger kritisch beurteilt werden, als wenn sie ohne Einfluss auf die Finanzierung wären“¹¹⁸. Außerdem droht aufgrund der üppigen, einen starken Konkurrenzvorteil gegenüber privaten Sendern bietenden Zwangsfinanzierung durch Gebühren eine Abkoppelung der Willensbildung der Leitungs- und Aufsichtsorgane sowie der im Rundfunk Tätigen von den vielfältigen Meinungsimpulsen der Gesamtgesellschaft und von den Informationsinteressen der Rundfunknutzer, zu denen es keine direkte und institutionalisierte Rückkoppelung gibt. Unter diesen Umständen muss das Ziel einer freien, umfassenden, wahrheitsgemäßen und inhaltlich ausgewogenen Information im Bereich des Rundfunks wohl eher vage Hoffnung bleiben, zumal wenn empirische Untersuchungen zeigen, dass die in den Medien tätigen Redakteure und Journalisten ganz überwiegend einem recht engen, die Gesamtbevölkerung keineswegs repräsentierenden politischen Spektrum angehören, was kritische Beobachter inzwischen veranlasst, von einer Art „freiwilliger Staatsnähe“ zu sprechen¹¹⁹.

3.3.2. *Hochschulen*

Im Bereich der Wissenschaftsfreiheit stellt sich die rechtliche und reale Situation ganz ähnlich dar. Das BVerfG hat die schon sehr alte Tradition der Universitäten und Fachhochschulen in staatlicher Trägerschaft in ständiger Rechtsprechung ge-

114 BVerfGE 121, 30 (53).

115 BVerfGE 136, 9 (28).

116 Zum Ganzen s. Chr. v. Coelln, Offenheit demokratischer Willensbildung und Staatsferne des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Der Staat als Garant oder Gefahr?, in: A. Uhle (Hrsg.), Information und Einflussnahme. Gefährdungen und Offenheit des demokratischen Willensbildungsprozesses, Berlin: Duncker & Humblot 2018, S. 11–47 (30 ff.).

117 Näher dazu v. Coelln (Fn. 113), S. 40 f. m.w.N.

118 v. Coelln, (Fn. 113), S. 41 f.

119 Vgl. v. Coelln, (Fn. 113), S. 43 ff.

billigt, ist dabei aber immer davon ausgegangen, dass die Hochschulen auch bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung dem gesellschaftlichen Bereich der Freiheit zugeordnet sind¹²⁰. Der Staat muss demnach funktionsfähige Institutionen eines freien Wissenschaftsbetriebs einrichten und durch geeignete Gesetze und die Bereitstellung ausreichender personeller, finanzieller und organisatorischer Mittel¹²¹ dafür sorgen, dass in ihnen eine freie wissenschaftliche Betätigung¹²² in Form eines methodisch geordneten und kritisch reflektierten Denkens sowie wechselseitiger Kommunikation und Publizität möglich ist¹²³.

Das Grundrecht auf Wissenschaftsfreiheit steht neben Hochschullehrern, denen die eigenständige Vertretung eines wissenschaftlichen Faches übertragen wurde¹²⁴, auch sonst jedem zu, der eigenverantwortlich in wissenschaftlicher Weise tätig ist oder tätig werden will¹²⁵, und zwar primär ihnen und sekundär auch jenen juristischen Personen, die Wissenschaft betreiben und organisieren, wie private¹²⁶ und öffentlich-rechtlich organisierte Hochschulen¹²⁷. Dies bedeutet, dass es außer den Regierungen und Verwaltungsbehörden auch den Hochschulleitungen und sonstigen Hochschulorganen untersagt ist, durch inhaltliche Vorgaben an den einzelnen, primär geschützten Freiheitsberechtigten direkt in dessen Freiheit von Forschung und Lehre einzugreifen oder durch indirekt wirkende Maßnahmen wie etwa durch die Vorenthaltung oder den Entzug von Personal, Mitteln oder Räumen, durch die Vorabkontrolle oder Verhinderung von Publikationen in Hochschulreihen oder durch distanzierende Stellungnahmen auf seine wissenschaftliche Tätigkeit Einfluss zu nehmen¹²⁸. Das BVerfG betont in diesem Zusammenhang den „Grundsatz des Vorrangs individueller Eigeninitiative der Hochschullehrer“ vor kollektiver Koordination und erst recht vor Weisungen der Hochschulorgane oder gar staatlicher Regulierung¹²⁹. Außerdem ergibt sich aus dem Freiheitsgrundrecht des einzelnen Wissenschaftlers eine objektive Schutzpflicht des Staates und der Hochschule, die diesen unter anderem gebietet, die hochschulangehörigen Wissenschaftler gegen Störungen und Behinderungen ihrer Forschung und Lehre durch Dritte¹³⁰, etwa in Form von *Shitstorms*, *Flashmobs* und anderen Arten der Schmähung und Einschüchterung, so weit wie möglich zu verteidigen¹³¹. Die im Grundrecht auf Wissenschaftsfreiheit sekundär enthaltene Schutzwirkung zugunsten von juristischen Personen, die Wissenschaft betreiben und organisieren, dient der Abwehr staatli-

120 Vgl. H. Bethge, in: M. Sachs (Hrsg.); Grundgesetz-Kommentar. 9. Aufl., München: C.H. Beck 2021, Art. 5 Rn. 210.

121 BVerfGE 35, 79 (114 f.); 88, 129 (136 f.); 94, 268 (285).

122 BVerfGE 136, 338 Rn. 55; 139, 148 Rn. 44, 68.

123 Vgl. schon oben zu Fn. 70.

124 BVerfGE 126, 1 (19).

125 BVerfGE 35, 79 (112); 95, 193 (209).

126 BVerfGE 141, 143 Rn. 48.

127 BVerfGE 21, 362 (373 f.); 31, 314 (322); 61, 210 (237); 126, 1 (21); 141, 143 Rn. 48.

128 Vgl. Hufen, (Fn. 61), 3 f.

129 BVerfGE 35, 113 (129).

130 BVerfGE 55, 37 (68 f.).

131 Hufen, (Fn. 61), 4.

cher Eingriffe in die Autonomie dieser Institutionen¹³² einschließlich ihrer akademischen Selbstverwaltung¹³³ und Lehre¹³⁴, begründet aber keine Befugnis der Einrichtung, ihrerseits in die den Wissenschaftlern gewährleistete „Freiheit auf wissenschaftliche Eigeninitiative sowie Wahl und Durchführung ihrer Forschungsvorhaben“ einzugreifen¹³⁵. Auch dürfen Fachbereiche zur Qualität der wissenschaftlichen Tätigkeit des einzelnen Hochschullehrers keine amtlichen Stellungnahmen abgeben¹³⁶.

Zu den wesentlichen Bestandteilen der öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung der Hochschulen gehört der Beamtenstatus der Hochschullehrer. Richtig verstanden handelt es sich bei diesem Rechtsinstitut nicht um ein klassisches Amt mit Gemeinwohlaufgabe und hoheitlichen Befugnissen, sondern um eine Rechtsformenleihe, die den Zweck hat, die Hochschullehrer durch eine lebenslange Alimentierung abzusichern und ihnen dadurch die Möglichkeit zur Forschung und Lehre in voller Unabhängigkeit zu garantieren. Deshalb hat der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Rechtsstellung der Hochschullehrer die für das Hochschulwesen bestimmenden strukturellen Besonderheiten sachgerecht zu berücksichtigen¹³⁷ und bleibt Art. 5 Abs. 3 GG vorrangiger Prüfungsmaßstab, soweit staatliche Maßnahmen gegenüber Hochschullehrern „spezifisch wissenschaftsrelevante Aspekte ihrer Tätigkeit betreffen“¹³⁸.

Wie im Rundfunkrecht so stellt sich auch im Hochschulrecht die Frage, ob die gegenwärtige gesetzliche Ausgestaltung juristisch den grundrechtlichen Mindestanforderungen genügt und in welcher Hinsicht rechtliche Reformen erforderlich wären, um die mit der Freiheitsgarantie verbundenen Verfassungserwartungen überhaupt erst realistisch werden zu lassen. Wie dort so erweisen sich auch hier vor allem Fragen der Leitung, Organisation und Finanzierung als entscheidend für den selbstbestimmten, methodisch geordneten und kritisch reflektierten Prozess des freien Forschens und Lehrens. Insofern erscheint es problematisch, dass in jüngerer Zeit hinsichtlich der hochschulinternen Willensbildung an die Stelle einer Kombination von Selbstverwaltung und staatlicher Aufsicht sogenannte Rektorenmodelle getreten sind, in denen mit sehr weitgehenden hierarchischen Befugnissen ausgestattete Hochschulleitungen im Wesentlichen nur der Kontrolle und dem maßgeblichen Einfluss von Hochschulräten unterstehen, die ihrerseits oft zum Teil aus hochschulfremden Mitgliedern, zum Beispiel Vertretern der Wirtschaft, bestehen, welche der Hochschule und ihren Mitgliedern in keiner Weise formalisiert verantwortlich sind. Prekär für die Unabhängigkeit der individuellen Wissenschaftler ist die Tendenz, deren Verbeamtung auf Lebenszeit immer mehr durch befristete Zeitverträge zu ersetzen und sie für die Finanzierung ihrer Forschung zune-

132 BVerfGE 111, 133 (354).

133 BVerfGE 136, 338 Rn. 75.

134 BVerfGE 126, 1 (24).

135 BVerfGE 57, 70 (95).

136 BVerwGE 102, 304 (312).

137 Siehe z.B. BVerfGE 35, 23 (30 f.); 43, 242 (277); 57, 174; 62, 323; 67, 1 (14); 130, 263 (299 ff.).

138 BVerfGE 122, 89 (106).

mend auf die Einwerbung von Drittmitteln zu verweisen, während gleichzeitig eine Absenkung der Grundausrüstung erfolgt. Letzteres birgt die Gefahr, dass die Forschung in Themenstellung, Methodenwahl und Ergebnissen von privaten Geldgebern abhängig wird, während die Mittel in staatlichen Fördertöpfen immer häufiger für bestimmte, politisch vorgegebene Themenfelder zweckgebunden werden, bei denen dann der Eindruck entstehen kann, der Antragsteller müsse sich darüber hinaus bestimmter Methoden bedienen oder zu bestimmten Ergebnissen kommen, um bei der Einwerbung solcher Mittel langfristig erfolgreich zu bleiben.

4. Ausblick

Neben dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk und den staatlichen Hochschulen gibt es weitere Themenkomplexe im Bereich der Meinungs- und Wissenschaftsfreiheit, die hier nicht vertieft werden konnten, aber für die Erhaltung eines offenen Debattenraums ebenfalls von zentraler Bedeutung sind. Zu nennen sind insoweit zum einen Rechtsfragen des Internets, das als weitere und völlig neuartige „Systemstruktur“ die Rahmenbedingungen für Meinungsäußerung und Information, Forschung und Lehre in vielfältiger Weise nachdrücklich verändert, und zum anderen die ebenfalls zunehmend in den Fokus tretenden Fragen einer Beschränkung der öffentlichen Diskussion aus Gründen des Verfassungsschutzes und des Notstands.

Freiheitsrechtlich relevant sind in der erstgenannten Hinsicht vor allem drei Phänomene: erstens die Möglichkeit, über das Internet weitgehend anonym seine Meinung zu äußern, was zur Verrohung der Sitten geführt hat, zweitens – und nur scheinbar im Widerspruch dazu – das Gefühl der Nutzer, beim Zugriff auf Datenbanken und andere Ressourcen beobachtet und damit von der Nutzung gewisser Quellen möglicherweise abgeschreckt zu werden¹³⁹, und drittens der Umstand, dass die sozialen Netzwerke, über die sich der Meinungs Austausch weitgehend vollzieht, von privatrechtlichen Unternehmen verwaltet werden, die auf diese Weise die Möglichkeit erhalten, darüber zu bestimmen, wer sich wie äußern darf.

Anonymität bei der Meinungsäußerung widerspricht dem Freiheitsgedanken. Zur Persönlichkeitsentfaltung gehört es, dass der Bürger, der andere betreffende Tatsachenbehauptungen oder Werturteile kundtut, grundsätzlich auch selbst als identifizierbare Person dazu steht. Wer sich erfolgreich verstecken kann und darf, entzieht sich dadurch der jeder Freiheit impliziten Wechselseitigkeit und Verantwortlichkeit. Solche Privilegien darf die Rechtsordnung nur gewähren, wenn es dafür einen überzeugenden, verfassungsrechtlich legitimierte Grund gibt. Andererseits ist offensichtlich, dass der Staat jeden, der seine Meinung äußert, wirksam vor Beleidigungen, Gewaltandrohung und sonstigen rechtswidrigen Angriffen schützen muss. Es kann aber angesichts des hohen verfassungsrechtlichen Ranges

139 Zum Phänomen des *Wissenschaftlertracking* s. R. Schwartmann/K. Benedikt, Gehackte Forschung. Wissenschaftlertracking als Risiko für die Datensicherheit, in: *Forschung und Lehre* 8/2021, S. 642 f.

der Meinungsfreiheit und der juristischen Schwierigkeit ihrer konkreten Abgrenzung nicht den sozialen Netzwerken überlassen werden, die damit angesprochene Problematik nach eigenem Belieben zu lösen, zumal wenn diese in einer oligopolartigen Weise Plattformen für den Meinungsaustausch bereitstellen. Schließlich handelt es sich um Privatunternehmen, bei denen nicht auszuschließen ist, dass sie sich von wirtschaftlichen oder sonstigen Sonderinteressen leiten lassen oder bestimmten Weltanschauungen verpflichtet sind. Es scheint aber auch sehr zweifelhaft, ob der Weg, den der Gesetzgeber mit dem Erlass des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes beschritten hat, wirklich der richtige ist: Hier droht nicht nur eine rechtsstaatlich bedenkliche Privatisierung der Rechtsdurchsetzung, sondern aufgrund der im Gesetz angedrohten Sanktionen auch die Gefahr eines *Overblocking* mit fatalen Auswirkungen auf die Meinungs- und Wissenschaftsfreiheit¹⁴⁰.

Dies gilt auch und ganz besonders in Notstandszeiten und bei der Bekämpfung von Bestrebungen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung. Gerade in Krisensituationen und bei der Auseinandersetzung um politische und verfassungsrechtliche Grundsatzfragen ist zweifellos konsequentes Handeln der zuständigen Staatsorgane und Behörden im Rahmen ihrer Kompetenzen gefordert. Aber ebenso wichtig ist die bleibende und rechtsstaatlich konsequente Sicherung eines offenen Debattenraums, der in einem vertrauenswürdigen institutionellen Umfeld den freien Austausch von Meinungen und wissenschaftlichen Argumenten ermöglicht.

Literaturverzeichnis

- Böckenförde, E.-W., Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: ders., Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1976, S. 42–64.
- Böckenförde, E.-W., Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: NJW 1974, S. 1529–1538.
- Coelln, Chr. v., Offenheit demokratischer Willensbildung und Staatsferne des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Der Staat als Garant oder Gefahr?, in: A. Uhle (Hrsg.), Information und Einflussnahme. Gefährdungen und Offenheit des demokratischen Willensbildungsprozesses, Berlin: Duncker & Humblot 2018, S. 11–47.
- Epping, V./Hillgruber, Chr. (Hrsg.), BeckOK GG, 3. Aufl., München: C. H. Beck 2020.
- Fechner, F., Fake News und Hate Speech als Gefahr für die demokratische Willensbildung. Staatliche Gewährleistung kommunikativer Wahrheit?, in: A. Uhle (Hrsg.), Information und Einflussnahme. Gefährdungen und Offenheit des demokratischen Willensbildungsprozesses. Berlin: Duncker & Humblot 2018, S. 157–199.
- Flaig, E., Die Mehrheitsentscheidung. Entstehung und kulturelle Dynamik, Paderborn: Ferdinand Schöningh, 2013.

140 Vgl. F. Fechner, Fake News und Hate Speech als Gefahr für die demokratische Willensbildung. Staatliche Gewährleistung kommunikativer Wahrheit?, in: A. Uhle (Hrsg.), Information und Einflussnahme. Gefährdungen und Offenheit des demokratischen Willensbildungsprozesses. Berlin: Duncker & Humblot 2018, S. 157–199.

- Hegel, G. W. F., Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, in: Werke 7, hrsg. v. E. Moldenhauer/K.M. Michel, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1986.
- Hegel, G. W. F., Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, in: Werke 12, hrsg. v. E. Moldenhauer/K.M. Michel, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1986.
- Hufen, F., Wissenschaftsfreiheit: 13 Thesen zur Klarstellung, in: W. Hopf (Hrsg.), Die Freiheit der Wissenschaft und ihre Feinde, Berlin: Lit Verlag 2019, S. 3–6.
- Jarass, H.D./Pieroth, B. (Hrsg.), GG-Komm., 16. Aufl., München: C. H. Beck 2020.
- Kant, I., Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?, in: Werkausgabe Bd. XI, hrsg. v. W. Weischedel, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1977, S. 51–61.
- Mangoldt, H. v. (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz. Kommentar, München: Vahlen 1953.
- Mangoldt, H. v., Schriftlicher Bericht über den Abschnitt I. Die Grundrechte, in: Parlamentarischer Rat (Hrsg.), Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland (Drucksachen 850, 854), Anlage zum stenographischen Bericht der 9. Sitzung des Parlamentarischen Rates am 6. Mai 1949, Bonn 1948/49, S. 6–13.
- Morgenthaler, G., Freiheit durch Gesetz. Der parlamentarische Gesetzgeber als Erstadressat der Freiheitsgrundrechte, Tübingen: Mohr Siebeck 1999.
- Morgenthaler, G., Freiheit und Verantwortung. Verfassungsrechtliche Betrachtung von Mitwirkung und Teilhabe im Unternehmen, in: Bergmann, G./Daub, J./Özdemir, F. (Hrsg.), Wirtschaft demokratisch. Teilhabe, Mitwirkung, Verantwortung, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht unipress 2019, S. 243–257.
- Möstl, M., Demokratische Willensbildung und Hoheitsträger. Grund und Grenzen öffentlicher Äußerungsbefugnisse von Repräsentanten des Staates, in: A. Uhle (Hrsg.), Information und Einflussnahme. Gefährdungen und Offenheit des demokratischen Willensbildungsprozesses, Berlin: Duncker & Humblot 2018, S. 49–80.
- Netzwerk Wissenschaftsfreiheit, Manifest (<https://www.netzwerk-wissenschaftsfreiheit.de/ueber-uns/manifest/>).
- Petersen, Th., Eine Mehrheit fühlt sich gegängelt, FAZ v. 16.6.2021 (<https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/allensbach-umfrage-viele-zweifeln-an-meinungsfreiheit-in-deutschland-17390954.html>).
- Rousseau, J.J., Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des Staatsrechts, in: ders., Sozialphilosophische und Politische Schriften, München: Winkler 1981, S. 267–391.
- Sachs, M. (Hrsg.); Grundgesetz-Kommentar. 9. Aufl., München: C.H. Beck 2021.
- Schiller, F., Über Anmut und Würde, in: Sämtliche Werke in 5 Bänden, Bd. 5, München: Winkler 1968, S. 231–285.
- Schwartmann, R./Benedikt, K., Gehackte Forschung. Wissenschaftlertracking als Risiko für die Datensicherheit, in: Forschung und Lehre 8/2021, S. 642 f.
- Smend, R., Verfassung und Verfassungsrecht, München/Leipzig: Duncker & Humblot 1928.
- Suhr, D., Freiheit durch Geselligkeit. Institut, Teilhabe, Verfahren und Organisation im systematischen Raster eines neuen Paradigmas, in: EuGRZ 1984, S. 529–546.

Rechtsstaat heißt Rechtsanwendungsqualität

Ein Plädoyer für ein evidenzbasiertes zweckrationales Strafrecht

Mirko Schulte

Abstract Deutsch

Nicht nur politisch und religiös motivierte Gewaltkriminalität – insbesondere bei Betroffenen von Flüchtlingsbewegungen und im Zusammenwirken mit psychischen Störungen – weisen auf ein Bedürfnis nach Methodenverbesserung bei einer Vielzahl richterlicher Aufgabenstellungen auch jenseits des Strafrechts hin. Dem unter Entscheidungszwang stehenden Richter steht für eine wirksame Gefahrenidentifikation, -prognose und -intervention bereits bei der allgemeinen Straftatenprävention – erst recht aber bei extremistischer Gewalt – kaum methodisch aufbereitetes evidenzbasiertes Rüstzeug zur Verfügung. Zur Verbesserung der Wirksamkeit strafprozessualer Tätigkeit im präventionsbedeutsamen Rechtsfolgenbereichen bedarf der Strafrichter einer einigermaßen dogmatisierten Methode mit festgelegten Regeln der Evidenzbasierung.

Abstract English

Not only politically and religiously motivated violent crime – especially among those affected by refugee movements and in conjunction with mental disorders – indicate a need for method improvements in a large number of judicial tasks, also beyond criminal law. The judge, who is under pressure to make a decision, has hardly any methodically prepared, evidence-based tools at his disposal for effective riskassessment and -management, even in general crime prevention – but especially in the case of extremist violence. In order to improve the effectiveness of criminal procedural activity in the areas of legal consequences that are important for prevention, the criminal lawyer needs a dogmatized method with established rules for the evidence based judgement.

1. Einleitung

Das Schriftenverzeichnis des Geburtstagsjubilars widmet sich bereits seit Anfang der Neunzigerjahre Flüchtlingen und Vertreibung, Zukunftsperspektiven und Völkerverständigung. Nahezu sein ganzes Berufsleben hat Gilbert Gornig sich völkerrechtlichen Themen nicht nur in seinen wissenschaftlichen Arbeiten, sondern genauso in aufrichtig und kraftvoll gelebten Freundschaften auf der ganzen Welt verschrieben. Mit seiner ihm eigenen klaren Sprache und unkonventionellen Art hat er sich häufig aktuell und vor allem akzentuiert zu Wort gemeldet – nie redet er um die Sache herum. Klartext und Authentizität betrachtet er deshalb als zentralen Wert von Diskurs und Miteinander. Seiner Verantwortung als hervorgehobener, international bekannter Wissenschaftler und langjähriger, höchst aktiver Dekan des Fachbereichs Rechtswissenschaften an der Philipps-Universität Marburg

und Vorsitzender der Marburger Juristischen Gesellschaft ist er sich bei seinen Stellungnahmen immer bewusst gewesen. Stets ist es ihm wichtig, Position zu beziehen, Verantwortung zu übernehmen und Menschen zusammen zu bringen. Unverwechselbar und bis heute unverändert wird er niemals müde, neugierig, begeisterungsfähig und liberal der Vielfalt des Lebens zugewandt zu bleiben. Deshalb ist er im Dienste der Wissenschaft immer auf dem gesamten Globus auf Reisen.

2. Professionalität und Populismus – Völkerrechtliche Minderheiten im Blick der Kriminologie

Völkerrechtliche Phänomene können unter den Bedingungen der Globalisierung ausgesprochen schnell zu einem Aufgabenbereich der Kriminologie werden. Die Beurteilung der Kriminalität von Zuwanderern gehört spätestens seit 2015 in der Wahrnehmung der Bevölkerung intensiv dazu. Sie wird durch das Scheitern der internationalen Stabilisierungsbemühungen in Afghanistan mittelfristig Aktualität behalten. Rasch hat es die Frage von Kriminalität an die Spitze der Diskussion über den Umgang mit den sozialen und ökonomischen Fragen bei der Bewältigung von Flüchtlingsströmen in der Welt gebracht. Dazu trägt bei, dass sich für die Bevölkerung schon mit den hochkomplexen kriminologischen Bedingungen allgemeiner Kriminalität eine ausgeprägte Unsicherheit gegenüber der Bewältigung staatlicher Aufgaben verbindet. Diese wird verstärkt durch einzelne medial intensiv begleitete Ereignisse und ein unübersichtliches Informationsangebot im Internet und in den sozialen Medien. Der Zugang zu dem gesellschaftlichen Phänomen von Kriminalität wird damit stark durch eine eigene Wahrnehmung beeinflusst, die vom Hörensagen geprägt ist. Wie bei jeder mit Bedrohungsempfinden verknüpften Bewältigung von Komplexitätsreduktion wird dabei – evolutions-anthropologisch als Überlebensfertigkeit gut nachvollziehbar – schnellen und einfach verständlichen, am besten das eigene Erleben bestätigenden Befunden gerne der Vorzug vor differenzierten Betrachtungen gegeben. Deshalb sind seit alters her Kriminalität und die strafrechtliche Reaktion der Gesellschaft hierauf geprägt von Antiliberalismus, der Abneigung gegenüber Differenzierung zugunsten einer identitätsstiftenden Versammlung um den auszugrenzenden Täter, der anders und oft einfach böse ist. Das gilt umso mehr, seit der Einzelne die Rache am Täter aus der Hand gegeben und als regelgeleiteten Schuldausgleich dem Staat anvertraut hat. Bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit des staatlichen Strafrechts schlägt deshalb überdurchschnittlich schnell, häufig und gern gehört die Stunde der Populisten und Fundamentalisten.¹ Emotion schlägt Verstand – gefühlte Kriminalität stets die messbare. Wer kriminalitätsbedingte Ängste mit verzerrten Bildern erst schürt und dann unkomplizierte Lösungen anbietet, kann sich öffentlicher Aufmerksam-

1 T. Hestermann/E. Hoven, Kriminalität in Deutschland im Spiegel von Pressemitteilungen der Alternative für Deutschland, KriPoZ 2019, 127–137.

keit und Zustimmung sicher sein.² Die Qualität vieler der postwendenden Reaktionen auf den Messeranschlag eines mutmaßlich schuldunfähigen paranoid-psychotischen Mannes aus Somalia am 25. Juni 2021 in Würzburg hat dies erneut gezeigt. Auf einem solch politisch und vor allem wissenschaftlich hochkomplizierten Terrain tut sich auch der Gesetzgeber mit der verfassungsrechtlich gebotenen Ausdifferenzierung und Evidenzbasierung seiner Befunde und Programmatik nicht immer leicht.

Die Konsequenz ist rasch eine Einbuße von Vertrauen in Politik und Institutionen – mit messbaren Risiken für die gesellschaftliche Stabilität. PEGIDA unter dem Banner der Zuwanderungsängste und ihre Folgen bis in das heutige Parteiengefüge haben dies gezeigt. An diesem Ort kollektiver Verunsicherung schlägt regelmäßig die weitere Stunde der Verschwörungstheoretiker und der Produzenten und Konsumenten von Fake-News. Einen traurigen Höhepunkt – von vielen – markierte der 18.6.2018, an dem der ehemalige US-Präsident Donald Trump via Twitter verkündete, die Kriminalität in Deutschland nehme stark zu. Am Folgetag behauptete er dann, die Migrationspolitik der Bundesrepublik habe zu einem Anstieg der Kriminalität um 10 % geführt. Die Behörden wollten diese Straftaten aber nicht melden.

3. Statistik: Allgemeine Kriminalitätsentwicklung und die Kriminalität von Zuwanderern

Die Polizeibehörden in Deutschland melden ihre Erkenntnisse über Straftaten an das Bundeskriminalamt, das diese jährlich in der Polizeilichen Kriminalitätsstatistik des Bundesinnenministeriums (PKS) veröffentlicht. Ausgerechnet im Jahr 2018 – dem Zeitpunkt des Trump-Tweets – war die Kriminalität in Deutschland gegenüber dem Vorjahr nicht gestiegen, sondern gesunken, um im Folgejahr 2019 mit 9,6 % weniger Straftaten gegenüber dem Vorjahr auf ihren niedrigsten Wert seit der Wiedervereinigung zu fallen. Im aktuellen Berichtsjahr 2020 sind 5.310.621 Straftaten erfasst³ – weit über eine Million weniger als 2016. Anders als es sich für den Bürger anfühlt, ist die Zahl der Straftaten in Deutschland in den letzten 30 Jahren um 20 % gefallen – trotz gewachsener Bevölkerung und neuer Kriminalitätsfelder, wie zum Beispiel dem Internet.⁴

Die Hintergründe sind allerdings differenziert zu betrachten. Der wesentliche Grund für die sinkende Kriminalitätsquote ist eine alternde und abnehmende Bevölkerung. Denn in allen Ländern der Welt werden Straftaten überproportional häu-

2 Die damalige AfD-Vorsitzende Frauke Petry warnt angesichts der Zuwanderungskriminalität vor einem Bürgerkrieg und möchte den Begriff „völkisch“ positiv besetzt wissen; <https://www.tagesspiegel.de/politik/alternative-fuer-deutschland-afd-chefin-petry-will-voelkisch-positiv-besetzen/14528984.html>.

3 Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat (BMI), Innenministerkonferenz 2021, Polizeiliche Kriminalstatistik 2020, ausgewählte Zahlen, 10.

4 BMI (Anm. 3), 28.

figer von Männern als von Frauen verübt. Junge Menschen aus der Gruppe der 14- bis 30-Jährigen sind wiederum überproportional für den weit überwiegenden Teil der Taten verantwortlich.⁵

Hilfreich für einen objektiven Zugang zu der Kriminalität von Zuwanderern ist dabei folgendes Bild: Verschiebt man eine Population junger Männer aus einem beliebigen Heimatland der Erde in eine andere Region und belässt oder erhöht dort die Integrationshürden, wird sich stets ein ähnlicher statistischer Befund erhöhter Kriminalität ergeben. Dass überwiegend junge männliche Zuwanderer aus Krisengebieten nach Europa gelangen, liegt daran, dass sie den anstrengenden und risikoreichen Weg am besten bewältigen. Und je anstrengender und gefährlicher der Weg ist, desto höher ist der Anteil an jungen Männern: Bei Flüchtlingen aus Nordafrika, die überwiegend über das Mittelmeer gekommen sind, beträgt er ungefähr 50 %, bei denjenigen aus Syrien, dem Irak und Afghanistan lediglich 25 %.⁶

Projiziert man diese beiden demographischen und kriminologischen Risikofaktoren – männlich und jung – auf Zuwanderer, finden beide auch dort ihre Bestätigung. 86,2 % der tatverdächtigen Zuwanderer waren 2020 männlich, 59 % jünger als 30 Jahre alt.⁷ Der Anteil der Zuwanderer an sämtlichen versuchten oder vollendeten Tötungsdelikten – im Zentrum der öffentlichen Aufmerksamkeit angesiedelt – lag im Zeitpunkt der höchsten Zuwanderung im Jahr 2017 bei 15 %. Dies ist ein überproportionaler Wert im Vergleich zu dem Anteil von 2 % der Zuwanderer an der Gesamtbevölkerung. Aber auch dieser Wert sinkt seitdem kontinuierlich – im Jahr 2020 auf 12,1 % (452 tatverdächtige Zuwanderer, 2019: 13,3).⁸ Im Jahr 2020 wurden bei sämtlichen Deliktsbereichen 238.828 tatverdächtige Zuwanderer registriert. Gegenüber dem Vorjahr entspricht dies ebenfalls einem erneuten Rückgang um 11,4 % (2019 betrug der Rückgang 8,9 %).⁹ Dennoch ist mit jungen Männern – unabhängig von deren Herkunft – eine signifikant höhere Kriminalitätsbelastung als bei der durchschnittlichen Bevölkerung verbunden. Sie steigt, je mehr destabilisierende Faktoren hinzutreten. Das Zurücklassen von Heimat, Familie, Kultur, Wohnung, Sprache und Beruf zählt ebenso dazu, wie die innere Flucht in Substanzmissbrauch oder die Integration in dissoziale Peergroups.

Nun stehen eine Gesellschaft und ihre staatlichen Einrichtungen einem solchen kriminologischen Phänomen und dessen Beeinflussung keineswegs hilflos gegenüber. Neben einer Beschränkung des Zugangs in europäische Staaten oder eine ausländerrechtliche Beendigung des Aufenthaltes – die hier nicht Thema sein können – lassen sich die bei einer Person vorhandenen dynamischen, also beeinflussbaren Risikofaktoren auf allen drei Ebenen primärer, sekundärer und tertiärer Prävention beeinflussen: Durch Sozialpolitik mit klugen Integrations- und Präventionskonzepten, aber auch mit einer leistungsfähigen Strafrechtspflege, die dem

5 C. Pfeiffer/D. Baier/S. Kliem, Zur Entwicklung der Gewalt in Deutschland, 2, <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/121226/0509c2c7fc392aa88766bdfacaf9d39b/gutachten-zur-entwicklung-der-gewalt-in-deutschland-data.pdf>.

6 Pfeiffer et al. (Anm. 5), 2.

7 BKA, Kriminalität im Kontext von Zuwanderung, Bundeslagebild 2020, 13.

8 BMI (Anm. 3), 14.

9 BKA (Anm. 7), 9.

Strafgrund der Spezialprävention neben der Schuldausgleichsfunktion maximale Geltung verschafft. Risikofaktoren in Gestalt von Massenunterkünften, die mit Angehörigen unterschiedlichster ethnischer und religiöser Heimat belegt sind, Sprachhindernisse mit vorprogrammierten Missverständnissen und häufig ein kulturell verankertes Verständnis von Gewalt als biografisch erlerntes Konfliktlösungsmuster können einerseits eingehegt werden. Andererseits können straftatenpräventiv zentral wirksame Schutzfaktoren wie soziale Bindungen, Wertschätzung – vermittelt unter anderem durch Beschäftigung und Bildung – und Klarheit über Perspektiven gestärkt werden. Bleibeperspektiven und deren Transparenz stellen einen ganz entscheidenden Faktor bei der Kriminalitätsbereitschaft dar. Die Stellschrauben nach oben oder unten stellt der Staat für diejenigen, um die er sich im Inland in Erfüllung seines Sicherheitsauftrages kümmern muss – und die ihrerseits humanitäre Aufnahme durch Regelakzeptanz einlösen müssen.

Entsprechend stellt sich ein noch präziserer Blick auf die Zuwanderern zugeordneten Gewaltdelikte dar: Betrachtet man allein die vorsätzlichen Tötungsdelikte, bei denen Flüchtlinge als Tatverdächtige ermittelt wurden, haben sich diese nach einer von Pfeiffer *et al.* durchgeführten Studie zu den Zahlen in Niedersachsen in 2015 und 2016 zu über 91 % unter Flüchtlingen oder sonstigen Nicht-Deutschen abgespielt.¹⁰ Bei gefährlichen Körperverletzungen trifft das bei $\frac{3}{4}$ der Fälle zu. Der erwähnte Risikofaktor beengter Wohnbedingungen und eine kulturbedingte Akzeptanz gewaltlegitimierender Männlichkeitsnormen scheinen dazu erheblich beizutragen.¹¹ Bei den Raubdelikten ändert sich das Bild: 70 % der registrierten Opfer sind Deutsche. Mit ihnen verknüpfen die Täter offenkundig eine höhere Beuteaussicht. Dieses Motiv verbindet sie allerdings mit deutschen Tätern. Und auch bei Sexualstraftaten dominieren in der rein statistischen Betrachtung deutsche Opfer. Kriminologisch spielt dabei allerdings etwas anderes eine wesentliche Rolle: Das Dunkelfeld. Denn weibliche Opfer aus den allermeisten Krisengebieten neigen in ihrem Anzeigeverhalten gegenüber männlichen Tätern kulturbedingt auch in Europa zu stärkeren Hemmungen.¹²

Einen wesentlichen Kriminalitätsfaktor stellt – in jeder Bevölkerung und unabhängig von der Eigenschaft als Zuwanderer – die Eigenschaft als Mehrfach Täter dar. Sie entfiel 2020 auf 32,4 % der tatverdächtigen Zuwanderer. Diese Mehrfachtatverdächtigen waren an 75,5 % aller Straftaten mit tatverdächtigen Zuwanderern beteiligt.¹³ Von diesen Mehrfachtatverdächtigen stammt nahezu jeder Zweite aus Staaten, die keine Bleibeperspektiven bieten, wie z.B. den Maghreb-Staaten (z.B. Marokko 44,3 %) oder Georgien (52,9 %).¹⁴ Bei Flüchtenden, die aus Syrien, Afghanistan und dem Irak kommend mit einer besseren Asylchance ausgestattet sind, liegt der Anteil mit ca. 30 % deutlich geringer. Die sehr hohe kriminologische Bedeutung von Integration und Lebensperspektiven bestätigt sich auch hier.

10 Pfeiffer *et al.* (Anm. 5), 3; BMI (Anm. 3), 36.

11 Pfeiffer *et al.* (Anm. 5), 3.

12 Pfeiffer *et al.* (Anm. 5), 3 f.

13 BKA (Anm. 7), 14.

14 BKA (Anm. 7), 15.

4. Das Steuerungs- und Methodenproblem der Spezialprävention

Jede noch so präzise statistisch erfasste Straftat ist eine zu viel. Wenn eine ausländerrechtliche Beeinflussung des Zugangs nach Europa oder eine Rückkehr mittelfristig nicht darstellbar sind, bedarf es einer leistungsfähigen Beherrschung von Kriminalitätsfaktoren auch durch die Strafrechtspflege – nicht nur durch Behörden des Innenressorts. Wie aber gelingt es dem Richter oder Staatsanwalt, bessere Gefährlichkeitsprognose und passgenaueres Interventionsmanagement zu betreiben und damit wirksamer zu strafen? Wie können auch Betreuungs-, Familien- und auch Verwaltungsrichter – die regelmäßig ebenso früh mit Auffälligkeiten in Berührung gelangen – auf dem Gebiet der Prognose und der Identifikation gefahrenbedeutsamer Zusammenhänge bessere Ergebnisse erzielen?

Für die deutsche Strafrechtspraxis folgt paradoxerweise ein wesentliches Innovationshindernis aus der zentralen Schutzbestimmung der demokratischen Staatsorganisation: Art 20 Abs. 3 GG. Danach ist im Rechts- und Gesetzesstaat zunächst ausschließlich der Gesetzgeber für eine qualitätsverbessernde Programmatik zuständig. Der Strafzweck der Spezialprävention hat indes seit Jahrzehnten ein Methodenproblem. Der Gesetzgeber streift ihn nur punktuell und anlassbezogen. Allgemein aber bilden die steuerungsarmen Generalklauseln des StGB im Rechtsfolgenbereich den empirischen Wissensstand für wirksame Prognose, Diagnostik und Interventionsauswahl nicht mehr ausreichend maßstäblich ab. Um seine Strafe präventiv wirksam zu machen, muss der Strafrichter gewissermaßen als Ersatzgesetzgeber empirische Erfolgsfaktoren der Kriminologie, Psychologie und Psychiatrie selbst organisieren – oft im Kontext tatsächlicher psychischer Störungen. Evidenzbasierung staatlichen Handelns mit Erfolgsfaktoren aus den Nachbarwissenschaften – die der Richter in seiner Ausbildung auch nicht gelernt hat – ist indes unter Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips nicht einfach freihändig möglich. Sie benötigt allgemeine Regeln, die die juristisch-hermeneutische Methode nicht liefern kann. Für eine Lösung bedarf es deshalb zunächst der Beantwortung grundlegender rechtstheoretischer Fragen. Der Beitrag möchte die Diskussion möglicher Merkmale einer ergänzenden Methode zur selbstregulierten, gesetzgebundenen Organisation empirischer Prämissen im Recht befruchten.¹⁵ Denn trotz aller Komplexität bei der Beeinflussung menschlichen Verhaltens gilt: Die Akzeptanz staatlichen Handelns ist untrennbar mit ihrer vom Bürger erlebten Professionalität – ihrer Wirksamkeit – abhängig.

Deshalb gerät nicht erst seit Corona oder dem Klimawandel die Identifikation und Nutzbarmachung erfahrungswissenschaftlicher Prämissen zur Wirksamkeitsverbesserung (sog. Evidenzbasierung) zunehmend in den Blick auch des Praktikers. Aktuelle Tötungsdelikte mutmaßlich psychisch gestörter Einzeltäter und eine Professionalisierung des Risikomanagements in anderen Bereichen staatlicher Gefahrenabwehr zeigen die Relevanz einer Wirkungsorientierung und Evidenzba-

¹⁵ Siehe dazu ausführlich M. Schulte, Die Methode der richterlichen Straftatenprävention, Tübingen 2016.

sierung gerade im strafrechtlichen Rechtsfolgenbereich auf. Die Regeln eines Wissenstransfers sind indes kaum rechtstheoretisch erforscht. Die damit verbundenen Lösungsschritte sollen am Beispiel der richterlichen Straftatenprävention aufgezeigt werden.

Deren wesentliche Handlungsanleitung steht in gerade einmal acht Sätzen. Mit wenigen Worten stellen die §§ 56, 56c StGB¹⁶, 244 Abs. 2, 261 StPO die drei zentralen Regeln für Gefährlichkeitsprognosen, die Beeinflussung von Straftätern und die dafür zweckmäßige Tatsachenfeststellung durch den Strafrichter (Staatsanwalt oder Verteidiger) auf. Die erfolgreiche Anwendung dieser Regeln entscheidet über die Freiheit des Täters und die Verhinderung künftigen Opferleids. Angesichts der umfassenden wissenschaftlichen Erkenntnisse über die Vielfalt menschlicher Ursachen für Kriminalität und die Möglichkeiten ihrer Beeinflussung fragt es sich, ob und wie das funktioniert.

Diese Fragestellung und der dahinter stehende steuerungstheoretische Befund werden bislang weder ausreichend präzise definiert noch in der notwendigen rechtstheoretischen Betrachtung auf Lösungsmöglichkeiten abgetastet. Die Diskussion ist verhalten¹⁷, die Kritik gemessen an der Sicherheitsrelevanz des Problems auffällig unscheinbar.¹⁸ Dort, wo sie vereinzelt auftritt, ist sie allerdings akzentuiert. Brettel¹⁹ z.B. beobachtet bei der richterlichen Prognose Standardformeln, die objektiv ungeprüft seien und nicht begründet würden. Das BVerfG ist indes bereits vor gut zehn Jahren konkret geworden. Es hat – freilich unter dem notwendigen Zugeständnis der Unzulänglichkeit empirischer Erkenntnisse – Stellung zu einer dennoch gebotenen Evidenzbasierung, zu der Qualität und Rationalität bei der Prognose und bei der Behandlung von Straftätern bezogen.²⁰ Seine u.a. die Formulierung von Mindeststandards erwägenden Appelle richten sich nicht nur an den Gesetzgeber, sondern – allerdings sehr behutsam formuliert – gerade auch an den Richter.²¹

5. Keine Rationalitätsoptimierung durch Gesetzgeber und Rechtsprechung in Sicht

Die Kritik und Appelle verhalten bislang. Die Rechtsprechung des BGH und der Oberlandesgerichte ist kasuistisch²². Der Bundesgesetzgeber übt sich weiter in einer gegenüber anderen Bereichen der Gefahrenabwehr auffälligen Zurückhaltung.

16 Verwandte praxisrelevante Normen sind die §§ 57, 59, 59a, 69, 63 ff., 68b StGB, aber auch § 153a StPO.

17 Vgl. bereits D. Rössner, NStZ 1992, 409 (410); W. Hassemer, ZRP 2007, 213 (218).

18 OLG Frankfurt/M., StV 1985, 23: „...zu der geforderten Prognose nicht imstande.“

19 H. Brettel, StV 2005, 99.

20 BVerfGE 70, 297 (313 f.) (Prognose bei §67d StGB); BVerfGE 109, 133 ff. (Sicherungsverwahrung); BVerfGE 116, 69 (90 f.) (Ausgestaltung des Jugendstrafvollzuges).

21 BVerfGE 109, 133 ff.; BVerfG, StV 2009, 38 (39).

22 Vgl. den Überblick bei W. Stree/J. Kinzig, in: Schönke/Schröder, StGB, § 56 Rn. 19–24c.

Die für die Sicherheit des Bürgers zentral wichtige Straftatenprävention spielt sich so bei mangelnder Einzelfall- und Empirieachtsamkeit rasch in einem Mikroklima formulargesteuerter Erledigungsroutinen mit weisungsdefizitären, schuldausgleichbetonten Bewährungsbeschlüssen und genauso schematischen wie pseudowissenschaftlichen Urteilsbegründungen („Bewährungsversager“, „chronischer Wiederholungstäter“) ab. Die Strafrechtswissenschaften liefern dabei keine nennenswerte Unterstützung. Sie präsentieren sich wegen der Komplexität und Kontingenz menschlichen Verhaltens zwangsläufig dem Richter unentschlüsselt und unübersichtlich.²³ Wertvolle interdisziplinäre Ansätze von Expertenarbeitsgruppen wie diejenige von *Boetticher u.a.*²⁴ zur Qualitätsverbesserung durch Standards sind immer noch selten und blicken vornehmlich auf forensisch-psychiatrische Sachverständigengutachten. Ein konsentiertes, integratives und vor allem praktisch handhabbares Modell wirksamer Prognose, Diagnostik und Interventionsauswahl fehlt bislang für den Strafrichter – obwohl seine Vorgaben ganz am Anfang präventiver Abläufe im Strafverfahren die entscheidenden Weichen für die spätere Vollstreckung durch Bewährungshilfe oder Strafvollzug stellen. Die grundlegenden Bedingungen der Legitimation, inhaltlichen Qualität und Struktur bei der Herstellung empirisch bewiesener Rationalität und der Adaption sonstiger Qualitätsmerkmale staatlicher Prozesse zur Beherrschung von Ungewissheit und Komplexität sind bislang nicht ausreichend systematisch untersucht worden. Bereits die Begriffe Empirie (Erfahrungswissenschaften wie z.B. die Medizin oder Psychologie) und Evidenzbasierung (von evidence, englisch: Beweis – im Unterschied zum deutschen „offensichtlich“) sind dem Juristen regelmäßig fremd.

6. Die Relevanz des Problems

Dieses Steuerungs- und Methodendefizit bei den maximal grundrechtsintensiven Eingriffen des Strafrechts mit Gefährlichkeitsbeurteilungen und Freiheitsentzug ist rechtsstaatlich bedenklich. Dass die Vorgehensweise des Strafrichters bei der Prognose offen als „intuitive Methode“ bezeichnet wird²⁵ und mit diesem Begriff gleichsam eine Legitimation erhält, fordert verfassungsrechtliche Zweifel heraus. Die genannten Mahnungen des BVerfG erfahren ihre Relevanz angesichts von ca. 85.000 Bewährungsentscheidungen deutscher Strafgerichte mit allein ca. 59.000 Weisungen pro Jahr. Die Bedeutung von deren Qualität für die Rückfallvermeidung wird durch Erkenntnisse über Prävalenzraten von 30 % bis 50 % mitkausalen psychischer Störungen bei straffälligen Menschen²⁶ (71 % sogar bei Gefangenen²⁷)

23 Vgl. zur Literatúrauswertung M. Schulte (Anm. 15), 8 ff.

24 A. Boetticher et al., NStZ 2006, 537 ff., die aber als mittelbare Adresse ebenfalls ausdrücklich auch den Richter nennen.

25 Vgl. nur W. Stree/J. Kinzig, in: *Schönke/Schröder*, STGB, § 56 Rn. 19.

26 C. Stadtland/N. Nedopil, in: N. Nedopil, *Prognosen in der forensischen Psychiatrie* (2005), 150 ff. Zum Literaturstand Schulte (Anm. 15), 39 ff.

27 A. Marneros/S. Ullrich/D. Rössner, *Angeklagte Straftäter – Das Dilemma der Begutachtung* (2002), 70 (118).

noch mehr in den Fokus gerückt. Insbesondere Substanzmissbrauch, Abhängigkeitssyndrome, Persönlichkeitsstörungen und wahnhaftes, aber auch affektive Störungen stellen hohe Anforderungen an die Identifikation von Risiko und dessen Beeinflussbarkeit. Das gilt noch mehr bei der wegen ihrer kultur- und religionswissenschaftlichen Anteile noch anspruchsvolleren Beurteilung von extremistisch motivierter Gewalt, gerade aus dem islamistischen Spektrum.

7. Rechtstheoretische Aufgabenstellung und Diskussionsstand

Wie kommen also die von der Empirie beschriebenen Erfolgsfaktoren für wirkungsvolle Prognose, Diagnostik und Interventionsauswahl in das Recht strafrechtlicher Sanktionen – und zwar in praktisch brauchbarer Weise? Dieser Prämissen-transfer funktioniert nicht einfach freihändig. Denn das den Gleichheitssatz (Art. 3 GG), die Gesetzesbindung und die Wesentlichkeitstheorie (Art. 20 Abs. 3 GG) verwirklichende Positivierungsprinzip verlangt als rationalen Entscheidungsmaßstab vielmehr eine hinreichend dogmatisierte und systematische Regelleitung. Diese dogmatische Bindung der Evidenzbasierung ist auch einfachgesetzlich unverzichtbar, weil Prävention im Strafrecht rechtsgutgebunden schuldakzessorisch und streng strafzweckorientiert ist.

Obwohl gerade ein solcher Transfer Aufgabe des parlamentarischen Gesetzgebers ist, findet sich in der Gesetzgebungslehre wenig an berichteter Best Practice zu methodischer Empirieauswertung und -transformation²⁸. Der rechtstheoretische Erkenntnisstand der Strafrechtswissenschaften ist ebenfalls dürftig. Die im öffentlichen Recht in jüngerer Zeit meist ausgehend von dem Begriff eines reflexiven oder prozeduralen Rechts geführte Diskussion über ein fachkompetentes, lernendes, flexibles und mit Kompetenzen der Selbstregulation ausgestattetes modernes Recht hat das Strafrecht und dessen spezialpräventive Rechtsfolgen bislang nicht nennenswert erreicht.²⁹

8. Die Lösung: Zwei aufeinander aufbauende Methoden

Es liegt folgender Schluss nahe: Der Strafrjurist braucht zur Konkretisierung von Gesetzlichkeit, empirisch bewiesener Rationalität und Wirksamkeit eine weitere unterstützende Methode und nicht nur bloße Sachkunde oder Sachverständige. Steuerungstheoretisch steht im Vordergrund die Aufgabe der Klärung einer Legitimation des Wissenstransfers und der für ihn geltenden rechtlich ableitbaren Regeln. Im System Empirie geht es demgegenüber um Wissensmanagement – die Auswertung des erfahrungswissenschaftlichen Wissens, seine Aufarbeitung und

28 Konturen bei BVerfGE 125, 175 ff. (Hartz IV); vgl. zu einer Gesetzesevaluation C. Sicko, ZfRSoz 2011, 27 (30 ff.); i.Ü. U. Karpen, Gesetzgebungslehre (1989), 99 m.w.N.

29 Frühe Annäherungen an das Strafrecht bei W. Hassemer, Erscheinungsformen des neuen Rechts (2007), 16 f.; ähnlich G. Stratenwerth, in: FS Hassemer (2010), 639 f.

schließlich praxisgerechte Bereitstellung. Hierzu zählt die partizipative Verständigung mit allen Akteuren über die Güte und Verlässlichkeit der erwogenen Prämissen, ihre Adaption an die Erfordernisse eines Praktikers, der eben kein Arzt oder Wissenschaftler, sondern geschult in der Norminterpretation ist. Daran knüpft sich als weitere Aufgabe die Dokumentation der gefundenen Regeln, ihrer Evaluation und vor allem die Erzeugung von Akzeptanz bei dem Rechtsanwender für die Verbindlichkeit der empirischen Prämissen.

8.1. Der rechtstheoretisch-organisatorische Teil der Lösung – eine Meta-Methode mit allgemeinen Regeln der Evidenzbasierung des Rechts

8.1.1. *Legitimation eines selbstorganisierten Wissenstransfers*

Das Angebot rechtstheoretischer Ansätze, die sich mit der erforderlichen Legitimation und Dogmatisierung eines selbstorganisierten Wissenstransfers in das Recht befassen, ist überschaubar. Als brauchbarer Anknüpfungspunkt geeignet erscheint der von *Hoffmann-Riem*, *Schmidt-Aßmann* und *Voßkuhle*³⁰ vertretene jüngere Ansatz mit der Bezeichnung „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“. Sein in der steuerungswissenschaftlichen Diskussion im Verwaltungsrecht vertretenes integratives Konzept verfolgt mit dem Ziel einer Wirksamkeitsausrichtung und Folgenbetrachtung explizit die Bewältigung einer Wissensimplementierung in die Praxis der Gesetzesanwendung durch die Erforschung alternativer Regelungsstrategien und Organisationsformen als Surrogat zu dem Primat gesetzlicher Rationalisierung.

8.1.2. *Die evidenzbasierte Medizin und Leitlinienmethodik als Referenz richterautonomen Wissensmanagements*

Wie aber schürft man als Jurist gültige empirische Prämissen zu Tage, versteht sie und bewahrt sie auf? Die Rechtswissenschaften und selbst die Kriminologie bieten hierfür bislang keine formalisierten Standards und Modelle an. Am leistungsfähigsten und sachnächsten im Hinblick auf die strafrichterlichen Aufgabenstellungen ist die sog. Evidenzbasierte Medizin (EBM) und die medizinische Leitlinienmethodik. Denn der Mediziner steht bei der Wissensorganisation vor dem gleichen Problem wie der Richter, der evidenzbasiert wirksam handeln möchte. Beide sehen sich einem hochkomplexen und sich täglich ändernden Fachwissen gegenüber, das sie unter Entscheidungszwang und Ressourcenknappheit zeitlich und thematisch punktgenau im konkreten Anwendungsfall unterbringen müssen. Vor diesem Hintergrund hat sich in der Medizin seit Mitte der 1990er-Jahre das Konzept der Evidenzbasierten Medizin (EBM) intensiv entwickelt und inzwischen seit mindestens 15 Jahren international etabliert.³¹ EBM ist nach *Sackett*³² der „ge-

30 Vgl. A. Voßkuhle, in: Hoffmann – Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I (2006), 1 ff; W. Hoffmann-Riem, ebd., 705.

31 Ausdruck dessen ist eine hochspezialisierte Fachliteratur. Siehe z.B. die Zeitschrift für Evidenz, Fortbildung und Qualität im Gesundheitswesen (ZEFQ).

32 D. Sackett et al., Evidenzbasierte Medizin (1999), 2 f.

wissenschaftliche, ausdrückliche und vernünftige Gebrauch der gegenwärtig besten externen, wissenschaftlichen Evidenz für Entscheidungen in der medizinischen Versorgung individueller Patienten“. Dies geschieht durch vier Elemente: (1.) Die Formulierung einer konkreten Fragestellung, (2.) eine sodann nach Regeln ablaufende systematische Recherche in dem weltweiten Bestand an Literatur nach der aktuell am besten verfügbaren empirischen Erkenntnis („externe Evidenz“)³³, insbesondere aus dem Angebot internationaler Studien, (3.) einer ebenfalls regelgeleiteten Bewertung des Rechercheergebnisses hinsichtlich seiner Validität, Reliabilität und Nützlichkeit und (4.) schließlich Verfahrensweisen zur Implementation in die Praxis.³⁴

Um den einzelnen Arzt indes von der aufwendigen Recherche zu entbinden, hat sich in der Medizin die Leitlinienmethodik entwickelt. Leitlinien³⁵ sind wissenschaftlich begründete und praxisorientierte Handlungsempfehlungen bzw. Entscheidungshilfen über die angemessene ärztliche Vorgehensweise bei speziellen gesundheitlichen Problemen. Sie stellen den nach einem definierten, strukturierten und transparent gemachten Vorgehen erzielten Konsens mehrerer Experten aus unterschiedlichen Fachbereichen und Arbeitsgruppen zu bestimmten ärztlichen Vorgehensweisen dar.

8.1.3. Ertrag und Zwischenergebnis: Die Merkmale der Meta-Methode

Die aufgezeigten Methodenmaßstäbe ergänzen und überschneiden sich dabei und können deshalb integrativ miteinander verwoben als Regeln einer normzweckentsprechenden, richterorganisierten Wissensauswertung aufeinander abgebildet werden. Sie dienen insgesamt als Vorschlag zur Diskussion der Regeln einer selbstorganisierten Rezeption von Empirie und Qualität im Recht. Erheblich abgekürzt³⁶ und illustriert am Beispiel der richterlichen Straftatenprävention lauten sie:

- (1) Bei der Norm- und Realbereichsklärung findet durch die Klärung der rechtlichen Fragestellung die konsequente Anbindung an das Gesetzlichkeitsprinzip statt. Dazu erfolgt im *Normbereich* die Ermittlung des normativen Rahmens und der rechtlichen Prämissen, im davon beeinflussten *Realbereich* der Norm die Identifikation möglicher wirklichkeitsbezogener Prämissen der Norm – als Fragen an die Empirie z.B. das Vorgehen bei Prognose und Diagnostik oder die Wirksamkeit von Hilfsmaßnahmen. Eine *Synchronisation* beider Bereiche gibt schließlich Rechenschaft über die rechtliche Gültigkeit der erwogenen wirklichkeitsbezogenen Prämissen durch Abgleich mit dem Normzweck. (Beispiel: Ist Diagnostik ein Teil wirksamer rechtsfolgenbezogener Sachverhaltsaufklärung?)
- (2) Die Evidenzherstellung beginnt mit einer systematischen *Empirieauswertung*, gefolgt von einer an Evidenzgraden, vollständiger Erfassung und Benennung

33 H. Raspe, in: R. Kunz et al., Lehrbuch der evidenzbasierten Medizin (2000), 38 (40).

34 Raspe (Anm. 33), 38 ff.

35 Definition der Bundesärztekammer, Deutsches Ärzteblatt, 1997, 94 (33).

36 Ausführliche Übersicht und deren Herleitung bei Schulte (Anm. 15), 333–337.

der als Beweis angenommenen Quellen sowie der Diskussion möglicher systematischer Fehler ausgerichteten *Empirieaufarbeitung*. Entscheidend für den Richter ist schließlich eine für ihn brauchbare *Empiriebereitstellung*: Sie stellt eine Adaption an die Rahmenbedingungen richterlicher Arbeit im maßgeblichen Kontext dar und betreibt eine geltungserhaltende Anpassung des Inhaltes an richterliches Arbeiten, an Handhabbarkeit und bezeichnet Grenzen und Ausstiegskriterien zur Vermeidung von Überforderung. Stets bedarf es einer einzelfallaufmerksamen Herstellung eines Ausgleichs zwischen standardisierter Routine und Raum für individuelle Besonderheiten.

- (3) Eine Dokumentation durch die Herstellung von konkreten Handlungsanleitungen (Beispiele: Leitlinien oder Leitfäden, Manuale, Algorithmen, Pfaddiagramme und Checklisten) wird ergänzt durch ein Akzeptanzmanagement, mit weiteren Qualitätsfaktoren wie ganzheitlicher Qualitätskultur und Innovationsorientierung als „Lernende Organisation“, die auf Kooperation und Vernetzung mit anderen Akteuren setzt.

8.2. Der kriminologisch-erfahrungswissenschaftliche Teil der Lösung: Die eigentliche Methode richterlicher Straftatenprävention

Mit diesen Vorgaben einer Meta-Methode zu Regeln der Evidenzherstellung kann nun der Versuch unternommen werden, die erfahrungswissenschaftlichen Erkenntnisse der Kriminologie, Psychologie, Psychiatrie und Medizin auszuwerten und als eigene, fachspezifische Methode zur Verfügung zu stellen. Dieser selbständige methodische Teil ist ebenfalls so ausführlich, dass er in diesem Beitrag nur überblicksartig dargestellt werden kann.³⁷ Es können unter der steten Reflektion dessen, dass das Wissen über die Bedingungen von Straftaten unvollkommen ist, Vorschläge für konkrete, integrative und praktisch handhabbare Standards richterlicher Straftatenprävention in folgenden vier Aufgabenbereichen zur Diskussion gestellt werden:

- a) Allgemeine Wirksamkeitsfaktoren: Aus dem Angebot klassischer Kriminalitätstheorien, Metastudien, Übersichtsarbeiten und Praktikerberichten können übergeordnete Standards richterlichen Vorgehens extrahiert werden: Dies sind eine Delikts- und Risikoorientierung und systematische Diagnostik, daneben ein Ressourcen- und Chancenmanagement, eine sozialkonstruktiv vermittelte Norm- und Konsequenzverdeutlichung sowie Fairnesserfahrung und Opferperspektive.
- b) Prognose: Die Aufgabenstellung der Prognose folgt diesen Forderungen. Sie kann ebenfalls nicht auf vollständig befriedigende Referenzmodelle zurückgreifen. Aus dem Angebot bewährter Instrumente wie HCR-R 20 von Webster *et al.*³⁸, LSI-R von Andrews/Bonta³⁹, die MIVEA von Göppinger/Bock⁴⁰, der Ditt-

37 Siehe vertiefend Schulte (Anm. 15), 399–573.

38 Historical-Clinical-Risk Variables, HCR-20 von C. Webster, K. Douglas, D. Eaves, S. Hart (1997).

39 Level of Service Inventory – Revised Version von D. Andrews/J. Bonta/K.-P. Dahle/F. Harwad/V. Schneider-Njepel (2012).

mann-Liste⁴¹, der integrierten Checkliste nach *Nedopil*⁴² und dem SPJ von *Webster et al.*⁴³ lassen sich als integrative Synthesen neben einer integrierten evidenzbasierten Checkliste prognostisch bedeutsamer Kriterien für Strafrichter folgende Mindeststandards bei richterlicher Prognose⁴⁴ gewinnen: Ihr Ziel ist eine Individualprognose und keine Einordnung in statistische Risikogruppen. Neben den statischen (überdauernden) Merkmalen ist den interventionszugänglichen dynamischen und dabei insbesondere den akuten Merkmalen (emotionale Erregungszustände, Intoxikationen) Aufmerksamkeit zu schenken. Ausgangspunkt ist eine Tatanalyse des Anlassdeliktes. Die Prognose beurteilt anschließend die unterschiedlichen Rückfallkriterien in drei zeitlichen Dimensionen und zwar anhand einer Analyse des Lebenslängsschnitts (Biographie), des Lebensquerschnitts einschließlich der jüngsten Entwicklung und schließlich der zukünftigen Perspektiven. Aus der Gesamtheit der statischen, dynamischen, historischen, aktuellen und künftigen Faktoren ergeben sich so Erkenntnisse über eine generelle, aktuelle oder künftige Gefährlichkeit. Ermittelt und bewertet werden zudem Risikofaktoren aus den Bereichen von Suchterkrankungen und anderen psychischen Störungen. Eine erhöhte Aufmerksamkeit erhält die Prüfung des Ausmaßes von Dissozialität. Umgekehrt ermitteln und bewerten Diagnostik und Prognose protektive Faktoren.

- c) Diagnostik: Dabei handelt es sich um die zentrale rechtsfolgenbezogene Sachaufklärung als Tatsachengrundlage der Prognose. Sie beinhaltet eine strukturierte und vollständige Exploration und Quellenauswertung bei rechtsfolgenbedeutsamen Umständen. Dieser Teil vermittelt die notwendigen Grundkompetenzen zur Diagnostik seelischer Störungen – stets unter einer methodisch verwirklichten Abbildung der Grenzen richterlicher Leistungsfähigkeit.
- d) Interventionsmanagement: Es beinhaltet die zentrale, dem Risikoprinzip entsprechende einzelfallachtsame Regelleitung bei der Verknüpfung von Basis- und Interventionsprognose. Neben einer notwendigen Systematisierung von Schutzfaktoren und einer spezifischen Identifikation und Adressierung von deliktursächlichen Motivatoren, Enthemmern und Stabilisatoren ergibt sich eine daraus geformte Notwendigkeit eines sowohl allgemein als auch lokal gültigen differenzierten „Interventionsportfolios“. Es bedarf lokaler Kompetenz- und Versorgungsstrukturen und übergreifend eines Strukturverbesserungskonzeptes einer integrierten, wirkungsorientierten Kriminalprävention in der Strafjustiz. Allgemein gilt abgelöst von strafrechtlichen Interventionen: Die Wirksamkeit

40 H. Göppinger, *Angewandte Kriminologie* (1985), 248 ff.

41 V. Dittmann (2000), Kriterien zur Beurteilung des Rückfallrisikos besonders gefährlicher Straftäter. Arbeitsinstrument der Fachkommissionen des Strafvollzugskonkordats der Nordwest- und Innerschweiz, in: S. Bauhofer/P. Bolle/ders. (Hrsg.), „Gemeingefährliche Straftäter“, 83–95.

42 N. Nedopil, *Forensische Psychiatrie* 1996, 188 ff.

43 Structured Professional Judgement, vgl. C. Webster/Q. Haque/S. Hucker (2014), *Violence Risk: Assessment and Management* 2nd Edition, 68 ff.

44 Siehe zu einem solchen Diskussionsvorschlag ausführlich Schulte (Anm. 15), 463 ff.

von Schutzfaktoren steht in unmittelbarem Zusammenhang mit den sozialen Lebensbedingungen des Betroffenen. Tragfähige soziale, am besten familiäre Bezüge, dort genauso wie im Beruf empfangene Wertschätzung, Bildung und auskömmliche Wohnverhältnisse sowie Lebensperspektiven machen – jedenfalls gerade bei Gewaltkriminalität – am meisten immun gegen strafbares Verhalten.⁴⁵ Kluge Sozialpolitik hat hier ihren Ansatz und Auftrag (primäre Prävention). Unklare Bleibeperspektiven bei Zuwanderern wirken in hohem Maße destabilisierend. Diesem kriminalitätserhöhenden Umstand ist gerade bei der ohnehin wegen ihres Lebensalters und Geschlechtes höher belasteten Gruppe junger Männer aus nordafrikanischen Staaten durch leistungsfähige ausländerrechtliche Verfahren Rechnung zu tragen.

8.3. Exkurs: Empirische Erkenntnisse bei islamistisch-extremistischer Gewalt

Der beschriebene allgemeine Qualitätsmaßstab wirksamer Straftatenprävention wird bei dem kriminologisch verhältnismäßig seltenen, aber mit schweren Folgen verbundenen Phänomen gewaltbereiten Extremismus noch viel weniger erreicht.⁴⁶ Gerade für den deutschen Strafrechtspraktiker finden sich nahezu keinerlei wissenschaftlich fundierte und praxistaugliche Modelle zur Erklärung, Gefährlichkeitssystematisierung und Beeinflussung für diese Kriminalitätsphänomene.⁴⁷ Gewaltbereiter Extremismus möchte in der Vorbereitung verborgen bleiben, bei der Tat selbst aber maximal schadensträchtig und sichtbar sein. Extremistische Täter – regelmäßig aus einer nichteuropäischen Kultur – sprechen, sofern sie überleben, anschließend fast nie über ihre Persönlichkeit und Motive, ihre Gefühle, ihr Leben und die Tat. Entsprechend der damit verbundenen geringen Stichprobenmengen fehlt es an neutralen Vergleichsgruppen für valide Erfahrungssätze mit dem Ziel referentieller Items. In jüngerer Zeit in Deutschland betriebene Prognoseforschung (Studienprojekt RISKANT des BKA⁴⁸) oder das von Sicherheitsbehörden des Bundes und der Länder derzeit verwandte Prognoseinstrument „RADAR iTE“ stehen Justiz und Wissenschaft nicht zur Verfügung oder sind noch nicht ausreichend evaluiert (TARGET⁴⁹).

45 Zum Wirksamkeitsnachweis des kriminologischen „good-lives“-Ansatz vgl. T. Ward/T. Gannon (2006), Rehabilitation, Etiology and Self-Regulation: The comprehensive good lives model or treatment for sexual offenders, in: Aggression and Violent Behaviour, 11, 77 ff.

46 M. Rettenberger, Kriminalistik 70 (2016), 401–406; R. Pelzer/S. Scheerer (2006), in: U. Kemmesies (Hrsg.), Terrorismus und Extremismus – der Zukunft auf der Spur, 200 ff.

47 T. Thieme, Zeitschr. für Politikwissenschaft 2015, SdBd. Extremismus, 37–59 (37).

48 Ein mit 1,3 Mio. Euro finanziertes Studienprojekt zur Risikoanalyse bei islamistisch Tatgeneigten, https://www.sifo.de/files/Projektumriss_RISKANT.pdf.

49 Vielversprechend erscheinen die vorläufigen Ergebnisse dieses deutschen Forschungsprojektes um Böckler und Zick, vgl. L.-M. Stetten et al., MSchrKrim 2016, 285 ff.

Wertet man in der aufgezeigten Weise die seit einiger Zeit in der Praxis angewendeten Prognoseinstrumente wie VERA 2 R⁵⁰, TRAP-18⁵¹ und ERG 22⁺⁵² aus, lassen sich als mögliche Risikohinweise einer informierten und integrativen Checkliste für Richter und Staatsanwälte folgende fünf Gruppen von Risiko- und Schutzfaktoren diskutieren: Neben Auffälligkeiten bei dem Selbstwert eines Betroffenen und Marginalisierungserleben (u.a. Ungerechtigkeits- und Kränkungerleben), einem sich verstärkenden Ideologiemoment (gerade bei einem Verschmelzen von personaler und sozialer – ideologisch besetzter Identität), einem Gewaltelement (z.B. durch Dehumanisierung von Zielpersonen, Legitimierung von Gewalt bei Verletzung „heiliger“ Werte und erlebter oder praktizierter Gewalt) und schließlich einer psychischen Instabilität oder aktuellen Krise (insbesondere Psychosen und affektive Störungen) wirken Risikobewältigungs- und Selbstwertkompetenzen, Behandlungswünsche und prosoziale Bindungen als protektive Ressourcen.

9. Fazit

Zur Verbesserung der Wirksamkeit strafprozessualer Tätigkeit im präventionsbedeutsamen Rechtsfolgenbereichen bedarf der Straffurist einer einigermaßen dogmatisierten Methode mit festgelegten Regeln der Evidenzbasierung. Dabei erweisen sich Dogmatik und Evidenzbasierung nicht als unvereinbare Gegensätze, sondern als die sich ergänzenden beiden Seiten einer Medaille. Bei ihrer Verknüpfung erscheint die Adaption u.a. der Leitlinienmethodik der Medizin als leistungsfähiger und verfassungsrechtlich zulässiger Ordnungsrahmen zur Organisation von Erfolgsfaktoren. Eine selbstbewusste, rechtstheoretisch modern ausgerichtete Strafrechtswissenschaft ist gefordert, die für eine solche Methodeninnovation unverzichtbaren Grundlagen und Akzeptanz zu schaffen. Der Richter bleibt die zentrale Integrationsfigur. Die Etablierung einer „Methode der richterlichen Straftatenprävention“ und ihrer Metaregeln ist ein aufwendiger, aber lohnender Weg zu einem bestmöglich differenzierten, passgenauen und damit präventiv wirksamen, humanen und rationalen Strafrecht.

Ein für den Bürger wirksam und leistungsfähig erlebtes Strafrecht ist verfassungsrechtlich geboten und dazu geeignet, einem blinden, populistisch favorisierten Feind- und Rachestrafrecht entgegenzuwirken. Das macht es anschlussfähig an die für ein modernes Strafrecht seit seinem Marburger Programm von 1882 fundamentale Aussage *Franz von Liszt*⁵³: „Strafe gewinnt durch den Zweckgedanken Maß und Ziel.“

50 Violent Extremist Risk Assessment, F. Pressman et al., VERA 2 R, 2018.

51 Terrorist Radicalisation Assessment Protokoll, A. Guldman/J. Meloy, ForPsych 2020, 158–166.

52 Extremism Risk Guide, M. Loyd/C. Dean, Journal of Threat Assessment and Management, 2015, 40–52.

53 F. von Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, in: ders., Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge (1905), 126 (132).

Literaturverzeichnis

- Andrews, D./Bonta, J./Dahle, K.-P./Harwadt, F./Schneider-Njepel, V., Level of Service Inventory – Revised Version, LSI-R, Deutsche Version, Göttingen, 2012.
- Boetticher, A./Kröber, H.-L./Müller-Isberner, R./Böhm, K./Müller-Metz, R./Wolf, T., Mindestanforderungen für Prognosegutachten, in: NSTz 2006, S. 537–544.
- Brettel, H., Angewandte Kriminologie als Prognoseinstrument des Verteidigers, in: StV 2005, S. 99–102.
- Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat (BMI), Innenministerkonferenz 2021, Polizeiliche Kriminalstatistik 2020, ausgewählte Zahlen.
- Dittmann, V., Kriterien zur Beurteilung des Rückfallrisikos besonders gefährlicher Straftäter. Arbeitsinstrument der Fachkommissionen des Strafvollzugskonkordats der Nordwest- und Innerschweiz, in: Bauhofer, S./Bolle, P., Gemeingefährliche Straftäter, 2000, S. 83–95.
- Göppinger, H., Angewandte Kriminologie, Tübingen, 1985.
- Guldimann, A./Meloy, J. R., Assessing the threat of lone-actor terrorism: The reliability and validity of the TRAP-18, in: Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2020, S. 158–166.
- Hassemer, W., Gesetzesbindung und Methodenlehre, in: ZRP 2007, S. 213–218.
- Hestermann, T./Hoven, E., Kriminalität in Deutschland im Spiegel von Pressemitteilungen der Alternative für Deutschland, in: KriPoZ 2019, S. 127–137.
- Hoffmann-Riem, W./Schmidt-Aßmann, W./Voßkuhle, A., Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, München, 2006.
- Karpen, U., Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungslehre – Beiträge zur Entwicklung einer Regelungstheorie, Baden-Baden, 1989.
- Liszt, F. von, Der Zweckgedanke im Strafrecht, in: ders. Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge (1905), 126 (132).
- Lloyd, M./Dean, C., The development of structured guidelines for assessing risk in extremist offenders, in: Journal of Threat Assessment and Management 2015, S. 40–52.
- Marneros, A./Ullrich, S./Rössner, D., Angeklagte Straftäter – Das Dilemma der Begutachtung, Baden-Baden, 2002.
- Nedopil, N., Forensische Psychiatrie – Klinik, Begutachtung und Behandlung zwischen Psychiatrie und Recht, 4. Aufl., Stuttgart/New York, 2012.
- Pelzer, R./Scheerer, S., Terrorismus-Prognosen: Fehlerquellen und Rechtsstaatlichkeit, in: Kemmesies, U., Terrorismus und Extremismus – der Zukunft auf der Spur, München, 2006, S. 200–211.
- Pfeiffer, C./Baier, D./Kliem, S., Zur Entwicklung der Gewalt in Deutschland, file:///C:/Users/mirsc/AppData/Local/Temp/zentrale-befunde-des-gutachtens-zur-entwicklung-der-gewalt-in-deutschland--data.pdf.
- Pressman, E./Duits, N./Rinne, T./Flockton, J., Violent Extremism Risk Assessment, Version 2 revised – VERA 2 R, Utrecht, 2016.
- Raspe, H., in: Kunz, R./Ollenschläger, G./Raspe, H., Jonitz, G./Kolkmann, F.-W., Lehrbuch der Evidenzbasierten Medizin in Klinik und Praxis, Köln 2000, S. 38–48.
- Rettenberger, M., Die Einschätzung der Gefährlichkeit bei extremistischer Gewalt und Terrorismus, in: Kriminalistik 2016, S. 401–406.
- Rössner, D., Strafrechtsfolgen ohne Übelszufügung, in: NSTz 1992, S. 409–415.
- Sackett, D. L./Richardson, S./Rosenberg, W./Haynes, R. B., Evidenzbasierte Medizin (Deutsche Ausgabe von Kunz, R./Fritsche, L.), Bern/Wien/New York, 1999.
- Schulte, M., Die Methode der richterlichen Straftatenprävention, Zu den Regeln der Rezeption von Empirie und Qualität im Recht, Tübingen, 2016.

- Sicko, C., Erfüllen Gesetzesfolgenabschätzungen und Gesetzesevaluation die verfassungsrechtlichen Anforderungen an das innere Gesetzgebungsverfahren?, in: ZfRSoz 2011, S. 27–42.
- Stadtland, C./Nedopil, N., in: Nedopil, N., Prognosen in der forensischen Psychiatrie 2005, S. 150–162.
- Stetten, L.-M./Böckler, N./Roth, V., Radikalisierungsverläufe im Zuge hochexpressiver Gewalttaten, in: MSchrKrim 2016, 285–291.
- Thieme, T., Extremistisches Gefahrenpotential, Untersuchungsgegenstand, Messung und Fallbeispiele, in: Zeitschrift für Politikwissenschaft 2015, SdBd. Extremismus, S. 35–60.
- Ward, T./Gannon, T., Rehabilitation, Etiology and Self-Regulation: The comprehensive good lives model or treatment for sexual offenders, in: Aggression and Violent Behaviour, 2006, S. 77–94.
- Webster, C. D./Douglas, K. S./Eaves, D./Hart, S. D., HCR-20. Assessing the risk of violence. Version 2., Vancouver, 1997.

Demokratische Legitimation der Staatsgewalt in Japan

Verfassungsrechtliche Vorgaben, gesetzliche Regelungen und tatsächliche Handhabung

Heinrich Menkhaus

Abstract Deutsch

Der Beitrag befasst sich mit der demokratischen Legitimation der Staatsgewalt in Japan. Unterschieden wird dabei zwischen indirekter und direkter Demokratie. Im Rahmen der indirekten Demokratie wird die demokratische Legitimation der öffentlich Bediensteten aller drei Staatsgewalten untersucht. Im Ergebnis werden ernsthafte Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der jeweiligen Regelungen im Hinblick auf Art. 15 der japanischen Verfassung, wonach Bestellung und Abberufung der öffentlich Bediensteten Aufgabe des Staatsvolkes ist, geäußert. Im Rahmen der direkten Demokratie wird festgestellt, dass es an der erforderlichen verfassungsrechtlichen Regelung des Verhältnisses von direkter und indirekter Demokratie fehlt.

Abstract English

The article is dealing with the democratic legitimacy of the power of state in Japan. It distinguishes between forms of indirect and direct democracy. As far as indirect democracy is concerned the democratic legitimacy of public servants in all three state power branches is examined. As result strong doubts about the constitutionality of the existing regulations are voiced in view of Art. 15 of the Japanese Constitution which provides for the citizens to determine and discharge all public servants. As far as direct democracy is concerned it is noticed that a necessary constitutional stipulation about the relationship between direct and indirect democracy is missing.

1. Einleitung

Es ist dem Verfasser eine große Freude, aber auch tiefempfundene Verpflichtung einen Beitrag zur Festschrift für Gilbert Gornig beizusteuern. Eine Freude ist es, weil den Verfasser seit Jahren eine persönliche Freundschaft mit dem Jubilar verbindet, eine Verpflichtung deshalb, weil er seit vielen Jahren dessen Kollege am Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg ist und in dieser Zeit viel Unterstützung durch den Jubilar erfahren hat. Dazu zählt nicht zuletzt dessen Besuch an der japanischen Alma Mater des Verfassers, wo er den japanischen Kollegen u.a. die nach wie vor relevanten Rechtsfragen der deutschen Wiedervereinigung detailliert erläutert hat.

Im breit gefächerten Arbeitsspektrum des Jubilars nimmt die Demokratie eine wichtige Rolle ein. Dem soll hier mit einem Blick auf die Verankerung der Demokratie in der japanischen Rechtsordnung Rechnung getragen werden. Das geschieht vor allem aus vier Gründen: Einmal, weil aus Sicht des Verfassers die stets

geäußerten Zweifel an der Tragfähigkeit der Demokratie auch daher rühren, dass die Demokratie selbst in den Rechtswissenschaften nicht immer ernst genommen wird. Zum anderen, weil sich im Hinblick auf Japan fast ausschließlich die Politikwissenschaft diesem Thema annimmt,¹ und, im Falle der ausländischen Politikwissenschaft, dies oft ohne Kenntnisse der japanischen Sprache und Schrift. Schließlich, weil sich die Japanologie zwar hin und wieder mit diesem Thema beschäftigt und dies mitunter sogar mit Kenntnissen der japanischen Sprache und Schrift, aber dabei die juristische Perspektive vermissen lässt. Letztlich, weil fast alle Arbeiten zur Demokratie nur die Legislative im Auge haben, obwohl es sich bei der Demokratie um ein Verfassungsmerkmal handelt, dem alle drei Teilgewalten und damit auch die Exekutive und die Judikative unterworfen sind.

Vorausgeschickt sei, dass offizielle Stellen in der Bundesrepublik Deutschland und Japan den jeweils anderen Staat als Demokratie bezeichnen. So heißt es auf der Internet-Seite des Auswärtigen Amtes unter dem Titel: Deutschland und Japan: bilaterale Beziehungen²

„Als rechtsstaatliche Demokratien und Mitgliedsstaaten der G7 und G20 teilen Deutschland und Japan gemeinsame Werte und sind politisch, wirtschaftlich und gesellschaftlich vielfältig miteinander verbunden.“

und der deutschsprachige Internet-Auftritt der japanischen Botschaft in Berlin formuliert unter der Überschrift: Deutsche Japanische Beziehungen: Politik³

„Japan und Deutschland unterhalten als weltweit führende Industrienationen, welche die gemeinsamen Grundwerte Freiheit, Demokratie, Menschenrechte und Rechtsstaatlichkeit teilen sowie der internationalen Zusammenarbeit große Bedeutung beimessen, in vielfältigen internationalen Bereichen enge kooperative Beziehungen.“

- 1 Bisson, Thomas Arthur: Prospects for Democracy in Japan. Macmillan: New York 1949; Ike, Nobutaka: The Beginnings of Political Democracy in Japan. The Johns Hopkins Press: Baltimore 1950; Ike, Nobutaka: Japanese Politics: Patron-Client Democracy. 2nd ed. Knopf: New York 1972; Ike, Nobutaka: Theory of Japanese Democracy: West-view Press: Boulder 1978; Nishi, Toshio: Unconditional Democracy. Education and Politics in Occupied Japan 1945–1952. Hoover Institution Press: Stanford 1982; Ward, Robert Edward/Sakamoto, Yoshikazu (Ed.): Democratizing Japan. The Allied Occupation. University of Hawaii: Honolulu 1987; Krauss, Ellis S./Ishida, Takeshi (Ed): Democracy in Japan. University of Pittsburgh: Pittsburgh 1989; Hoshii, Iwao (Herzog, Peter J.): Japan's Pseudo Democracy. New York University Press: New York 1993; Krauss, Ellis S.: Japan's Democracy. How Much Change? Foreign Policy Association: New York 1995; Richardson, Bradley M.: Japanese Democracy. Power, Coordination and Performance. Yale University Press: New Haven 1997; Bruns, Gabriele: Die japanische Demokratie. Peter Lang: Frankfurt/Main u.a. 1999; Bowen, Roger W.: Japan's Dysfunctional Democracy. The Liberal Democratic Party and Structural Corruption. M. E. Sharpe: Armonk 2003; Scheiner, Ethan: Democracy without Competition in Japan: Opposition Failure in a One-Party Dominant State. Cambridge University Press: Cambridge 2006; Woodall, Brian: Growing Democracy in Japan. The Parliamentary Cabinet System in Japan Since 1868. University Press of Kentucky: Lexington 2014; Smith, Daniel M.: Dynasties and Democracy. The Inherited Incumbency Advantage in Japan. Stanford University Press: Stanford 2018.
- 2 <https://www.auswaertiges-amt.de/de/aussenpolitik/laender/japan-node/-/213038>.
- 3 <https://www.de.emb-japan.go.jp/de-jp/index.html>.

Obwohl in beiden Stellungnahmen wenig Rücksicht auf die juristische Systematik der benutzten Begriffe genommen wird, ist die Aussage klar.

Im Folgenden werden zunächst die verfassungsrechtlichen Vorgaben für Demokratie in Japan erläutert. Dann werden die Regelungen für Demokratie und deren tatsächliche Handhabung getrennt nach den Erscheinungsformen der indirekten Demokratie in den drei Teilgewalten untersucht. Es folgt die Untersuchung der Erscheinungsformen der direkten Demokratie. Die Darstellung beschränkt sich auf die Rechtsträger Staat (国家 *kokka*) und die sog. Allgemeinen Gebeitskörperschaften (一般公共団体 *ippan kōkyō dantai*). Die zahlreichen anderen öffentlich-rechtlichen Rechtsträger in Japan und die Rechtsträger im sog. „Dritten Sektor“ (第三セクター *daisan sekutā*), der die Zusammenarbeit staatlicher mit privaten Einrichtungen erfasst, bleiben unbeachtet. Das Ende bildet ein Ausblick auf die rechtlichen Möglichkeiten zur Behebung des Demokratiedefizits in Japan.

2. Staatsformmerkmale in Japan

Die in der Bundesrepublik Deutschland übliche Unterscheidung zwischen Staatsformmerkmalen einerseits und Staatszielbestimmungen andererseits ist in Japan nicht bekannt.⁴ Vergleichbar mit den Staatsformmerkmalen in Deutschland sind in Japan die Verfassungsgrundsätze, die entweder als 国家原理 *kokka genri* oder 基本原理 *kihon genri* bezeichnet werden. In der Regel werden nur vier Verfassungsgrundsätze genannt⁵: Volkssouveränität (国民主権 *kokumin shuken*), Würde des Individuums (個人の尊厳 *kojin no sōgen*), Friedensprinzip (平和主義 *heiwa shugi*) und Sozialstaat (社会国家 *shakai kokka*)⁶. Nur vereinzelt finden sich Lehrbücher, die über diese vier Verfassungsgrundsätze hinausgehende anführen.⁷ Da diese zusätzlichen Verfassungsgrundsätze aber in der geltenden geschriebenen Ver-

- 4 Man muss sich auch in Deutschland davor hüten, die sogenannten Staatsformmerkmale als verwirklichte Verfassungsgrundsätze zu betrachten und die Staatszielbestimmungen als solche, die der Verwirklichung noch harren. Vielmehr sind weder die Folgen eines Verstoßes gegen die Staatsformmerkmale noch die der Staatszielbestimmungen dogmatisch abschließend geklärt.
- 5 Z.B. Mizayawa, Toshiyoshi: Verfassungsrecht (*Kempō*), übersetzt, bearbeitet und herausgegeben von Robert Heuser und Yamasaki Kazuaki. Heymanns: Köln u.a. 1986, S. 48–55.
- 6 Besser wäre wohl Wohlfahrtsstaat, was mit *shakai fukushi kokka* übersetzt werden kann, um den Begriff deutlich von *shakai shugi kokka* abzugrenzen, was für sozialistischer Staat steht.
- 7 Matsui, Shigenori: The Constitution of Japan. A Contextual Analysis. Hart: Oxford & Portland (Oregon) 2011, S. 29 ff. zieht den Kreis der von ihm „Fundamental Principles“ genannten Verfassungsgrundsätze weiter und schließt z.B. „Rule of Law“ ein. Zur Geltung des Rechtsstaatsprinzips in Japan siehe Menkhaus, Heinrich: Rechtsstaat Japan? Konstitutive Elemente und Gefährdungen, in: Yamaguchi, Karin/Wördemann, Raimund (Hg.): Länderbericht Japan. Bundeszentrale für politische Bildung: Bonn 2014, 221–236 und ders.: Das japanische Rechtsstaatsverständnis, in: Rosenau, Henning/Kunig, Philip/Yildiz, Ali Kemal (Hg.): Rechtsstaat und Strafrecht. Deutsch-Japanisch-Türkisches Symposium zum Rechtsstaat. Mohr Siebeck: Tübingen 2020, 23–50.

fassung des Staates Japan⁸ keine begriffliche Stütze finden, ist insoweit Vorsicht geboten. Diese Vorsicht ist besonders angezeigt, weil die gegenwärtig anhaltende Diskussion zur Verfassungsreform auf der Basis eines Verfassungsentwurfs der Liberaldemokratischen Partei (自由民主党 *jiyū minshu tō*) Japans aus dem Jahre 2012⁹ erfolgt, der keine zusätzlichen Verfassungsgrundsätze nennt.¹⁰

Nimmt man die Verfassungsgrundsätze, über deren Geltung in Japan Einigkeit besteht, in den Blick, fällt auf, dass die Demokratie nicht aufgeführt ist. Die Geltung der Demokratie lässt sich indes aus dem Verfassungsgrundsatz der Volkssouveränität zwingend ableiten. Um das zu verstehen, ist auf die Merkmale zu rekurrieren, die den Begriff Staat ausmachen: Staatsgebiet, Staatsvolk und Staatsgewalt. Obwohl der Begriff Souveränität nicht immer eindeutig verwendet wird, deckt er sich hier mit dem Begriff der Staatsgewalt. Gemeint ist die Gesamtheit der Rechte, die einem Staat zustehen können.

Für die Staatsgewalt bedarf es eines Trägers. Nach der neuzeitlichen Auffassung ist Träger der Staatsgewalt die juristische Person Staat. Die Frage nach dem Träger der Staatsgewalt ist von der Frage zu unterscheiden, wer die Staatsgewalt ausübt. Insoweit haben sich in der Geschichte Modelle entwickelt, für die gewöhnlich Begriffe aus der griechischen Sprache verwendet werden. Danach unterscheidet man unter dem Oberbegriff Autokratie (Selbstherrschaft), Monokratie

8 Japan国憲法 *nihonkoku kenpō*: Japanische Verfassung von 1946, auch MacArthur-Verfassung genannt. Die Anzahl der deutschsprachlichen Übersetzungen ist kaum noch zu übersehen, wobei oft unklar bleibt, von wem die Übersetzung stammt und ob sie direkt aus dem Japanischen gefertigt wurde, oder im Umweg über eine Drittsprache: Brorsen, Werner (Hg.): Die Verfassungen der Erde in deutscher Sprache nach dem jeweils neuesten Stande, 2. Lieferung. Mohr: Tübingen 1951 unter Japan; Tenbrock, Robert-Hermann (Hg.): Außerdeutsche Verfassungen, Band II. Ferdinand Schöningh: Paderborn 1962, S.75–96; Röhl, Wilhelm: Die japanische Verfassung. Metzner: Köln 1963, S. 81–144; Zachert Herbert: Die japanische Verfassung vom 3. November 1946, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zu Das Parlament, B 40–41 (1964), S. 13–23; Franz, Günther (Hg.): Staatsverfassungen. Eine Sammlung wichtiger Verfassungen der Vergangenheit und Gegenwart in Urtext und Übersetzung. 2. Aufl. Oldenbourg: München 1964, S. 542–557; Neumann, Reinhard: Änderung und Wandlung der japanischen Verfassung. Heymanns: Köln 1982, 185–204; Mizayawa, Toshiyoshi: Verfassungsrecht (*Kempō*), übersetzt, bearbeitet und herausgegeben von Robert Heuser und Yamasaki Kazuaki. Heymanns: Köln u.a. 1986, S. 297–312; Eisenhardt, Ulrich u.a. (Hg.): Japanische Entscheidungen zum Verfassungsrecht in deutscher Sprache. Carl Heymanns: Köln u.a. 1998, S. 533–554; Klein, Axel/Winkler, Chris: Analyse politischer Systeme: Japan. 2. Aufl. Wochenschauverlag: Schwalbach/Ts. 2012, S. 184–206.

9 Japanischsprachige Fassung auf der Homepage der Liberaldemokratischen Partei unter https://jimin.jp-east-2.storage.api.nifcloud.com/pdf/news/policy/130250_1.pdf. Eine deutschsprachige Übersetzung existiert, soweit ersichtlich, nicht.

10 Zur Diskussion dieses Verfassungsänderungsentwurfs siehe Nishihara, Hiroshi: Zwischen Staatsabhängigkeit und Repräsentationsdefizit: Warum akzeptieren viele Japaner die anti-freiheitliche Verfassungsreform der LDP?, in: Jestaedt, Matthias/Suzuki, Hidemi (Hg.): Verfassungsentwicklung I: Auslegung, Wandlung und Änderung der Verfassung. Deutsch-Japanisches Verfassungsgespräch 2015. Mohr Siebeck: Tübingen 2017, 115 ff.

(Herrschaft durch nur eine Person), Aristokratie (Herrschaft durch eine bestimmte Gruppe) und die Demokratie (Herrschaft durch das gesamte Staatsvolk).

Das heutige Verständnis des Begriffs Autokratie hat sich in der Politikwissenschaft von seiner Wortbedeutung, nämlich Selbstherrschaft statt Fremdherrschaft (Xenokratie), entfernt. Autokratie wird in diesem Aufsatz dahingehend verstanden, dass in einem Nationalstaat die Angehörigen der den Nationalstaat tragenden Nation (Ethnie, Volk), und nicht andere, die Staatsgewalt ausüben. Die Frage, wie die Staatsgewalt von den Angehörigen der Nation ausgeübt wird, also das, was heute Gegenstand des Begriffs Autokratie in der Politikwissenschaft ist, interessiert hier nicht.

Die anderen Begriffe Monokratie, Aristokratie, Demokratie sind in ihrem Bedeutungsgehalt unverändert. Wichtig ist es hier aber darauf hinzuweisen, dass diese Formen der Ausübung der Staatsgewalt in aller Regel nicht in ausschließlicher Form verwirklicht sind, sondern als Mischformen auftreten. Wenn eine natürliche Person (etwa ein Monarch) Ausüßer der Staatsgewalt ist, kann diese natürliche Person die Ausübung der Staatsgewalt mit anderen teilen. So war es etwa in der Verfassung des Großjapanischen Imperiums¹¹, die im Jahre 1889 verkündet wurde und 1890 in Kraft trat.¹² Ausübender der Staatsgewalt war gem. Art. 4 der *Tennō*¹³,

11 Normalerweise wird der Name der japanischen Verfassung von 1889 mit „Verfassung des Großjapanischen Kaiserreiches“ ins Deutsche übersetzt. Das ist aber aus zwei Gründen zu vermeiden. Zum einen, weil das Konzept Kaiser als Herrscher des Abendlandes ein nur dort entwickeltes und vertretenes Konzept ist, und zum anderen, weil juristisch unklar ist, was einen Staat zum Reich macht.

12 大日本帝国憲法 *dainihon teikoku kenpō*: Die Anzahl der deutschsprachlichen Übersetzungen ist auch hier kaum noch zu übersehen, wobei wiederum oft unklar bleibt, von wem die Übersetzung stammt und ob sie direkt aus dem Japanischen gefertigt wurde, oder im Umweg über eine Drittsprache. Brunn, Paul: Die Verfassungsurkunde für das Kaiserreich Japan. Carl Heymanns: Berlin 1890; Brunn, Paul: Die Verfassungsurkunde für das Kaiserreich Japan. Philipp Reclams: Leipzig 1898; Kobayashi, Takejiro: Die japanische Verfassung verglichen mit ihren europäischen Vorbildern. Diss. Rostock 1902; Over, Heinrich: Die japanische Staatsverfassung und die sie ergänzenden Gesetze. Diss. Leipzig 1908; Sell, Kurt: Japan, in: Posener, Paul (Hg.), Die Staatsverfassungen des Erdballs. Fichtner: Charlottenburg 1909, S. 920–934; Riese, Friedrich: Japans staatsrechtliche und politische Modernisierung. Diss. Würzburg 1926; Matsunami, Niichiro: Die japanische Verfassung, in: Nippon, Zeitschrift für Japanologie 7/1 (1941), S. 1–9; Fujii, Shinichi: Japanisches Verfassungsrecht. Yuhikaku: Tokyo 1941, S. 457–469; Röhl, Wilhelm: Die japanische Verfassung. Metzner: Frankfurt/Main 1963, S. 147–152; Matsunami, Niichiro: Die japanische Verfassung vom 11. Februar 1889, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament B 40–41 (1964), S. 8–12; Siemes, Johannes: Die Gründung des modernen japanischen Staates und das deutsche Staatsrecht. Berlin: Duncker & Humblot 1975, S. 86–91; Heuser, Robert/Yamazaki, Kazuaki: Verfassungsrecht (Kempō) von Miyazawa Toshiyoshi. Carl Heymanns: Köln 1986, S. 289–296; Röhl, Wilhelm: Das japanische Verfassungsrecht, in: Oriens Extremus 33/1 (1990), S. 28–35 (ohne Präambel); Neumann, Reinhard: Änderung und Wandlung der Japanischen Verfassung. Carl Heymanns: Köln u.a. 1982, S. 185–204; Kokubun, Noriko: Die Bedeutung der deutschen für die japanische Staatslehre unter der Meiji-Verfassung. Frankfurt: Lang 1993, S. 223–230 (ohne Präambel); Schenck, Paul-Christian: Der deutsche Anteil an der Gestaltung des modernen japani-

der aber zu Beginn Angehörige einer bestimmten Gruppe der sog. *Meiji*-Oligarchie, später auch anderer Gruppen, etwa Repräsentanten von politischen Parteien, dann insbesondere Militärs, an der Ausübung der Staatsgewalt beteiligte, in dem er sie zu Mitgliedern des Kabinetts ernannte, die ihm gegenüber verantwortlich waren. Neben dem Kabinett gab es sogar ein Parlament mit bestimmten Entscheidungszuständigkeiten. Es bestand aus zwei Häusern, dem Herrenhaus und dem Abgeordnetenhaus, wobei für die Besetzung des Letzteren durch Wahlgesetz bestimmte Personen des Staatsvolkes ein Wahlrecht hatten.

Mischformen kommen indes nicht in Frage, wenn das Volk selbst Ausübender der Staatsgewalt ist. In diesem Fall kommt als Modell der Staatsgewalt nur die Demokratie in Frage.¹⁴ Dafür hat sich unter dem beherrschenden Einfluss der US-amerikanischen Besatzungsadministration in Japan in den Jahren 1945–1952, die 1946 verkündete und 1947 in Kraft getretene Verfassung des Staates Japan entschieden. In der Präambel dieser noch heute unverändert geltenden Verfassung heißt es:

„Wir, das japanische Volk¹⁵, ... , erklären hiermit, dass die souveräne Macht beim Volke ruht und setzen diese Verfassung fest.“

In Ergänzung dazu bestimmt Art. 1 der japanischen Verfassung, der sich zur Stellung des *Tennō* verhält: „... und seine Stellung leitet sich vom Willen des Volkes ab, bei dem die souveräne Macht ruht. Aus diesem Grunde kann der in Japan geltende Verfassungsgrundsatz Volkssouveränität als Ausdruck für Demokratie ver-

schen Rechts- und Verfassungswesens: Franz Steiner: Stuttgart 1997, S. 344–353 (ohne Präambel); Ando, Junko: Die Entstehung der Meiji-Verfassung. Zur Rolle des deutschen Konstitutionalismus im modernen japanischen Staatswesen. Iudicium: München 2000, S. 240–248.

- 13 Shiyake, Masanori: Ein Beitrag zur Diskussion über den Begriff der Volkssouveränität in der japanischen Verfassung, in: Murswiek, Dietrich/Storost, Ulrich/Wolff, Heinrich A. (Hg.): Staat – Souveränität – Verfassung. Festschrift für Helmut Quaritsch. Duncker & Humblot: Berlin 2000, S. 183 ff. (weitgehend identisch mit Shiyake, Masanori: Ein kleiner Beitrag zum Begriff des Staates und der Volkssouveränität in der japanischen Verfassung, in: Takii, Kazuhiro/Wachutka, Michael (Hg.): Staatsverständnis in Japan. Ideen und Wirklichkeiten des japanischen Staates in der Moderne. Nomos: Baden Baden 2016, S. 175 ff.) weiß zu Recht darauf hin, dass das Wort Souveränität (*shuken*) in der Verfassung des Großjapanischen Imperiums nicht verwendet wurde, aber die Formulierung zur Rechtsstellung des Tenno: „vereinigt in sich die Herrschaftsgewalt“ 統治権ヲ総攬シ (*tōchiken wo sōran shi*) definiert deutlich den *Tennō* als Ausübenden der Staatsgewalt.
- 14 Siehe nur Horn, Hans-Detlef: Vom Staat der Demokratie. Ferdinand Schöningh: Paderborn 2015, S. 31.
- 15 Die Formulierung: „Wir, das japanische Volk ... erklären“ ist in mehrfacher Hinsicht eine schriftliche Lüge. Zum einen wird die Verfassung zu Recht als okroyierte Verfassung bezeichnet, die von der US-amerikanischen Besatzungsadministration formuliert und zwangsweise durchgesetzt wurde, zum anderen ist sie nach den Regeln entstanden, die ihre Vorgängerverfassung, die Verfassung des Großjapanischen Imperiums von 1889 für eine Verfassungsänderung vorgab. Nach Art. 73 dieser Verfassung war nur das Parlament zur Änderung zuständig. Eine verfassungsgebende Versammlung hat es nicht gegeben.

standen werden, auch wenn dieser Begriff in der Verfassung nirgendwo genannt wird.

3. Umsetzung des Verfassungsprinzips Demokratie

Auch in Japan wird zwischen direkter Demokratie (直接民主制 *chokusetsu minshusei*) und indirekter Demokratie (間接民主制 *kansetsu minshusei*) unterschieden. Als direkte Demokratie wird ein Verfahren bezeichnet, in dem das Volk direkt über Sachfragen abstimmt, während die indirekte Demokratie ein Verfahren bezeichnet, in dem vom Volk bestimmte Vertreter über diese Sachfragen entscheiden.

Im Zentrum steht in Japan die indirekte Demokratie. Zentrale Vorschrift ist der Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung, der sich im Abschnitt: Rechte und Pflichten des Volkes findet. Er lautet:

„Das Volk hat das unveräußerliche Recht, seine öffentlichen Bediensteten (公務員 *kōmuin*) zu bestimmen und sie zu entlassen.“

Der Anteil der direkten Demokratie tritt dahinter zurück. Eine zentrale Vorschrift in der japanischen Verfassung, die definiert, wann vom Grundsatz der indirekten Demokratie zugunsten der direkten Demokratie in Form einer Volksabstimmung oder Abstimmung der Einwohner einer bestimmten Gebietskörperschaft (Einwohnerentscheid) abzuweichen ist, fehlt.

4. Einhaltung des Verfassungsgrundsatzes Demokratie

Hier stellen sich zwei Fragen, denen getrennt nachzugehen ist. Die erste Frage ist, ob der klaren Formulierung des Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung im Rahmen der indirekten Demokratie durch die vorhandenen gesetzlichen Regelungen bzw. deren praktische Handhabung Genüge getan wird. Die zweite Frage ist, ob das Demokratieprinzip im Rahmen der direkten Demokratie nicht einer verfassungsrechtlichen Regelung bedarf.

4.1. Indirekte Demokratie

Japan ist ein Zentralstaat (中央主権国家 *chūō shuken kokka*). D.h., alle staatlichen Zuständigkeiten liegen auf der Ebene des Zentralstaates, werden aber zum Teil unterstaatlichen Gebietskörperschaften zur Ausführung überlassen. Bei diesen müssen als sog. Allgemeine Gebietskörperschaften mindestens zwei Ebenen, die Präfekturen (都道府県 *to dō fu ken*) und die Gemeinden (市村町区 *shi son chō ku*)¹⁶

16 Tatsächlich ist die Rangfolge komplizierter. Denn es gibt daneben noch besonders designierte Städte (指定都市 *shitei toshi*), die wegen ihrer großen Einwohnerzahl gegenüber Gemeinden der Kategorie Stadt (市 *shi*) erweiterte Zuständigkeiten haben, und die besonderen Verwaltungsbezirke (特別区 *tokubetsu ku*), die anstelle von aufgelösten Städten, wie etwa der Stadt Tokyo, getreten sind.

unterschieden werden. Die ehemals dazwischen verorteten Kreise (郡 *gun*)¹⁷ sind schon vor vielen Jahren abgeschafft worden.

Auch in den Allgemeinen Gebietskörperschaften gilt das Demokratieprinzip. Das folgt schon aus der Geltung des Zentralstaatsprinzips, erhellt aber auch aus Art. 93 Abs. 1 und 2 der japanischen Verfassung, die wie folgt lauten:

„Die Gebietskörperschaften errichten in Übereinstimmung mit dem Gesetz Abgeordnetenversammlungen.“

„Der Leiter der Gebietskörperschaft, die Mitglieder ihrer Abgeordnetenversammlung und andere öffentliche Bedienstete, die vom Gesetz bestimmt sind, werden von der Bevölkerung des Bezirks der jeweiligen Gebietskörperschaft unmittelbar gewählt.“

4.1.1. Legislative

Da die Organe der Legislative in der Literatur zum japanischen Demokratieprinzip sehr viel Aufmerksamkeit erfahren, soll mit ihnen begonnen werden.

Das Parlament auf der Zentralstaatsebene verfügt über zwei Häuser, die zumeist dem Vorbild des englischen Sprachgebrauchs folgend mit Unter- (衆議院 *shugiin*) und Oberhaus (参議院 *sangiin*) übersetzt werden, obwohl es weder architektonisch noch rechtlich¹⁸ diese Über- und Unterordnung gibt und sie sich auf derselben Ebene jeweils in einem der beiden Flügel des japanischen Parlamentsgebäudes (国会議事堂 *kokkai gijidō*) in Tokyo befinden. Warum es in einem nicht föderativen Staatswesen, das zudem auch keinen Adel kennt, zwei Häuser gibt, deren Mitglieder vom Volk gewählt werden, ist Gegenstand einer hitzigen Debatte¹⁹, die aber hier nicht weiter verfolgt werden muss.

4.1.1.1. Unterhaus

Die Wahl der Mitglieder zum Unterhaus richtet sich nach Art. 43 Satz 1 der japanischen Verfassung, der wie folgt lautet:

„Beide Häuser setzen sich aus gewählten Mitgliedern zusammen, die das ganze Volk vertreten.“

17 Im Jahre 1890 waren Kreise als Gebietskörperschaften geschaffen worden. Daran hatte der deutsche Jurist Albert Isaac Mosse, der als sog. Kontraktausländer für die japanische Regierung in der Phase der Rezeption ausländischen Rechts tätig war, maßgeblich mitgewirkt. Die Kreise wurden als Gebietskörperschaften durch Gesetz aus dem Jahre 1921 abgeschafft. Zur Arbeit der deutschen Juristen als Kontraktausländer in Japan siehe: Menkhaus, Heinrich: Deutsche Juristen in Japan während der *Meiji*-Zeit. Probleme bei der wissenschaftlichen Aufarbeitung ihrer Arbeit in Japan, in: Shin, Yu-Choul (Hg.): Rezeption europäischer Rechte in Ostasien. Bobmunsa: Seoul 2013, S. 71–85.

18 In einigen Fällen kann das Unterhaus das Oberhaus überstimmen und in einigen Fällen gilt die Entscheidung des Unterhauses, wenn sich das Oberhaus eines Gesetzentwurfes in angemessener Zeit nicht widmet, sodass man von einem gewissen Primat des Unterhauses sprechen kann.

19 Siehe z.B. Ackerman, Bruce: The New Separation of Powers, in: Harvard Law Review 113 (2000) 633–729.

Die Mitglieder des Unterhauses werden nach dem Gesetz über Wahlen in öffentliche Ämter²⁰ vom wahlberechtigten Staatsvolk nach einem parallel angeordneten Mehrheits- und Verhältniswahlssystem (小選挙区比例代表並行制 *shō senkyoku hirei daihyō heikō sei*) gewählt, in dem die Wähler zwei Stimmen haben, eine für den Wahlbewerber im Einpersonenwahlbezirk (小選挙区 *shō senkyo ku*) und eine für eine Partei, die in einem der sogenannten 11 regionalen Blöcke eine Rangliste mit Wahlbewerbern aufgestellt hat. Eine gesetzlich festgelegte Zahl der Sitze im Unterhaus wird von den Wahlbewerbern besetzt, die in einem der designierten Einpersonenwahlbezirke die Mehrheit der Stimmen auf sich vereinigen können. Der Rest der ebenfalls gesetzlich festgelegten Zahl von Sitzen wird über die Parteilisten vergeben, wobei die Verteilung der Sitze auf die Parteien (比例代表 *hirei daihyō*) nach der Höchststimmenrechnung des sog. Adams-Verfahrens erfolgt.²¹

Die Amtszeit der Mitglieder des Unterhauses bestimmt sich nach Art. 45 der japanischen Verfassung. Dieser schreibt vor:

„Die Mandatszeit der Mitglieder des Unterhauses beträgt vier Jahre. Im Falle der Auflösung des Unterhauses endet die Mandatszeit jedoch vor Ablauf der vollen Frist.“

Die Amtszeit der Mitglieder des Unterhauses ist also gesetzlich festgelegt. Es ist eine starre Frist, die nicht vom Tag der konstituierenden Sitzung des neugewählten Unterhauses an berechnet wird, sondern gem. Art. 256 Satz 1 des Gesetzes über Wahlen in öffentliche Ämter vom Wahltag an. Sollte es aus irgendwelchen Gründen nicht zur rechtzeitigen Neuwahl der Mitglieder des Unterhauses kommen – wie etwa bei der Unterhauswahl des Jahres 2021²² –, bleiben die Abgeordneten nicht etwa als Interimsmandatsträger im Amt, sondern die legislative Tätigkeit des Unterhauses endet. Ob und inwieweit diese in solchen Fällen vom ständig bestehenden Organ des Oberhauses aufgefangen wird, ist in der Verfassung nicht geregelt.

Das Unterhaus kann innerhalb der genannten vier Jahre aufgelöst werden, was – bis auf eine Ausnahme – nach dem Ende des Pazifischen Krieges in allen Fällen erfolgt ist²³. Die Auflösung kann eigentlich nur in den in Art. 69 der japanischen Verfassung geregelten Fällen erfolgen. Dieser Artikel besagt:

„Wenn das Unterhaus ein Misstrauensvotum verabschiedet oder eine Vertrauensfrage zurückweist, muss das Kabinett in seiner Gesamtheit zurücktreten, wenn nicht das Unterhaus innerhalb von zehn Tagen aufgelöst wird.“

20 公職選挙法 *Kōshoku senkyo hō*, Gesetz Nr. 100/1950, zuletzt geändert durch Gesetz 45/2020. Übersetzungen in eine europäische Sprache liegen, soweit ersichtlich, nicht vor.

21 Siehe im Einzelnen dazu Menkhaus, Heinrich: Der Wert eines Japaners im heimatischen Großstadtschungel. Das aktive Wahlrecht im Einpersonenwahlbezirk bei den japanischen Unterhauswahlen im Spannungsfeld der Grundrechte Gleichheit und Freizügigkeit sowie der Verfassungsgrundsätze Demokratie und Rechtsstaat, in: *Meiji Law Journal* 23 (2016) 1–23.

22 Die Wahl zum letzten Unterhaus erfolgte am 22. Oktober 2017 und die Wahlperiode endete entsprechend 21. Oktober 2021. Die Neuwahl des Unterhauses erfolgte indes erst am 31. Oktober 2021.

23 Zuletzt am 14. Oktober 2021.

Aus der Mitte des Unterhauses heraus kann also ein Misstrauensantrag gegen das Kabinett gerichtet werden. Wird der Misstrauensantrag mehrheitlich befürwortet, bedeutet das in Japan aber keineswegs, dass das Kabinett geschlossen zurücktritt (総辞職 *sō jishoku*) und dann aus der Mitte des Unterhauses ein neuer Ministerpräsident (総理大臣 *sōri daijin*)²⁴ gewählt wird, der ein neues Kabinett zusammenstellt. Sondern schon die gesetzliche Formulierung macht deutlich, dass die Auflösung des Unterhauses priorisiert wird. Leider nennt die Verfassung nicht das Staatsorgan, das für diese Auflösung zuständig ist. In der Praxis macht es der Ministerpräsident.

Er kann auch die Vertrauensfrage stellen. Wird diese mehrheitlich verneint, kommt es zum selben Verfahrensablauf. D.h., es erfolgt kein Rücktritt des gesamten Kabinetts, um dann aus der Mitte des Unterhauses einen neuen Ministerpräsidenten zu wählen, der ein neues Kabinett bildet, sondern der Ministerpräsident löst das Unterhaus auf.

Neben den Auflösungsgründen des Art. 96 der japanischen Verfassung ist in Japan noch eine weitere Möglichkeit für den Ministerpräsidenten anerkannt, das Unterhaus jederzeit aufzulösen. Rekuriert wird dabei auf Art. 7 Ziff. 3 der japanischen Verfassung, die aber nur eine formalrechtliche Zuständigkeit des *Tennō* zur Ausfertigung der Auflösungsentscheidung stipuliert.

Wird das Unterhaus aufgelöst, verlieren die Abgeordneten mit sofortiger Wirkung ihren Sitz und es gilt Art. 54 Abs. 1 der japanischen Verfassung:

„Wenn das Unterhaus aufgelöst wird, muss innerhalb von vierzig Tagen vom Tage der Auflösung an eine allgemeine Wahl der Mitglieder des Unterhauses stattfinden und innerhalb von dreißig Tagen vom Tage der Wahl ist das Parlament einzuberufen.“

Da in diesem Fall auch das Oberhaus trotz seiner eigentlich permanenten Existenz gem. Art. 54 Abs. 2 Satz 1 der japanischen Verfassung „geschlossen“ (閉会 *heikai*) wird, stellt sich hier erneut die Frage nach der Fortsetzung der legislativen Arbeit. Eine Antwort erteilt Art. 54 Abs. 2 Satz 2 der japanischen Verfassung. Danach kann das Kabinett in dringenden (緊急 *kinkyū*) Fällen das Oberhaus zu einer Dringlichkeitssitzung einberufen.

Dem. Art. 3 des Gesetzes zur Wahl in öffentliche Ämter sind die Mandatsträger im Unterhaus Träger öffentlicher Ämter (公職 *kōshoku*). Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung aber benutzt nicht den Begriff Träger eines öffentlichen Amtes, sondern den Begriff 公務員 *kōmuin*, also öffentlich Bediensteter. Deshalb ist zu klären, ob Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung insoweit überhaupt angewandt werden kann. Die Nichtanwendung des Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung auf die Bestimmung und Abberufung von Mandatsträgern durch das Staatsvolk würde damit ausgerechnet die Legislative dem Demokratieprinzip ent-

24 Für den Titel des japanischen Regierungschefs existieren mehrere deutschsprachige Übersetzungen: wie hier verwendet Stern, Klaus: Verfassungsreformpläne in Deutschland und Japan, in: Nihon University Comparative Law 23 (2006) 1, 8 den Begriff Ministerpräsident, während Köllner, Patrick: Die Machtposition des japanischen Regierungschefs, in: Japanstudien 18 (2006) 271, 281 den Begriff Premierminister gebraucht.

ziehen. Da das tatsächlich nicht erfolgt, muss man den Begriff Träger eines öffentlichen Amtes mit dem Begriff Öffentlich Bediensteter gleichstellen, oder aber den Begriff Träger öffentlicher Ämter als den Oberbegriff von öffentlich Bediensteten ansehen. Die Frage muss hier nicht weiter diskutiert werden, weil Übereinstimmung darüber besteht, dass die Abgeordneten von Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung erfasst werden.

Die Wahl der Mitglieder des Unterhauses dürfte den Erfordernissen dieser Vorschrift im Hinblick auf die Bestimmung der Mandatsträger durch das Staatsvolk Genüge tun. Die Frage, ob auch die Beendigung der Amtsstellung der Abgeordneten des Unterhauses den Anforderungen des Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung zur Abberufung durch das Staatsvolk gerecht wird, begegnet indes erheblichen Zweifeln.

Es ist unter demokratischen Gesichtspunkten vertretbar, die Amtszeit der Abgeordneten zu einem bestimmten rechtlich festgelegten Zeitpunkt enden zu lassen. Zum einen weil ein immanentes Element des Demokratieprinzips die Amtsstellung auf Zeit ist. Zum anderen, weil dem Wähler von Anfang an die Länge dieser Amtsstellung auf Zeit bekannt ist.

Dass aber der Ministerpräsident das Parlament auflösen und damit die Amtsstellung der Abgeordneten beenden kann, ohne das Staatsvolk zu befragen, entspricht nicht der Regelung des Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung über die Abberufung.

Hier kann man mit der formalrechtlichen Argumentation, dass sich alle angesprochenen Regelungen in der Verfassung finden, damit gleichrangig sind, und deshalb den Anwendungsbereich des Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung einschränken, nicht arbeiten. Denn die Auflösung des Unterhauses durch den Ministerpräsidenten ist weder in Art. 7 Ziff. 3 noch in Art. 69 der japanischen Verfassung vorgesehen. Vielmehr wird dort gerade nicht gesagt, wer das Recht zur Auflösung des Unterhauses innehat. Ein Auflösungsrecht des Ministerpräsidenten ist vor dem Hintergrund des Rechtsstaatsprinzips, dass den Grundsatz der Gewaltenteilung inkorporiert, auch geradezu widersinnig, weil dem Exekutivorgan Ministerpräsident das Recht eingeräumt wird, das Legislativorgan Unterhaus aufzulösen. Falls die Voraussetzungen für die Auflösung im Rahmen des Art. 69 der japanischen Verfassung geschaffen werden, entsteht zusätzlich der Eindruck einer Revanche des Ministerpräsidenten gegen das Unterhaus, dass ihm das Misstrauen ausgesprochen oder einen Vertrauensantrag seinerseits zurückgewiesen hat. Erfolgt die Auflösung unter Berufung auf Art. 7 Ziff. 3 der Verfassung ist weiter zu bedenken, dass der Ministerpräsident in aller Regel Mitglied einer politischen Partei ist und deshalb von seinem Auflösungsrecht zu einem Zeitpunkt Gebrauch machen wird, in dem die Stimmungslage in der Bevölkerung gerade zugunsten seiner Partei ausschlägt, eine Konsequenz, die gerade durch die Formulierung einer festen Mandatszeit vermieden werden soll.

Mangels eindeutiger Regelung des Auflösungsrechts in der japanischen Verfassung muss hier dem Demokratieprinzip bei der Auslegung des Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung eine eigenständige Bedeutung beigemessen werden. Die Auslegung kann nur zur Folge haben, das mangels Nennung eines für die

Auflösung zuständigen Staatsorgans ein erfolgreiches Misstrauensvotum und ein gescheiterter Vertrauensantrag allenfalls den Rücktritt des gesamten Kabinetts und die Neuwahl eines Ministerpräsidenten, der dann ein neues Kabinett bildet, zur Folge haben kann. Die Auflösung des Unterhauses durch den Ministerpräsidenten wird dem Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung, der die Abberufung der Mandatsträger durch das Staatsvolk vorsieht, nicht gerecht. Es ist hier aber darauf hinzuweisen, dass der für die Entscheidung von Verfassungsfragen letztinstanzlich zuständige Oberste Gerichtshof Japans (最高裁判所 *saikō saibansho*) bisher, soweit ersichtlich, dem Demokratieprinzip keine eigenständige Bedeutung beigegeben hat und es damit auch nicht zur Auslegung einer Verfassungsfrage herangezogen hat.

Neben der Bestimmung und der Abberufung aller Abgeordneten des Unterhauses in ihrer Gesamtheit ist auch die Frage aufzuwerfen, wie es mit der Bestimmung und Abberufung einzelner Abgeordneter durch das Volk bestellt ist. Beim Ausscheiden eines Mandatsträgers, aus welchem Grunde auch immer, ist im Rahmen der Einpersonenwahlbezirke eine Nachwahl durch die Wahlberechtigten des Wahlbezirkes gesetzlich vorgesehen, und bei Ausscheiden eines Mandatsträgers, der über die Verhältniswahl, d.h. die Parteiliste, zu seinem Mandat gekommen ist, erfolgt im Nachrückverfahren die Besetzung des freigewordenen Sitzes durch die Person, die auf der Liste den nächsten Rang einnimmt. Das dürfte den Erfordernissen des Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung für die Bestimmung der Mandatsträger gerecht werden.

Für die Abberufung eines einzelnen Abgeordneten aus seinem Mandat durch die Wahlberechtigten des Einpersonenwahlbezirkes oder des Blocks aber findet sich keine Regelung.

Zwar kennt das Gesetz zur Wahl in öffentliche Ämter die Wahlprüfung gem. Art. 204. Danach kann gegen die Wahl zum Abgeordneten des Unterhauses, falls der Wähler Einwendungen gegen die Wirksamkeit der Wahl hat, bei der für die Durchführung der betreffenden Wahl – im Falle der Wahl im Einpersonenwahlbezirk – zuständigen präfekturalen Wahlkommission, oder – im Fall der Wahl im Block – gegen die zentralstaatliche Wahlkommission innerhalb von 30 Tagen nach dem betreffenden Wahltag Klage erhoben werden. Die Bestimmungen über die Wahlprüfung aber sind eine selbstverständliche Ergänzung des Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung. Beim Wahlprüfungsverfahren geht es um Rechtsfragen, während der Wortlaut des Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung die Abberufung nicht auf Rechtsfragen einengt.

Weiter finden sich Regelungen über den Mandatsentzug einzelner Abgeordneter im Gesetz über das Parlament.²⁵ In den Artt. 111–113 dieses Gesetzes ist der Streit um die Fortführung eines Mandats geregelt. Diese Regelungen finden Er-

25 国会法 *kokkai hō*, Gesetz Nr. 79/1947, zuletzt geändert durch Gesetz Nr. 22/2014. Eine deutschsprachige Übersetzung ist, soweit ersichtlich, nicht vorhanden. Eine englischsprachige Übersetzung auf dem Stand des Änderungsgesetzes Nr. 22/2014 findet sich unter dem Titel „Diet Law“ auf der HP des Oberhauses unter der Internetadresse <https://www.sangiin.go.jp/eng/laws/diet/index.htm>.

gänzungen in den Artt. 189–199 der Geschäftsordnung²⁶ des Unterhauses²⁷, die wiederum ihre Ermächtigungsgrundlage in Art. 58 Satz 2 der japanischen Verfassung hat. Einen Streit über die Fortführung des Mandats auf der Basis des Parlamentsgesetzes und der Geschäftsordnung des Unterhauses aber kann der Wähler nicht führen. Er ist den anderen Mandatsträgern vorbehalten. Diese selbst entscheiden gem. Art. 58 Satz 3 der japanischen Verfassung mit einer qualifizierten Mehrheit von 2/3 der anwesenden Mitglieder über den Ausschluss eines Abgeordneten. Der Streit um die Fortführung des Mandats tangiert also nicht den Gegenstand des Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung.

Damit besteht eine Regelungslücke für die Abberufung eines einzelnen Abgeordneten durch die Wahlberechtigten. Die Frage ist, ob eine solche Regelungslücke als ein Verstoß gegen die japanische Verfassung anzusehen ist. Der Oberste Gerichtshof Japans ist zur Zeit mit der Frage befasst, ob das Fehlen einer gesetzlichen Regelung zur gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft als Verstoß gegen den Gleichheitssatz der japanischen Verfassung anzusehen ist. Von dem Urteil wird u.a. die Entscheidung über die verfassungsrechtliche Reaktion auf Regelungslücken erwartet.

4.1.1.2. Oberhaus

Wie schon erwähnt, handelt es sich beim Oberhaus um ein ständig existierendes legislatives Organ. Das wird dadurch erreicht, dass zum Wahltag immer nur die Hälfte der Abgeordneten gewählt wird. Wiederum gilt der schon zitierte Art. 34 Satz 1 der japanischen Verfassung, d.h. auch die Mitglieder des Oberhauses werden durch die Wahl seitens der Staatsvolkes bestimmt. Allerdings weicht das ebenfalls im Gesetz über Wahlen in öffentliche Ämter geregelte Wahlsystem für das Oberhaus (選挙区方式と非拘束名簿式比例代表方式 *senkyoku hōshiki to hikōsoku meiboshiki hirei daihyō hōshiki*) vom Wahlsystem für das Unterhaus ab. Das Wahlsystem für das Oberhaus ist ebenfalls ein parallel gestaltetes Mehrheits- und Verhältniswahlsystem, aber im Rahmen der Mehrheitswahl gibt es – je nach Umfang der wahlberechtigten Bevölkerung – nicht nur Einpersonen-, sondern auch Mehrpersonenwahlbezirke und bei der Verhältniswahl ist das gesamte Staatsgebiet ein Wahlbezirk. Da einige Präfekturen erhebliche Einwohnerverluste durch Abwanderung zu verzeichnen hatten, ist zur Vermeidung von Ungleichheiten beim Stimmgewicht vor der Oberhauswahl des Jahres 2019 das Wahlrecht verändert worden. Stellte bis zu den Oberhauswahlen des Jahres 2016 noch jede Präfektur einen Mehrheitswahlbezirk, bilden seither die Präfekturen *Kōchi* und *Tokushima* bzw.

26 Der Rang dieser 規則 *kisoku* genannten Gruppe von Rechtsnormen im ansonsten klaren hierarchischen Gefüge der japanischen Rechtsnormen ist umstritten.

27 衆議院規則 *shūgiin kisoku*, Geschäftsordnung vom 28. Juni 1947, zuletzt geändert am 30. Mai 2019. Eine deutschsprachige Übersetzung ist, soweit ersichtlich, nicht vorhanden. Eine englischsprachige Übersetzung findet sich erstaunlicherweise nicht auf der homepage des Unterhauses. Die aktuellste englischsprachige Übersetzung auf dem Stand der Änderung vom 17. Juli 1980 findet sich unter dem Titel “The Rules of the House of Representatives” in: House of Councillors (Ed.): The National Diet of Japan. House of Councillors: Tokyo 1987, S. 115–162.

Tottori und *Shimane* jeweils zusammen einen Mehrheitswahlbezirk. Der Wähler hat wiederum zwei Stimmen. Eine Stimme für einen Wahlbewerber im Mehrheitswahlbezirk und eine Stimme für eine Partei. Wie bei der Wahl zum Unterhaus ist die Anzahl der Sitze des Oberhauses, die über die Mehrheitswahl, und die Anzahl der Sitze, die über die Verhältniswahl bestimmt werden, von vornherein gesetzlich festgelegt.

Gem. Art. 46 der japanischen Verfassung beträgt die Amtszeit der Mitglieder des Oberhauses sechs Jahre. Beim Ausscheiden eines Mandatsträgers aus einem Mehrheitswahlbezirk findet eine Nachwahl statt und beim Ausscheiden eines Mandatsträgers aus der Parteiliste rückt derjenige mit der nächstfolgenden Rangstelle nach. Das Wahlprüfungsverfahren verläuft nach denselben Vorschriften des Gesetzes über die Wahl in öffentliche Ämter wie beim Unterhaus und die Prüfung der Fortführung des Mandats richtet sich wie bei den Abgeordneten des Unterhauses nach dem Parlamentsgesetz ergänzt durch die Geschäftsordnung des Oberhauses²⁸, die die entsprechenden Regelungen in den Artt. 193–206 enthält.

Gem. Art. 3 des Gesetzes über allgemeine Wahlen in öffentliche Ämter sind Träger öffentlicher Ämter im Sinne dieses Gesetzes auch die Mandatsträger im Oberhaus. Damit ist der Anwendungsbereich des Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung wiederum eröffnet. Wegen Durchführung einer Wahl durch das Staatsvolk findet sich die Bestimmung der Mandatsträger im Einklang mit dieser Vorschrift. Das gilt auch für die Nachwahl bzw. das Nachrücken in die Sitze ausgeschiedener Mandatsträger.

Auch die durch die Verfassung vorgesehene Beendigung des Mandats der Hälfte der Mandatsträger nach sechs Jahren kann als vertretbarer Ersatz der Abberufung der Mandatsträger seitens des Staatsvolkes betrachtet werden. Was fehlt und deshalb als Verstoß gegen Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung angesehen werden muss, ist wiederum die Abberufung einzelner Mandatsträger durch das Volk. Die Regelungen der Mandatsentziehung infolge Wahlprüfung und Geschäftsordnung berühren den Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung nicht.

4.1.1.3. Abgeordnetenversammlungen der Allgemeinen Gebietskörperschaften

Alle Gebietskörperschaften verfügen über legislative Organe, deren Name vom Rang der Gebietskörperschaft abhängt. Art. 93 Abs. 1 und Abs. 2 der japanischen Verfassung lauten entsprechend:

„Die Gebietskörperschaften errichten in Übereinstimmung mit dem Gesetz als legislatives Organ Abgeordnetenversammlungen (議会 *gikai*).

..., die Mitglieder ihrer Abgeordnetenversammlung ... werden von der Bevölkerung des Bezirks der jeweiligen Gebietskörperschaft unmittelbar gewählt.“

28 参議院規則 *sangiin kisoku*, Geschäftsordnung des Oberhauses vom 28. Juni 1947, zuletzt geändert am 26. Juni 2019. Eine deutschsprachige Übersetzung ist, soweit ersichtlich, nicht vorhanden. Eine englischsprachige Übersetzung unter dem Titel „The Rules of the House of Councillors“ auf dem Stand der letzten Änderung findet sich auf der homepage des Oberhauses unter der Internetadresse <https://www.sangiin.go.jp/eng/law/rothoc/index.htm>.

Das in Rede stehende Gesetz ist wiederum das Gesetz über Wahlen in öffentliche Ämter in Verbindung mit dem Gesetz über die Selbstbestimmung der Gebietskörperschaften.²⁹ Die Abgeordnetenversammlungen der Gebietskörperschaften kennen keine zweite Kammer. Vorgesehen ist eine reine Mehrheitswahl. Je nach Umfang der wahlberechtigten Bevölkerung im jeweils designierten Wahlbezirk wird dort eine Person (Einpersonenwahlbezirk) oder eine Anzahl von Personen (Mehrpersonenwahlbezirk) gewählt. Das Mandat hat gem. Art. 93 Abs. 1 des Gesetzes über die Selbstbestimmung der Gebietskörperschaften eine Laufzeit von vier Jahren. Regelungen über die Nachwahl ausgeschiedener Mandatsträger existieren.

Die Wahlberechtigten der Gebietskörperschaft können die Auflösung der gesamten Abgeordnetenversammlung (解散 *kaisan*) ebenso bewirken, wie sie einem Mitglied der Abgeordnetenversammlung sein Mandat entziehen können (解職 *kaishoku*). Die Anträge seitens der Wahlberechtigten auf Auflösung der Abgeordnetenversammlung oder auf Mandatsentzug im Hinblick auf einen einzelnen Abgeordneten sowie die Entscheidungen über Auflösung und Mandatsentzug seitens der Wahlberechtigten bedürfen jeweils einer gewissen Stimmenzahl. Die Einzelheiten richten sich nach den Artt. 76–88 des Gesetzes über die Selbstbestimmung der Gebietskörperschaften.

Die Auflösung der Abgeordnetenversammlung der Gebietskörperschaft ist aber auch für den Fall vorgesehen, dass gegen den jeweiligen Leiter der Exekutive (首長 *shuchō*) der Gebietskörperschaft, der je nach Art der Gebietskörperschaft unterschiedliche Titel trägt, ein Misstrauensvotum seitens der Abgeordnetenversammlung erfolgreich war. In diesem Fall kann er gem. Art. 178 des Gesetzes über die Selbstbestimmung der Gebietskörperschaften innerhalb von 10 Tagen zurücktreten oder die Abgeordnetenversammlung auflösen.

Auch eine Wahlprüfung seitens der Wähler ist vom Gesetz über die Selbstbestimmung der Gebietskörperschaften vorgesehen. Sie richtet sich wiederum nur gegen die Wahl eines einzelnen Abgeordneten. Die Bestimmungen finden sich in Art. 206 des Gesetzes über die Selbstbestimmung der Gebietskörperschaften.

Jede Abgeordnetenversammlung einer Gebietskörperschaft hat sich gem. Art. 120 des Gesetzes über die Selbstbestimmung der Gebietskörperschaften eine Geschäftsordnung zu geben. In dieser Geschäftsordnung sind gem. Artt. 134 und 135 des Gesetzes auch die Rechtsfolgen für den Fall zu regeln, dass ein Mandatsträger gegen das in Rede stehende Gesetz, die Geschäftsordnung oder die Satzung eines Ausschusses der Abgeordnetenversammlung verstößt. Die Rechtsfolge kann der Verlust des Mandats sein. Einwohner sind indes nicht antragsberechtigt.

Da nach Art. 3 des Gesetzes über allgemeine Wahlen in öffentliche Ämter auch die Abgeordneten der Abgeordnetenversammlungen der Gebietskörperschaften Träger öffentlicher Ämter sind, ist auch hier der Anwendungsbereich des Art. 15

29 地方自治法 *chihō jichi hō*: Gesetz Nr. 67/1947, zuletzt geändert durch Gesetz Nr. 37/2021. Eine deutschsprachige Übersetzung ist, soweit ersichtlich, nicht vorhanden. Eine englischsprachige Übersetzung unter dem Titel „Local Autonomy Law“ mit unbekanntem Stand findet sich auf der homepage der Nippon Foundation unter der Internetadresse <https://nippon.zaidan.info/seikabutsu/1999/00168/contents/002.htm>.

Abs. 1 der japanischen Verfassung eröffnet. Die Wahlen zu den Abgeordnetenversammlungen entsprechen der dort geforderten Bestimmung der öffentlichen Amtsträger durch das Staatsvolk – hier die wahlberechtigten Einwohner der Gebietskörperschaft. Im Hinblick auf die Abberufung der Mandatsträger durch das Volk ist zunächst wieder die gesetzlich festgelegte Mandatszeit der Abgeordneten eine vertretbare Regelung, die keinen offenkundigen Verstoß gegen Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung darstellt. Bei den Gebietskörperschaften kommt hinzu, dass die Auflösung der Abgeordnetenversammlung durch Antrag der wahlberechtigten Einwohner ebenso möglich ist, wie der Antrag auf Entziehung des Mandats einzelner Abgeordneter. Ein Verstoß gegen Art. 15 Abs. 1 der Verfassung ist deshalb – jedenfalls auf den ersten Blick – nicht zu erkennen. Die Überprüfung der Einzelregelungen auf ihre Übereinstimmung mit dem Demokratieprinzip – etwa für die Fall, dass die gesetzlichen Hürden für den Antrag auf Auflösung seitens der wahlberechtigten Einwohner oder die erforderliche Stimmenzahl für die Abstimmung über die Auflösung zu hoch sind, kann in diesem Aufsatz nicht geleistet werden. Die Regelungen über die Wahlprüfung und das in der Geschäftsordnung der Abgeordnetenversammlung der Gebietskörperschaft geregelte Mandatsverlustverfahren sind wiederum Bestimmung und Abberufung der Mandatsträger durch das Volk ergänzende Bestimmungen, die den Gegenstand des Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung nicht berühren.

Eine verfassungswidrige, weil einen Verstoß gegen Art. 15 der Verfassung durch niederrangiges Recht darstellende Regelung, dürfte das Auflösungsrecht der Abgeordnetenversammlung durch den Leiter der Exekutive sein, wenn ihm erfolgreich das Misstrauen ausgesprochen wurde. Es gilt dieselbe Argumentation wie beim Recht zur Auflösung des Unterhauses durch den Ministerpräsidenten auf der Zentralstaatsebene. Das auf der Zentralstaatsebene noch zusätzlich gegen das Auflösungsrecht des Ministerpräsidenten angeführte, aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Argument, dass er als Leiter der Exekutive nicht das legislative Organ auflösen kann, ist hier schwächer, weil der Leiter der Exekutive in den Allgemeinen Gebietskörperschaften selbst demokratisch legitimiert ist, was im Folgenden darzustellen sein wird.

4.1.1.4. *Öffentliche Bedienstete der Legislative, die nicht Mandatsträger sind*

Die öffentlich Bediensteten des Parlaments auf Zentralstaatsebene sind besondere Bedienstete gem. Art. 2 Abs. 3 Ziff. 14 und 15 des Gesetzes über öffentlich Bedienstete des Staates. Es gibt zwei Kategorien: Zum einen die Sekretäre der Mandatsträger, zum anderen die direkt der Arbeit des Parlaments dienenden Personen. Ihre Rechtsstellung bestimmt sich nach dem Gesetz über Bedienstete des Parlaments³⁰. Auf ihre Bestimmung und Abberufung hat das Volk keinen Einfluss. Als der Verfassung unterstehendem Gesetz dürfte es damit nicht im Einklang mit Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung stehen.

30 国会職員法 *kokkai shokuin hō*, Gesetz Nr. 85/1947, zuletzt geändert durch Gesetz Nr. 37/2019. Übersetzungen des Gesetzes in eine europäische Sprache sind, soweit ersichtlich, nicht vorhanden.

Öffentlich Bedienstete der Abgeordnetenversammlungen in den Gebietskörperschaften werden von den anderen öffentlich Bediensteten in den Gebietskörperschaften juristisch nicht getrennt. Zu ihrer rechtlichen Stellung im Rahmen des Demokratieprinzips siehe unten.

4.1.1.5. *Zwischenergebnis*

Die Mandatsträger der Legislative haben allesamt öffentliche Ämter inne, die mit der Regelung des Art. 15 Abs. 1 der Verfassung kompatibel sein müssen. Die Wahlen der Mandatsträger stehen im Einklang mit der dort geregelten Bestimmung der öffentlichen Amtsträger durch das Volk. Das kann auch für die Beendigung des Mandats infolge Ablaufs der gesetzlich festgelegten Mandatsdauer angenommen werden. Verfassungskonform sind auch die Regelungen über die Nachwahl oder das Nachrückverfahren für den Fall, dass ein Mandatsträger aus irgendwelchen Gründen ausscheidet.

Verfassungsgemäß sind auch die Regelungen über die Abberufung aller oder einzelner Abgeordneten durch die Wahlberechtigten in den Allgemeinen Gebietskörperschaften, unterstellt man, dass die hier nicht untersuchten Erfordernisse an die Anzahl der Wahlberechtigten für Antrag und Entscheidung über die Abberufung nicht zu hoch liegen.

Ein möglicher Verstoß gegen Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung aber ist das Fehlen einer Regelung zur Abberufung einzelner Mandatsträger durch das Volk auf der Zentralstaatsebene. Die Auflösung des Parlaments und damit die Abberufung der Mandatsträger durch den Ministerpräsidenten oder die jeweiligen Leiter der Exekutive in den Allgemeinen Gebietskörperschaften dürfte ebenfalls der Regelung über die Abberufung der Mandatsträger durch das Volk gem. Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung nicht gerecht werden. Soweit ein solches Auflösungsrecht in der Verfassung unterstehendem Gesetzesrecht geregelt ist, wie das Auflösungsrechts des Leiters der Exekutive der Allgemeinen Gebietskörperschaften, verstößt es gegen Art. 15 Abs. 1 der Verfassung. Soweit trotz fehlender Regelung in der Verfassung der Ministerpräsident für sich das Recht zur Auflösung des Unterhauses in Anspruch nimmt, dürfte ebenfalls ein Verstoß gegen Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung vorliegen.

Insgesamt lässt sich feststellen, dass die Regelungen für das legislative Organ der Allgemeinen Gebietskörperschaften dem Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung stärker gerecht werden als auf der zentralstaatlichen Ebene.

Für die Regelung der Rechtsstellung der Mitarbeiter des Parlaments auf der Zentralstaatsebene, die nicht Mandatsträger sind, bestehen im Hinblick auf Art. 15 Abs. 1 der Verfassung auch erheblich verfassungsrechtliche Bedenken.

4.1.2. *Exekutive*

4.1.2.1. *Kabinett*

Gem. Art. 65 der japanischen Verfassung liegt die vollziehende Gewalt beim Kabinett (内閣 *naikaku*). Infolge einer Reform der Spitze der japanischen Staatsver-

waltung im Jahre 2001, durch die die Anzahl der Ministerien beschränkt wurde,³¹ ist das Kabinett vor allem vor der Hintergrund der Neuschaffung eines Kabinettsamtes (内閣府 *naikakufu*) stark aufgewertet worden. Das Kabinett setzt sich zusammen aus dem Ministerpräsidenten, den Ministern (大臣 *daijin*), dem Leiter des Kabinettssekretariats (内閣官房長官 *naikaku kanbō chōkan*) im Kabinettsamt, dem Leiter der Kommission für öffentliche Sicherheit (国家公安委員会委員長 *kokka kōan iinkai iinchō*), und den besonderen Ministern im Kabinettsamt (特命担当大臣 *tokumei tantō daijin*).

Es wird in zwei Schritten besetzt. Zunächst wird aus der Mitte des Parlaments gem. Art. 67 Abs. 1 Satz 1 der japanischen Verfassung ein Abgeordneter nach dem Mehrheitsprinzip zum Ministerpräsidenten bestimmt. Der Ministerpräsident stellt dann gem. Art. 68 Abs. 1 Satz 1 der japanischen Verfassung die Riege der Staatsminister (国務大臣 *kokumu daijin*) zusammen.

Ein Ende findet das Amt des Ministerpräsidenten – und auch der von ihm ausgewählten Staatsminister – wenn nach einer Neuwahl des Unterhauses³² ein neuer Ministerpräsident gewählt wird.³³ Die Amtszeit des Ministerpräsidenten kann dabei geringfügig über die maximale Mandatszeit der Abgeordneten von vier Jahren hinausgehen, weil nach der Neuwahl des Unterhauses bis zur konstituierenden Sitzung des Unterhauses, in der der neue Ministerpräsident gewählt wird, etwas Zeit verstreicht oder sich die Neuwahl des Ministerpräsidenten dadurch verzögert, dass nicht rechtzeitig vor Ablauf der Legislaturperiode eine Neuwahl initiiert wurde. Es bestehen aber die schon erwähnten Möglichkeiten des Art. 69 der japanischen Verfassung, den Gesamtrücktritt des Kabinetts zu bewirken: einmal indem dem Ministerpräsidenten mit der Mehrheit des Unterhauses das Misstrauen ausgesprochen wird und zum anderen die gescheiterte Vertrauensfrage.

Obwohl der Ministerpräsident aus der Mitte der Abgeordneten des Unter- oder Oberhauses bestimmt wird, ändert sich seine Stellung als Träger eines öffentlichen Amtes. Mit der Bestimmung zum Ministerpräsidenten wird er gem. Art. 2 Abs. 3 Ziff. 1 des Gesetzes über die öffentlichen Bediensteten des Staates ein besonderer (特別職 *tokubetsu shoku*) öffentlicher Bediensteter.

Die anderen Mitglieder des Kabinetts müssen nicht notwendig Abgeordnete des Parlaments sein. Deshalb ist die in Japan verwendete Formulierung, beim Kabinett handele es sich um ein Kabinett von Abgeordneten (議員内閣制 *giin naikakusei*), jedenfalls so nicht richtig. Vielmehr bestimmt Art. 68 Abs. 1 Satz 2 der japanischen Verfassung, dass lediglich mehr als die Hälfte der Mitglieder des Kabinetts Abgeordnete des Parlaments sein müssen. Die anderen Mitglieder des Kabinetts können aus der Mitte des Volkes benannt werden (民間人閣僚 *minkanjin kakuryō*).

Insgesamt aber sind sie alle besondere Bedienstete des Staates. Das folgt aus Art. 2 Abs. 3 Ziff. 1 und 2 des Gesetzes über öffentliche Bedienstete des Staates. Als solche findet Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung auf sie Anwendung.

31 Siehe dazu Menkhaus, Heinrich: Die japanische Verwaltungs- und Kabinettsreform 2001, in: OAG Notizen 4 (2001) 25–31. Es erfolgte eine Beschränkung auf 10 Ministerien, zu denen im Jahre 2007 noch das Verteidigungsministerium hinzukam.

32 Zuletzt erfolgt am 31. Oktober 2021.

33 Zuletzt erfolgt am 10. November 2021.

Aber die Bestimmung der Mitglieder des Kabinetts entspricht nicht der Regelung des Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung. Für die Wahl des Ministerpräsidenten kann man allenfalls von einer mittelbaren demokratischen Legitimation sprechen, weil er aus der Mitte der Abgeordneten des Parlaments, die durch Wahl unmittelbar und damit in Übereinstimmung mit Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung demokratisch legitimiert sind, bestimmt wird. Das gilt auch für die Staatsminister, die sich aus den Abgeordneten des Parlaments rekrutieren. Die Mitglieder des Kabinetts, die nicht Abgeordnete sind, sind nicht einmal mittelbar demokratisch legitimiert. Insoweit kann man allenfalls von einer zweistufigen mittelbaren demokratischen Legitimation sprechen, weil sie durch den mittelbar demokratisch legitimierten Ministerpräsidenten benannt wurden.

Fraglich ist die Übereinstimmung mit Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung auch bei der Entlassung des Ministerpräsidenten und der Staatsminister. Soweit diese die Folge einer Neuwahl des Ministerpräsidenten nach der Neuwahl des Unterhauses ist, lässt sie sich mit dem Argument rechtfertigen, dass öffentliche Ämter aus demokratischer Perspektive immer zeitlich begrenzt sind, auch wenn die Zeit des Maximalbestands eines Kabinetts nicht geregelt ist und auch nicht geregelt werden kann. In den Fällen des Art. 69 der japanischen Verfassung erfolgt die Entlassung des Kabinetts nicht durch das Volk, sondern ist Folge eines erfolgreichen Misstrauensvotums des Unterhauses gegen den Ministerpräsidenten oder eines gescheiterten Vertrauensantrags des Ministerpräsidenten im Unterhaus.

Auch einzelne Mitglieder des Kabinetts können nicht durch das Volk entlassen werden. Anerkannt ist zwar der in der japanischen Verfassung nicht geregelte Misstrauensantrag gegen einen einzelnen Staatsminister (問責決議案 *monseki ketsugian*), der mangels gesetzlicher Regelung keine Rechtsfolgen zeitigt, obwohl in der Praxis ein erfolgreicher Misstrauensantrag gegen einen Staatsminister diesen von der Teilnahme an Ausschusssitzungen ausschließt oder er dort nicht mehr zu Wort kommen darf, aber auch dieses Verfahren wird nicht vom Volk, sondern vom Unterhaus initiiert.

Diesen Zweifeln an der Rechtmäßigkeit der Regelung im Hinblick auf Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung kann man mit dem Argument begegnen, dass die Bestimmungen des Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung mit den anderen einschlägigen Regelungen über Bildung und Ende des Kabinetts in der Verfassung Gleichrangigkeit beanspruchen und damit die Regelung des Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung eingeschränkt sei. Es bleibt aber die Frage, ob dem Demokratieprinzip als Verfassungsgrundsatz der japanischen Verfassung nicht eine eigenständige Bedeutung zukommt.

Soweit ersichtlich aber hat der Oberste Gerichtshof Japans, der letztinstanzlich für die Entscheidung über Verfassungsfragen zuständig ist, bisher den Verfassungsgrundsatz Demokratie nicht einmal bei der Auslegung von Bestimmungen der Verfassung herangezogen, geschweige denn ihm eine eigenständige Bedeutung beizumessen, in dem er ihn zur Grundlage einer Entscheidung über Verfassungsmäßigkeit oder Verfassungswidrigkeit gemacht hat.

In der Geschichte der gegenwärtigen japanischen Verfassung ist, soweit ersichtlich, nur einmal – während der Regierungszeit des Ministerpräsidenten Koizumi –

laut darüber nachgedacht worden, ob nicht eine Präsidialverfassung nach US-amerikanischem Vorbild erforderlich sei.³⁴ Gegenstand der Diskussion war dabei nicht so sehr die Schaffung eines Präsidentenamtes, das wegen der Existenz des *Tennō* schwierig wäre, weil die japanische Verfassung eher vom Staatsformmerkmal Monarchie als vom Staatsformmerkmal Republik geprägt ist, obwohl eine Regelung zur Person des Staatsoberhauptes fehlt. Sondern es ging um die demokratische Legitimation der Exekutive. Davon ist in dem gegenwärtig diskutierten Verfassungsänderungsentwurf nicht mehr die Rede.

4.1.2.2. „Politisches Triumvirat“

Die Mitglieder des Kabinetts werden in ihrer Arbeit unterstützt durch stellvertretende Minister (服大臣 *fuku daijin*) und politische Staatssekretäre (大臣政務官 *daijin seimu kan*). Diese bilden zusammen mit dem Staatsminister das Triumvirat, das den politischen Primat über die von der großen Zahl der öffentlich Bediensteten besetzte Administration unter der Leitung des Staatssekretärs (次官 *jikan*) im jeweiligen Ministerium bzw. den Ministerien insoweit gleichgestellten Ämtern oder Kommissionen herstellen soll.

Die Benennung der stellvertretenden Minister und der politischen Staatssekretäre ergibt sich aus verschiedenen Gesetzen, die hier nicht alle genannt werden können. Die Ernennung der stellvertretenden Minister erfolgt entweder durch Vorschlag des Ministerpräsidenten oder des jeweiligen Staatsministers durch das Kabinett. So ist auch mit der Ernennung der politischen Staatssekretäre. Ihr Amt endet mit dem Gesamtrücktritt des Kabinetts.

Gem. Art. 2 Abs. 3 Ziff. 7 und 7–2 des Gesetzes über die Öffentlichen Bediensteten des Staates sind sowohl die stellvertretenden Minister als auch die politischen Staatssekretäre besondere öffentliche Bedienstete des Staates. Der Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung findet also auf sie Anwendung.

Ihre Ernennung aber entspricht nicht der Regelung dieser Vorschrift. Sie sind im Zweifel nicht einmal mittelbar demokratisch legitimiert, weil sie vom Kabinett ernannt werden, dem Personen angehören können, die nicht Mandatsträger sind. Es findet sich auch keine Vorschrift des Inhalts, dass bei den Beschlüssen des Kabinetts über die Bestimmung der stellvertretenden Minister und der politischen Staatssekretäre nur die Mandatsträger unter den Staatsministern mitwirken dürfen. Und es gibt auch, soweit ersichtlich, keine dem Art. 68 Abs. 1 Satz 2 der japanischen Verfassung entsprechende Vorschrift, die Auskunft darüber gibt, ob die stellvertretenden Minister und politischen Staatssekretäre Mandatsträger sein müssen. Da ihre Bestimmung in Gesetzen unterhalb des Verfassungsrangs geregelt ist, besteht Anlass, von deren Verfassungswidrigkeit auszugehen.

Ihre Abberufung infolge Gesamtrücktritts des Kabinetts steht mit Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung zwar im Einklang, aber dieser ist seinem Wortlaut nach

34 Siehe Kinoshita, Kazuaki: Parliamentary Democracy in Japan. A Case of the Direct Election of the Prime Minister, in: International Center for Comparative Law and Politics, Graduate School of Law and Politics, The University of Tokyo, ICCLP Publication 7 (2002) 397–406.

nicht beschränkt auf die Abberufung aller Betroffenen zur selben Zeit, sondern lässt auch die Abberufung einzelner durch das Volk zu, die jeder Regelung entbehrt. Auch insoweit sind Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der bestehenden gesetzlichen Bestimmungen im Hinblick auf Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung angebracht.

4.1.2.3. *Öffentlich Bedienstete des Staates*

Bisher ist nur die Spitze der Exekutive des Staates behandelt worden. Unterhalb dieser Ebene gibt es eine große Anzahl öffentlich Bediensteter des Staates, die verschiedene Ränge einnehmen und unter die Regelung des allgemeinen Dienstes (一般職 *ippan shoku*) gem. Art. 2 Ziff. 2 des Gesetzes über die öffentlich Bediensteten des Staates fallen. In Art. 1 Abs. 1 dieses Gesetzes, der die Aufgabe des Gesetzes definiert, findet sich die im Hinblick auf Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung wenig überraschende Formulierung, dass die öffentlich Bediensteten nach demokratischen Methoden ausgewählt werden (... 民主的な方法で、選択され... *...minshuteki na hōhō de, sentaku sare...*). In der dann folgenden Regelung aber ist von diesen demokratischen Methoden nicht mehr die Rede. Kein Wort darüber, wie das Volk in die Auswahl der öffentlich Bediensteten eingebunden ist; keine Bestimmung dazu, dass die Beschäftigung nach einigen Jahren regelmäßig endet und dann bei fortbestehender Eignung des Bediensteten eine Weiterbeschäftigung möglich ist; keine Regelung dazu, wie einzelne Bedienstete vom Volk aus dem Amt entfernt werden können. Sondern der öffentliche Dienst ist in Japan das, was er in vielen anderen Staaten auch ist, nämlich eine auf Dauer angelegte Beschäftigung von Personen, auf die das Volk keinen Einfluss hat, sieht man einmal von einer Dienstaufsichtsbeschwerde oder Strafanzeige ab. Aber die darauf möglicherweise folgenden Disziplinarverfahren, die mit der Amtsenthebung enden können, können vom Staatsvolk nur angeregt werden. Es bedarf keiner Hervorhebung, dass diese Regelungen als im Rang unter der Verfassung stehend im Hinblick auf Art. 15 Abs.1 der japanischen Verfassung kaum Bestand haben dürften.

4.1.2.4. *Exekutives Spitzenorgan der Allgemeinen Gebietskörperschaften*

Anders als auf der Zentralstaatsebene wird das jeweilige Spitzenorgan der Exekutive der Allgemeinen Gebietskörperschaften vom Volk, hier den wahlberechtigten Einwohnern der Allgemeinen Gebietskörperschaft, unmittelbar gewählt. Das folgt aus Art. 93 Abs. 2 der japanischen Verfassung, der insoweit lautet:

„Die Leiter der öffentlichen Gebietskörperschaften..., werden von der Bevölkerung des Bezirks der jeweiligen Gebietskörperschaft unmittelbar gewählt.“

Die einschlägigen Gesetze sind wiederum das Gesetz über Wahlen in öffentliche Ämter i.V.m. dem Gesetz über die Selbstbestimmung der Gebietskörperschaften. Nach Art. 140 Abs. 1 des Gesetzes über die Selbstbestimmung der Gebietskörperschaften beträgt die Amtsperiode des Spitzenorgans der Exekutive vier Jahre. Nach Art. 81 des Gesetzes kann dieser aber auf Antrag der Einwohner durch Einwohnerentscheid vorher abberufen werden. Grundsätzlich wird dieses Verfahren wie

bei den Abgeordneten der Allgemeinen Gebietskörperschaften als *kaishoku* bezeichnet; es findet aber auch der aus dem englischen Sprachgebrauch stammende Begriff des リコール *ri-koru* (recall) Verwendung.

Das Spitzenorgan der Allgemeinen Gebietskörperschaft ist gem. Art. 3 Abs. 3 Ziff. 4 des Gesetzes über die öffentlichen Bediensteten in den Gebietskörperschaften³⁵ ein besonderer öffentlich Bediensteter. Er unterfällt damit der Regelung des Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung. Da er von den wahlberechtigten Einwohnern der Gebietskörperschaft gewählt wird, seine Amtsdauer gesetzlich festgelegt ist, und er zudem auf Antrag und Entscheidung der Einwohner aus seinem Amt abberufen werden kann, ist ein Verstoß gegen Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung nicht zu erkennen. Weiterer Prüfung unter dem Gesichtspunkt des Demokratieprinzips bedarf indes die Frage, ob die rechtlichen Hürden für den Antrag und die Entscheidung über die Abberufung möglicherweise zu hoch sind.

4.1.2.5. *Allgemeine öffentliche Bedienstete der Allgemeinen Gebietskörperschaften*

Das Spitzenorgan der Exekutive stellt nicht sein eigenes Kabinett zusammen, sondern er arbeitet nur an der Spitze der von den öffentlichen Bediensteten der Allgemeinen Gebietskörperschaften gebildeten Pyramide. Ihre Rechtstellung folgt dem schon genannten Gesetz über die öffentlichen Bediensteten in den Gebietskörperschaften. In dessen Art. 1, der die Aufgaben des Gesetzes erläutert, fällt zwar der Begriff „demokratisch“, aber er hat dort keinen Bezug zu Bestimmung und Abberufung der öffentlich Bediensteten durch die wahlberechtigten Einwohner.³⁶ Das Gesetz über die öffentlich Bediensteten der Gebietskörperschaften enthält zwar Regelungen über die Ernennung und die Entlassung der öffentlich Bediensteten, aber diese lassen die Regelung des Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung unbeachtet. Ein Verstoß des Gesetzes gegen die in Rede stehende Vorschrift der Verfassung muss deshalb angenommen werden.

4.1.2.6. *Zwischenergebnis*

Die Bestimmung der Exekutive begegnet sowohl auf der zentralstaatlichen Ebene als auch auf der Ebene der Allgemeinen Gebietskörperschaften vor dem Hintergrund des Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung verfassungsrechtlichen Bedenken.

Die Mandatsträger im Kabinett sind nur mittelbar demokratisch legitimiert, die Mitglieder des Kabinetts, die nicht Mandatsträger sind, gar nicht. Das gilt noch mehr für die Ebene des „politischen Triumvirats“, weil diese vom Kabinett, in dem demokratisch nicht legitimierte Mitglieder sitzen können, bestimmt werden. Für die Bestimmung des Rests der Administration auf der Zentralstaatsebene ist

35 地方公務員法 *chihō kōmuin hō*, Gesetz Nr. 261/1950, zuletzt geändert durch Gesetz Nr. 75/2021. Übersetzungen in eine europäische Sprache sind, soweit ersichtlich, nicht vorhanden.

36 Die rechtliche Folge des Begriffes demokratisch an dieser Stelle ist deshalb umstritten. Siehe dazu Scheer, Matthias: Grundzüge des Rechts des öffentlichen Dienstes in Japan. Institut für Asienkunde: Hamburg 1977, S. 50 f.

eine demokratische Legitimation zwar im einschlägigen Gesetz vorgesehen, aber nicht umgesetzt.

Auf der Ebene der Allgemeinen Gebietskörperschaft ist nur der Leiter der Exekutive demokratisch legitimiert, weil er direkt von der wahlberechtigten Einwohnerschaft der Gebietskörperschaft gewählt wird. Für die Bestimmung des Rests der Administration der Gebietskörperschaft wird der erforderliche Versuch einer demokratischen Legitimation nicht einmal gemacht.

Ein Mangel an demokratischer Legitimation zeigt sich auch im Hinblick auf die Abberufung. Für das Kabinett und das „politische Triumvirat“ auf Zentralstaatsebene ist die Amtsdauer durch die Legislaturperiode des Unterhauses begrenzt, was dem demokratischen Prinzip der Inhaberschaft eines öffentlichen Amtes auf Zeit gerecht wird. Eine Abberufung des Kabinetts in seiner Gesamtheit oder die Abberufung einzelner Kabinettsmitglieder und damit zugleich des „politischen Triumvirats“ in seiner Gesamtheit bzw. einzelnen Mitgliedern durch das Volk ist nicht vorgesehen. Das gilt erst recht für den Rest der Mitglieder der zentralstaatlichen Administration.

Die Abberufung der Spitze der Exekutive durch die wahlberechtigten Einwohner in den Allgemeinen Gebietskörperschaften wird dem Demokratieprinzip gerecht. Damit wird auch hier wieder deutlich, dass die Regelungen in den Allgemeinen Gebietskörperschaften wesentlich stärker von einem demokratischen Verständnis zeugen, als die auf der Zentralstaatsebene. Es bleibt allerdings die Frage, ob die verfassungskonforme Bestimmung und Abberufung allein des Spitzenorgans der Allgemeinen Gebietskörperschaft dem Demokratieprinzip gerecht wird.

4.1.3. *Judikative*

Die Judikative ist in Japan eine Einrichtung allein auf zentralstaatlicher Ebene. Sie verfügt mit der im Obersten Gerichtshof Japans ansässigen Administration über ihre eigene Verwaltung. Der Instanzenzug ist vergleichsweise einfach strukturiert. Auf der untersten Ebene befinden sich die Gerichte für summarische Verfahren (簡易裁判所 *kan'i saibansho*), darüber die Distriktgerichte (地方裁判所 *chihō saibansho*), gefolgt von den Obergerichten (高等裁判所 *kōtō saibansho*), und an der Spitze steht der Oberste Gerichtshof. Diese Gerichtsorganisation behandelt alle Fälle, freilich nach verschiedenen Prozessrechten. Als Sondergerichte existieren nur solche für Familiensachen (家庭裁判所 *katei saibansho*) und ein besonderer Spruchkörper für gewerblichen Rechtsschutz (知的財産高等裁判所 *chiteki zaisan kōtō saibansho*) beim Obergericht in Tokyo. Die richterliche Tätigkeit wird bei den Gerichten von Richtern (裁判官 *saibankan*) ausgeübt, die in unterschiedlich besetzten Spruchkörpern tätig werden. Die Richter sind grundsätzlich³⁷ Volljuristen, d.h. dass sie zunächst die staatliche Prüfung für den Eintritt in

37 Es gibt Ausnahmen für Richter an summarischen Gerichten, die eine Laufbahn in der Justizverwaltung nachweisen können und für Richter am Obersten Gerichtshof, an dem es z.B. auch Universitätsprofessoren des Rechts geben kann, die nicht Volljuristen sind.

den juristischen Vorbereitungsdienst (司法試験 *shihō shiken*) erfolgreich bestanden haben und dann die zweite staatliche Prüfung (二次試験 *niji shiken*) nach Absolvierung des juristischen Vorbereitungsdienstes.

4.1.3.1. Richter des Obersten Gerichtshofs

Art. 79 Abs. 1 der japanischen Verfassung befasst sich mit der Bestimmung der Richter am Obersten Gerichtshof. Er lautet:

„Der Oberste Gerichtshof besteht aus einem Präsidenten und aus einer Zahl von Richtern wie vom Gesetz bestimmt. Mit Ausnahme des Präsidenten werden alle diese Richter vom Kabinett ernannt.“

Das in Bezug genommene Gesetz ist das Gerichtsgesetz³⁸. Es regelt in Art. 5 Abs. 3, dass die Anzahl der Richter am Obersten Gerichtshof neben dem Präsidenten 14 beträgt. Alle Richter am Obersten Gerichtshof werden vom Kabinett ernannt. Der Satz 2 der zitierten Verfassungsbestimmung ist leicht missverständlich, weil damit lediglich gemeint ist, dass die offizielle Ernennung des Präsidenten des Obersten Gerichtshofs nicht durch das Kabinett, sondern nach Vorschlag durch das Kabinett durch den *Tennō* erfolgt, was aber nur eine reine Formalität darstellt.

Zur Abberufung der Richter am Obersten Gerichtshof verhält sich die Verfassung auch. Art. 79 Abs. 2, 3 und 4 lauten:

„Die Ernennung der Richter des Obersten Gerichtshofes unterliegt einer Überprüfung durch das Volk anlässlich der ersten auf die Ernennung folgenden Wahl der Mitglieder des Unterhauses; eine erneute Überprüfung findet anlässlich der ersten Wahl der Mitglieder des Unterhauses nach Ablauf von zehn Jahren statt und danach in gleicher Weise.“

„Wenn sich die Mehrheit der Wähler in Fällen, wie sie im vorhergehenden Absatz erwähnt sind, für die Entlassung eines Richters ausspricht, wird er entlassen.“

„Die Einzelheiten hinsichtlich der Überprüfung werden durch Gesetz bestimmt.“

Das Ausführungsgesetz zu Art. 79 Abs. 4 der japanischen Verfassung ist das Gesetz zur Überprüfung der Richter des Obersten Gerichtshofs durch das Volk.³⁹ Anlässlich der Wahl zum Unterhaus werden diejenigen Richter des Obersten Gerichtshofs zur Überprüfung gestellt, die seit der letzten Wahl zum Unterhaus neu ernannt worden sind und diejenigen, die zwischen zwei Wahlterminen eine zehnjährige Amtszeit hinter sich gebracht haben.

Eine weitere Bestimmung zur Abberufung von Richtern enthält Art. 78 der japanischen Verfassung. Dort heißt es:

38 裁判所法 *saibansho hō*: Gesetz Nr. 59/1947, zuletzt geändert durch Gesetz Nr. 23/2017. Deutschsprachige Übersetzung, soweit ersichtlich, nicht vorhanden. Eine englischsprachige Übersetzung unter dem Titel „Court Act“ findet sich auf der Homepage der japanischen Regierung: Japan Law Translation unter der Internetadresse <https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/1894/en>. Allerdings ist der Stand der Übersetzung nicht angegeben.

39 最高裁判所裁判官国民審査法 *saikō saibansho saibankan kokumin shinsa hō*: Gesetz Nr. 136/1947, zuletzt geändert durch Gesetz Nr. 1/2019. Übersetzungen in eine europäische Sprache sind, soweit ersichtlich, nicht vorhanden.

„Richter dürfen nicht aus ihrem Amt entfernt werden, außer durch öffentliche Anklage, es sei denn, dass richterlich erklärt wird, dass sie zur Ausübung ihrer Amtspflichten geistig oder körperlich inkompetent sind. Kein Organ oder Amt der vollziehenden Gewalt darf Disziplinarmaßnahmen gegen Richter ergreifen.“

Die Vorschrift regelt drei verschiedene Fälle. Zum einen das Verfahren eines nach Art. 64 Abs. 1 und 2 der japanischen Verfassung aus Mandatsträgern beider Häuser des Parlaments zusammengesetzten Gremiums für die Amtsenthebung von Richtern, das etwas irreführend Gericht genannt wird, nämlich 弾劾裁判所 *dangai saibansho*, was man mit Berufsgericht übersetzen kann. Das Verfahren dieses Gremiums folgt den Artt. 125–129 des Parlamentsgesetzes i.V.m. dem Gesetz über das Berufsgericht für Richter⁴⁰. Danach kann sich jedermann an den auf Basis des Gesetzes gebildeten Anklageausschuss (訴追委員会 *sotsui iinkai*) mit der Bitte wenden, den Richter beim Berufsgericht anzuklagen. Das andere Verfahren befasst sich mit einer möglicherweise vorliegenden Dienstunfähigkeit. Dieses wird in der dargestellten ordentlichen Gerichtsbarkeit anhängig gemacht. Es folgt den Regeln des Gerichtsgesetzes i.V.m. dem Gesetz über den Richterstand.⁴¹ Antragsberechtigt für das Verfahren ist aber nicht jedermann, sondern nur die Stelle, die die Dienstaufsicht über den Richter innehat. Der dritte geregelte Fall besagt nur, dass die Exekutive nicht gegen Richter vorgehen kann, was sich schon aus der dem Rechtsstaatsprinzip inhärenten Gewaltenteilung ergibt und gleichzeitig rechtsstaatliche Zweifel an der Existenz des Berufsgerichts für Richter in der Legislative weckt.

Die Richter sind gem. Art. 3 Abs. 2 Ziff. 13 des Gesetzes über öffentliche Bedienstete des Staates besondere Bedienstete des Staates. Deshalb unterliegt ihre Bestimmung und Abberufung Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung.

Die Bestimmung der Obersten Richter aber erfolgt nicht durch das Volk, sondern durch das Kabinett. Sie sind damit demokratisch nicht unmittelbar legitimiert, sondern allenfalls mittelbar, falls sich das Kabinett ausschließlich aus Mandatsträgern zusammensetzt. Falls das nicht der Fall ist, sind sie auch nicht mittelbar demokratisch legitimiert.⁴²

Die Möglichkeit der Abberufung der Obersten Richter durch das Volk hingegen folgt dem Verfassungsgrundsatz Demokratie. Das Volk kann ihnen bei der ersten Wahl nach der Ernennung das Misstrauen aussprechen, womit sie dann zu entlassen sind. Die Wiederholung der Überprüfung bei der ersten Wahl zum Unterhaus nach 10 Dienstjahren entspricht dem demokratischen Grundsatz, dass öf-

40 裁判官弾劾法 *saibankan dangai hō*: Gesetz Nr. 137/1947, zuletzt geändert durch Gesetz Nr. 39/1993. Eine Übersetzung in eine europäische Sprache ist, soweit ersichtlich, nicht vorhanden.

41 裁判官分限法 *saibankan bungen hō*: Gesetz Nr. 127/1947, zuletzt geändert durch Gesetz Nr. 53/2011. Eine Übersetzung in eine europäische Sprache ist, soweit ersichtlich, nicht vorhanden.

42 Der Oberste Gerichtshof Japans hatte, soweit ersichtlich, nur einmal Gelegenheit, sich mit dem Gesetz über die Überprüfung der Richter durch das Staatsvolk zu befassen. Er hat die Gelegenheit nicht genutzt, das Gesetz als Ausdruck des Demokratieprinzips darzustellen; siehe Eisenhardt, Ulrich u.a. (Hg.): Japanische Entscheidungen zum Verfassungsrecht in deutscher Sprache. Heymanns: Köln u.a. 1998, S. 458 ff.

fentliche Ämter nur auf Zeit vergeben sind und damit nach Ablauf der Frist automatisch enden, oder aber nach Ablauf der Frist einer erneuten Entscheidung des Volkes unterworfen werden.

Der Amtsverlust infolge berufsgerichtlicher Entscheidung ist kein Ersatz für die Abberufungsmöglichkeit gem. Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung, weil dort nur eine Eingabe beim Anklageausschuss möglich ist.

4.1.3.2. *Andere Richter*

Auch zur Bestimmung und Abberufung der Richter der unteren Gerichte (下級裁判所 *kakyū saibansho*) enthält die japanische Verfassung eine Bestimmung in Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und 2. Sie lautet:

„Die Richter der unteren Gerichte werden vom Kabinett aus einer Liste von Personen ernannt, die vom Obersten Gerichtshof aufgestellt wurde. Die Amtszeit aller dieser Richter beträgt zehn Jahre, mit dem Vorrecht einer Wiederernennung.“

Dass die Richter besondere öffentliche Bedienstete des Staates sind und deshalb der Regelung des Art. 15 Abs.1 der japanischen Verfassung unterfallen, wurde schon ausgeführt. Ihre Bestimmung durch Ernennung seitens des Kabinetts wird ebenso wie bei den Richtern des Obersten Gerichtshofs dem Demokratieprinzip nicht gerecht. Der automatische Verlust ihrer Amtsstellung nach 10 Jahren wird hingegen den demokratischen Grundsatz einer Vergabe öffentlicher Ämter auf Zeit gerecht.

Für den Verlust der Amtsstellung durch Entscheidung des Berufsgenichts gilt das zu den Obersten Richtern Ausgeführte.

4.1.3.3. *Nichtrichterliche öffentlich Bedienstete der Judikative*

Die Rechtsstellung der nichtrichterlichen öffentlich Bediensteten der Judikative ist nicht in einem Gesetz einheitlich geregelt. Sie sind aber alle besondere öffentliche Bedienstete des Gesetzes über öffentliche Bedienstete des Staates. Ihre Bestimmung und Abberufung erfolgt nicht durch das Volk. Ein Verstoß gegen Art. 15 Abs. 1 der Verfassung ist insbesondere vor dem Hintergrund, dass es sich um Rechtsnormen im Rang unter der Verfassung handelt, anzunehmen.

4.1.3.4. *Zwischenergebnis*

Bei der Bestimmung der Richter ist von einem demokratischen Defizit auszugehen, das ein Verstoß gegen Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung sein könnte. Da die einschlägigen Vorschriften sich aber in der Verfassung selbst finden und damit Gleichrangigkeit mit Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung beanspruchen können, lässt sich wiederum der Standpunkt einnehmen, die Bestimmung der Richter sei als Ausnahme von Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung zu werten und damit kein Verfassungsverstoß. Hier stellt sich aber erneut die Frage, ob dem Demokratieprinzip eine eigenständige Bedeutung zukommt, der eine Einhaltung des Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung erzwingt.

Die Möglichkeit der Abberufung der Richter des Obersten Gerichtshofs durch das Staatsvolk bzw. die automatische Beendigung der Amtsstellung nach 10 Jahren bei den Richtern der unteren Gerichte hingegen entsprechen dem Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung.

Die Regelungen über Bestimmung und Abberufung der anderen öffentlich Bediensteten im Justizdienst wiederum sind im Lichte des Art. 15 Abs. 1 der japanischen Verfassung als verfassungswidrig anzusehen, weil sie im Rang unterhalb der Verfassung stehen.

4.2. Direkte Demokratie

Wie schon ausgeführt, sind in der japanischen Verfassung auch Fälle der direkten Demokratie geregelt. D.h. in bestimmten Fällen wird die Entscheidung über Sachfragen nicht allein den dafür vom Staatsvolk bestimmten Inhabern öffentlicher Ämter überlassen, sondern es ist eine Entscheidung des Volkes selbst vorgesehen. Eine allgemeine Vorschrift zum Umgang mit der direkten Demokratie und ihr Verhältnis zur indirekten Demokratie fehlen indes in der japanischen Verfassung.

4.2.1. Volksabstimmung

Eine Volksabstimmung wird verlangt für den Fall einer Verfassungsänderung. Art. 96 Abs. 1 der japanischen Verfassung bestimmt:

„Änderungen dieser Verfassung bedürfen der Initiative des Parlaments Die Änderung ist dem Volke vorzulegen und bedarf dessen Zustimmung, wozu bei einer besonderen Volksabstimmung oder bei einer vom Parlament bezeichneten Wahl erforderlich ist, dass die Mehrheit aller hierbei abgegebenen Stimmen zustimmt.“

Die Einzelheiten sind im Gesetz über das Verfahren bei der Änderung der Verfassung⁴³ geregelt.

4.2.2. Einwohnerentscheid

Einwohnerentscheide sind auf der Basis von staatlichen Gesetzen vorgesehen, die die Teilung, Verschmelzung und Auflösung von öffentlichen Gebietskörperschaften ermöglichen. Dabei kommt es vor allem auf die Zustimmung der betroffenen wahlberechtigten Einwohner zur Gründung eines Gremiums an, das für die Durchführung der Maßnahme verantwortlich ist. Ein aktuelles Beispiel liefern Präfektur und Stadt Osaka. Dort wird auf der Basis eines solchen staatlichen Gesetzes⁴⁴ seit Jahren versucht, die Stadt Osaka aufzulösen und an ihrer Stelle besondere Gebiets-

43 日本国憲法の改正手続に関する法律 *nihonkoku kenpō no kaisei tetsuzuki ni kan suru hōritsu*, Gesetz Nr. 51/2007, zuletzt geändert durch Gesetz Nr. 16/2019. Eine Übersetzung in eine europäische Sprache ist, soweit ersichtlich, nicht vorhanden.

44 大都市地域における特別区の設置に関する法律 *daitoshi chiiki ni okeru tokubetsu ku no secchi ni kan suru hōritsu*, Gesetz Nr. 80/2012, zuletzt geändert durch Gesetz 42/2014. Eine Übersetzung in eine europäische Sprache ist, soweit ersichtlich, nicht vorhanden.

körperschaften (特別区 *tokubetsu ku*) zu schaffen, um nach dem Vorbild der Präfektur Tokyo, deren Stadt Tokyo schon vor vielen Jahren aufgelöst wurde, Doppelarbeit zu beseitigen. Die Einwohner der Stadt Osaka haben aber in den Jahren 2015 und 2020 ihre Zustimmung versagt.

In diesem Zusammenhang steht Art. 95 der japanischen Verfassung, der folgenden Wortlaut hat:

„Ein Sondergesetz, das nur auf eine öffentliche Gebietskörperschaft Anwendung findet, kann vom staatlichen Parlament nicht ohne die in Übereinstimmung mit dem Gesetz erhaltene Mehrheit der Einwohner der betroffenen Gebietskörperschaft beschlossen werden.“

Wenn also durch staatliches Gesetz eine bestimmte Gebietskörperschaft angesprochen wird, bedarf das Gesetz zur Wirksamkeit der Einwilligung der betroffenen Einwohner. Soweit ersichtlich, aber hat es bisher ein solches Maßnahmegesetz nicht gegeben.

4.2.3. Weitere Fälle

Eine Volksabstimmung aber dürfte auch in anderen Situationen vonnöten sein. Das sind vor allem Fälle, die vom Rechtsstaatsprinzip gefordert werden. Ein Element des Rechtsstaatsprinzips ist z.B. die Inkompatibilität eines Staatsorgans für eine Sachfrage. So können die Abgeordneten des Parlaments nicht über ihre eigene Rechtsstellung befinden.⁴⁵

4.2.4. Zwischenergebnis

Der Einsatz der direkten Demokratie durch Volksabstimmungen oder Einwohnerentscheide ist eine wichtige Ausprägung des Demokratieprinzips. Es dürfte deshalb nicht ausreichen, wenn die Verfassung nur einige Anwendungen regelt, zumal Art. 95 der japanischen Verfassung, soweit ersichtlich, bisher nicht zur Anwendung kam. Auch zur Geltung der direkten Demokratie im Bereich der Selbstbestimmung der Gebietskörperschaften ist eine Festlegung nötig.

5. Ausblick

Im Ergebnis dürfte deutlich geworden sein, dass es demokratische Legitimationsdefizite in allen drei Teilgewalten der japanischen Staatsgewalt gibt. Es stellt sich damit die Frage, wie diese beseitigt werden können.

Dabei ist zuerst die dem Obersten Gerichtshof zustehende Verfassungsgerichtsbarkeit ins Blickfeld zu nehmen, denn dieser kann eine gesetzliche Regelung für verfassungswidrig erklären. Da aber, soweit ersichtlich, bisher das Demokratieprinzip durch das Gericht weder als Auslegungsrichtschnur noch als Verfassungsgrundsatz mit eigenständiger Bedeutung angesehen wurde, der es vermag, Regelungslü-

45 Dazu Menkhaus (Fn. 20).

cken zu füllen, dürfen insoweit die Erwartungen nicht zu hoch geschraubt werden. Nimmt man hinzu, dass die Anzahl der Fälle, in denen der Oberste Gerichtshof die Verfassungswidrigkeit einer Norm ausgesprochen hat, sehr begrenzt ist,⁴⁶ werden mögliche Erwartungen weiter getrübt. Schließlich hat das Gericht keine Verwerfungskompetenz, d.h. für die endgültige Beseitigung der Verfassungswidrigkeit bedarf es des Gesetzgebers.

Was bleibt, ist eine Verfassungsänderung, die aber in Japan wegen der überhohen rechtlichen Schranken, die dafür überwunden werden müssen, bisher nicht ein einziges Mal erfolgt ist. Bei einer Verfassungsänderung wäre zu bedenken, ob der Art. 15 Abs.1 der japanischen Verfassung mit seinem gegenwärtigen Wortlaut Bestand haben sollte. Denn mit ihm wird zwar das Demokratieprinzip sehr hoch gehalten, er birgt aber das Potential instabiler Verhältnisse und macht den öffentlichen Dienst unattraktiv.

Ob eine Präsidialverfassung in dem Sinne, dass neben der Legislative auch die Exekutive vom Volk bestimmt wird, die Situation verbessert, ist fraglich, wenn die demokratische Legitimation nur der Spitze der Exekutive zugutekäme. Zu denken wäre indes unter dem Vorbehalt der Aufhebung der demokratischen Defizite in der Legislative an einen weitreichenden Parlamentsvorbehalt für Entscheidungen des Kabinetts. Damit könnte auch die unter dem Gesichtspunkt des Rechtsstaatsprinzips kaum vertretbare Vorschrift des Art. 41 erster Halbsatz der japanischen Verfassung, die das Parlament als das höchste Organ der Staatsgewalt bezeichnet, gerettet werden. Denn dann wäre die Legislative das am stärksten demokratisch legitimierte Organ, von dem die anderen Staatsgewalten mittelbar demokratisch legitimiert würden.

In jedem Fall bedarf es einer grundlegenden Bestimmung zum Umfang der Geltung der direkten Demokratie und ihr Verhältnis zur indirekten Demokratie.

Literaturverzeichnis

- Ackerman, Bruce: The New Separation of Powers, in: Harvard Law Review 113 (2000) S. 633 ff.
- Ando, Junko: Die Entstehung der Meiji-Verfassung. Zur Rolle des deutschen Konstitutionalismus im modernen japanischen Staatswesen. Iudicium: München 2000.
- Bisson, Thomas Arthur: Prospects for Democracy in Japan. Macmillan: New York 1949.
- Bowen, Roger W.: Japan's Dysfunctional Democracy. The Liberal Democratic Party and Structural Corruption. M. E. Sharpe: Armonk 2003.
- Brorsen, Werner (Hg.): Die Verfassungen der Erde in deutscher Sprache nach dem jeweils neuesten Stande, 2. Lieferung. Mohr: Tübingen 1951.
- Brunn, Paul: Die Verfassungsurkunde für das Kaiserreich Japan. Carl Heymanns: Berlin 1890.
- Brunn, Paul: Die Verfassungsurkunde für das Kaiserreich Japan. Philipp Reclams: Leipzig 1898.

46 Siehe dazu Menkhau, Heinrich: Die Verfassungskultur in Japan aus deutscher Sicht. Konrad Adenauer Stiftung, Japan Office: Tokyo 2016.

- Bruns, Gabriele: Die japanische Demokratie. Peter Lang: Frankfurt/Main u.a. 1999.
- Eisenhardt, Ulrich u.a. (Hg.): Japanische Entscheidungen zum Verfassungsrecht in deutscher Sprache. Carl Heymanns: Köln u.a. 1998.
- Franz, Günther (Hg.): Staatsverfassungen. Eine Sammlung wichtiger Verfassungen der Vergangenheit und Gegenwart in Urtext und Übersetzung. 2. Aufl. Oldenbourg: München 1964.
- Fujii, Shinichi: Japanisches Verfassungsrecht. Yuhikaku: Tokyo 1941.
- Horn, Hans-Detlef: Vom Staat der Demokratie. Ferdinand Schöningh: Paderborn 2015.
- Hoshii, Iwao (Herzog, Peter J.): Japan's Pseudo Democracy: New York University Press: New York 1993.
- Ike, Nobutaka: Japanese Politics: Patron-Client Democracy. 2nd ed. Knopf: New York 1972.
- Ike, Nobutaka: The Beginnings of Political Democracy in Japan. The Johns Hopkins Press: Baltimore 1950.
- Ike, Nobutaka: Theory of Japanese Democracy: Westview Press: Boulder 1978.
- Kinoshita, Kazuaki: Parliamentary Democracy in Japan. A Case of the Direct Election of the Prime Minister, in: International Center for Comparative Law and Politics, Graduate School of Law and Politics, The University of Tokyo, ICCLP Publication 7 (2002) S. 397 ff.
- Klein, Axel/Winkler, Chris: Analyse politischer Systeme: Japan. 2. Aufl. Wochenschauverlag: Schwalbach/Ts. 2012.
- Kobayashi, Takejiro: Die japanische Verfassung verglichen mit ihren europäischen Vorbildern. Diss. Rostock 1902.
- Kokubun, Noriko: Die Bedeutung der deutschen für die japanische Staatslehre unter der Meiji-Verfassung. Frankfurt: Lang 1993.
- Köllner, Patrick: Die Machtposition des japanischen Regierungschefs, in: Japanstudien 18 (2006) S. 271 ff.
- Krauss, Ellis S./Ishida, Takeshi (Ed): Democracy in Japan. University of Pittsburgh: Pittsburgh 1989.
- Krauss, Ellis S.: Japan's Democracy. How Much Change? Foreign Policy Association: New York 1995.
- Matsui, Shigenori: The Constitution of Japan. A Contextual Analysis. Hart: Oxford & Portland (Oregon) 2011.
- Matsunami, Ni'ichiro: Die japanische Verfassung vom 11. Februar 1889, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament B 40–41 (1964), S. 8 ff.
- Matsunami, Ni'ichiro: Die japanische Verfassung, in: Nippon, Zeitschrift für Japanologie 7/1 (1941), S. 1 ff.
- Menkhaus, Heinrich: Das japanische Rechtsstaatsverständnis, in: Rosenau, Henning/Kunig, Philip/Yildiz, Ali Kemal (Hg.): Rechtsstaat und Strafrecht. Deutsch-Japanisch-Türkisches Symposium zum Rechtsstaat. Mohr Siebeck: Tübingen 2020, S. 23 ff.
- Menkhaus, Heinrich: Der Wert eines Japaners im heimatlichen Großstadtschungel. Das aktive Wahlrecht im Einpersonenwahlbezirk bei den japanischen Unterhauswahlen im Spannungsfeld der Grundrechte Gleichheit und Freizügigkeit sowie der Verfassungsgrundsätze Demokratie und Rechtsstaat, in: Meiji Law Journal 23 (2016) S. 1 ff.
- Menkhaus, Heinrich: Deutsche Juristen in Japan während der *Meiji*-Zeit. Probleme bei der wissenschaftlichen Aufarbeitung ihrer Arbeit in Japan, in: Shin, Yu-Cheol (Hg.): Rezeption europäischer Rechte in Ostasien. Bobmunsa: Seoul 2013, S. 71 ff.
- Menkhaus, Heinrich: Die japanische Verwaltungs- und Kabinettsreform 2001, in: OAG Notizen 4 (2001) S. 25 ff.

- Menkhaus, Heinrich: Die Verfassungskultur in Japan aus deutscher Sicht. Konrad Adenauer Stiftung, Japan Office: Tokyo 2016.
- Menkhaus, Heinrich: Rechtsstaat Japan? Konstitutive Elemente und Gefährdungen, in: Yamaguchi, Karin/Wördemann, Raimund (Hg.): Länderbericht Japan. Bundeszentrale für politische Bildung: Bonn 2014, S. 213 ff.
- Mizayawa, Toshiyoshi: Verfassungsrecht (*Kempō*), übersetzt, bearbeitet und herausgegeben von Robert Heuser und Yamasaki Kazuaki. Heymanns: Köln u.a. 1986.
- Neumann, Reinhard: Änderung und Wandlung der japanischen Verfassung. Heymanns: Köln 1982.
- Nishi, Toshio: Unconditional Democracy. Education and Politics in Occupied Japan 1945–1952. Hoover Institution Press: Stanford 1982.
- Nishihara, Hiroshi: Zwischen Staatsabhängigkeit und Repräsentationsdefizit: Warum akzeptieren viele Japaner die anti-freiheitliche Verfassungsreform der LDP?, in: Jestaedt, Matthias/Suzuki, Hidemi (Hg.): Verfassungsentwicklung I: Auslegung, Wandlung und Änderung der Verfassung. Deutsch-Japanisches Verfassungsgespräch 2015. Mohr Siebeck: Tübingen 2017, 115 ff.
- Over, Heinrich: Die japanische Staatsverfassung und die sie ergänzenden Gesetze. Diss. Leipzig 1908.
- Richardson, Bradley M.: Japanese Democracy. Power, Coordination and Performance. Yale University Press: New Haven 1997.
- Riese, Friedrich: Japans staatsrechtliche und politische Modernisierung. Diss. Würzburg 1926.
- Röhl, Wilhelm: Die japanische Verfassung. Metzner: Köln 1963.
- Röhl, Wilhelm: Das japanische Verfassungsrecht, in: Oriens Extremus 33/1 (1990), S. 28 ff.
- Scheer, Matthias: Grundzüge des Rechts des öffentlichen Dienstes in Japan. Institut für Asienkunde: Hamburg 1977.
- Scheiner, Ethan: Democracy without Competition in Japan: Opposition Failure in a One-Party Dominant State. Cambridge University Press: Cambridge 2006.
- Schenck, Paul-Christian: Der deutsche Anteil an der Gestaltung des modernen japanischen Rechts- und Verfassungswesens. Franz Steiner: Stuttgart 1997.
- Sell, Kurt: Japan, in: Posener, Paul (Hg.): Die Staatsverfassungen des Erdballs. Fichtner: Charlottenburg 1909.
- Shiyake, Masanori: Ein Beitrag zur Diskussion über den Begriff der Volkssouveränität in der japanischen Verfassung, in: Murswiek, Dietrich/Storost, Ulrich/Wolff, Heinrich A. (Hg.): Staat – Souveränität – Verfassung. Festschrift für Helmut Quaritsch. Duncker & Humblot: Berlin 2000, S. 183 ff.
- Shiyake, Masanori: Ein kleiner Beitrag zum Begriff des Staates und der Volkssouveränität in der japanischen Verfassung, in: Takii, Kazuhiro/Wachutka, Michael (Hg.): Staatsverständnis in Japan. Ideen und Wirklichkeiten des japanischen Staates in der Moderne. Nomos: Baden Baden 2016, S. 175 ff.
- Siemes, Johannes: Die Gründung des modernen japanischen Staates und das deutsche Staatsrecht. Duncker & Humblot: Berlin 1975.
- Smith, Daniel M.: Dynasties and Democracy. The Inherited Incumbency Advantage in Japan. Stanford University Press: Stanford 2018.
- Stern, Klaus: Verfassungsreformpläne in Deutschland und Japan, in: Nihon University Comparative Law 23 (2006) S. 1 ff.
- Tenbrock, Robert-Hermann (Hg.): Außerdeutsche Verfassungen, Band II. Ferdinand Schöningh: Paderborn 1962.

- Ward, Robert Edward/Sakamoto, Yoshikazu (Ed.): Democratizing Japan. The Allied Occupation. University of Hawaii: Honolulu 1987.
- Woodall, Brian: Growing Democracy in Japan. The Parliamentary Cabinet System in Japan Since 1868. University Press of Kentucky: Lexington 2014.
- Zachert Herbert: Die japanische Verfassung vom 3. November 1946, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zu Das Parlament, B 40–41 (1964), S. 13 ff.

Verstößt die Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts gegen das Rechtsstaatsprinzip?

Eine rechtvergleichende Untersuchung im chinesischen und deutschen Recht

Mengjue Liu / Zhengyu Zhang

Abstract Deutsch

Die Verwaltungsakzessorietät beschäftigt sich mit der Frage, ob und wann und auf welche Weise das Strafrecht an das Verwaltungsrecht gekoppelt ist. Im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip sowohl in Deutschland als auch in China sind die Verwaltungsakzessorietät und der damit verbundene Einfluss auf das Strafrecht bis heute Gegenstand vielfältiger Kritik, besonders im Umweltstrafrecht. Unter Verwaltungsaktakzessorietät versteht man im Grundsatz die Abhängigkeit von der Wirksamkeit eines Verwaltungsakts. Wenn die rechtliche Verbindlichkeit eines Verwaltungsakts an eine Verwaltungsnorm gebunden ist, entscheidet die Rechtmäßigkeit der Verwaltungsnorm über die Strafbarkeit des Verhaltens.

Ein nachvollziehbares Verständnis der Verwaltungsaktakzessorietät soll wie folgt lauten: Das Strafrecht kann ein materiell und formell verwaltungsrechtmäßiges Verhalten unter keinen Umständen mit Strafe belegen. Andererseits führt die Nichtigkeit des Verwaltungsakts zu einer *ex tunc*-Unwirksamkeit. Demgemäß löst sie keine Folgepflicht der Adressaten aus. Bei einem vollziehbaren oder wirksamen, materiell-rechtlich aber rechtswidrigen Verwaltungsakt fordert die Einheit der Rechtsordnung nicht, dass das Strafrecht der Verwaltungsnorm streng folgt, sondern die Strafbarkeit kann im Interesse des Betroffenen zusätzlich die materielle Rechtmäßigkeit des ihn belastenden Verwaltungsakts verlangen. Denn wenn der Verwaltungsakt rechtlich unerlaubt ist, kann man die strafrechtliche Reaktionsbedürftigkeit mit der Begründung verneinen, dass es im Strafrecht nicht um die Bestrafung bloßen Verwaltungsungehorsams geht. Eine Handlung, die auf Grund eines rechtsmissbräuchlich erlangten Verwaltungsakts ausgeführt wird, soll im Strafrecht von Anfang an als eine Handlung ohne Genehmigung angesehen werden und daher als strafrechtlich nicht erlaubt gelten. Daraus lässt sich erkennen, dass die verwaltungsrechtliche Regelung über das Strafrecht abgeändert wird.

Abstract English

Administrative accessoriness deals with the question of whether and when and in what way criminal law is linked to administrative law. With regard to the rule of law principle in both Germany and China, administrative accessoriness and the associated influence on criminal law have been the subject of diverse criticism to this day, especially in environmental criminal law. In principle, the accessoriness of administrative acts means the dependence on the effectiveness of an administrative act. If the legally binding nature of an administrative act is tied to an administrative norm, the legality of the administrative norm determines the criminal liability of the conduct.

A comprehensible understanding of the accessoriness of administrative acts should read as follows: Criminal law cannot, under any circumstances, impose a penalty on

conduct that is substantively and formally in compliance with administrative law. On the other hand, the nullity of the administrative act leads to *ex tunc* invalidity. Accordingly, it does not trigger any consequential obligation on the part of the addressees. In the case of an administrative act that is enforceable or effective but substantively illegal, the unity of the legal order does not require that criminal law strictly follow the administrative norm; rather, in the interest of the person concerned, criminal liability may additionally require the substantive legality of the administrative act that incriminates him. For if the administrative act is legally impermissible, the need for a criminal response can be denied on the grounds that criminal law is not concerned with punishing mere administrative disobedience. In criminal law, an act performed on the basis of an administrative act obtained in violation of the law is to be regarded from the outset as an act without authorization and therefore as not permitted under criminal law. It can be seen from this that the administrative law regulation is amended via the criminal law.

1. Einleitung

Die Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts stellt sich als ein grundlegendes Problem im Bereich des Umweltstrafrechts dar. Die Verwaltungsakzessorietät beschäftigt sich mit der Frage, ob und wann und auf welche Weise das Strafrecht an das Verwaltungsrecht gekoppelt ist. Der Gegenpol zur Akzessorietät ist die eigenständige strafrechtliche Beurteilung des zu regelnden Lebenssachverhaltes.

Unter Verwaltungsakzessorietät versteht man die Anbindung und Abhängigkeit des Umweltstrafrechts von Vorgaben des Verwaltungsrechts.¹ Mit dieser Gesetzestechnik hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, die Voraussetzungen der Strafbarkeit abschließend zu umschreiben und stattdessen auf vorgegebene Anordnungen des Verwaltungsrechts verwiesen.² Ob ein Umweltstraftatbestand erfüllt bzw. Umweltstrafunrecht verwirklicht ist, kann danach nicht – wie ganz überwiegend im Kernstrafrecht – ausschließlich aufgrund des Strafrechts, sondern nur mit Rücksicht auf außerstrafrechtliche Normen und Einzelakte der Verwaltung festgestellt werden.³

Im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip sowohl in Deutschland als auch in China⁴ sind die Verwaltungsakzessorietät und der damit verbundene Einfluss auf das Strafrecht bis heute Gegenstand vielfältiger Kritik. Sie kulminiert vor allem in

- 1 Klopfer, Michael/Heger, Martin, Umweltstrafrecht, 2014, Rn. 76; Saliger, Frank, Umweltstrafrecht, 2020, Rn. 67; 董邦俊:《环境法与环境刑法衔接问题思考》,《法学论坛》2014年第2期,第128–129页;张正宇:《德国水环境之考察及其对中国的启示》,《国外社会科学》2020年第1期,第40–42页.
- 2 Schall, Hero, Umweltschutz durch Strafrecht: Anspruch und Wirklichkeit, in: NJW 1990, 1256; 刘夏:《犯罪的行政从属性研究》,《中国法制出版社》2016年版,第11页.
- 3 Klopfer/Heger (Anm. 1), Rn. 93 f.
- 4 In China wird das Rechtsstaatsprinzip herkömmlicherweise als das Prinzip der Herrschaft des Rechts (法治原则) bezeichnet. Um den Ausdruck prägnanter zu gestalten, wird im folgenden Text die Terminologie „Rechtsstaatsprinzip“ bei Darstellung des chinesischen Verfassungsrechts genutzt.

dem Vorwurf, die Verwaltungsakzessorietät führe dazu, den Verwaltungsbehörden strafrechtliche Normsetzungsbefugnis zu verleihen, so dass der Grundsatz der Normenhierarchie und der Grundsatz der Gewaltenteilung (in Deutschland) oder der Arbeitsteilung (in China)⁵ nicht mehr befolgt werden können.⁶ Bemängelt wird zudem die Abhängigkeit des Umweltstrafrechts sowohl von der wechselnden Umweltpolitik verschiedener Gesetz- und Verordnungsgeber als auch von der stark schwankenden Praxis der Umweltbehörden vor Ort, ohne dass die Voraussetzungen des Bestimmtheitsgrundsatzes erfüllt seien.⁷

Schon aus dem grundlegenden Stellenwert des Sachproblems der Verwaltungsakzessorietät im Umweltstrafrecht und aus den gemeinsamen Kritiken an ihrer Verfassungswidrigkeit im chinesischen und deutschen Strafrecht wird die Notwendigkeit des chinesisch-deutschen Dialogs immer größer. Die Rechtsvergleichung ermöglicht nicht nur ein besseres Verständnis der internationalen Veränderungen des Strafrechts, auch kann der zunehmenden transnationalen Kriminalität besser entgegengetreten werden. Es lassen sich allgemeine Rechtsgrundsätze staatlichen Strafens entwickeln und nicht zuletzt kann nur so auch dem weltweiten Schutz von Menschenrechten gedient werden.⁸ In dieser Untersuchung soll der klassischen Methodik⁹ der Rechtsvergleichung Rechnung getragen werden. Im zweiten Teil dieses Professor Gilbert Gornig gewidmeten Beitrags werden vor allem die Verwaltungsakzessorietät im chinesischen und deutschen Strafrecht einerseits sowie das Prinzip der Herrschaft des Rechts im chinesischen Verfassungsrecht und das Rechtsstaatsprinzip im deutschen Verfassungsrecht andererseits nacheinander dargestellt. Im Anschluss an die Landesberichte wird im dritten Teil vor allem erörtert, welche Unterschiede und Übereinstimmungen die beiden untersuchten Rechtsordnungen aufweisen. Überdies wird geklärt, dass die untersuchten Rechtsordnungen über die Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts hinreichende Übereinstimmungen haben, die die Grundlage eines chinesisch-deutschen Begriffs der Verwaltungsakzessorietät bilden können. Auf dieser Grundlage wird im vierten, fünften und sechsten Teil versucht, die vorliegenden Verständnisse der Verwaltungsakzessorietät nacheinander zu prüfen, um schließlich einen in Deutschland

5 Zum Grundsatz der Arbeitsteilung in China siehe unten 2.2.1.

6 Vgl. Schmitz, Roland, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2019, vor § 324 Rn. 4; 赵星:《环境犯罪的行政从属性之批判》,《法学评论》2012年第5期,第129–130页.

7 Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Kommentar zum StGB, 2018, vor § 324 Rn. 3.

8 Zhao, Yang/Richter, Thomas, Objektive Tatseite in China, in: Sieber, Ulrich/Cornils, Karin, Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Teilband 1, 2009, Vorwort V, X.

9 Die klassische Methode der Rechtsvergleichung, die ursprünglich für den Bereich der Privatrechtsvergleichen entwickelt wurde, besteht in einem zweistufigen Vorgehen: In einer ersten Stufe bemüht sich die rechtsvergleichende Untersuchung darum, die Standpunkte der zu vergleichenden Rechtsordnungen zu der gestellten Frage zu klären. Im Anschluss an Landesberichte folgt in der zweiten Stufe der eigentliche Vergleich. Zum zweistufigen Vorgehen siehe Jescheck, Hans-H./Weigend, Thomas, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1996, § 6 I 2 (44 f.); Jescheck, Hans-H., Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichen, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Nr. 181/182, 1955, S. 74 ff.

und China allgemein gültigen Begriff der Verwaltungsakzessorietät des Strafrechts zu formulieren.

2. Die Landesberichte

2.1. Landesberichte über die Verwaltungsakzessorietät

2.1.1. Die Verwaltungsakzessorietät in China

In China ist die verwaltungsakzessorische Ausgestaltung Kennzeichen aller Tatbestände des Umweltstrafrechts. Dabei ist die Verknüpfung von Strafrecht und Verwaltungsrecht eine mehrfache.¹⁰ Erstens sind einige Tatbestandsmerkmale ohne Inbezugnahme des Verwaltungsrechts nicht interpretierbar: So lässt sich etwa der Begriff der radioaktiven Abfälle trotz des § 338 des Strafgesetzbuchs der Volksrepublik China (im Weiteren bezeichnet als cStGB) ohne Berücksichtigung von § 2 der Verordnung zum Sicherheitsmanagement radioaktiver Abfälle (《放射性废物安全管理条例》) nicht auslegen („begriffliche Akzessorietät“). Zweitens verweist eine Reihe von Tatbeständen ausdrücklich auf Bestimmungen der Umweltverwaltungsnormen. So regelt § 338 cStGB beispielsweise: „Wer unter Verstoß gegen die staatlich verwaltungsrechtlichen Regelungen (违反国家规定) radioaktive Abfälle, mit Krankheitserregern von Infektionskrankheiten enthaltende Abfälle, giftige Stoffe oder andere schädliche Stoffe ablässt, entsorgt oder behandelt und dadurch die Umwelt schwerwiegend verschmutzt, wird mit Freiheitsstrafe von drei Jahren bis zu sieben Jahren bestraft“ („Verwaltungsnormakzessorietät“). Drittens folgt vor allem aus dem in zahlreichen Tatbeständen enthaltenen Merkmal „unter Verstoß gegen die staatlich verwaltungsrechtlichen Regelungen“ die Tatsache, dass das Umweltstrafrecht den Regelungen der Fachgesetze zu folgen hat. Dabei geht es nicht nur um gesetzliche Gebote oder Verbote, sondern auch um Einzelfallentscheidungen, vor allem um Genehmigungen („Verwaltungsaktakzessorietät“).

Im chinesischen Schrifttum ist weitgehend anerkannt, dass die Akzessorietät im Umweltstrafrecht absolut sein soll. Unter „absolut“ versteht man, dass die verwaltungsrechtliche Richtigkeit einer zu beurteilenden Tat für ihre strafrechtliche Beurteilung maßgebend ist. Daher bestehen die Straftatbestände der Umweltdelikte aus „verwaltungsrechtswidrigem Verhalten“ plus „schwerwiegendem Unrechtserfolg“.¹¹ Die Argumente für die absolute Verwaltungsakzessorietät beziehen sich hauptsächlich auf folgende Aspekte: Zunächst kann auf materiell-rechtlicher Ebene eine einheitliche Beziehung zwischen den Rechtsbereichen hergestellt werden. Juristische Begriffe sind Kunstprodukte, die eine Vielzahl von Einzelfällen und Wertungen in sich vereinigen. Werden sie einheitlich verwendet, kann mit demselben Wort eine ganze Gedankenwelt zum Ausdruck gebracht werden. Deshalb

10 同前注 2, 刘夏书, 第 23–26 页.

11 Dazu siehe 杜少尉: 《我国环境刑法行政从属性》, 《郑州大学学报 (哲学社会科学版)》2020 年第 6 期, 第 17 页; 欧阳本祺: 《论行政犯违法判断的独立性》, 《行政法学研究》2019 年第 4 期, 第 88 页.

tritt ein hoher Grad an Rechtssicherheit ein, wenn das Rechtsgebiet des Strafrechts feste Begriffe des Rechtsgebiets des Verwaltungsrechts verwendet.¹² Außerdem sollen Verstöße gegen rechtswidrige Verwaltungsakte die strafrechtliche Strafbarkeit nicht legitimieren können, da sie keine Konkretisierung des gesetzgeberischen Willens seien. Tatbestandsmäßig handelt nur der, der gegen einen rechtmäßigen Verwaltungsakt verstößt.¹³

2.1.2. Die Verwaltungsakzessorietät in Deutschland

Der Gesetzgeber hat die Bestimmungen des Umweltstrafrechts im Hinblick auf die Verknüpfung mit dem Verwaltungsrecht auch nach der durch das 31. StÄG herbeigeführten Vereinheitlichung durch verstärkte Bezugnahme auf die Legaldefinition der „verwaltungsrechtlichen Pflichten“ (§ 330d I Nr. 4 des deutschen Strafgesetzbuchs [im Weiteren bezeichnet als dStGB]) noch teils unterschiedlich formuliert. In der Mehrzahl der Tatbestände muss das Verhalten „unter Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten“ erfolgen (§§ 311 I, 324a I, 325 I, 325a, 328 III dStGB). Während damit auch Verstöße gegen Rechtsnormen (§ 329 dStGB) erfasst sind, kommen bei einem Verhalten „ohne die erforderliche Genehmigung“ oder „entgegen einer vollziehbaren Untersagung“ (§§ 327, 328 I, II) allein Zuwiderhandlungen gegen Verwaltungsakte in Betracht. Überdies macht sich wegen eines Umweltdelikts strafbar, wer schlicht „unbefugt“ (§§ 324, 326 I dStGB) handelt.¹⁴ Während es sich in den erstgenannten drei Fallgruppen jeweils um eine Einschränkung des gesetzlichen Tatbestandes handelt, wird das Merkmal „unbefugt“ überwiegend als bloßer Hinweis auf das allgemeine Verbrechenselement der Rechtswidrigkeit aufgefasst.¹⁵

Soweit es bei einzelnen Tatbeständen auf das Vorhandensein einer Genehmigung oder Erlaubnis ankommt, ist lediglich deren verwaltungsrechtliche Wirksamkeit und nicht etwa die Frage nach ihrer materiellrechtlichen Richtigkeit maßgebend. Dies folgt nach der herrschenden Meinung im deutschen Schrifttum daraus, dass auch bei einer zu Unrecht ergangenen oder fehlerhaft gewordenen Gestattung Wertungswidersprüche zwischen Verwaltungsrecht und Strafrecht vermieden werden sollen.¹⁶

12 Vgl. 陈少青: 《法秩序的统一性与违法性判断的独立性》, 《法学家》2016年第3期, 第19–21页.

13 田宏杰: 《行政犯的法律属性及其责任》, 《法学家》2013年第3期, 第55–58页.

14 Saliger (Anm. 1), Rn. 67.

15 Vgl. BGHSt 39, 381, 388 m. w. N.: Frisch, Wolfgang, Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht: Zum Verhältnis von Umweltverwaltungsrecht und Strafrecht und zur strafrechtlichen Relevanz behördlicher Genehmigungen, 1993, S. 10 f.; Schmitz, Roland, Verwaltungshandeln und Strafrecht, 1992, S. 14 m. w. N.

16 Heine, in: Schönke/Schröder, 2019, vor § 324 Rn. 16 ff.

2.2. Landesberichte über das Rechtsstaatsprinzip

2.2.1. Das Rechtsstaatsprinzip in China

Eine verfassungsrechtliche Definition oder Umschreibung des Rechtsstaatsprinzips existiert nicht. Nach der herrschenden Meinung im chinesischen Verfassungsrecht gelten das Prinzip der Respektierung der Führung der chinesischen kommunistischen Partei (坚持党的领导原则), das Einzelstaatsprinzip (单一制原则), das Prinzip der Volkssouveränität (人民主权原则), das Prinzip des Schutzes von grundlegenden Menschenrechten (基本人权原则), das Prinzip der Gewaltbeschränkung und -aufsicht (权力制约与监督原则) und das Prinzip der Herrschaft des Rechts (法治原则) als die Grundprinzipien des Verfassungsrechts.¹⁷ Unter dem Verhältnis zwischen dem Prinzip der Herrschaft des Rechts und anderen Grundprinzipien der Verfassung der Volksrepublik China (im Weiteren bezeichnet als VVC) versteht man, dass „das Prinzip der Herrschaft des Rechts nicht nur die grundlegende Bedeutung der anderen Grundprinzipien, sondern auch die äußere Erscheinungsform der anderen Grundprinzipien darstellen soll.“¹⁸ Das bedeutet, dass die Durchsetzung der anderen Grundprinzipien nur durch die Einhaltung des Prinzips der Herrschaft des Rechts erreicht werden soll.

Art. 5 VVC lautet: „Die Volksrepublik China praktiziert eine auf Gesetze gestützte Regierung und errichtet einen sozialistischen Rechtsstaat (Abs. I). Der Staat verteidigt die Einheitlichkeit und die Würde des sozialistischen Rechtssystems (Abs. II). Kein Gesetz, keine nationale oder lokale Verordnung oder Satzung darf im Widerspruch zur Verfassung stehen (Abs. III). Alle Staatsorgane und Streitkräfte, alle politischen Parteien und gesellschaftlichen Organisationen und alle Betriebe und Institutionen müssen die Verfassung und die Gesetze einhalten. Jede Handlung, die der Verfassung oder den Gesetzen zuwiderläuft, muss verfolgt werden (Abs. IV). Keine Organisation oder kein Individuum darf das Privileg genießen, die Verfassung und die Gesetze zu überschreiten (Abs. V). Daraus ergibt sich, dass das Prinzip der Herrschaft des Rechts folgende Grundsätze enthalten soll: Vor allem kommt der Grundsatz der Normenhierarchie nach dem Abs. II und dem Abs. IV in Betracht. Das chinesische Recht besteht aus einer Vielzahl von Rechtsvorschriften. Die verschiedenen Rechtsvorschriften können sich im Einzelfall widersprechen. Es muss dann eine Regel geben, die darüber entscheidet, welche Rechtsvorschrift sich im Kollisionsfall durchsetzt. So besteht folgende Normenpyramide: verfassungsrechtliche Vorschriften, formelle Gesetze (一般性法律), nationale Rechtsverordnungen (行政法规), örtliche Rechtsverordnungen (地方性法规), Abteilungssatzungen und lokale Regierungssatzungen (部门规章和地方性规章).¹⁹ Daneben

17 Dazu siehe 《宪法学》编写组:《宪法学》, 高等教育出版社、人民出版社 2011 年版, 第 92–104 页; 胡锦光、韩大元:《中国宪法》, 法律出版社 2018 年版, 第 55–79 页.

18 同上注, 胡锦光、韩大元书, 第 55 页.

19 Diese Rechtsvorschriften unterscheiden sich durch die erlassende Stelle und die ändernde Stelle. Die Verfassung kann nur von dem Nationalen Volkskongress erlassen oder geändert werden; die erlassende Stelle der formellen Gesetze ist der Nationale Volkskongress, und die ändernde Stelle stellt der Ständige Ausschuss des Nationalen Volkskongresses dar; die Befugnis zur Erlassung oder zur Änderung einer nationalen

kann mit dem Abs. III der Grundsatz des höchsten Vorrangs der Verfassung festgestellt werden. Der Absatz fordert, dass der Verfassung der höchste Rang im ganzen chinesischen Rechtssystem zukommt. Nicht zuletzt lässt sich aus dem Art. IV der Grundsatz des Vorrangs der Verfassung und der Gesetze²⁰ ergeben. Demnach sind die Gesetzgebung an die verfassungsrechtliche Ordnung und die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung an Gesetz und Recht gebunden.²¹ Hier muss insbesondere darauf hingewiesen werden, dass die Gesetzesbindung der vollziehenden Gewalt eine zweifache Bedeutung hat: Zum einen muss die Exekutive so handeln, wie es ihr die Gesetze vorschreiben. Zum anderen darf die Exekutive, wenn sie handelt – auch wenn dieses Handeln nicht gesetzlich vorgeschrieben ist –, nicht gegen Gesetze verstoßen.²² Schließlich folgt aus Art. V der Gleichheitsgrundsatz, der verlangt, dass vor der Verfassung und dem Gesetz alle gleich sind.

Überdies gilt es weiter zu beachten, dass es noch Grundsätze des Rechtsstaatsprinzips gibt, die nicht in Art. 5 VVC vorgeregelt sind. Vor allem ist der Grundsatz der Arbeitsteilung (分工原则) nach Art. 2 und Art. 3 VVC zu nennen. Nach Art. 2 VVC gehört alle Staatsgewalt in der Volksrepublik China dem Volk. Zudem werden alle Staatsorgane der Verwaltung, der Rechtsprechung und der Aufsicht (监察机关) nach Art. 3 VVC von den Volkskongressen ins Leben gerufen, sind ihnen verantwortlich und unterliegen ihrer Aufsicht. Dieser Grundsatz begrenzt und mäßigt die staatliche Machtausübung.²³ Hierbei besteht eine lupenreine Trennung der vier Gewalten. Verflechtungen gibt es nicht. Außerdem ist der Bestimmtheitsgrundsatz als ein ungeschriebener Grundsatz des Rechtsstaatsprinzips zu berücksichtigen: Er verlangt, dass staatliches Handeln vor allem gegenüber dem Bürger hinreichend bestimmt sein soll.²⁴

Rechtsverordnung sind dem Staatsrat (国务院) zugewiesen; der Erlass und die Änderungsgewalt der örtlichen Rechtsverordnungen steht dem Volkskongress und dem Ständigen Ausschuss der jeweiligen Provinzen, den autonomen Gebieten (自治区) und den regierungsunmittelbaren Städten (直辖市) zu; die erlassende und ändernde Stelle der Abteilungssatzungen und lokalen Regierungssatzungen sind die Arbeitsteilungen und Ausschüsse des Staatsrats (国务院各部委) und die Regierungen der Provinzen, der autonomen Regionen, der regierungsunmittelbaren Städte, der Bezirksstädte (设区的市) und der autonomen Bezirke (自治州).

20 Hierbei gilt es zu beachten, dass man unter Gesetz i. S. v. Art. 5 III, IV, V überwiegend nicht nur formelle Gesetze, sondern auch Rechtsverordnungen und Satzungen versteht.

21 同前注 17,《宪法学》编写组书,第 103 页.

22 Siehe dazu 章剑生:《现代行政法基本理论(上)》,法律出版社 2014 年版,第 105–106 页.

23 Zum Unterschied zwischen dem Grundsatz der Arbeitsteilung und dem Grundsatz der Gewaltenteilung siehe unten.

24 Siehe dazu 许安标、刘松山:《中华人民共和国宪法通释》,中国法制出版社 2003 年版,第 27 页;胡建淼、钱建华:《行政明确性原则初探》,《江海学刊》2004 年第 5 期,第 118 页.

2.2.2. *Das Rechtsstaatsprinzip in Deutschland*

Eine grundgesetzliche Definition oder Umschreibung des Rechtsstaatsprinzips liegt auch in Deutschland nicht vor. In Art. 28 I 1 GG sind nur erwähnt: Grundsätze des [...] Rechtsstaates. Das BVerfG weist auf Art. 20 GG, wenn es vom Rechtsstaatsprinzip spricht.²⁵ Herkömmlicherweise wird zwischen dem formellen und materiellen Rechtsstaatsbegriff unterschieden. Unter dem formellen Rechtsstaatsbegriff versteht man, dass jegliche Gewaltanwendung am Maßstab von Gesetz und Recht messbar sein muss. Der materielle Rechtsstaatsbegriff besagt, dass jedes staatliche Handeln sich vom Gedanken der materiellen Gerechtigkeit leiten lassen muss.²⁶

Allerdings regelt Art. 20 III GG nur einen Teilbereich des Rechtsstaatsprinzips.²⁷ Direkt aus Art. 20 III GG ergibt sich der Grundsatz der Gewaltenteilung, der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (im Weiteren wird dieser Grundsatz unterteilt in den Vorrang des Gesetzes und den Vorbehalt des Gesetzes)²⁸. Zum Wesen eines Rechtsstaates gehört weiterhin der Grundsatz der Normenhierarchie²⁹, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit³⁰, der Grundsatz des Vertrauensschutzes (der Grundsatz des Rückwirkungsverbots)³¹ und der Grundsatz der Rechtsschutzgarantie³².

3. Die rechtsvergleichende Untersuchung

3.1. Grundsätzlich bedeutsame Unterschiede

Aus dem in den Landesberichten Gesagten ergibt sich, dass zwischen den beiden untersuchten Konzeptionen der Verwaltungsakzessorietät eindeutig bedeutsame Unterschiede bestehen:

3.1.1. *Die Unterschiede zwischen den Konzeptionen der Verwaltungsakzessorietät*

Obwohl der Verwaltungsakzessorietät (begriffliche Akzessorietät, Verwaltungsnormakzessorietät und Verwaltungsaktakzessorietät) sowohl in China als auch in

25 BVerfGE 95, 64 (82); 93, 99 (107); 39 128 (143).

26 Detterbeck, Steffen, Öffentliches Recht, 20. Aufl. 2022, Rn. 14.

27 BVerfGE 30, 1 (24 f.).

28 Detterbeck (Anm. 26), Rn. 31 ff.

29 Vgl. BVerfGE 108, 169 (181); 98, 106 (118 f.).

30 Siehe dazu Jarass, Hans D., in: Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG), 16. Aufl. 2020, Art. 20 Rn. 82 ff.

31 Art. 103 II GG ist eine Konkretisierung dieses Grundsatzes. Demnach ist der Erlass rückwirkender Strafgesetze verfassungswidrig. Auch verschiedene einfachgesetzliche Vorschriften beruhen auf dem Vertrauensschutzprinzip. So regeln zum Beispiel die §§ 48 II, 49 II, III VwVfG, dass die Verwaltungsbehörden einen Verwaltungsakt nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen aufheben dürfen.

32 Dazu siehe Jarass (Anm. 30), Rn. 128 ff.

Deutschland eine mehrfache Bedeutung zukommt, ist der sachliche Inhalt der Verknüpfung von beiden untersuchten Konzeptionen unterschiedlich: Im chinesischen Umweltstrafrecht soll die akzessorische Gestaltung der Straftatbestände absolut sein. Demnach soll die verwaltungsrechtliche Rechtmäßigkeit der zu beurteilenden Tat für ihre strafrechtliche Bewertung maßgebend sein. Anders als in China kann die Verwaltungsakzessorietät im deutschen Umweltstrafrecht unter bestimmten Umständen relativiert werden. Zumindest kann man durchaus berechtigt sagen, dass, wenn es bei einzelnen Tatbeständen auf das Vorhandensein einer Genehmigung oder Erlaubnis ankommt, lediglich deren verwaltungsrechtliche Wirksamkeit maßgebend ist.

Außerdem muss man darauf achten, dass die verwaltungsakzessorische Ausgestaltung in China Kennzeichen aller Tatbestände des Umweltstrafrechts ist. Im Gegensatz dazu wird im deutschen Schrifttum weitgehend vertreten, dass Umweltbeeinträchtigungen, die im Rahmen einer rechtmäßigen Genehmigung erfolgen, nicht strafbar sind – entweder weil schon der Straftatbestand nicht erfüllt ist oder weil die Genehmigung das Verhalten rechtfertigt. Hierbei muss darauf hingewiesen werden, dass das deutsche Verständnis doch fragwürdig ist, da der rechtmäßigen Genehmigung nur eine tatbestandsausschließende Funktion zugewiesen wird. Der Grund liegt darin: Zunächst tut man sich schwer, die der Verwaltung gesetzlich zugewiesene Aufgabe, Umweltmedien zu bewirtschaften und damit ihren Schutz inhaltlich zu gestalten, als eine bloß ausnahmsweise gewährte Möglichkeit zu begreifen und die Unberührtheit der Umweltmedien als Regelzustand anzusehen, da es heute wohl kaum noch ein unberührtes Umweltmedium geben dürfte.³³ Nimmt man das Gewässer als ein Beispiel, so ist nach Art. 191 I AEUV die umsichtige und rationelle Verwendung der natürlichen Ressourcen Teil der Umweltpolitik der EU und § 6 I WHG macht deutlich, dass die Bewirtschaftung des Gewässers die Regel ist.³⁴ Infolgedessen ist das Schutzgut des § 324 dStGB das Gewässer als natürliche Lebensgrundlage des Menschen in seiner Ausgestaltung durch das Verwaltungsrecht. Außerdem gilt es zu beachten, dass, wenn durch Rechtsverordnung oder Einzelentscheidung der Verwaltung die Rechtswidrigkeit tatbestandsmäßigen Verhaltens ausgeschlossen ist, wie dies die h. M. insbesondere bei § 324 dStGB annimmt, sich die Beurteilung, ob der Bestimmtheitsgrundsatz erfüllt ist, danach richtet, inwieweit Art. 103 II GG auch für Erlaubnistatbestände gilt. Demnach können für die Strafvorschriften, die die Umweltmedien schützen, unterschiedliche Anforderungen seitens des Bestimmtheitsgrundsatzes gestellt werden. Dennoch sind sachliche Gründe, die eine solche differenzierte Behandlung rechtfertigen, nicht ersichtlich.

33 Vgl. Ransiek, Andreas, in: Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-U., Strafgesetzbuch 2017, vor § 324, Rn. 11.

34 Dazu siehe Breuer, Rüdiger, Verwaltungsrechtlicher und strafrechtlicher Umweltschutz – Vom Ersten zum Zweiten Umweltkriminalitätsgesetz, in: JZ 1994, 1077, 1083.

3.1.2. Die Unterschiede zwischen den Konzeptionen des Rechtsstaatsprinzips

Obwohl die beiden untersuchten Konzeptionen des Rechtsstaatsprinzips eine ganze Reihe von Grundsätzen umfassen, die inhaltlich auch überwiegend übereinstimmend sind, gibt es noch bedeutsame Unterschiede zu beachten:

Vor allem sind der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und der Grundsatz der Rechtsschutzgarantie, die im deutschen Verfassungsrecht unbestritten vom Rechtsstaatsprinzip umfasst werden, nach der h. M. des chinesischen Verfassungsrechts wichtige Elemente des Prinzips des Schutzes von grundlegenden Menschenrechten.³⁵ Der Grund liegt darin: Im chinesischen Verfassungsrecht gilt das Prinzip des Schutzes von grundlegenden Menschenrechten als ein vom Rechtsstaatsprinzip zu differenzierendes Grundprinzip. Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes fordert, dass die Exekutive in bestimmten Fällen und unter bestimmten Voraussetzungen nur handeln darf, wenn sie hierzu in einem formellen Gesetz ermächtigt ist.³⁶ Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verbietet, dass staatliches Handeln die nachteilig Betroffenen übermäßig belastet.³⁷ Unter dem Grundsatz der Rechtsschutzgarantie versteht man, dass der Bürger sich gegen staatliches Handeln gerichtlich wehren darf.³⁸ Daraus ergibt sich, dass diese drei Grundsätze dem effektiven und rationalen Schutz von Menschenrechten dienen. Daher werden diese Grundsätze im chinesischen Verfassungsrecht dem Prinzip des Schutzes von grundlegenden Menschenrechten zugeordnet.

Außerdem spricht man vom Unterschied zwischen dem Grundsatz der Arbeitsteilung und dem Grundsatz der Gewaltenteilung. Dem chinesischen Verfassungsrecht ist eine wechselseitige Kontrolle der vier Staatgewalten fremd. Denn aus Art. 3 VVC ergibt sich, dass der Gesetzgebung im chinesischen Staatsgewaltensystem ein vorrangiger Stellenwert zukommt. Unter dem üben die besonderen Organe der Verwaltung, der Rechtsprechung und der Aufsicht unabhängig voneinander die Staatsgewalt aus.³⁹ Im Vergleich dazu ist die wechselseitige Kontrolle der Staatsgewalten nach dem deutschen Verfassungsrecht durchaus möglich. „Die Tätigkeit der Exekutive wird von der Judikative (insbesondere von den Verwaltungsgerichten) kontrolliert. Die Gesetzgebung unterliegt insofern der Kontrolle der

35 同上注 17, 胡锦涛、韩大元书, 第 171–194 页.

36 同上注 17, 胡锦涛、韩大元书, 第 181–182 页.

37 林来梵:《宪法学讲义》, 清华大学出版社 2018 版, 第 244–247 页.

38 Hierbei gilt es zu beachten: In China existiert keine Verfassungsgerichtsbarkeit. Nach Art. 62 Nr. 2 VVC übt der Nationale Volkskongress die Gewalt, die Durchführung der Verfassung zu überwachen, aus. Nach Art. 67 Nr. 1 übt der Ständige Ausschuss des Nationalen Volkskongresses die Gewalt der Auslegung der Verfassung und Überwachung ihrer Durchführung aus. Demnach darf der Bürger, der davon ausgeht, dass seine grundlegenden Menschenrechte von staatlichem Handeln beeinträchtigt werden, einen Antrag stellen, so dass der nationale Volkskongress und ihr ständiger Ausschuss die Rechtsvorschriften, die als die rechtliche Grundlage des staatlichen Handelns gelten, überprüfen können. Eine ähnliche Gewalt kommt der dem Volkskongress der jeweiligen Provinzen, der autonomen Gebiete und der regierungsunmittelbaren Städte zu. 同前注 17, 《宪法学》编写组书, 第 205 页.

39 同前注 37, 林来梵书, 第 244–247 页.

Judikative, als das BVerfG verbindlich über die Frage der Verfassungsmäßigkeit formeller Bundesgesetze entscheidet.“⁴⁰

3.1.3. Grundlegende Gemeinsamkeiten

Freilich ist hier nicht der Ort, alle Unterschiede zwischen den untersuchten Konzeptionen im Detail darzustellen. Vielmehr genügt in dieser Hinsicht eine Beschränkung auf das grundsätzlich Bedeutsame. Denn der Hauptzweck dieser Untersuchung lautet, nach Möglichkeit einen chinesisch-deutschen Begriff der Verwaltungsakzessorietät, der nicht gegen das Rechtsstaatsprinzip verstößt, aufzubauen. Die elementare Frage lautet insofern, ob die Konzeptionen der Verwaltungsakzessorietät und die Konzeptionen des Rechtsstaatsprinzips im chinesischen und deutschen Recht grundlegende Gemeinsamkeiten aufweisen, die eine Diskussion über den Verstoß der Verwaltungsakzessorietät gegen das Rechtsstaatsprinzip auf der chinesisch-deutschen Ebene ermöglicht. Ein Vergleich der untersuchten Konzeptionen des chinesischen und deutschen Rechts kommt zu dem Ergebnis, dass ein „gemeinsamer Nenner“ für die oben erwähnte Diskussion tatsächlich vorliegt: Bezüglich der grundlegenden Gemeinsamkeit seitens der Verwaltungsakzessorietät wird darauf hingewiesen, dass sowohl im chinesischen als auch im deutschen Recht eine akzessorische Gestaltung des Umweltstrafrecht gesetzlich verankert wird, die einer mehrfachen Verknüpfung von Strafrecht und Verwaltungsrecht bzw. der begrifflichen Akzessorietät, der Verwaltungsnormakzessorietät und der Verwaltungsaktakzessorietät zustimmt. Eine solche Gestaltung der Verwaltungsakzessorietät ermöglicht eine gemeinsame und präzise Erörterung der Verfassungswidrigkeit der drei Erscheinungsformen. Genauer gesagt: Dadurch können die Gründe, weshalb die jeweiligen Erscheinungsformen der Verwaltungsakzessorietät gegen die Grundsätze des Rechtsstaatsprinzips verstoßen, separat besprochen werden.

Bezüglich der grundlegenden Gemeinsamkeit hinsichtlich des Rechtsstaatsprinzips gilt es zu beachten: Obwohl es noch bedeutsame Unterschiede zwischen dem Rechtsstaatsprinzip in China und dem in Deutschland gibt, sind die Grundsätze, die die Verwaltungsakzessorietät betreffen, inhaltlich übereinstimmend. Der einzelne merkwürdige Unterschied zwischen dem Grundsatz der Arbeitsteilung und dem Grundsatz der Gewaltenteilung hat keinen Einfluss auf die Diskussion über Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip auf der chinesisch-deutschen Ebene. Hierbei wird kritisiert, dass die Verwaltungsakzessorietät dazu führe, den Verwaltungsbehörden strafrechtliche Normsetzungsbefugnis zu verleihen. Daher werde die Staatsgewalt, die eigentlich den Staatsorganen der Gesetzgebung gehöre, den Staatsorganen der Verwaltung zugewiesen. Dies wird nicht nur vom Grundsatz der Arbeitsteilung, sondern auch vom Grundsatz der Gewaltenteilung verboten.

40 Detterbeck (Anm. 26), Rn. 28.

4. Kritik an der absoluten Verwaltungsakzessorietät vor dem Hintergrund des Rechtsstaatsprinzips

4.1. Verstoß gegen den Grundsatz der Normenhierarchie und gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung oder den Grundsatz der Arbeitsteilung

Als erster Einwand gegen die Absolutheit der Verwaltungsakzessorietät wird vorgebracht, dass die Verwaltungsakzessorietät dazu führe, den Verwaltungsbehörden strafrechtliche Normsetzungsbefugnis zu verleihen. Daher können sich die Verwaltungsbehörden für die Strafrechtswidrigkeit durch verwaltungsrechtliche Gesetzgebung oder sogar Erteilung einer Genehmigung oder Untersagung entscheiden. Dies verstößt nicht nur gegen den Grundsatz der Normenhierarchie, der einen Anwendungsvorrang der Rechtsverordnungen, Satzungen oder sogar Verwaltungsakte gegenüber dem als formellen Gesetz geltenden Strafrecht verbietet, sondern auch gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung (in Deutschland) oder den Grundsatz der Arbeitsteilung (in China), die die Ausübung der Staatsgewalt durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung fordert.⁴¹

Nachlich trifft der Vorwurf, dass die absolute Verwaltungsakzessorietät zu einer Normsetzung durch die Behörden führe, nur teilweise zu.⁴²

aa) Vor allem muss man auf den Fehler dieses Vorwurfs hinweisen, dass der strafrechtliche Gesetzgeber unter keinen Umständen allein den Verstoß gegen eine beliebige Behördenentscheidung unter Strafe stellt. Der Grund liegt darin: Für das chinesische und das deutsche Verfassungsrecht ist das Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von zentraler Bedeutung.⁴³ Er besagt, dass Eingriffe in Grundrechte der Bürger zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sein müssen. Staatliches Handeln darf die davon Betroffenen nicht übermäßig belasten. Bei Strafgesetzen als Sanktionsnormen geht man weithin davon aus, dass diese als legitimen Zweck den Rechtsgüterschutz anstreben und als *ultima ratio* die hinreichende Gewichtigkeit des Fehlverhaltens fordern.

Im deutschen und im chinesischen Strafrecht ist es weitgehend anerkannt, dass Straftaten einen hinreichend gewichtigen personalen Unrechtsgehalt in sich tragen müssen. Nur dann handelt es sich um eine schwerwiegende Missachtung der Rechtsordnung, die den Einsatz von Schuldpruch und Strafe als schärfste Reaktion des Staates legitimiert. Die strafrechtliche Sanktion greift massiv in grundrechtlich geschützte Rechtsgüter der Bürger ein. Infolgedessen muss jede Bestrafung legitimiert werden. Das bedeutet insbesondere, dass sich diese am verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz messen lassen muss. Mit der Bestrafung muss daher ein legitimer Zweck verfolgt werden. Zur Verfolgung dieses

41 Schmitz (Anm. 6), Rn. 4; 同前注 6, 赵星文, 第 129 页.

42 Dazu siehe auch Meinberg, Volker, Anm. zu AG Nördlingen, in: NStZ 1986, 315 (318 f.); Rudolphi, Hans-J., Primat des Strafrechts im Umweltschutz?, in: NStZ 1984, 248 (249).

43 Vgl. Detterbeck (Anm. 26), Rn. 39; 姜昕: 《比例原则研究——一个宪政的视角》, 法律出版社 2008 年版, 第 1 页.

recht und Strafrecht nicht selten vorkommen. Zum Beispiel erweitert in Deutschland § 330d Nr. 1 dStGB den strafrechtlichen Schutz der Meere über § 3 Nr. 2a WHG hinaus, indem er die Meere über den Bereich der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone und über den Festlandssockel hinaus erfasst. Und in China divergieren die strafrechtliche und die verwaltungsrechtliche Regelung über den unerlaubten Umgang mit radioaktiven Abfällen. Ein anderes Beispiel: Nach § 338 cStGB sind das unerlaubte Ablassen, die Entsorgung und die Behandlung der umweltschädlichen Stoffe mit Strafe bedroht. Im Gegensatz dazu versteht man nach dem § 54 des Gesetzes zur Verhütung und Bekämpfung radioaktiver Verschmutzung (《放射性污染防治法》) und nach den § 36 ff. der Verordnung zum Sicherheitsmanagement radioaktiver Abfälle (《放射性废物安全管理条例》) unter dem „unerlaubten Umgang“ die Entsorgung, die Ablagerung und die Behandlung. Wenn man nach der absoluten Verwaltungsakzessorietät eine unterschiedliche Begriffsbildung im Umweltstrafrecht bedingungslos für verboten hält, ist die vom Verwaltungsrecht abweichende strafrechtliche Regelung nicht mehr gültig. In diesem Sinne entscheidet der Verwaltungsgesetzgeber über die Strafbarkeit.

Außerdem führt die absolute Verwaltungsakzessorietät zu einem Geltungsvorrang des Verwaltungsakts vor dem Strafrecht. Nach dem oben Erwähnten ist der Strafgesetzgeber aufgrund des *Ultima Ratio*-Prinzips in der Lage, über die hinreichende Bedeutung eines Verhaltens zu entscheiden. Aufgrund dessen liegt die Kompetenz, die Legitimationsgründe der staatlichen Strafe festzustellen, auf jeden Fall zumindest teilweise in der Hand des Strafgesetzgebers. Allerdings muss darauf hingewiesen werden, dass die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts nach dem absoluten Verständnis der Verwaltungsakzessorietät stets ein vorrangig zu berücksichtigendes Faktum für die Beurteilung der Strafbarkeit darstellt. Daraus kann die Schlussfolgerung gezogen werden, dass man die übrigen Voraussetzungen der Strafbarkeit erst berücksichtigen muss, wenn die Rechtswidrigkeit des zu beurteilenden Verwaltungsakts bejaht wurde. Demgemäß ist es durchaus möglich, dass eine aufgrund eines wirksamen, materiell-rechtlich aber rechtswidrigen Verwaltungsakts vorgenommene Umweltnutzung unter Strafe gestellt werden kann, falls der Verwaltungsakt für die Vergangenheit nicht zurückgenommen wird. In dieser Konstellation würde zudem das vom Normadressaten vorgenommene und seiner Ansicht nach ex ante „rechtlich erlaubte“ Verhalten (nebst Folge) durch eine Rücknahme des begünstigenden Verwaltungsaktes ex post mit Strafe belegt. Dennoch ist es im chinesischen und deutschen Strafrecht weitgehend anerkannt, dass das Verhaltensunrechts stets aus der ex ante-Perspektive des potenziellen Normunterworfenen (also der Betroffenenperspektive) zu beurteilen ist.⁵⁰ Der Grund liegt darin: Wenn ein Missbilligungsurteil eines bestimmten Verhaltens tatsächlich eine verhaltensleitende Funktion übernehmen – also den von dem Urteil Betroffenen zu rechtlich richtigem Verhalten zu bestimmen – soll, muss auf eine für den Betroffenen verfügbare Beurteilungsbasis Bezug genommen werden.⁵¹ Denn eine zur Erreichung des Rechtsgüterschutzzwecks untaugliche Verhaltensnorm ist unter

50 Vgl. Zhang Zhengyu (Anm. 44), S. 96 f.

51 Vgl. Freund, Georg/Rostalski, Frauke, Strafrecht AT, 2019, § 2 Rn. 28 ff.

zweckrationalem Aspekt niemals zu rechtfertigen.⁵² In diesem Sinne führt die absolute Verwaltungsakzessorietät zu einem absoluten Geltungsvorrang des Verwaltungsakts, der nicht nur gegen den Grundsatz der Normenhierarchie, sondern auch gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung (in Deutschland) oder der Arbeitsteilung (in China) verstößt.

4.2. Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz

Der zweite Einwand gegen die Absolutheit der Verwaltungsakzessorietät lautet, dass eine solche Akzessorietät zur Unbestimmtheit der strafrechtlichen Tatbestände führe, ohne dass die Voraussetzungen des Art. 103 II GG und § 3 cStGB⁵³ erfüllt seien.⁵⁴ Wie der erste Vorwurf, trifft auch dieser Vorwurf nur teilweise zu:

Vor allem muss man darauf hinweisen, dass die Verwaltungsnormakzessorietät nicht per se verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich des Verstoßes gegen das Bestimmtheitsgebot unterliegt. Die Verwaltungsnormakzessorietät macht sich vor allem durch die in den strafrechtlichen Tatbeständen enthaltenen Blankettverweise auf das Fachverwaltungsrecht bemerkbar. Mehr noch als die akzessorische Auslegung bestimmter gesetzlicher Begriffe trägt die Verwaltungsnormakzessorietät zu einer Harmonisierung von Umweltverwaltungs- und Umweltstrafrecht bei.⁵⁵ In Anbetracht einer verwaltenden Umwelt und des *Ultima Ratio*-Prinzips kann man folgern, dass das Strafrecht dem Verwaltungsrecht folgt. Er erleichtert grundsätzlich auch das Verständnis der Verbotsmaterie, da „den beiden Rechtsmaterien die gleichen Regelungsgegenstände zugrunde liegen und der Rechtsunterworfenen nicht im Zweifel darüber bleibt, welches Rechtsverständnis nun strafrechtlich oder verwaltungsrechtlich das Richtige ist.“⁵⁶ Infolgedessen genügen Blankett-Tatbestände dem Bestimmtheitsgrundsatz, solange die Ausfüllungsnorm erkennbar und ihrerseits bestimmt genug ist.⁵⁷

Allerdings führt die Verwaltungsaktakzessorietät nach der absoluten Verwaltungsakzessorietät bedenkenlos zu einem Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz. Der Grund liegt darin: Der Bestimmtheitsgrundsatz dient der Verlässlichkeit der Rechtsordnung.⁵⁸ Der Grundsatz fordert vor allem, dass staatliche Hoheitsakte nachvollziehbar auf eine gesetzliche Grundlage gestützt werden können und sich der Bürger darauf verlassen kann.⁵⁹ Fehlt dem staatlichen Handeln ein Mindestmaß an solcher Verlässlichkeit, gilt das Handeln für den Bürger als unvorher-

52 Zutreffend betont von Gallas, Wilhelm, Studien zum Unterlassungsdelikte, 1989, S. 65.

53 Demnach kann eine Tat nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.

54 Lackner/Kühl (Anm. 7), Rn. 3; 同前注 1, 董邦俊文, 第 131 页.

55 Vgl. Schmitz (Anm. 6), Rn. 45.

56 Vgl. Schmitz (Anm. 6), Rn. 45.

57 同前注 1, 张正宇文, 第 42–43 页.

58 Siehe dazu 李龙主编:《法理学》, 人民出版社、社会科学出版社 2003 年版, 第 204–205 页; BVerfGE 24, 75 ff. (98); 101, 239 ff. (262); 109, 133 ff. (180).

59 同上注, 李龙主编书, 第 204–205 页; Grzeszick, Bernd, in: Maunz, Theodor/Dürig, Günter, Grundgesetz, 94. Aufl., Januar 2021, GG Art. 20 Rn. 58.

sehbar und damit als nicht nur unberechenbar, sondern auch als unverständlich.⁶⁰ Daher stellt ein derartiges staatliches Handeln einen Missbrauch der staatlichen Gewalt dar. Wenn der Bestimmtheitsgrundsatz beachtet werden soll, müssen die rechtlichen Anordnungen zunächst inhaltlich hinreichend gefasst sein. Die Erfüllung dieses Grundsatzes gestattet es dem Bürger, dass er sich ein eigenes Bild von der ihm gegenüber aufgestellten rechtlichen Anordnung und von der Rechtsfolge beim Verstoß gegen die Anordnung machen kann.⁶¹ Damit erhalten die Bürger die Möglichkeit, ihr Verhalten auf die rechtlichen Anordnungen einzustellen. Denn die Verlässlichkeit einer rechtlichen Anordnung liegt nur vor, wenn der Normadressat ex ante über den Inhalt der ihn betreffenden Anordnung mit hinreichender Sicherheit Bescheid wissen kann.⁶² Dennoch soll bei der Konstellation der Rücknahme des rechtswidrigen Verwaltungsakts ein ex ante „rechtlich erlaubtes“ Handeln des Normunterworfenen nach dem absoluten Verständnis der Verwaltungsaktakzessorietät ex post unter Strafe gestellt werden. Dadurch ist die Verhaltensnorm, die der Normunterworfenen einhalten soll, ex ante nicht mehr erkennbar, weil sie sachlich keinen hinreichend bestimmten Inhalt besitzt.⁶³

5. Eigenständige strafrechtliche Beurteilung – Eine objektiv unmögliche Lösung

In Anbetracht der oben erwähnten Vorwürfe betreffend die absolute Verwaltungsaktakzessorietät wird vertreten, dass die Verwaltungsaktakzessorietät durch die eigenständige strafrechtliche Beurteilung ersetzt werden soll.⁶⁴

Abgesehen von aller berechtigten Kritik an der absoluten Verwaltungsaktakzessorietät, insbesondere an der Verwaltungsaktakzessorietät trifft nach wie vor die Kritik an der verminderten Erkennbarkeit der Verbotsmaterie durch die Übernahme der Umweltstraftatbestände in das Strafgesetzbuch, die zu einer Auflösung des Zusammenhangs von Umweltverwaltungsrecht und Straftatbeständen geführt hat, völlig zu.⁶⁵ Durch die Herausnahme der Straftatbestände aus den Umweltverwaltungsgesetzen ist gerade die Verbindung von Verwaltungsrecht und Strafrecht empfindlich beeinträchtigt worden, so dass das in den Blankett-Tatbeständen enthaltene Verbot nur mit Schwierigkeiten erkennbar wird.⁶⁶

60 Grzeszick (Anm. 60), Rn. 65.

61 Siehe dazu 李琦:《法的确定性及其相对性—从人类生活的基本事实出发》,《法学研究》2002年第5期,第31页; BVerfGE 20, 150 ff. (158 f.); 21, 75 ff. (79); 21, 245 ff. (261); 31, 255 ff. (264).

62 同上注, 李琦文, 第31页; BVerfGE 5, 25 ff. (31 f.); 8, 274 ff. (302); 22, 330 ff. (346).

63 Vgl. Zhang Zhengyu (Anm. 44), S. 99 ff.

64 Dazu siehe 同前注 6, 赵星文, 第131–133页; 柴云乐:《污染环境罪行政从属性的三层批判—兼论刑法对污染环境行为的提前规制》, 第57–64页.

65 Vgl. Winkelbauer, Wolfgang, Zur Verwaltungsaktakzessorietät des Umweltstrafrechts, 1985, S. 27 ff.

66 Vgl. Kühl, Kristian, Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Bediensteten von Betrieben für Gewässerverunreinigungen und ihre Begrenzung durch den Einleitungsbescheid, in: Küper, Wilfried (Hrsg), FS für Karl Lackner, 1987, 815 ff. (819 ff.)

Dennoch stellt die eigenständige strafrechtliche Beurteilung nicht eine ideale Lösung dar, obwohl mit deren Hilfe die Mängel an dem Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip und an der Recht Klarheit gut beseitigt werden können. Der Grund liegt hauptsächlich darin: Zunächst ist die Verwaltungsakzessorietät selbst einschließlich einer Anbindung an Verwaltungsakte auch keine Besonderheit des Umweltstrafrechts, sondern Kennzeichen des gesamten Nebenstrafrechts. Dessen Funktion – wie die der §§ 324 ff. dStGB und §§ 338 ff. cStGB – ist die Absicherung bestimmter durch das Verwaltungsrecht geprägter Bereiche menschlichen Zusammenlebens oder Wirtschaftens. Eine Vernachlässigung dieser Prägung durch das Strafrecht müsste notwendig zu Friktion führen. Wollte man dennoch eine Abkoppelung der Umweltstraftatbestände herbeiführen, müssten eigenständige strafrechtliche Kriterien gefunden werden, nach denen das strafbare Verhalten festgelegt werden kann, ohne zu Widersprüchen mit den Regelungen des Umweltverwaltungsrecht (auch mit den Verwaltungsakten) zu führen.⁶⁷ Solche strafrechtlichen Kriterien sind aber nach der heutigen Rechtslage nicht nur in Deutschland, sondern auch in China nicht vorstellbar, weshalb ein Anknüpfen des Strafrechts an den verwaltungsrechtlichen Regelungen der einzig gangbare Weg ist. An der Verknüpfung von Strafrecht und Verwaltungsrecht sollte daher trotz der damit verbundenen Probleme in Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz festgehalten werden.⁶⁸

Außerdem gilt zu beachten: Ein eigenständiger, vom Verwaltungsrecht unabhängiger Bereich der Strafbarkeit kann nur dadurch geschaffen werden, dass die Anwendbarkeit des Strafrechts wie in § 330a dStGB und § 114 cStGB an die Schaffung konkreter Gefahren für Leben, Gesundheit des Menschen oder Sache von bedeutendem Wert anknüpft.⁶⁹ Auf diese Weise kann das Schaffen ernsthafter Gefahren lediglich für Umweltgüter nicht unter Strafe gestellt werden. Allerdings kommt eine solche eigenständige strafrechtliche Beurteilung angesichts der gesetzlichen Feststellung der Umweltrechtgüter als ein auf eigener Grundlage fußendes Schutzgut nicht mehr in Betracht.⁷⁰

67 Vgl. Schmitz (Anm. 6), Rn. 51.

68 Vgl. Franzheim, Horst, Buchbesprechung: Olaf Hohmann, Das Rechtsgut der Umweltdelikte, Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes, in: GA 1992, 479 ff. (480 f.); Tiedemann, Klaus/Kindhäuser, Urs, Umweltstrafrecht – Bewährung oder Reform?, in: NSStZ 1988, 337 ff. (344); 同前注 11, 杜少尉文, 第 17 页.

69 § 330a dStGB sieht vor: Wer Stoffe, die Gifte enthalten oder hervorbringen können, verbreitet oder freisetzt und dadurch die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung eines anderen Menschen oder die Gefahr einer Gesundheitsschädigung einer großen Zahl von Menschen verursacht, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft.

§ 114 cStGB sieht vor: Wer durch Brandstiftung, Herbeiführen einer Überschwemmung, Verbreiten von Giftstoffen oder sonstige gemeingefährliche Verhaltensweisen eine konkrete Gefahr für Leben, Leib eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert verursacht, wird mit Freiheitsstrafe von drei Jahren bis zu zehn Jahren bestraft.

70 Insbesondere wird darauf hingewiesen: Nach dem 8. Strafrechtsänderungsgesetz des chinesischen Strafgesetzbuchs, das am 1.5.2011 in Kraft getreten ist, werden die Um-

6. Die relative Verwaltungsakzessorietät – Eine rationale Lösung

6.1. Das richtige Verständnis des Bestimmtheitsgrundsatzes im Umweltstrafrecht

Vor dem Eingehen auf die relative Verwaltungsakzessorietät soll zunächst auf ein unzutreffendes Verständnis hinsichtlich des Bestimmtheitsgrundsatzes im chinesischen und deutschen Strafrecht hingewiesen werden. Nach dem oben Dargelegten wird es als bedenklich angesehen, wenn die Strafbarkeit auf der Tatbestandsebene in die Abhängigkeit von Rechtsverordnungen in ihrer jeweils geltenden Fassung oder von Einzelentscheidungen der Verwaltungsbehörden gerät, insbesondere wenn es sich bei Letzteren nicht um gebundene, sondern um Ermessensentscheidungen oder Entscheidungen mit einem Beurteilungsspielraum handelt. Die Strafbarkeitsvoraussetzungen scheinen dann nicht durch das Gesetz, sondern durch Verwaltungsbehörden bestimmt zu werden, ohne dass die Voraussetzungen des Art. 103 II GG und § 3 cStGB erfüllt sind.⁷¹

Die herrschende Meinung im deutschen Strafrecht überwindet diese Bedenken im Ergebnis. Sie geht im Ausgangspunkt davon aus, dass der strafrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz auch für die in Straftatbeständen in Bezug genommenen verwaltungsrechtlichen Normen gelten soll. Demnach müssen die Voraussetzungen der Strafbarkeit für den Bürger schon aufgrund des formellen Gesetzes, nicht erst aufgrund einer Rechtsverordnung vorhersehbar sein.⁷² Damit setzt beispielsweise § 327 II dStGB voraus, dass das dort in Bezug genommene BImSchG seinerseits dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz genügt. Dennoch soll es auch rechtlich erlaubt sein, dass dem Verordnungsgeber „gewisse Spezifizierungen“ der Straftatbestände überlassen werden sollten, insbesondere wenn es sich um technische Detailregelungen handelt, bei denen mannigfaltige und wechselnde Einzelregelungen erforderlich sind. Ansonsten wäre entweder die notwendige Anpassung an die Fortschritte und den Wandel in Naturwissenschaft und Technik erheblich erschwert oder das formelle Gesetz werde zu kasuistisch.⁷³ Aus diesen Überlegungen ergibt sich: Bei Bezugnahme des Strafrechts auf gebundene Verwaltungsakte ist geltend zu machen, dass nur die im förmlichen Gesetz geregelten Pflichten aktualisiert werden könnten. Dennoch werde hierbei nur die größtmögliche gesetzliche Bestimmtheit gefordert und man könne nicht mehr an der strikten Einhaltung des Bestimmtheitsgebots festhalten, insbesondere wenn die Ankoppelung an verwaltungsrechtliche Einzelentscheidungen immer besser sei als die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe oder Generalklauseln im Straftatbestand selbst.⁷⁴

weltgüter als eigenständiges Schutzgut des Strafrechts angenommen. Das bedeutet, dass es für die Strafbarkeit ausreicht, wenn die Tat allein Schäden für die Umwelt hervorruft.

71 Vgl. Kühl (Anm. 66), FS Lackner, S. 815, 827 ff., 834 ff.; Winkelbauer, Wolfgang, Die strafrechtliche Verantwortung von Amtsträgern im Umweltstrafrecht, in: NStZ 1986, 149 f.; 同前注 1, 董邦俊文, 第 131 页.

72 BVerfGE 75, 329, 342; 14, 174, 185 f.

73 BVerfGE 75, 342 ff.; 同前注 2, 刘夏书, 第 14–16 页.

74 Winkelbauer (Anm. 65), S. 36.

Diese herrschende Meinung ist aber nicht überzeugend, weil ihre Ausgangsthese unzutreffend ist. Bei Abhängigkeit des Strafrechts von ungebundenen verwaltungsrechtlichen Einzelentscheidungen sei die Einhaltung des Bestimmtheitsgrundsatzes nicht mehr möglich. Damit kann man überhaupt behaupten, dass es dann konsequent wäre, die Unzulässigkeit der Regelungstechnik zu bejahen. Der Grund, warum man hierbei in ein Dilemma gerät, liegt darin: die Auffassung, dass der strafrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz auch für die in Straftatbeständen in Bezug genommenen verwaltungsrechtlichen Normen gelten soll, ist kaum tragfähig.

Infolgedessen sollen Art. 103 II GG und § 3 cStGB in problematischen Fällen nicht für die in Bezug genommenen verwaltungsrechtlichen Rechtsverordnungen oder die Gesetze, die durch Verwaltungsakte konkretisiert werden, sondern allein für die strafrechtlichen Tatbestände gelten.⁷⁵ Das heißt, dass verwaltungsrechtlich bestimmte oder vollstreckbare Pflichten zwar in Einzelfällen begründet werden müssen, aber die Pflichten müssen sich nicht unmittelbar aus einem formellen Gesetz ergeben. Sinn des Art. 103 II GG und § 3 cStGB ist, dass die Entscheidung über den Einsatz des Strafrechts dem Parlament oder dem Volkskongress zugewiesen wird.⁷⁶ Der förmliche Gesetzgeber hat die Entscheidung getroffen, dass eine vom Strafrecht unabhängige rechtliche Ordnung Strafrechtsschutz enthalten soll. Es wird bestraft – neben weiteren Strafbarkeitsvoraussetzungen –, dass die betroffene Umweltnutzung gegen eine verwaltungsrechtlich verbindliche Anordnung verstößt. Dadurch ist der Strafrechtsschutz formalisiert. Aus der Sicht des Normunterworfenen ist es auch eindeutig, dass ein Verstoß gegen eine aus Rechtsverordnung oder rechtlich verbindlichem Verwaltungsakt gefolgerte verwaltungsrechtliche Pflicht – ohne Rücksicht auf ihren Inhalt – mit Strafe belegt sein kann.⁷⁷

Daher hat die jeweilige Behörde sich bei Erlass einer Rechtsverordnung oder eines Verwaltungsakts ausschließlich nach den Regelungen im jeweiligen Fachgesetz zu richten und entscheidet nicht über die Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit strafrechtlicher Begriffe.⁷⁸ Voraussetzung für die Befolgung des Bestimmtheitsgrundsatzes im Bereich des Strafrechts ist nur, dass die betroffene Rechtsverordnung und der betroffene Verwaltungsakt nicht gegen die allgemeinen öffentlich-rechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen verstoßen. Daher kann das Strafrecht auch ohne Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz eine Zuwiderhandlung gegen bloß wirksame, materiell aber rechtswidrige Verwaltungsakte unter Strafe stellen. Demnach setzt beispielsweise § 327 II dStGB nicht voraus, dass das dort in Bezug genommene BImSchG seinerseits dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz genügen muss. Die Genehmigungspflicht des Anlagenbetriebs muss ausschließlich nach verwaltungsrechtlichen Kriterien erfüllt werden. Insbesondere darf eine verwaltungsrechtliche Pflicht i. S. v. § 330d Nr. 4 dStGB den Anforderungen aus Art. 103 II GG nicht genügen, denn die Voraussetzung gesetzlicher Be-

75 Vgl. Schmitz (Anm. 6), Rn. 40.

76 Ransiek, Andreas, *Gesetz und Lebenswirklichkeit*, 1989, S. 47 ff.; 张明楷: 《刑法学(上)》, 法律出版社 2021 年版, 第 56 页.

77 Ransiek (Anm. 33), Rn. 24.

78 Ransiek (Anm. 33), Rn. 24.

stimmtheit könnte von einer durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag oder einen Verwaltungsakt nie erfüllt sein.⁷⁹

6.2. Die Notwendigkeit einer Relativierung der Verwaltungsakzessorietät

Die Verwaltungsakzessorietät ist eine logische Konsequenz dessen, dass der Strafgesetzgeber darauf verzichtet hat, die strafrechtliche Verbotsmaterie komplett neu zu formulieren, sondern eine Harmonisierung von Umweltverwaltungsrecht und Umweltstrafrecht anstrebt. Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass das Strafrecht selten Lebensbereiche ungeregelt vorfindet, sondern bereits durch andere Bereiche des Rechts vorformulierte Rechtsgüter schützen soll.⁸⁰

Nach dem oben Erwähnten ist es nicht ersichtlich, wie eine Ablösung von Umweltverwaltungsrecht erfolgen könnte. Daher ist die Abhängigkeit des Strafrechts von verwaltungsrechtlichen Vorregelungen im Grundsatz unvermeidbar, auch wenn die Frage danach, warum das Strafrecht über das Umweltverwaltungsrecht hinaus überhaupt eigenständigen Umweltschutz betreiben sollte, nicht einstimmig beantwortet werden kann.

Allerdings lässt es sich durchaus berechtigt sagen, dass die Verwaltungsakzessorietät relativiert sein muss, wenn die Abhängigkeit des Strafrechts vom Verwaltungsrecht de lege lata anerkannt wird. Der Grund liegt darin: Auf tatsächlicher Ebene basiert die Festlegung der Strafbarkeit von Umweltstraftaten auf einer Zusammenarbeit zwischen Strafverfolgungs- und Verwaltungsbehörden, die auf die unterschiedliche Zielsetzung von Verwaltungs- und Strafrecht zurückgeführt wird. Als Beispiel kann man berücksichtigen, dass, während das Strafrecht nur den vergangenen Einzelfall erfasst, die Umweltbehörden daran interessiert sind, auf Dauer und in Kooperation mit den Betroffenen längerfristige Lösungen zu finden, wobei den wirtschaftlichen Interessen des Unternehmens Rechnung zu tragen ist.⁸¹ Aufgrund dessen ist es durchaus möglich, dass der Regelungsinhalt der Strafvorschriften von verwaltungsrechtlich verbindlicher Anordnung abweicht. Dadurch taucht die Frage des Geltungsvorrangs auf. Mit der Relativierung der Verwaltungsakzessorietät kann einerseits vermieden werden, dass die eigenständigen Zielsetzungen des Strafrechts nicht realisierbar sein können. Andererseits kann dadurch auch gewährt werden, dass die strafrechtliche Normsetzungsbefugnis zuletzt an der Hand des Strafgesetzgebers liegt, indem die Verwaltungsakzessorietät keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Normenhierarchie und den Grundsatz der Gewaltenteilung oder der Arbeitsteilung darstellt.

6.3. Die verfassungskonforme relative Verwaltungsakzessorietät

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Relativität der verfassungskonformen Verwaltungsakzessorietät wie folgt aussehen soll:

79 Heghmanns, Michael, Grundzüge einer Dogmatik der Strafbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000, S. 100 ff.

80 Vgl. Schmitz (Anm. 6), Rn. 43.

81 Ransiek (Anm. 33), Rn. 51; 同前注 2, 刘夏书, 第 16–17 页.

6.3.1. Die begriffliche Akzessorietät ist nicht abschließend. Sie verpflichtet den strafrechtlichen Rechtsanwender grundsätzlich, den strafrechtlichen Tatbestandsmerkmalen die Bedeutung zu Grunde zu legen, die sie durch die Verwaltungsnormen bekommen haben. Aber das Vorliegen der Ausnahme ist auch strafrechtlich erlaubt: Wenn ein Straftatbestandsmerkmal verwaltungsrechtlich durch Auslegung eine Bedeutung bekommen hat, die nicht mehr vom Wortlaut der Strafvorschrift gedeckt ist, muss die Strafvorschrift den Geltungsvorrang genießen. Da für das Strafrecht eine verfassungsrechtlich vorgegebene strikte Wortlautbindung gilt, muss für solche Fälle die einschränkende, notfalls eigenständige strafrechtliche Auslegung gefunden werden.⁸²

Hierbei muss insbesondere noch darauf hingewiesen werden, dass eine solche Begriffsbildung im Umweltstrafrecht problematisch sein könnte, solange sie nicht zu einer Einschränkung der Strafbarkeit führt. Denn aus der ausdehnenden strafrechtlichen Interpretation ergibt sich, was nach allgemeiner Ansicht vermieden werden muss: Eine Bestrafung verwaltungsrechtlich erlaubten Verhaltens.

Vor dem Hintergrund des Rechtsstaatsprinzips – insbesondere der Gewährung der eigenständigen Zielsetzungen des Umweltstrafrechts – kann man dieses Problem zweistufig lösen: Zunächst muss man anerkennen, dass die eigenständige Bestimmung des strafrechtlichen Tatbestandsmerkmals grundsätzlich unter den folgenden Voraussetzungen zulässig sein soll, nämlich dann, wenn sie dem Rechtsgüterschutz dient und das Tatbestandsmerkmal nicht im Einzelfall verwaltungsrechtlich – auch durch behördliche Entscheidung – definiert ist.⁸³ Sind die beiden Voraussetzungen erfüllt, gilt die eigenständige Begriffsbildung als rechtlich erlaubt. Aber wenn die zweite Voraussetzung nicht erfüllt wird bzw. wenn die eigenständige Bestimmung des strafrechtlichen Tatbestandsmerkmals auch im Einzelfall verwaltungsrechtlich festgelegt wird, muss man weiter prüfen, ob die abweichende Begriffsbildung ausdrücklich durch einen Tatbestand in Verbindung mit der strafrechtlichen Regelung über Begriffsbestimmungen nach § 330d dStGB oder § 96 cStGB vorgegeben ist. Wenn die Frage mit einem Ja beantwortet werden kann, stellt die Begriffsbildung immer noch eine rechtlich Zulässige dar.⁸⁴ Die oben dargelegte Prüfungsreihenfolge kann anhand zweier Beispiele verdeutlicht werden:

Erstes Beispiel: Im chinesischen Umweltstrafrecht sind das Ablassen, die Entsorgung und die Behandlung radioaktiver Abfälle nach § 338 cStGB mit Strafe bedroht. Im Gegensatz dazu versteht man im Umweltverwaltungsrecht nach dem § 54 des Gesetzes zur Verhütung und Bekämpfung radioaktiver Verschmutzung (《放射性污染防治法》) und nach den § 36 ff. der Verordnung zum Sicherheitsmanagement radioaktiver Abfälle (《放射性废物安全管理条例》) unter dem „unerlaubten Umgang“ die Entsorgung, die Ablagerung und die Behandlung. Hierbei legt man fest, dass die Hereinnahme der Verhaltensweise „Ablassen“ in den Be-

82 Vgl. dazu Heghmanns (Anm. 79), S. 131 ff.

83 Vgl. BGH 26.4.1990 – 4 StR 24/90, BGHSt 37, 21 (24) = NJW 1990, 2477 ff. (2478); Rogall, Klaus, Die Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts, Alte Streitfrage, neues Recht, in: GA 1995, 299 ff. (302).

84 Vgl. Schmitz (Anm. 6), Rn. 44.

reich der Strafbarkeit bedenkenlos dem Schutz der Umweltrechtsgüter dient. Zudem wird diese Verhaltensweise auch nicht im Verwaltungsrecht festgelegt. Dann gilt diese eigenständige Begriffsbildung des Strafrechts als rechtlich erlaubt.

Zweites Beispiel: Der Begriff der „kerntechnischen Anlage“ soll im deutschen Recht nach der Neufassung der AtomG nur noch ortsfeste und nicht mehr wie früher auch ortsveränderliche Anlagen erfassen. Im Vergleich dazu ist eine solche unterschiedliche Behandlung im deutschen Strafrecht nach § 330d I Nr. 2 dStGB nicht ersichtlich. Hier braucht man auch nicht in Frage zu stellen, dass ein solcher Begriff der „kerntechnischen Anlage“ auf den Schutz der Umweltrechtsgüter abzielt. Weiterhin achtet man darauf, obwohl die Definition im Strafrecht und die im AtomG voneinander divergieren, dass die abweichende Begriffsbildung ausdrücklich in § 325 i. V. m. § 330d I Nr. 2 dStGB geregelt ist. Daher gilt eine solche Begriffsbildung auch nicht als rechtlich unzulässig.

6.3.2. Nach dem Dargelegten verstoßen die Blankett-Tatbestände nicht gegen den Bestimmtheitsgrundsatz, wenn die blankettausfüllende Norm erkennbar und ihrerseits hinreichend bestimmt ist. Diese Prüfung läuft auch zweistufig ab: Zunächst wird geprüft, ob sich Bedenken aus dem Einzeltatbestand ergeben können, so etwa bei § 329 III dStGB im Hinblick auf die dort geforderte „Schutzzweckbestimmung“. Wenn der Schutzzweck sich nicht eindeutig aus der entsprechenden Ausfüllungsnorm ergeben könnte, stellt der Blankett-Tatbestand einen Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz dar. Nach dessen Verneinung prüft man weiterhin, ob die Einzeltatbestände i. V. m. den relevanten allgemeinen verbindlichen Regelungen der Begriffsbestimmungen (wie z. B. § 330d dStGB und § 96 cStGB) ausreichend bestimmt sind. Grundsätzlich nicht genügen können zum Beispiel § 338 i. V. m. § 96 cStGB, nach dem jede Verletzung einer beliebigen Schutzvorschrift ausreichen soll, da dadurch die Reichweite der in § 338 cStGB genannten Rechtsquellen uferlos wird. Infolgedessen wird darauf hingewiesen, dass die chinesischen strafrechtlichen Regelungen der §§ 338 ff. i. V. m. § 96 cStGB einen eindeutigen Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz darstellen. Die „staatlichen verwaltungsrechtlichen Regelungen“ i. S. d. §§ 338 ff. cStGB können nur dann einen Bezug zu den Straftatbeständen der Umweltdelikte begründen, wenn ihr Zweck darin besteht, vor Gefahren oder schädlichen Einflüssen auf die Umwelt zu schützen.⁸⁵

6.3.3. Unter Verwaltungsaktakzessorietät versteht man im Grundsatz die Abhängigkeit von der Wirksamkeit des Verwaltungsakts. Der Grund der Kritik liegt darin: Zunächst verstoße die Ankoppelung an die Rechtmäßigkeit nach dem Dargelegten gegen den Grundsatz der Normenhierarchie und den Grundsatz der Gewaltenteilung oder den der Arbeitsteilung, zudem genüge sie auch nicht dem Bestimmtheitsgebot. Daher gelte ein solches absolutes Verständnis der Verwaltungsaktakzessorietät in Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip als verfassungswidrig. Daneben brauche man den Begriff „Verwaltungsaktakzessorietät“ nicht mehr, wenn man die Abhängigkeit von der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts für maßgebend

85 Siehe dazu田国宝:《我国污染环境罪立法检讨》,《法学评论》2019年第1期,第170–171页.

hält. Denn nach dem Grundsatz des Gesetzesvorbehalts stellt jeder Verwaltungsakt eine Verkörperung bzw. Konkretisierung einer Verwaltungsnorm dar. Wenn die rechtliche Verbindlichkeit eines Verwaltungsakts an eine Verwaltungsnorm gebunden sei, entscheide die Rechtmäßigkeit der Verwaltungsnorm – bei Erfüllung der weiteren Voraussetzungen des strafrechtlichen Tatbestands – über die Strafbarkeit des Verhaltens. Aufgrund dessen sei der Begriff „Verwaltungsaktakzessorietät“ überflüssig.

Ein nachvollziehbares Verständnis der Verwaltungsaktakzessorietät soll wie folgt lauten: Wenn die Abhängigkeit von der Wirksamkeit des Verwaltungsakts für maßgebend gehalten wird, kann das Strafrecht ein materiell und formell verwaltungsrechtliches Verhalten unter keinen Umständen mit Strafe belegen. Andererseits führt die Nichtigkeit des Verwaltungsakts zu einer *ex tunc*-Unwirksamkeit. Demgemäß löst sie also weder eine Folgepflicht der Adressaten aus, noch kann er ihr als Unrechtsausschlussgrund dienen.⁸⁶

Es bleibt die Frage zu beantworten, ob das Strafrecht in jedem Fall an einen vollziehbaren oder wirksamen, materiell-rechtlich aber rechtswidrigen Verwaltungsakt gebunden sein soll:

Bei einem vollziehbaren belastenden Verwaltungsakt an einen Bürger soll eine solche Berücksichtigung der Rechtswidrigkeit unbedingt bejaht werden. Die Einheit der Rechtsordnung fordert hier jedenfalls nicht, dass das Strafrecht der Verwaltungsnorm streng folgt, sondern die Strafbarkeit kann im Interesse des Betroffenen zusätzlich die materielle Rechtmäßigkeit des ihn belastenden Verwaltungsakts verlangen. Denn wenn der Verwaltungsakt rechtlich unerlaubt ist, kann man die strafrechtliche Reaktionsbedürftigkeit mit der Begründung verneinen, dass es im Strafrecht nicht um die Bestrafung bloßen Verwaltungsungehorsams geht.⁸⁷

Eine Berücksichtigung der Wirksamkeit des betroffenen rechtswidrigen Verwaltungsakts ist unter Umständen auch dann nicht gegeben, wenn er für den Bürger begünstigend wirkt. Im deutschen und chinesischen Strafrecht wird die strafrechtliche Reaktionsbedürftigkeit des verwaltungsrechtlich wirksamen Verwaltungsakts für den Teilbereich festgelegt, in dem der Betroffene eine Handlung auf Grund einer durch Drohung, Bestechung oder Kollusion erwirkten oder durch unrichtige oder unvollständige Angaben erschlichenen Einzelentscheidung der Verwaltung ausführt (Rechtsmissbrauchsklausel).⁸⁸ Der Unterschied besteht nur darin, dass, während im deutschen Strafrecht die bedingte Gebundenheit im § 330d I Nr. 5 dStGB gesetzlich angeordnet wird, ein solches Verständnis der Gebundenheit im chinesischen Schrifttum nur weitergehend anerkannt wird. Das zeigt schon deutlich die Friktion: Nach dem deutschen und dem chinesischen Verwaltungsrecht können die durch Drohung, Bestechung, Kollusion usw. erlassenen begünstigenden Verwaltungsakte zurückgenommen werden.⁸⁹ Erst danach wird der rechtswid-

86 Saliger (Anm. 1), S. 109; 车浩:《阶层犯罪论的构造》, 法律出版社 2018 年版, 第 240 页.

87 Vgl. Saliger (Anm. 1), Rn. 115 ff.

88 Siehe dazu Saliger (Anm. 1), Rn. 101 ff.; 同前注 86, 车浩书, 第 239–243 页.

89 Detterbeck (Anm. 26), Rn. 759; 同上注 22, 章剑生书, 第 318–324 页.

rige Verwaltungsakt verwaltungsrechtlich unwirksam. Den Gegensatz dazu bildet seine strafrechtliche Beurteilung. Eine Handlung, die auf Grund eines rechtsmissbräuchlich erlangten Verwaltungsakts ausgeführt wird, soll im Strafrecht von Anfang an als eine Handlung ohne Genehmigung angesehen werden und daher als strafrechtlich nicht erlaubt gelten. Daraus lässt sich erkennen, dass die verwaltungsrechtliche Regelung über das Strafrecht abgeändert wird und faktisch nicht mehr gilt. Auch wenn ein rechtsmissbräuchlich erlangter Verwaltungsakt noch wirksam ist, kann der Adressat sich nicht darauf berufen, dass er sich nicht strafbar machen kann, wenn er eine dem Verwaltungsakt entsprechende Umweltbeeinträchtigung vornimmt.

Eine derartige bedingte Abhängigkeit vom Verwaltungsrecht ist überzeugend. Für sie spricht vor allem, dass die gesamte materielle Verwaltungsrechtslage Gegenstand des Strafprozesses bildet und nicht auf die Prüfung besonderer grober Fehler, die zu Nichtigkeit des Verwaltungsakts führen, beschränkt ist.⁹⁰ Außerdem kann der begünstigte Adressat außerhalb der Fälle der Rechtsmissbrauchsklausel von der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts ausgehen, und es kann ihm nicht die Pflicht auferlegt werden, den Verwaltungsakt auf seine Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen.⁹¹ Schließlich wäre die Bindung an das materielle Verwaltungsrecht damit ohnehin weitgehend unerheblich, da in aller Regel ein unvermeidbarer Irrtum über die Rechtmäßigkeit der Erlaubnis geltend gemacht würde.⁹²

Literaturverzeichnis (ohne chinesischsprachige Literatur):

- Breuer, Rüdiger, Verwaltungsrechtlicher und strafrechtlicher Umweltschutz – Vom Ersten zum Zweiten Umweltkriminalitätsgesetz, in: JZ 1994, 1077, 1083 ff.
- Detterbeck, Steffen, Öffentliches Recht, 20. Aufl. 2022.
- Franzheim, Horst, Buchbesprechung: Olaf Hohmann, Das Rechtsgut der Umweltdelikte, Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes, in: GA 1992, 479 ff.
- Freund, Georg/Rostalski, Frauke, Strafrecht AT, 2019.
- Frisch, Wolfgang, Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht: Zum Verhältnis von Umweltverwaltungsrecht und Strafrecht und zur strafrechtlichen Relevanz behördlicher Genehmigungen, 1993.
- Gallas, Wilhelm, Studien zum Unterlassungsdelikte, 1989.
- Grzeszick, Bernd, in: Maunz, Theodor/Dürig, Günter, Grundgesetz, 94. Aufl., 2021.
- Heghmanns, Michael, Grundzüge einer Dogmatik der Strafbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000.
- Jescheck, Hans-H., Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Nr. 181/182, 1955.
- Jescheck, Hans-H./Weigend, Thomas, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1996.
- Kloepfer, Michael/Heger, Martin, Umweltstrafrecht, 2014.

90 Ransiek (Anm. 33), Rn. 48.

91 同前注, 车浩书, 第 241–242 页.

92 Ransiek (Anm. 33), Rn. 48.

- Kühl, Kristian, Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Bediensteten von Betrieben für Gewässerverunreinigungen und ihre Begrenzung durch den Einleitungsbescheid, in: Küper, Wilfried (Hrsg), FS für Karl Lackner, 1987, 815 ff.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Kommentar zum StGB, 2018.
- Meinberg, Volker, Anm. zu AG Nördlingen, in: NStZ 1986, 315 ff.
- Ransiek, Andreas, Gesetz und Lebenswirklichkeit, 1989.
- Ransiek, Andreas, in: Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-U., Strafgesetzbuch 2017.
- Rogall, Klaus, Die Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts, Alte Streitfrage, neues Recht, in: GA 1995, 299 ff.
- Rudolphi, Hans-J., Primat des Strafrechts im Umweltschutz?, in: NStZ 1984, 248 ff.
- Saliger, Frank, Umweltstrafrecht, 2020.
- Schall, Hero, Umweltschutz durch Strafrecht: Anspruch und Wirklichkeit, in: NJW 1990, 1256 ff.
- Schmitz, Roland, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2019,
- Schmitz, Roland, Verwaltungshandeln und Strafrecht, 1992.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst/Cramer, Peter u. a., Strafgesetzbuch. Kommentar. 30. Aufl. 2019.
- Tiedemann, Klaus/Kindhäuser, Urs, Umweltstrafrecht – Bewährung oder Reform?, in: NStZ 1988, 337 ff.
- Winkelbauer, Wolfgang, Die strafrechtliche Verantwortung von Amtsträgern im Umweltstrafrecht, in: NStZ 1986, 149 f.
- Winkelbauer, Wolfgang, Zur Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts, 1985.
- Zhang, Zhengyu, Der Straftatbegriff im chinesischen und deutschen Strafrecht, 2017.
- Zhao, Yang/Richter, Thomas, Objektive Tatseite in China, in: Sieber, Ulrich/Cornils, Karin, Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Teilband 1, 2009.

Völkerrecht – Menschenrechte – Völkerstrafrecht

Truth Commissions of the North

Sia Spiliopoulou Åkermark

Abstract Deutsch

In Norwegen, Schweden und Finnland wurden kürzlich Wahrheits- und Versöhnungskommissionen für indigene Völker und Minderheiten eingesetzt. Wie sind solche Bemühungen zu verstehen und was kann man von ihnen erwarten? Diese Fragen werden hier vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit früheren Bemühungen von Wahrheitskommissionen diskutiert, die sich hauptsächlich auf Nicht-Übergangsgesellschaften konzentrierten. Die Hoffnung und Erwartung ist, dass eine Wahrheitskommission nicht einfach nur einen Bericht über die Ereignisse und „Fakten“ abliefern, sondern zu einem umfassenderen Verständnis der Auswirkungen auf die Menschen und die Gesellschaft beitragen kann. Solche Kommissionen fungieren als Ergänzung und manchmal auch als Alternative zu begrenzteren Gerichtsverfahren. Es wird argumentiert, dass ein besseres Verständnis der Bestrebungen, der Arbeitsweise, der Bedingungen und der Bedürfnisse von Wahrheits- und Versöhnungskommissionen eine wichtige Aufgabe für alle ist, die sich für Fragen der Vielfalt und der Rechte von Minderheiten und im weiteren Sinne für die Rolle der Justiz in und zwischen Ländern und Menschen interessieren. Die bisherigen Erfahrungen zeigen, dass rechtliche und gesellschaftliche Erinnerungsprozesse interagieren und sich gegenseitig bedingen.

Abstract English

Truth and reconciliation commissions on indigenous and minority matters have recently been established in Norway, Sweden and Finland. How should such efforts be understood and what can be expected of them? These questions are here discussed against the experience of previous efforts of truth commissions focusing mainly on non-transition societies. Rather than simply giving an account of events and of “facts” the hope and expectation is that a truth commission can contribute to a broader understanding of how people and society have been affected. Such commissions function as a complement and sometimes as an alternative to more limited legal proceedings. It is argued that a better understanding of the aspirations, workings, conditions and needs of truth and reconciliation commissions is an important task for all interested in diversity matters and the rights of minorities and more widely in the role of justice within and between countries and humans. Experiences until now show that legal and societal memory processes interact and intertwine.

1. Introduction

Truth and reconciliation commissions on indigenous and minority matters have recently been established in Norway, Sweden and Finland. How should such efforts be understood and what can be expected of them? These questions are here discussed against the experience of previous efforts of truth commissions focusing mainly on non-transition societies. Rather than simply giving an account of events and of “facts” the hope and expectation is in general that a truth commis-

sion can contribute to a broader understanding of how people and society have been affected. However, the challenges in well-established democracies differ in some respects from the conditions in societies exiting for instance authoritarian regimes, war or internal conflict. It is argued that a better understanding of aspirations, workings, conditions and needs of truth and reconciliation commissions – which function as a complement and sometimes as an alternative to more limited legal proceedings –, is an important task for all interested in diversity matters and the rights of minorities and more widely in the role of justice within and between countries and humans.

In the present text I explore the experience and conditions for the proliferating truth commissions in the Northern hemisphere and in situations which cannot be adequately described as transition or post-conflict situations. Developments are covered until October 2021.

Truth commissions are in general viewed as a useful or even crucial tool in countries and contexts of democratic transition after an authoritarian regime or in the aftermath of a violent conflict. In the period 1974–1994 there were 15 commissions established. By today more than forty commissions worldwide have been documented and analysed. Among the more known and studied are the South African Truth and Reconciliation Commission which operated in the years 1995–2002 as well as two such commissions in Chile, first in 1990–1991 and then in 2003–2005.¹

Until today there is, however, little theorising of the consequences of the considerable differences between truth commissions focusing on events during a limited period of time, such as a civil war or a dictatorship, or even for a specific incident, as compared to the much more structurally oriented issues involved in gathering testimonies, archival materials and other evidence documenting long periods of societal transformations, including state formation and modernisation processes, as well as the effects of colonial practices and legacies. The present text is an effort in this direction.

In New Zealand a predecessor to more recent global truth commission efforts has been the Waitangi Tribunal which was established in 1975 and continues its work still today.² The Tribunal had received more than 2,500 claims and issued as of 2015 ca 123 reports, including district reports covering three quarters of the land area of New Zealand. Its base, point of reference and focus is primarily legal, found in the Waitangi Treaty of 1840.

A first more widely known truth commission was set up in Argentina in 1983, but this body was not referred to as a “truth commission” at that time. Rather, it was and still is referred to as the National Commission on the Disappeared (CONADEP). Argentina had just emerged out of a dictatorship period (1976–1983). “Truth commissions” as a term of art did not emerge in fact until almost ten years later, after

- 1 Hayner, Priscilla B. (2010). *Unspeakable Truths: Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*. Routledge; Nordquist, Kjell-Åke (2017). *Reconciliation as politics: a concept and its practice*. Eugene, Oregon: Pickwick Publications.
- 2 The Waitangi Tribunal settles historical claims on the basis of the Treaty of Waitangi (1840) <https://waitangitribunal.govt.nz/>.

the National Commission on Truth and Reconciliation in Chile and the Commission on the Truth in El Salvador in the early 1990-ies, following military rule and civil war respectively.³

According to Hayner a truth commission can be defined as a body (1) focused on the past; (2) set up to investigate a pattern of abuses over a period of time, rather than a specific event; (3) a temporary body, with the intention to conclude with a public report; and (4) officially authorized or empowered by the state.⁴ It is a matter of scientific debate whether truth commissions should have the explicit intention to advance reconciliation or democracy-building. Over time – and increasingly – truth commissions do aim at promoting “reconciliation“, while this has not always been the case in early efforts. We shall return though to the difficulties of concepts such as “truth” and “reconciliation” further on in the present text.

What is of essence at this point is that truth commissions aim at affecting the social understanding and acceptance of the country’s past, not just to reveal or resolve specific facts. In this sense truth commissions, especially since they are most often authorised and endorsed by the state, redefine, or try to redefine, the identity and perhaps the historiography of a state and its society. Truth commissions address the past, past injustices, past crimes, past experience and traumas in order to understand the present and change policies, practices, and even relationships in the future. Focus is much more on the victims in a manner that acknowledges and respects those who were affected by the abuses.

For these reasons it has been more recently proposed that the definition of a truth commission should be somewhat adapted. A truth commission: is focused on past, rather than ongoing, events; investigates a pattern of events that took place over a period of time; engages directly and broadly with the affected population, gathering information on their experiences; is a temporary body, with the aim of concluding with a final report; and, finally, is officially authorized or empowered by the state under review.⁵ It is this broad engagement with the affected population, but also with society as a whole, which is the added element in this wider understanding about what a truth commission is all about.

As we shall explore further in the present text, in more recent years, truth and reconciliation commissions have also been established in countries which are understood and are self-defined as established democracies and as defenders of human rights. In most cases this has taken place within a movement of reassessment of the ways in which modern and post-industrial states were created and shaped over centuries of development and modernisation but also affecting profoundly the lives and identities of indigenous peoples, regional minority groups and social relations in regions of the country concerned.

In the present article I shall introduce the recent efforts towards truth commissions in the Nordic countries, after an initial presentation of some general consid-

3 National Commission on Truth and Reconciliation in Chile (English translation) https://www.usip.org/sites/default/files/resources/collections/truth_commissions/Chile_90-Report/Chile90-Report.pdf.

4 Hayner (2010), pp. 11–12.

5 Ibid.

erations and an overview of previous efforts of truth commissions focusing mainly on cases in non-transition situations. At the end of the text there shall be a concluding discussion on the particular challenges facing truth commissions in what is generally described as being well-established democracies.

2. The goals and logics of truth commissions

One way to understand the interest in truth commissions and reconciliation is the increased focus and interest in the experiences and fates of victims of mass violence coupled to new movements that focus on claims of justice.⁶ The on-going debates on genocide and cultural genocide as well as the broader debate on and efforts for accountability for war crimes and crimes against humanity form a canvas against which present day understandings on truth commissions could be viewed. There is by now a multitude of studies showing that repressing intense emotional pain leads to psychological trouble. Indeed, one of the cornerstones of modern-day psychology is the belief that expressing one's feelings, and especially talking out traumatic experiences, is necessary for recovery and for psychological health. It is therefore often asserted that following a period of massive political violence and enforced silence, simply giving victims and witnesses a chance to tell their stories to an official commission – especially one that is respectful, non-confrontational, and genuinely interested in their stories – can help them regain their dignity and begin to recover.⁷

Another entry point in the goals and logics of truth commissions is the insight that trust in society, between individuals but also between citizens and public institutions, is of crucial importance for the resilience of societies and states, i.e. for the ability to overcome adversities and to recover after negative experiences. The importance of trust in society has received increased attention in scientific enquiry as well as in political discourse in recent years, not least as one of multiple consequences of the Covid-19 pandemic.⁸ A country may, in this process of building up trust, need to repair torn relationships between ethnic, religious, regional, or political groups, between neighbours, and between political parties.

Some call this process societal healing or reconciliation, i.e. a society reconciling itself with its past, and groups reconciling with each other.⁹ The need to heal, repair or reconcile is likely to be more evident for broad parts of the population in

6 See also Minow, Martha (2000), "The hope for healing" in Rotberg, Robert I. & Thompson, Dennis Frank (2000). *Truth v. Justice: The Morality of Truth Commissions*. Princeton University Press, 235–260.

7 Hayner, p. 146.

8 Highlights from the OECD Webinar "Measuring Public Trust After A Pandemic And Economic Crises", 22 June 2020, <https://www.oecd.org/gov/oecd-trust-webinar-one-highlights.pdf>; OECD (2017), *Trust and Public Policy: How Better Governance Can Help Rebuild Public Trust*, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264268920-en>.

9 Hayner, p. 145.

a country in the aftermath of a violent conflict or a brutal authoritarian period which has affected negatively and profoundly the lives of large numbers of people across society. It is perhaps more complex to achieve such broad endorsement and support for a truth and reconciliation effort if it concerns a relatively small group of persons that have been affected over a long period of time, as in the case of indigenous peoples or remote minority groups living far away from decision-making centres and dominant, majority elites.¹⁰ This is one of the particular challenges for the more recent truth commissions in established democracies.

There are also many words of caution put forward by experts. The assumption that “talking leads to healing” does not necessarily hold true for truth commissions. Healing is a truly long-term process, say such experts, and it requires a positive environment and psychological support over extended periods of time. Only when victims are given a safe and supportive environment to talk about their suffering, can we eventually see some positive results and symptoms of repressed trauma, such as nightmares, emotional problems, and sleeplessness, may recede. Truth commissions, however, do not offer long-term therapy. They offer victims or their offspring a unique opportunity to tell their story, usually to a stranger whom they will most likely not see again. The effect of this experience is far from clear; for some victims, the opportunity to engage with a truth commission can be quite positive; for others, the impact may be devastating.¹¹

At one level, truth commissions clearly hold fewer powers than do courts. They cannot as such put anyone in jail, they cannot independently enforce their recommendations, and most have not had the power even to compel anyone to appear for questioning.¹² But they hold advantages when there are structural, comprehensive processes in situations where individual accountability and culpability are insufficient to capture the scope and tragic of “unspeakable truths”.

Furthermore, memory is not something that can be authoritatively fixed by a legal process.¹³ According to one view, the legal profession tends to believe that what is recorded within the court room or inquiry hall can constitute “the irrefutable history of the past”. This is both intellectually circumspect and historically dangerous, argues historian Tristram Hunt.¹⁴ The wider the context in which individual guilt has to be understood, and the more such understanding defers to the contingencies of historical interpretation, the more evident the limits of criminal procedure for reaching the “truth”.¹⁵ Since documents and testimonies are then

10 Kjell-Åke Nordquist (2021), ‘Sápmi och svenska staten: nu ska sanningen fram!’ in *Öppna vyer – lång sikt. Festschrift till Owe Kennerberg*, Thomas Kazen & Susanne Wigorts Yngvesson, Studia Theologia Holmiensia, No 34, Enskilda Högskolan Stockholm, 71–78.

11 Hayner, 147.

12 Ibid., 13.

13 Koskenniemi, Martti ‘Between Impunity and Show Trials’, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 6 (2002) 1–35.

14 As cited in Hayner, 84.

15 Martti Koskenniemi, ‘Between Impunity and Show Trials’, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 6 (2002) 1–35 at pp. 11–12.

not memory as such, there is something more that is required both in addition to any legal process(es) but also as part of the work of truth commissions. The missing link is the importance of the dissemination, societal discussion, internalisation and, hopefully, endorsement of the steps and outcomes among both victims, but also among those who could perhaps be described as perpetrators, or their descendants. Such dissemination and endorsement must also involve more widely the majority population which consists of those who were actively engaged in the course of events, and of silent bystanders. According to Martha Minow, the repertoire of societal responses to collective violence must include prosecutions, but must also not be limited to them.¹⁶ Accountability, justice, truth and reconciliation are thus to be understood not as opposites but rather as mutually re-enforcing and complementary concepts and processes.

In addition, recent truth commissions have begun to grapple with a broader range of issues and rights. The implications of atrocities, inequalities, victimisation and marginalisation in relation to economic, social, and cultural rights and beyond the civil and political rights that are more standard to these inquiries, are now coming to the forefront. How has control over land and resources been affected by the periods of time and processes under examination? Should economic aspects be investigated by a truth commission? What about broader issues of poverty, whether as a causal factor or a consequence of a conflict or a colonial period? These issues have emerged in the spectrum of several commissions, whether preoccupied by the consequences of conflict, of dictatorship and authoritarian regimes, or of more long-term processes such as slavery, forced labour in colonial and post-colonial countries, or the longstanding negative treatment of indigenous peoples and minorities in many parts of the world. But it is not yet clear how the full range of long-term economic consequences and rights might be addressed in this kind of inquiry.

3. Truth commissions in established democracies in the past

First a brief mention of earlier experiences, in particular on issues pertaining to access to land and processes in – more or less – established democracies.

In Australia, the government asked in 1995 its permanent human rights monitoring body, the Human Rights and Equal Opportunity Commission, to look into the record of state abuse against the country's Aboriginal population. Its year-long investigation documented decades-long state policies of forcibly removing Aboriginal children from their families and placing them with white families in order to assimilate them into mainstream Australian society. These practices continued in fact until the early 1970s. With the release of the commission's report, "Bringing Them Home", in 1997, the story became a national scandal and ultimately a central issue in national elections, as the Australian public was outraged by this previously little-known practice, while the government refused to offer a formal apology in the

16 Minow (2000), p. 254.

name of prior governments.¹⁷ Sixty thousand copies of the report were purchased in the first year after its release. An annual “Sorry Day” was created, as recommended by the commission, and “sorry books” were made available for signature by the public. Within a year, over 100,000 Australians had signed these books, filling hundreds of volumes.

In the United States, the Truth and Reconciliation Commission in Greensboro, North Carolina, is a more local but important example as it stands for a different kind of experience. It was to a large extent an unofficial and privately funded process focusing on a specific event in 1979, namely the shooting and killing of protestors by the Ku Klux Klan (KKK) and the National Socialist Party of America (American Nazi Party). The Commission was set up in 2004 and submitted its comprehensive report in 2006.¹⁸

Canada was also prompted to review its policies towards and relationships with indigenous communities, including long standing experiences of forced assimilation through the means of placing aboriginal children in so called “residential schools”. After some first steps already in the 1990-ies and an initial five-year commission of inquiry, resulting in significant reparations to survivors, Canada ultimately decided to establish a full-fledged truth commission to further address this legacy. The background is here summarised briefly. Starting in 1874, the government of Canada had worked together with Protestant and Catholic churches in Canada to put in place a nationwide system of “residential schools” that aimed to forcibly assimilate Aboriginal children across the country.¹⁹ These policies remained in place for more than one hundred years; the last residential school closed in 1996. Attendance was compulsory, and Aboriginal languages and cultural practices were prohibited. The schools were also known for sexual, physical, and psychological abuse. There were some 86,000 residential school survivors in Canada as of 2007. Canada began to address the legacy of the residential schools in 1991. It established a Royal Commission on Aboriginal Peoples, which recommended a full public inquiry into the origins and effects of these policies. In 1998, the government formally acknowledged for the first time the failure of the residential school policy. In addition, the residential schools have been the subject of extensive litigation, with several persons prosecuted for abuse as well as thousands of civil suits and a number of class action suits against the government and churches. In 2003, the government of Canada began a dispute resolution program to compensate and offer therapeutic services to survivors. But these efforts were seen as insufficient. In order to settle pending civil claims, and after extensive consultation between the government, churches, and aboriginal communities, in 2006 the government approved an Indian Residential Schools Settlement Agreement at an

17 *Bringing them Home* – Report of the National Inquiry into the Separation of Aboriginal and Torres Strait Islander Children from Their Families (Sydney: Human Rights and Equal Opportunity Commission, 1997) <https://humanrights.gov.au/our-work/bringing-them-home-report-1997>.

18 Greensboro Truth and Reconciliation Commission Report – Executive Summary (2006), <https://lib.digitalnc.org/record/26070?ln=en>. See also, Hayner, 12.

19 Hayner, 72–73.

estimated cost of \$2 billion. Close to \$60 million of this amount was stipulated for a Truth and Reconciliation Commission. The agreement provides for extensive reparations for former residential school students, with “common experience payments” for which all former students are eligible, averaging about \$28,000 per student. There is also an adjustment process by which former students can make claims for specific abuses.

A truth commission was established effectively in 2009 focusing on the abuses of its indigenous population and after a significant reparations program had already been implemented and after formal apologies from the religious and state institutions complicit in the abuses had been given. Its aim was thus to address over a century of forced assimilation policies toward the indigenous population of Canada. The truth commission had in fact been first established with the inauguration of three members in mid-2008, but internal problems and disagreements led to their resignation. Three new commissioners were inaugurated in July 2009 and were to work for five years. It was mandated to complete national events and to deliver a report on historic findings and recommendations. The commission was also mandated to create a national archive of testimonies. The commission was prohibited from making findings or conclusion in relation to any specific individual, or naming names in its events, activities, statements, or report, “unless such findings or information has already been established through legal proceedings, by admission, or by public disclosure by the individual.”²⁰ The Canadian House of Commons had provided the first official apology for the residential schools policy in May 2007, and the prime minister followed in 2008, saying that he recognized that “the consequences of the Indian Residential Schools policy were profoundly negative and that this policy has had a lasting and damaging impact on Aboriginal culture, heritage and language”.²¹ To mark its new beginning, the commission formally changed its name in late 2009 from the Indian Residential Schools Truth and Reconciliation Commission to “Truth and Reconciliation Commission of Canada.” In December 2015, the Truth and Reconciliation Commission released its entire six-volume final report, encouraging all Canadians to read the summary or the final report to learn more about the terrible history of Indian Residential Schools and its sad legacy.²² The reports also included a list of 94 Calls for Action covering a wide range of societal fields.

In July 2021 the world was shocked anew when the unmarked graves of hundreds, potentially thousands of aboriginal children were disclosed adjacent to res-

20 Article 2 (f) of Schedule N, Mandate for the Truth and Reconciliation Commission, Indian Residential Schools Settlement Agreement, May 2006.

21 Prime Minister Harper offers full apology on behalf of Canadians for the Indian Residential Schools system, Canadian Parliament, June 11, 2008. See: https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/DAM/DAM-CIRNAC-RCAANC/DAM-RECN/STAGING/texte-text/rqpi_apo_pdf_1322167347706_eng.pdf.

22 Government of Canada, Truth and Reconciliation Commission, <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1450124405592/1529106060525>. The National Centre for Truth and Reconciliation and the University of Manitoba provides the full reports of the Commission, <https://nctr.ca/records/reports/>.

idential schools in Canada.²³ The long-term impact of the Truth and Reconciliation Commission in Canada can in other words not be fully assessed as of yet, several years after the Commission completed its work and thirty years after the establishment of the Royal Commission on Aboriginal Peoples. We can therefore expect that the processes of co-creation of memory and for reconciliation and justice shall be pursued in the case of Canada. This case illustrates vividly the interplay between legal procedures and the persisting need for a comprehensive understanding and discussion of the past. Truth and memory are indeed difficult to fully grasp and even more difficult to represent adequately. As Martha Minnow has aptly put it “the sheer implication of adequacy is itself potentially insulting to the memory of those who were killed and to the remaining days of those who were tortured, and to those who witnessed the worst that human beings can do to other human beings”.²⁴ A possible monetary reparation for a limited number of victims does not obliterate the need for wider societal knowledge and acceptance.

Of particular interest for the purposes of the present text is perhaps the experience in Mauritius. I expand a little more on the experiences of this commission as it is less known and as it also dealt with important questions affecting post-colonial conditions and with implications on land ownership and control of natural resources. A Truth and Justice Commission was established in Mauritius in 2009 to look at abusive practices that began centuries earlier, changed in nature over time, and whose impact on society was profound and persistent. The commission is of interest for the truth commissions established in the Northern hemisphere as it was directed to document this broader colonial and post-colonial history, to understand its current impact, and also to recommend reparations for descendants. The mandate of the commission in Mauritius was, firstly, to document slavery, which began in the middle of the seventeenth century and was abolished two hundred years later. But, also, secondly, it was tasked to examine the practice that developed after slavery formally ended, namely indentured labour. After 1834, millions of so-called indentured workers from South Asia were taken to British colonies in various parts of Africa, the West Indies and Malaysia. This practice brought close to half a million laborers to Mauritius, primarily from India, on contracts that left them indebted to their employers and close to the conditions of slaves. The commission was also directed to investigate complaints of the dispossession of land, and to “determine appropriate measures to be extended to descendants of slaves and indentured laborers”.²⁵

The essence of the matter was summarised by the chair of the Commission, Professor Alexander Boraine, with the following words:

23 Canada: 751 unmarked graves found at residential school <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-57592243> (24.06.2021) and more graves found at new site <https://text.npr.org/1012100926>.

24 Minnow, loc. cit., p. 235.

25 Truth and Justice Commission, Mauritius, Volume 1: <https://www.usip.org/publications/2012/02/truth-commission-mauritius> while all four volumes of the final report of the Commission are found on ResearchGate.net.

Mauritians have come from different corners of the world to settle, many forcibly. Each wave of migration has been characterised by specific linguistic cultural and religious traditions. All these groups, in one way or another, have serviced the colonial economy and continue to do so in modern Mauritius. The outstanding question to be dealt with is how to best address the fundamental class, ethnic and gender divisions that still exist in Mauritian society today.²⁶

The Truth and Justice Commission Act was constituted in March 2009. The Commission had, as defined in its mandate in Section 3(2) and Section 4 of the Truth and Justice Act, No. 28. of 2008, to: (a) make an assessment of the consequences of slavery and indentured labour during the colonial period up to the present; (b) conduct inquiries into slavery and indentured labour in Mauritius during the colonial period and, for that purpose, gather information and receive evidence from any person; (c) determine appropriate reparative measures to be extended to descendants of slaves and indentured labourers; (d) enquire into complaints, other than a frivolous and vexatious complaints, made by any person aggrieved by a dispossession or prescription of any land in which he/she claimed to have an interest; and (e) prepare a comprehensive report of its activities, research and findings, based on factual and objective information and evidence received by it and submit the report to the President.

The final report of the commission starts off with an account of the present, namely by highlighting the consequences of the centuries' long experiences of slavery and indentured labour today. The commission explains early on in its final report what it saw as the main persistent consequences:

[I]t is evident that people of slave descent are among, as a consequence, the less envious citizens of the Republic on the threshold of the 21st century Mauritius in that: (i) they are poorly housed, in that a majority of them live in housing estates, devoid of bare amenities and in over crowdedness; (ii) literacy is rampant in their milieu, schooling of children needs re-thinking to be effective; due to their low level of education and poor performance at school, few can get employed in Government services and parastatals; (iii) marked absence in agricultural occupation, as a result of circumstances arising from the aftermath of slavery; (iv) marked absence in the fields of trade and commerce, and especially in the small and medium enterprises sector; (v) over-concentration of employment in hard manual work; (vi) contrary to the other communities, they have no real effective pressure groups to make their voices heard in higher and political quarters, most of their grievances remained unheard; (vii) for these and other reasons, they are poorly represented in all spheres of public life and in Government institutions; and (viii) the Commission has also undertaken for the first time, a psycho-sociological analysis to better understand the various factors which impede progress, and the following relevant reports and recommendations highlight new strategies to be adopted in the future. Few places bear the name of people of African and Malagasy descent, although slaves outnumbered their masters in the proportion of 10 to 1. Even today, no monument has been erected to remind us of their contribution to history and to the development of the country.

Then Prime Minister of Mauritius, Navin Ramgoolam, explained further the need for such a commission when he presented it to the National Assembly in 2008:

26 Report of the Truth and Justice Commission in Mauritius (2011), Volume 1, p. 10.

Years have passed since slavery and indentured labor were abolished. The horrors of such brutality and bondage no longer exist today. But such treatment meted out to human beings does have its psychological impact, which can be permanent and as destructive if not more so, compared to physical slavery.²⁷

The question of whether the commission should recommend individual or community reparations was controversial from the very beginning in the commission's work in 2009. After the chair stepped aside for health and other reasons, a South African, Alexander Boraine, who had been the deputy chair of the South African Truth and Reconciliation Commission, assumed the chairmanship beginning in January 2010. The commission was given twenty-four months to conclude, in addition to a preparatory period, with the possibility of an extension of a further five months. The commission presented its comprehensive report in November 2011, comprised of four volumes, of which the first summarises findings and outlines recommendations, the second deals with land issues, the third included reports and technical surveys on contemporary history and cultural matters while the fourth dealt with economy, society and memory matters.

The commission had the opportunity to look specifically into the effects of the system on land ownership and use. The commission was aware of the great complexity and difficulty of the issue and noted that it would be impossible within the barely two years granted for its work to make a full and proper examination of land titles and disputes. The historical background was explained in the following way by the Commission. Land acquisition by Indian immigrants had been greatly facilitated by sugar estates owners in order to put to use much of the marginal lands held to maximize sugar production. The massive purchase of uneconomic plots of land through "morcellement", i.e. dividing land in small plots, had been another way to plough back whatever savings had been made by immigrant workers thanks to great personal sacrifice and hard work. It was found that by the year 1900 around 40% of the land surface under cane cultivation was held by Indian immigrants and their descendants; production was however poor and gave less than 20% of national output in sugar. Much of the lands acquired were uneconomic, in spite of the invisible labour provided by the small planters themselves. The emerging class of small planters represented hardly a third of the bulk of Indian-Mauritians. Until the second half of the last century the rest of them had continued to lead a disadvantaged and precarious life as labourers on sugar estates or as unemployed.

The main recommendations of the commission as regards land matters were far reaching. One of the most vexing and complex challenges faced by the Commission was to try and be of material assistance to claimants who believed they had been unjustly dispossessed of their land. Many of those who had come before the commission had inadequate documentation and, in most cases, the search by commission officials of the archives had not produced the missing documentation. In some instances, the commission did discover that the land had been sold or prescribed. [...] The Commission was strongly of the opinion that a Land Monitoring and Research Unit be established "as a matter of urgency". This Unit should

27 As cited in Hayner, p. 70.

be a permanent body whose main task would be to assist citizens to establish the facts concerning their search for land which they believe is rightly theirs. Unnecessary bureaucracy should be avoided at all costs. The Commission recommended further that the State considers granting small parcels of land to deserving cases. It further recommended that legislation be introduced which would give greater protection against those Land Consultants, Notaries and Lawyers who were described as “a disgrace to their profession and unscrupulous in their dealings with those who seek their assistance”.

The commission specified the key land issues that it would have a fair chance to focus on, namely: create a Database of land purchases and sales; examine policy and laws relating to acquisition of land from 1723 onwards; examine the extent of landownership by freed slaves and ex-slaves, indentured and descendants and misappropriation of land; investigate the reasons for obstacles to landownership; examine land issues brought before the Commission; and, finally, advise and assist persons in obtaining documents in order to allow them to recover their land where possible. In order to deal with land claims submitted to it, the Commission established a committee of five land experts (lawyers and land surveyors) to which several research assistants were appointed. The Committee perused all the 230 cases received, drew up a comprehensive list of all these cases, received people for interview and undertook research, not only to prepare the dossiers for different hearings, but also to look into missing documents, to put the cases into shape. It was observed that in most cases, the land information data submitted to enable the Committee to make a proper assessment and appraisal was not sufficient. The information given was very sparse and skeletal in nature. In many cases, no title deed, no “concession” plan, no Survey Report, no Investigative Report was submitted in support of claims.

According to the commission final report, a majority of the complaints emanated from people who, through ignorance or lack of financial resources, have left their ancestral lands undivided or unoccupied. Most such lands have subsequently been appropriated by other parties, including the sugar estates through prescription, and other similar means. Since many people were ignorant of the basic laws and procedures regarding the preparation of affidavits of succession, acquisition and other procedures to be adopted to safeguard their rights, they easily fell prey to “unscrupulous self-appointed ‘land experts’”. The commission recommended therefore that a land division should be established within the Supreme Court.

Linked to the issue of land was the fate of several islands in the Indian Ocean, including the Chagos islands. A chapter in the report of the commission is dedicated particularly to this matter. In February 2019 the International Court of Justice rendered its Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965.²⁸ The Court was of the opinion that, having regard to international law, the process of decolonization of Mauritius had not been lawfully completed when that country acceded to independ-

28 Advisory Opinion of the International Court of Justice, 25 February 2019 <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/169/169-20190225-ADV-01-00-EN.pdf>.

ence in 1968, following the separation of the Chagos Archipelago. It also found that the United Kingdom is under an obligation to bring to an end its administration of the Chagos Archipelago as rapidly as possible; and finally, that all Member States are under an obligation to co-operate with the United Nations in order to complete the decolonization of Mauritius. So, here we can once more see readily how legal and societal memory processes interact and intertwine.

A Reconciliation Commission was established in Greenland, an autonomous region in Denmark and the world's largest island, in 2014 by the then-leader of the Self Rule Aleqa Hammond. The wish by Greenlanders for such a commission was not shared by Denmark and the Commission was controversial from the beginning. The Danish prime minister at the time, Helle Thorning-Schmitt is reported to have said in 2013 that "We have no need for reconciliation, however, I fully respect that that is a discussion that concerns the Greenlandic people. We will follow the discussion closely from here".²⁹ There was also controversy within the Greenlandic society as to whether a reconciliation commission was needed, or not. The Commission was composed of independent citizens and highly educated researchers in history, education, anthropology, ethnography, and psychology. The Commission highlighted four levels of reconciliation needed: a) reconciliation with one's-self and one's own background; b) reconciliation with the past; c) reconciliation between groups with different experiences and positions within Greenland and d) reconciliation between generations.

The Commission presented its final report in December 2017 under the title "We understand the past – We take responsibility for the present – We work for a better future".³⁰ The Commission identified four key areas that present difficult challenges for the Greenlandic society: the effects of colonialism are still present on Greenland; many inhabitants have the feeling of being mere spectators in development; the language situation is complex and challenging; there is a need to identify common values for society as a whole. The Commission also made seven core recommendations, among which were the need for further work with the documentation and reflective discussion of memory and history, the need to observe diligently the principle of prior informed consent in all societal planning and development, as well as the expectation of an apology by Greenlanders who feel they had been treated as second rate citizens. It has been noted that the Commission was mainly pre-occupied not so much with the first ca 250 years of Danish presence, but more so with the period 1953–1979, after Greenland formally had ceased being a colony of Denmark.³¹ During this period a rapid modernization meant reform

29 Finne, Arne. "Abuse and Colony Era Still Marks Greenlanders", in <https://www.highnorthnews.com/en/abuse-and-colony-era-still-marks-greenlanders>.

30 Forsoningskommissionen, Betaenkning utgivet af Grønlands Forsoningskommission, Nuuk, december 2017, *Vi forstår fortiden – Vi tager ansvar for nutiden – Vi arbejder for en bedre fremtid*, <https://naalakkersuisut.gl/~media/Nanoq/Files/Attached%20Files/Forsoningskommission/Endelig%20bet%C3%A6nkning%20DK.pdf>.

31 Astrid Nonbo Andersen, *Lessons from the Greenlandic Reconciliation Process*, 5 March 2020, at JusticeInfo.net <https://www.justiceinfo.net/en/43949-lessons-from-the-greenlandic-reconciliation-process.html>.

programmes, welfare provision, modern fishing industries, new housing patterns and educational reforms, which meant among other things the increase of the number of Danish-speaking Greenlanders. While the fate of the Commission was marked and troubled all along by the role of Aleqa Hammond whose period in office was characterised by political scandals, the issue of the broader public legitimacy of the Commission, as well as to confusion about the role of Denmark and about “who was to be reconciled with whom”.³² One of the most significant of findings was the degree to which East Greenlanders felt discriminated against by West Greenlanders.³³

In the years that followed the publication of the report there have been various efforts towards a discussion on a possible apology. In early 2019 an agreement was reached between then Greenlandic Premier Kim Kielsen and Danish Prime Minister Lars Løkke Rasmussen to form a joint commission to produce a full official report on what had happened to the “children of the experiment”. In December 2020 the new Danish Prime Minister Mette Fredriksen offered such an apology directed to 22 children who had been forcibly taken away from their families in Greenland and had been transferred to Denmark.³⁴ She explained “We cannot change what happened. But we can take responsibility and apologise to those we should have cared for but failed to do.”

A truth commission was established in Norway in 2017. The formal name of this commission is “The commission to investigate the Norwegianisation policy and injustice against the Sámi and Kven/Norwegian Finnish peoples (The Truth and Reconciliation Commission)”. The Sámi Parliament has been one of the driving forces for this commission’s establishment. On 20 June 2017, the Norwegian Parliament approved the establishment of such a commission. The Commission is to present its final report to the Norwegian Parliament and the mandate has now been extended to mid-2023. The Commission has twelve members, including senior researchers and representatives of the groups concerned and it is chaired by Dagfinn Høybråten who is the General Secretary of Norwegian Church Aid and has a long political career including as Secretary General of the Nordic Council of Ministers. Its budget comes from the national budget in Norway and its institutional seat and secretariat functions are found at the University of Tromsø, in the northern part of the country.

The commission describes its method in the following way³⁵: The commission shall set up a systematic and close partnership with affected communities and organisations, so that they are involved and consulted throughout the work. For this

32 Ibid.

33 Astrid Nonbo Andersen, *The Greenland Reconciliation Commission. Moving away from a Legal Framework*, in *Yearbook of Polar Law Online*, 2020, Vol. 11 Issue 1, 214–244.

34 Denmark apologises to children taken from Greenland in a 1950s social experiment, 8 December 2020, https://www.bbc.com/news/world-europe-55238090?fbclid=IwAR0xDhTfgJmUE4TQX4q7-LrCZqnu3S95f35sze8A8duiipI5T8a55_-3mBs.

35 Truth and Reconciliation Commission (Norway): https://uit.no/kommisjonen/mandat_en.

purpose, the commission shall consider establishing one or multiple reference groups or equivalent collaboration forums, with representatives of the mentioned communities and organisations. The commission should use both written and oral sources. The commission shall use interpreters in conversations with informants, when necessary. It may also be appropriate to let informants submit their stories through other mediums of communication to ensure that as many groups as possible are reached. The commission shall be based on the existing research in the area, which shall form the main basis for its presentation. If the communication reveals gaps in the existing research, it can either independently or with the help of partners investigate archives or other applicable source material in order to identify, describe and document particular themes. The commission may also suggest further research as a means to achieve the commission's purpose. The commission shall gather stories related to the Norwegianisation policy from individuals and groups through methods such as arranging meetings and/or interviews and facilitating an individual's ability to tell their stories by accepting submissions in writing, as a sound or a video recording, or in another suitable format. Gathering such accounts can either entirely or partly be performed by qualified partners at research institutions, in local communities or other places. In this way, the commission can be based on the groups' own understanding of their history. The commission is encouraged to keep a Nordic perspective in mind and to contact colleagues in other Nordic countries. The gathered material shall be handed over to the National Archive Services of Norway once the commission's work is concluded. This material is likely to contain personally identifiable information and must therefore be treated in a way that satisfactorily protects the originators. Following the conclusion of the commission's work, the archive must therefore be restricted and rules for access prepared to ensure that access is only given to researchers who work in line with established ethical guidelines, and that the requirements for the protection of an individual's private life will be sufficiently satisfied. Finally, the commission is encouraged to contribute to facilitating accompanying research throughout its work.

The commission is thus collecting archival materials, holds individual interviews as well as open meetings with the public (so called coffee meetings). It also cooperates with several NGOs and researchers involved in matters pertaining to the different groups and regions covered by the mandate of the Commission, i.e. both different languages and groups within the broader Sámi identity as well as Kven. On its website, the Commission provides information in three Sámi languages, in Kven, Finnish, Norwegian and English.

The Swedish government decided to appoint a truth and reconciliation commission in March 2020 just as the pandemic was unfolding worldwide.³⁶ The appointment followed the publication in Sweden of a pilot study by historian Curt Persson and the mobilisation by Tornedalian non-governmental organisations.³⁷ The Truth

36 Kommittédirektiv Dir 2020:29 (19 March 2020) Uppgårelse med historiska kränkningar och övergrepp mot tornedalingar, kväner och lantalaiset.

37 Curt Persson, *Då var jag som en fånge – Statens övergrepp på tornedalingar och meänkielitalande på 1800- och 1900-talet*, available digitally <https://www.str-t.com/>

and Reconciliation Commission shall, according to the government decision, investigate violations and abuse that Tornedalians, Kvens and Lantalaïset (in the north of Sweden and living in the region close to the border with Finland) were subjected to as a result of the assimilation policies of the 19th and 20th centuries. According to its mandate, among other things the commission shall map and examine the assimilation policies and the consequences for the minority, groups within the minority and to individuals, disseminate information in order to increase the knowledge about the minority and its historical experiences, and submit proposals on continued efforts contributing to restoration (in Swedish *upprättelse*) and reconciliation. Due to the pandemic, work in the Commission started effectively first in mid-2021 and its final report is to be submitted by May 2023.³⁸ It has nine members (who are not employed by the Commission), including its chairperson who is a former judge at the European Court of Human Rights, researchers from different fields and persons coming from the region concerned. It has a small secretariat within the responsible ministry, i.e. the Ministry of Culture. The Commission has thus much more limited resources and a much tighter timeframe than its Norwegian counterpart, but by contrast it does not cover Sámi issues.

During spring 2021 preparations were made by the Sámi parliament in cooperation with the Swedish government for the possible adoption of a Sámi truth and reconciliation commission in Sweden too.³⁹ The Minister of Culture received the results of this preparatory study in April 2021. In the study are highlighted thematic issues of importance for the Sámi including cross-border problems, the divisions created by the institution of Sámi villages where some Sámi belong to if they are reindeer herders but far from all, as well as issues of forced displacement and educational policies. The discussions for a truth and reconciliation commission for the Sámi often refer to the Canadian experiences but they also build upon extensive research and several publications made by the Church of Sweden on the role of the church in the treatment of the Sámi. This so-called white book project by the church resulted in a research volume as well as more practice-oriented reconciliation materials published by the Church of Sweden. As of now the envisaged State endorsed commission has not been appointed.

In 2019 the government of Finland agreed to the need for the establishment of a truth commission on Sámi matters.⁴⁰ The Sámi people of Finland participated in discussions on the truth and reconciliation process within the Sámi Parliamentary Council during its 2012–2015 term, during which time they made preparations on the theme of truth and reconciliation for the Sámi Parliamentary Conference in connection with the celebration of 100 years of Sámi cross-border political col-

da-var-jag-som-en-fange-statens-overgrepp-pa-tornedalingar-och-meankielitalande-under-1800-och-1900-talet/.

38 Truth and Reconciliation Commission for Tornedalians, Kvens and Lantalaïset, <https://komisuuni.se/en/start-en/>.

39 Preparations before a truth commission on the violations of the Sámi people by the Swedish state (March 2021) <https://www.sametinget.se/160524>.

40 Finland, Truth and Reconciliation Commission on the Sámi People, <https://vnk.fi/en/truth-and-reconciliation-commission-concerning-the-sami-people>.

laboration in Trondheim in 2017. The various events organised thereafter have included discussions on themes such as the intergenerational transmission of trauma, the loss of language and culture, the impact of residential schools, the assimilation policies of the Norwegian, Swedish, Finnish and Russian states and the colonisation policies of states in relation to the Sámi people. In line with the Action Plan of the Finnish Sámi Parliament for the parliamentary term 2016–2019, which states that “a Truth Commission will be established”, the Sámi Parliament in Finland proposed that the truth and reconciliation process be initiated also for the state of Finland. The Government launched preparations for the truth and reconciliation process concerning the Sámi people in October 2017. In cooperation with the Finnish Sámi Parliament, the Prime Minister’s Office and the Ministry of Justice explored how the reconciliation process should be implemented and what kind of role and composition the independent commission responsible for the process should have. As part of the process, a wide-ranging round of consultations was held in the Sámi homeland and the largest cities in Finland in May and June 2018. A report on the material collected during the consultation round has been published in six languages.

The Finnish Government discussed, and Prime Minister Rinne approved the proposal for a Truth and Reconciliation Commission Concerning the Sámi People at its session on 13 November 2019. In February 2021, however, it was established that more time was needed for the preparation of the appointment of such a truth commission and the deadline for its start of operations was moved to 2022/2023.⁴¹ So, both for Sweden and Finland, where the Sámi populations are considerably smaller than in Norway, it remains open if and when truth and reconciliation commissions shall be endorsed and appointed.

4. The special conditions, issues and challenges of the truth commissions in the North

It has been stressed by many observers and experts that the expectations for truth commissions are often much greater than what these bodies can in fact reasonably achieve within the frameworks, contexts and resources available to them. So, “some level of disappointment is not uncommon as a truth commission comes to an end” or when a government does not implement in practice the recommendations of a commission.⁴² It has been concluded, however, that the desire for the truth, seems to be highly powerful, and nearly universal, if one is to judge by the wide range of contexts where such demands have emerged.⁴³

41 Sami Parliament in Finland agrees that more time needed for Truth and Reconciliation Commission preparation, February 23, 2021 <https://thebarentsobserver.com/en/arctic/2021/02/sami-parliament-finland-agrees-more-time-needed-truth-and-reconciliation-commission>.

42 Hayner, 5–6.

43 Ibid.

A truth commission's many specific goals may be multi-layered: to reach out to victims, to document and corroborate cases for reparations, to come to firm and irrefutable conclusions on controversial cases and patterns of abuse, to engage the country in a process of national healing, to contribute to justice, to write an accessible public report, or to outline needed reforms. Since the goals, conditions and contingencies vary greatly it is to be expected that different commissions adopt different methods of work. However, until now there seems to be little theorising of the consequences of the considerable differences between truth commissions focusing on events during a limited period of time, such as a civil war or a dictatorship, or even for a specific incident, as compared to the much more structurally oriented issues involved in gathering testimonies, archival materials and other evidence documenting long periods of societal transformations, including state formation and modernisation processes, as well as the effects of colonial practices and legacies. The Nordic recent efforts for truth and reconciliation commissions seem to confirm the trend toward broader inquiries with multifaceted mandates, covering longer periods of time.⁴⁴

Defining or at least outlining truth is contentious. It is impossible for any short-term commission to fully detail the extent and effect of widespread abuses that took place over many years, or, for most, to investigate every single case brought to it. However, it can reveal an overarching truth of the broad patterns of events, and demonstrate the atrocities that took place, what forces were responsible and what factors contributed to the injustices, violations or the violence.⁴⁵ Rather than simply giving an account of events and of "facts" the hope and expectation is that a truth commission can contribute to a broader understanding of how people and society or a country as a whole have been affected. Such a broader understanding can hopefully be discussed, internalised and accepted across society. As we saw in the case of Greenland, but also Mauritius, and perhaps also through the delays in Finland and Sweden as regards the establishment of truth commissions for injustices against the Sámi, this is not an easy task. A strong political will across the political spectrum seems to be crucial, alongside the endorsement of such an effort by the groups mostly affected.

Reconciliation is always context specific and involves the difficult task of reconciling what may be understood as incommensurable world views based on past experiences or inherited traumas. In cases such as in the Nordic countries where injustices have been protracted and linked to processes of state formation and modernization it is difficult perhaps to envisage that the wider majority can easily take a collective and clear position. This is also why official recognition, by parliament and/or government, and by political elites or for instance by the state church is critical. Acknowledgement of past injustices and persisting effects is a precondition both for initiating a programme of reparations and of restorative justice as well as for reaching some measure of reconciliation. This is also how we can

44 Cf. *ibid.*, 236.

45 *Ibid.*, 84.

understand the core argument of Nordquist, when he speaks of “reconciliation as politics”.⁴⁶

One major obstacle in the Nordic democracies is perhaps the risk of majority complacency, where majorities remain reassured by self-perceptions and high rates of these states in global democracy or human development indexes.⁴⁷ The plight of minorities and indigenous peoples remains thus outside the conscience of the majority population and material considerations or escapism result in poor acceptance of the need for the establishment of a broader truth which questions earlier accepted understandings. Research has been able to establish already that high democratic rates is not a guarantee for acknowledged, confident and “happy” minorities.⁴⁸ There is even a paradox at hand, perhaps precisely because the democratic advantages for majorities make the traumas and marginalisation of minorities and indigenous peoples more evident and striking. Majority-focusing democracy is simply not enough as it seems, without adjoining tools for the (reasonable) accommodation of minorities and the recognition of their legitimate rights and their needs and experiences.

Difficulties and open practical questions remain also as to issues of remedies and reparations. The United Nations General Assembly adopted in 2005 Resolution 60/147 endorsing “The Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law”.⁴⁹ The guidelines give support in understanding the considerations and possible avenues for preparing, choosing among and implementing programs of redress, remedies and reparations. As discussed above it remains an open question how longstanding, sometimes subtle, structural violence and marginalization should best be addressed. Should reparations focus more on the economic, social, and cultural rights of those badly affected by injustice and violence?⁵⁰

At a best-case scenario, by speaking openly and publicly about events silenced in the past or of a highly conflictive nature and by allowing an independent body to clear up at least high-profile cases, a commission can ease some of the strains that may otherwise be present in a society. An official accounting and conclusion about facts, experiences and memories can allow different and even opposing parties to meet, coexist and even govern together without conflict-prone bitterness

46 Nordquist, Kjell-Åke (2017). *Reconciliation as politics: a concept and its practice*. Eugene, Oregon: Pickwick Publications.

47 Such as the Economist’s Democracy Index, The International IDEA State of Global Democracy, the V-Dem Democracy Reports, the Human Development Reports and the Freedom House surveys.

48 Johanna Laakso, et als., *Towards Openly Multilingual Policies and Practices Assessing Minority Language Maintenance Across Europe*, Multilingual Matters, 2016, especially at 51–52.

49 See also, De Greiff, Pablo (2006). *The Handbook of Reparations*. Oxford: Oxford University Press.

50 Hayner discusses in this regard in particular the efforts following the end of the work of the truth and reconciliation commission in Peru, 173–175.

over the past. On an individual level, however, reconciliation is much more complex, and much more difficult to achieve by means of a national commission. Knowing the “global” truth or even knowing the specific truth about his or her own case will not necessarily lead to a victim’s reconciliation with the perpetrators or those considered responsible for the injustices. Forgiveness, healing, and reconciliation are deeply personal processes, and each person’s needs and reactions to peace-making and truth-telling may be different.⁵¹

Where grave inequalities are a product of past oppression, reconciliation cannot be considered simply a psychological or emotional process. Addressing the economic disadvantages may be understood as crucial by those affected. Finally, there is the need for time. Acknowledging and endorsing the past, and for some measure of reconciliation, will usually take time. One can therefore assume that processes and effects of actions during several centuries shall also, most likely, take a long time to change. As we saw above, the truth and reconciliation process in Canada has taken more than 30 years with setbacks followed by small steps forward. Any expectation that reconciliation can be achieved quickly should thus be deemed as unreasonable and historically unsubstantiated. For this reason, broad political support is important, as the work may most likely stretch across the mandate periods of several, perhaps very many, consecutive parliaments and governments.

In October 2020 Austrian President Alexander Van der Bellen apologised to Carinthian Slovenians for the injustices and delays in the implementation of their constitutional rights as he addressed a ceremony honouring the centenary of the Carinthian plebiscite in Klagenfurt.⁵² Issues of coping with the past, acknowledging injustices against various groups, including minorities and indigenous peoples, shall most likely remain a challenge for nearly all countries around the world. Wide social movements, including the global indigenous movement, Black Lives Matter and #Metoo, have shown that patterns of silence and silencing continue to be broken. While there are forces that try to capture efforts such as the continuing and important decolonization processes and use them for their own instrumental and geopolitical goals⁵³, I dare claim that the rise of levels of education globally, of communication and of globalization, entail a strong platform for the widening of claims of justice and truth in decades to come. Understanding better the aspirations, workings, conditions and needs of truth and reconciliation commissions which function as a complement and sometimes as an alternative to more limited legal proceedings, shall therefore be an important future task for all those interested in diversity matters and the rights of minorities and more widely in the role of justice within and between countries and humans.

51 Ibid., 183.

52 Van der Bellen apologises to Slovenian minority for injustices, <https://english.sta.si/2817766/van-der-bellen-apologises-to-slovenian-minority-for-injustices>.

53 See for instance the recent resolution adopted by the UN Human Rights Council on the negative legacies of colonialism (UN Doc. A/HRC/48/L.8) which was sponsored by Belarus, China, Cuba, Democratic People’s Republic of Korea (i.e. North Korea), Egypt, Eswatini, Pakistan, Russian Federation, Sri Lanka, Syrian Arab Republic and Venezuela. It was adopted with 27 votes for and 20 abstentions.

Truth is perhaps one of the most debated philosophical concepts from ancient Greek philosophy along the axis of true-false, through Kierkegaard's distinction between truth known and truth lived, all the way to the modern debates about diversities of truth and truth-seeking as a global phenomenon.⁵⁴ Already at this primary level it is evident that the work of any truth commission is not an easy task. The alternative, however, is a silence which would render the dignity of victims invisible and thereby denied.

Bibliography

- "Canada: 751 unmarked graves found at residential school", www.bbc.com/news/world-us-canada-57592243.
- "Denmark apologises to children taken from Greenland in a 1950s social experiment", 8 December 2020, https://www.bbc.com/news/world-europe-55238090?fbclid=IwAR0xDhTfgJmUE4TQX4q7-LrCZqnu3S95f35size8A8duipI5T8a55_-3mBs.
- "More graves found at new site ...", <https://text.npr.org/1012100926>.
- "Prime Minister Harper offers full apology on behalf of Canadians for the Indian Residential Schools system", Canadian Parliament, June 11, 2008, www.rcaanc-cirnac.gc.ca/DAM/DAM-CIRNAC-RCAANC/DAM-REC/N/STAGING/texte-text/rqpi_apo_pdf_1322167347706_eng.pdf.
- "Sami Parliament in Finland agrees that more time needed for Truth and Reconciliation Commission preparation", February 23, 2021, <https://thebarentsobserver.com/en/arctic/2021/02/sami-parliament-finland-agrees-more-time-needed-truth-and-reconciliation-commission>.
- "The Waitangi Tribunal settles historical claims on the basis of the Treaty of Waitangi (1840)", <https://waitangitribunal.govt.nz/>.
- "Van der Bellen apologises to Slovenian minority for injustices", 10.10.2020, <https://english.sta.si/2817766/van-der-bellen-apologises-to-slovenian-minority-for-injustices>.
- Andersen, Astrid Nonbo. "Lessons from the Greenlandic Reconciliation Process". 5 March 2020, www.justiceinfo.net/en/43949-lessons-from-the-greenlandic-reconciliation-process.html.
- Andersen, Astrid Nonbo. "The Greenland Reconciliation Commission. Moving away from a Legal Framework". Yearbook of Polar Law Online, 2020, Vol. 11 Issue 1, 214–244.
- Bringing them Home – Report of the National Inquiry into the Separation of Aboriginal and Torres Strait Islander Children from Their Families, Sydney: Human Rights and Equal Opportunity Commission, 1997, humanrights.gov.au/our-work/bringing-them-home-report-1997.
- De Greiff, Pablo. The Handbook of Reparations. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- Finland, Truth and Reconciliation Commission on the Sámi People, <https://vnk.fi/en/truth-and-reconciliation-commission-concerning-the-sami-people>.

54 Limin Liu (2014), "The Chinese language and the value of truth-seeking. Universality of metaphysical thought and pre-Qin and Mingjia's philosophy of language", in *Protosociology: An International Journal of Interdisciplinary Research*, 2014, Vol. 31, pp. 220–230.

- Finne, Arne. "Abuse and Colony Era Still Marks Greenlanders", www.highnorthnews.com/en/abuse-and-colony-era-still-marks-greenlanders.
- Government of Canada, Truth and Reconciliation Commission, www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1450124405592/1529106060525.
- Greenland Reconciliation Commission Report (only in Danish and Kallaalisut/Greenlandic) Forsoningskommissionen, Betaenkning utgivet af Gronlands Forsoningskommission, Nuuk, december 2017, Vi forstår fortiden – Vi tager ansvar for nutiden – Vi arbejder for en bedre fremtid, <https://naalakkersuisut.gl/~media/Nanoq/Files/Attached%20Files/Forsonings%20kommission/Endelig%20bet%C3%A6nkning%20DK.pdf>.
- Hayner, Priscilla B. *Unspeakable Truths: Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*. Routledge, 2010.
- International Court of Justice, Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius, 25 February 2019, www.icj-cij.org/public/files/case-related/169/169-20190225-ADV-01-00-EN.pdf.
- Koskeniemi, Martti. "Between Impunity and Show Trials", *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 6 (2002) 1–35.
- Laakso, Johanna et al. *Towards Openly Multilingual Policies and Practices Assessing Minority Language Maintenance Across Europe*, Multilingual Matters, 2016.
- Liu, Limin. "The Chinese language and the value of truth-seeking. Universality of meta-physical thought and pre-Qin and Mingjia's philosophy of language". *Protosociology: An International Journal of Interdisciplinary Research*, 2014, Vol. 31, 220–230.
- Minow, Martha. "The hope for healing" in Rotberg, Robert I. & Thompson, Dennis Frank. *Truth v. Justice: The Morality of Truth Commissions*. Princeton University Press, 2000, 235–260.
- National Centre for Truth and Reconciliation, University of Manitoba provides full reports of the Canadian Truth and Reconciliation Commission, <https://nctr.ca/records/reports/>.
- National Commission on Truth and Reconciliation in Chile, www.usip.org/sites/default/files/resources/collections/truth_commissions/Chile90-Report/Chile90-Report.pdf.
- Nordquist, Kjell-Åke. "Sápmi och svenska staten: nu ska sanningen fram!" in *Öppna vyer – lång sikt. Festskrift till Owe Kennerberg, Thomas Kazen & Susanne Wigorts Yngvesson*, *Studia Theologia Holmiensia*, No 34, Enskilda Högskolan Stockholm, 2021, 71–78.
- Nordquist, Kjell-Åke. *Reconciliation as politics: a concept and its practice*. Eugene, Oregon: Pickwick Publications, 2017.
- Norwegian Truth and Reconciliation Commission, https://uit.no/kommisjonen/mandat_en.
- OECD (2017), *Trust and Public Policy: How Better Governance Can Help Rebuild Public Trust*, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264268920-en>.
- Persson, Curt. *Då var jag som en fånge – Statens övergrepp på tornedalingar och meänkielitalande på 1800- och 1900-talet*, www.str-t.com/da-var-jag-som-en-fange-statens-overgrepp-pa-tornedalingar-och-meankielitalande-under-1800-och-1900-talet/.
- Preparations before a truth commission on the violations of the Sámi people by the Swedish state March 2021, www.sametinget.se/160524.
- Swedish Government Decision for a Truth and Reconciliation Commission for Tornedalen, Kommittédirektiv Dir 2020:29 (19 March 2020) "Uppgörelse med historiska kränkningar och övergrepp mot tornedalingar, kväner och lantalaiset".
- UN Human Rights Council, Resolution on the negative impact of the legacies of colonialism on the enjoyment of human rights, UN Doc. A/HRC/RES/48/7, 14.10.2021.

Human Rights vs. Extradition: case Belarus

Vadzim Samaryn

Abstract Deutsch

Der Artikel zeigt einige Eingriffspunkte des Völkerrechts in das moderne nationale Strafverfahren auf. Im Zuge der Internationalisierung des Strafprozessrechts hat sich ein völkerrechtliches Paradigma des modernen Strafverfahrens entwickelt, also ein Paradigma, das sich an den Normen des Völkerrechts orientiert. Es wird darauf hingewiesen, dass das völkerrechtliche Paradigma ein System von Vorstellungen des Gesetzgebers, der Strafverfolgungsbehörden und der Gesellschaft über das Recht und darauf basierende Aktivitäten sowie relevante Werte im Kontext allgemein anerkannter Prinzipien und Normen des Völkerrechts impliziert. In der gegenwärtigen Entwicklungsphase des Strafverfahrens in Belarus zeigt sich das völkerrechtliche Paradigma unter anderem in der aktiven Inanspruchnahme der internationalen Rechtshilfe in Strafverfahren. Der Autor analysiert die Grundsätze, deren Umsetzung zur Gewährleistung der Menschenrechte im Rahmen des Strafverfahrens in Belarus im Verlauf des Auslieferungsverfahrens erforderlich ist: die Grundsätze der körperlichen Unversehrtheit, des Rechts auf Verteidigung und *ne bis in idem*. Im Zuge der Verbesserung der Verfassung der Republik Belarus sollte die Zulässigkeit der Einschränkung und des Entzugs der persönlichen Freiheit einer Person (einschließlich der auszuliefernden Person) ausschließlich auf der Grundlage einer begründeten Gerichtsentscheidung festgelegt werden. Es wird betont, dass alle Voraussetzungen für den Aufbau einer vertrauensvollen Beziehung zwischen dem Mandanten und dem Verteidiger geschaffen werden sollen, einschließlich der Erlaubnis, eine dem kulturellen und sprachlichen Raum des Mandanten nahestehende Person hinzuzuziehen, um die auszuliefernde Person zu konsultieren. Es ist notwendig, die Anwendung des *ne bis in idem*-Prinzips in der transnationalen Dimension zu berücksichtigen. Als Grundlage sind die vom Gerichtshof der Europäischen Union in seinen Entscheidungen entwickelten Anforderungen heranzuziehen.

Abstract English

The article reveals some points of interference of international law into the modern national criminal procedure. As a result of the internationalisation of criminal procedural law, an international legal paradigm of the modern criminal procedure has been developed, that is, a paradigm based on the norms of international law. It is pointed out that the international legal paradigm implies a system of ideas of the legislator, law enforcer and society about law and activities based on it, as well as relevant values in the context of generally recognised principles and norms of international law. At the present stage of development of the criminal procedure in Belarus, the international legal paradigm is seen, among other things, in the active use of international legal assistance in criminal proceedings. The author analyses the principles, the implementation of which is required to ensure human rights in the framework of the criminal procedure of Belarus in the course of extradition proceedings: the principles of personal integrity, the right to defence and *ne bis in idem*. In the course of improving the Constitution of the Republic of Belarus, the admissibility of limiting and depriving a individual's personal freedom (incl. the person to-be-extradited) should be set solely on the

basis of a reasoned court decision. It is emphasised that all conditions must be created for the establishment of a trusting relationship between the client and the defence lawyer, including the permission of involvement of a subject close to the client's cultural and linguistic space in order to consult the person to-be-extradited. It is necessary to consider the operation of the *ne bis in idem* principle in the transnational dimension. As a basis, the requirements developed by the Court of Justice of the European Union in its decisions should be used.

1. Introduction

The development of technologies, economic integration, cultural ties lead to an increase in mobility, both of the people themselves and of the activities they carry out, and that leads to the eventual involvement of persons in criminal procedural relations outside the state of their citizenship. The positive fruits of globalisation are used not only by the law-abiding part of society, but also by individuals and organisations with socially dangerous goals. However, even when criminal proceedings go beyond the national state, the human rights enshrined in international instruments must be respected.

Professor Gilbert Gornig put human rights at the centre of the discussion in a number of his works¹, although without delving into the criminal procedural aspects. In this paper, we look in general at the penetration of international law into modern criminal procedure (2). We reveal the principles that have been developed in the provision of international legal assistance in criminal cases, and note their connection with human rights (3). The principles of personal integrity (4), the right to defence (5) and *ne bis in idem* (6) during an extradition, bringing us to certain conclusions (7).

2. International legal paradigm of contemporary criminal procedure

The legal systems of modern states are experiencing the penetration of principles, standards, norms from the outside. These can be contributions from international (including regional) law, which is being developed by many states, or supranational

1 See Gilbert Gornig, 'Menschenrechte und Naturrecht', in Gilbert Gornig, Burkhard Schöbener, Winfried Bausback, Tobias Irmscher (eds), *Iustitia et Pax. Gedächtnisschrift für Dieter Blumenwitz* (Duncker & Humblot 2008) 409 at 431; Gilbert Gornig, 'Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR)', in Burkhard Schöbener (ed), *Völkerrecht. Lexikon zentraler Begriffe und Themen. Grundbegriffe des Völkerrechts* (C. F. Müller Verlag 2013) 16 at 21; Gilbert Gornig, 'Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR)', in Burkhard Schöbener (ed), *Völkerrecht. Lexikon zentraler Begriffe und Themen. Grundbegriffe des Völkerrechts* (C. F. Müller Verlag 2013) 211 at 217; Gilbert Gornig, 'Menschenrechtlicher Mindeststandard', in Burkhard Schöbener (ed), *Völkerrecht. Lexikon zentraler Begriffe und Themen. Grundbegriffe des Völkerrechts* (C. F. Müller Verlag 2013) 300 at 304.

law (in a narrow sense), created within the framework of integration. The corresponding processes are of the nature of *globalisation* (the spread of some common patterns of development to other states and peoples²) or *integration* (an objective and, to a certain extent, a spontaneous process of unification of states and peoples due to the expansion of international relations and the internationalisation of public life³).

The process of mutual influence of legal systems within the framework of cultural dialogue is sometimes called the internationalisation of law in literature⁴. The internationalisation of criminal procedure law with the growth of the transboundary value of criminal procedural activity requires deepening comparative knowledge of the criminal procedure. In the same context, A. Trefilov uses the term internationalisation of the criminal procedure⁵. These tendencies are typical for the legal systems of many states. In the field of criminal justice, such penetration affects the most tangible foundations of the state sovereignty: the state, in whose jurisdiction, under whose authority a person is, has the right to decide how to restrict or punish him or her. And this “pressure” from the outside is often opposed. It is enough to recall the decision of the German Constitutional Court *Solange I*. Or more recent: the norm set forth in par. b) of part 5.1 of Art. 125 of the Constitution of the Russian Federation (as revised in 2020). The Constitutional Court of the Russian Federation may decide on the possibility of executing a decision of a foreign or international court... which imposes obligations on the Russian Federation in the event if this decision is contrary to the principles of public law of this state.

The chronology of changes in approaches to international legal norms in criminal proceedings can be traced in various editions of the Commentary to the German Code of Criminal Procedure. Initially (in the 1970s) German scientists with reference only to the ECHR pointed out that the peculiarity of the latest improvement of legislation is the appearance, along with the usual federal laws regulating the criminal procedure, provisions of interstate law, which in a generalised form define individual principles⁶. In the next edition, the International Covenant on Civil and Political Rights, the European conventions on extradition and on mutual legal assistance, the Vienna Convention on Diplomatic Relations are also named as sources of criminal procedure law⁷. In 1999, the commentary already contains the term “internationalisation of the criminal procedure”, which, according to the

2 Вениамин Чиркин, ‘Наднациональное право: основные особенности’ [2017] 2 Журнал российского права 132.

3 Сергей Кашкин (ed), *Интеграционное право* (Проспект 2017) 30.

4 Николай Стойко, *Уголовный процесс западных государств и России: сравнительное теоретико-правовое исследование англо-американской и романо-германской правовых систем* (Издательский Дом С.-Петербурга. гос. ун-та 2006) 230.

5 Александр Трефилов, *Организация досудебного производства по УПК Швейцарии 2007 года* (Моск. гос. ун-т. 2014) 3.

6 Ewald Löwe [et al.] (Hrsg.), *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Großkommentar*, Band 1 (de Gruyter 1976) 6.

7 Peter Rieß [et al.] (Hrsg.), *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Großkommentar*, Band 1 (de Gruyter 1988) 4.

author, appears in the regulation of issues significant for the criminal proceedings (for example, extraterritoriality) by international law, as well as in the establishment of minimum standards in this area⁸. And the latest edition tells about “the penetration of criminal procedure law with international and European influence”⁹.

In recent decades, a number of authors have operated with the concept of “international legal paradigm” in relation to the regulation of various social relations¹⁰, without going into the definition of the content of this term. In philosophy, there are various approaches to the definition of the concept of “paradigm”, which show its ambiguity, allowing for different interpretations. Paradigms are lenses through which you can see the world, broad frames that organise our overall understanding of some set of phenomena we are trying to fathom¹¹. If we consider the paradigm as a model of any kind of human activity¹² or, more precisely, a model, an attitude that determines the views, behaviour, direction, goals of the activities of people, their communities¹³, then in this context it is possible to analyse the change in the system of ideas and values of the legislator, law enforcement officer and society as a whole in a certain area of social relations regulated by law.

You can find various aspects of the change in the paradigm of the criminal procedure in modern literature. Some authors associate the change of paradigm with a change in the typology of this activity, with the increasing number of elements of “purely adversarial criminal procedural ideology” into it¹⁴, revision of the purpose and principles of the proceedings, which allow us to talk about the beginning of the formation of a completely different type of it¹⁵. Ludmila Karnozova writes about the need to transform the legal punitive paradigm of criminal justice in the direction of restorative justice¹⁶. A similar position can be seen in German works¹⁷.

It is impossible not to notice the active penetration of international legal regulations through criminal procedure law into the activity on initiating, investigat-

8 Peter Rieß [et al.] (Hrsg.), *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Großkommentar*, Band 1 (de Gruyter 1999) 23 at 24.

9 Jörg-Peter Becker [et al.] (Hrsg.), *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Band 1 (de Gruyter 2016) 7.

10 Юлия Ерохина, ‘Синергетическая парадигма исследования международно-правовой сферы’ [2014] 4 Право. Журнал Высшей школы экономики 23; Виктор Поздняков, ‘Международно-правовая парадигма конституционализма: история и методология’ [2015] 5 *Advances in Law Studies* 226 at 237.

11 J. Martin Rochester, *Fundamental Principles of International Relations* (Westview Press 2010) 19.

12 *Краткий философский словарь : 288 понятий, 156 персоналий* (Изд-во Эксмо 2003) 268.

13 Виславий Зорин, *Евразийская мудрость от А до Я* (Сөздік-Словарь 2002) 238.

14 Леонид Головкин (ed), *Курс уголовного процесса* (Статут 2017) 179.

15 Валентина Лазарева, *Доказывание в уголовном процессе* (Изд-во Юрайт 2015) 53.

16 Людмила Карнозова, *Введение в восстановительное правосудие (медиация в ответ на преступление)* (Прспект 2014) 202.

17 Becker, *supra* note 9, at 8; Christoph Safferling, ‘Die Rolle des Opfers im Strafverfahren – Paradigmenwechsel im nationalen und internationalen Recht?’ [2010] 122 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 87 at 116.

ing, considering and resolving criminal cases. The need to take into account international legal provisions by a law enforcement officer is also noted by German specialists, speaking about the internationalisation of criminal procedure law¹⁸. As a result of the internationalisation, an international legal paradigm of modern criminal procedure has developed, that is, a paradigm based on the norms of international law. At the same time, we recognise that penetration, as well as the influence of international legal norms on internal criminal procedure law, does not eliminate the border between two independent legal systems¹⁹, because public international law is, first of all, “a set of customary and conventional norms that legally bind civilised states and other communities with international legal personality in their relationship with each other”²⁰, it functions as an independent system in relation to the internal law of any state²¹. The norms of public international law regulate relations, first of all, between states, as well as the subjects created by them (for example, international organisations). However, the need to apply such norms within the framework of the national legal system naturally leads to the erosion of this border.

Given the content of the provisions of Art. 8 of the Constitution of the Republic of Belarus, the agencies conducting the criminal procedure are obliged in their activities to take into account the priority of the generally recognised principles of international law. Accordingly, we can talk about the fact that these principles penetrate into the modern criminal procedure of Belarus, although some authors²² indicate that these principles should be normatively enshrined in international law. But if criminal procedural norms are constructed in the context of international legal norms and generally recognised principles of international acts, then the very activity of the agencies conducting the criminal procedure is subordinate to the international legal paradigm.

In our opinion, the international legal paradigm implies a system of ideas of the legislator, enforcer and society about law and activities based on it, as well as the corresponding values in the context of generally recognised principles and norms of international law. This paradigm can also be viewed from a sectoral perspective. So, given that the criminal procedure is regulated by the criminal procedure law activity of the agencies of inquiry, investigation, the prosecutor’s office and the court directed to the investigation of crimes, the consideration of criminal cases and their resolution, as well as, in part, for the execution of the sentence²³, then the mediation in the relevant legislation of the principles enshrined in inter-

18 Rieß, *supra* note 8, at 23, 27.

19 Самуил Зивс, *Источники права* (Изд-во «Наука» 1981) 222 at 224.

20 Ben Wortley, ‘The interaction of public and private international law today’ [1954] 85 *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 253.

21 Эдуард Пушкин, ‘Система советского права и перспективы ее развития: круглый стол журнала «Советское государство и право»’ [1982] 8 *Советское государство и право* 67.

22 Мікалай Сільчанка, *Тэорыя крыніц беларускага права* (ГрДУ 2012) 22.

23 Анатолий Данилевич, Ольга Петрова, Вадим Самарин, *Уголовный процесс* (БГУ 2016) 13.

national legal acts, the admission of direct application of international treaties in criminal procedural activity presupposes the manifestation of the international legal paradigm in the national criminal procedure.

As Immanuel Kant pointed out, the political idea of state law implies that it should be “considered in relation relate to an international law that is universal and has power”. And here he understood the national law as state law. However, at that time he believed that “experience tells us ‘Don’t waste time hoping for that to happen’”²⁴. The international legal paradigm of criminal procedure leads to the need to constantly correlate the norms of national criminal procedure law with indefinite international standards that are not clearly enshrined in any one international legal act, which allows each researcher to refer to different formula. Through the prism of the norms of international law (not always valid for the Republic of Belarus), the norms of national criminal procedure law are analysed not only by scientists, but also by the judges of the Belarusian Constitutional Court.

Under the influence of the emerging paradigm, the science of criminal procedure has to be rebuilt as well. And in this case, it will be required to expand and transcend the main topics it studies. As M. Langer points out, in the comparative legal aspect of the criminal procedure, one should take into account the achievements of science in the study of issues of globalisation of law, international relations and postcolonial research²⁵.

The international legal paradigm of criminal procedure replaced the “closed criminal procedure”, the national-state paradigm after the state gradually began to “concede” sovereignty in the most delicate sphere – in criminal justice. It became a response to the manifestations of the inquisitional process of the “closed state” in its worst qualities in the 20th century. The national-state paradigm of the criminal procedure was characterized by a positivist legal thinking, when law was considered a closed system, “formed primarily by the norms of law contained in national legal acts adopted by state authorities”²⁶. However, the change of paradigm at the legislative level, in the science of criminal procedure, is largely ahead of law enforcement. This is due to the need to change the mentality of enforcers.

Some authors highlight, first of all, the *international Human Rights paradigm* of the modern criminal procedure²⁷. In this case, it is meant that criminal justice should protect not only and not so much public interests as individual human rights enshrined in international legal acts. As Albin Dearing points out, criminal justice is in a state of transformation, moving towards the paradigm of human dignity in

24 Immanuel Kant, *Religion within the Limits of Bare Reason*, <https://www.earlymodern texts.com/assets/pdfs/kant1793.pdf>.

25 Maximo Langer, ‘La portée des catégories accusatoire et inquisitoire’ [2014] 4 *Revue de Sciences Criminelle et de Droit Penal Compare* 727.

26 Валентин Ершов, ‘Универсальное в национальном и международном праве’ [2018] 7 *Журнал российского права* 47.

27 M. Cherif Bassiouni, *Globalization and its impact on the future of human rights and international criminal justice* (Intersentia 2015) 67; Albin Dearing, *Justice for Victims of Crime: Human Dignity as the Foundation of Criminal Justice in Europe* (Springer 2017) xi.

the context of the emerging global humanistic society. And then he continues: “we are not talking about international law, not about legal relations developing between peoples, but about the universal rights of individuals to effective protection from impunity, the rights guaranteed by the world community of people and applied in practice by state institutions”²⁸. However, in our opinion, we cannot be limited only to a separate, albeit very important, element of international legal penetration into the criminal procedure. The immersion of the institute of international legal assistance in criminal matters from the international level to the level of national regulation is another important point in the transformation of the paradigm of the criminal procedure. But this institute is primarily aimed not at ensuring human rights, but at a joint fight against criminal acts based on the confidence of states. The rapprochement of nations and globalisation naturally require joint efforts in the field of criminal justice. Although trust in a foreign criminal procedure also largely depends on the observance of generally recognised principles of international law, including those related to ensuring human rights. According to Immanuel Kant, “the problem of establishing a perfect civil constitution is dependent on the problem of a *lawful* external relation between states and cannot be solved without the latter”²⁹. In an interdependent, largely integral world, international law plays a fundamentally new role “in the process of regulating interstate relations, the core of which is the recognition of universal human values”³⁰.

The paradigm under consideration, both in general and in the criminal procedure, is characterised by chaotic and fragmented norms, which is due to the search for a consensus of various legal norms and types of criminal proceedings. At the present stage of the development of the Belarusian criminal procedure, the international legal paradigm is manifested in:

- expanding the range of international treaties, which are the source of criminal procedure law, with the introduction of international legal standards;
- active use of international legal assistance in criminal proceedings;
- the emergence of the possibility of judicial (quasi-judicial) protection in international bodies.

3. Principles for the provision of international legal assistance in criminal matters

International legal standards predetermine common principles of international legal assistance in criminal matters. The latter are inherent for all types of such an assistance. Based on the essence of the activity under research, and also, taking

28 Dearing, *supra* note 27, at 298.

29 Allen Wood, Immanuel Kant, ‘Idea for a universal history with a cosmopolitan aim’, in Robert B. Loudon and Günter Zöller (eds), *The Cambridge Edition of the Works of Immanuel Kant: Anthropology, History, and Education* (Cambridge University Press 2007) 114.

30 Камиль Бекашев, *Международное публичное право* (Проспект 2008) 104.

into account the opinion prevailing in the doctrine³¹, the principles of international legal assistance in criminal matters can be roughly divided into three groups: *universal principles of international law* (the principle of sovereign equality of states, the principle of reciprocity, humanism, respect and observance of human rights and freedoms, the fulfilment in good faith of the obligations assumed by a state, protection of the rights of citizens abroad, the principle of interstate cooperation, non-interference in internal affairs, etc.), *general principles of national criminal law and procedure* (legality, ensuring the inevitability of responsibility for a committed illegal act, ensuring the suspect, accused and the convicted person of the right to qualified legal assistance, the administration of justice on the basis of adversariality and equality of parties, stimulation of law-abiding behavior of citizens, etc.), *special principles* (counteraction only to common crimes, dual criminality, the principle of specialty). First of all, it is necessary to dwell on the principles directly related to a human.

Humanism implies the recognition of the value of a person as an individual, the recognition of his right to free development and the manifestation of his abilities. In the course of providing international legal assistance in criminal matters, attention is needed to each person (a participant in a criminal procedure or a person involved in the process of providing such an assistance), respect and a good attitude towards the human being. At the core, this principle extends from national and international criminal law. International acts based on the principle of humanism and other generally recognised principles instruct the political elite to ensure and protect human rights and freedoms³².

The *principle of respect and observance of human rights and freedoms* is not directly enshrined in the UN Charter. It implies the obligation of the state to respect and observe human rights and freedoms, as well as to promote their universal respect and observance, i.e. to act in the spirit of the Universal Declaration of Human Rights. First of all, in the sphere of criminal procedural legal relations, it is necessary to strictly observe the right of every person to personal inviolability. That is why a person can be wanted for detention in another state for the purpose of extradition only on the basis of the relevant act of the competent authority of the requesting state.

States commit themselves to respecting historically achieved human rights standards and strive to ensure that officials of agencies conducting criminal proceedings do not violate human rights and freedoms during their activities. All acts of violence or inhuman treatment, that are, those that violate human dignity, committed by such persons in the exercise of their procedural functions, must be brought to justice. To this end, the UN General Assembly in 1979 adopted a Code of Conduct for Law Enforcement Officials. The state's failure to comply with the

31 See Валентина Волженкина, *Нормы международного права в российском уголовном процессе* (Юридический центр Пресс 2001) 69 at 72; Максим Глумин, *Международно-правовая помощь по уголовным делам как институт уголовно-процессуального права России* (Нижегородская академия МВД России 2005) 23.

32 Татьяна Титова, 'Реализация принципа гуманизма в актах организации объединенных наций' [2017] 1 Юридическая наука 90.

relevant standards may lead to the limitation of the provision of international legal assistance in criminal matters on the basis of reciprocity on the part of other members of the world community.

On the other hand, the principle of respect and observance of human rights and freedoms is implemented by ensuring the extradition of persons accused of committing acts recognised as crimes in accordance with international conventions and violating fundamental human rights and freedoms.

At the same time, it should be understood that the special principles in force in the provision of international legal assistance do not turn into procedural rights of an accused. As noted by the Federal Supreme Court of the Federal Republic of Germany, “the principle of specialty serves only to protect the rights of the requested state for extradition, ... but not to protect the extradited person, which cannot receive any rights from it”³³.

For the effective exercise of rights by the person subject to extradition, the principle of *fulfilment in good faith of the obligations assumed by a state* must be implemented. The principle of *pacta sunt servanda* is enshrined in Art. 2 of the UN Charter, art. 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. From the second half of the 20th century a rule was established: the state cannot refer to the norms of its constitution in order to evade obligations that were imposed on it by international law³⁴, and, accordingly, by an international treaty, consent to be bound by which the state has voluntarily expressed. From this, we can conclude that the norms contained in the international treaty ratified by the Republic of Belarus are of priority nature not only over the Code of Criminal Procedure, but also over the Constitution itself. By virtue of Art. 8 (3) of the Constitution of the Republic of Belarus, it is not allowed to conclude international treaties that contradict the Basic Law. During the period of its validity, an international treaty has priority in relation to normative legal acts adopted earlier or later³⁵. The corresponding priority of the norms of international treaties containing norms on the provision of international legal assistance is laid down in Art. 1 (5) of the Code of Criminal Procedure of Belarus (hereinafter referred as CCP).

4. Personal inviolability

At the moment, the content of the general (constitutional) principle of the criminal procedure, the inviolability of the person, is based on the norm of Art. 25 of the Belarusian Constitution. Within the framework of a social contract, the state

33 Robert Esser [et al.] (Hrsg.), *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen: Rechtsprechungs-sammlung 1949–1992* (Max-Planck-Inst. für Asländ. u. Internat. Strafrecht 1993) 135.

34 Игорь Лукашук, ‘Международное право и конституции государств’ [1998] 1 Журнал российского права 45.

35 Григорий Василевич, ‘Реализация актов межгосударственных объединений в национальных правовых системах Республики Беларусь и Российской Федерации: действующие механизмы и совершенствование правового регулирования’ [2019] 2 Журнал БГУ. Право 87.

guarantees and ensures the freedom and inviolability of the person. In this case, the grounds of restriction and deprivation of personal freedom, as well as the corresponding procedure, can be provided exclusively in the law. Taking into account the constitutional norm, the provisions of the CCP on the principle of personal inviolability (Art. 11), on the detention (Chapter 12), the application of a preventive measure in the form of arrest (Art. 116–119, 126, 127), as well as on appeal the application of these measures of criminal procedural coercion (Art. 143–146) have been designed. These provisions are extended to cases of imprisonment of a person subject to extradition.

The procedure for the application of arrest has not undergone significant changes with the adoption of the new (post-Soviet) CCP. As before, in the Soviet period, in order to apply this pre-trial restriction, the person conducting the inquiry and the investigator need to authorise the decision by the prosecutor. The prosecutor and the court can make the respective decision independently. The Concept for Improving the Legislation of the Republic of Belarus, approved in 2002, provides for the need to establish a judicial procedure for authorising an arrest (clause 49.3). At the end of 2020, a draft law was prepared, which was supposed to introduce appropriate amendments to the norms of the CCP. The draftspersons proposed to implement the possibility of applying an arrest on the basis of a court order, adopted at the request of a agency of inquiry, a person conducting the inquiry, an investigator or a prosecutor.

We believe it is also possible to borrow the experience of the Federal Republic of Germany: in accordance with §§ 121–122 of the German Code of Criminal Procedure, after 6 months of an arrest, a decision on the extension is made by a higher court – the Supreme Regional Court after hearing the accused and his (her) defence counsel. The Minsk city and regional courts can be vested with appropriate powers.

In urgent cases, when a foreign state authority needs to detain and take into custody a person who will subsequently be requested for extradition, before sending a request for extradition, a request is sent to the Republic of Belarus to apply a pre-trial restriction to the person with the aim of his (her) extradition. The request must be accompanied by the legal basis for the detention (arrest) of the person in a foreign state (certified copies of the relevant documents). In addition, a foreign state authority must submit a written undertaking on the subsequent submission of a request for the extradition of this person. The latter must be presented drawn up in accordance with the requirements of the CCP within 40 days from the date of the actual detention of the person (Art. 513[1] of the CCP). In the framework of the international search for persons, as a request for the application of a pre-trial restriction to a person prior to the request for extradition, an Interpol (International Criminal Police Organisation) notice “Wanted International Criminal (Arrest with the Purpose of Extradition)” may be applied. This practice can cause problems with the protection of the rights of affected persons³⁶.

36 Вадим Самарин, ‘Обеспечение прав человека в ходе международного розыска обвиняемых и осужденных в рамках Интерпола’ [2020] 19 Університетські наукові записки 207.

Detention and pre-trial restriction of a person prior to the receipt of a request for his extradition is possible in exceptional cases and cannot be the norm. Such exceptional cases aren't named in CCP, but, to our mind, they should include: the existence of grounds to believe that the person will leave the territory of the Republic of Belarus, or the existence of grounds to believe that the person will continue criminal activity, or the continuation of the crime, etc.

Thus, detention can be applied within extradition procedure to a person:

- in respect of which a decision has been made to execute the request of a foreign state authority to apply a pre-trial restriction with the aim of extradition;
- in respect of which a resolution was issued on the execution of the request of a foreign state authority to extradite him (her) for criminal prosecution and (or) serving a sentence;
- in connection with being on the international wanted list for the purpose of extradition.

The maximum period of detention on these grounds corresponds to the period specified in Art. 108 (3) of the CCP and is 72 hours from the moment of actual detention. Upon the expiration of this period, the detained person is either released, or a pre-trial restriction should be applied to him (her).

Until the extradition is granted or refused, a pre-trial restriction may be applied to the extradited person in the form of arrest (based on a decision on the execution of a request of a foreign state authority, and to a person who is on the international wanted list for extradition) or house arrest (based on a decision on execution of the request of a foreign state authority). Prior to the issuance of an order on the application of a pre-trial restriction to a person who is on the international wanted list with the aim of extradition, the prosecutor or his deputy are obliged in each case to take explanations from the person regarding the fact that he was put on the international wanted list. These explanations may contain an indication of the existence of grounds for refusing to execute the subsequent request of a foreign state authority for the extradition of the person. There is no such obligation in the CCP in relation to a person subject to arrest on the basis of a decision to execute a request from a foreign state authority. This provision does not fully comply with the principles of procedural economy and equality of persons before the law.

On the application of a pre-trial restriction to a person in accordance with Art. 512 of the CCP, within 24 hours, the prosecutor or his deputy, who issued the relevant decision must notify relatives of the person, if they live on the territory of the Republic of Belarus. In our opinion, this Article unreasonably narrowed the right of an arrested person to notify family members or close relatives about the place of detention. Art. 507 and 508 of the CCP do not limit the place of residence of persons subject to notification, and, based on paragraphs 1, 37 and 53 of Art. 6 of the CCP, their list is wider. In addition, taking into account Art. 126 (8) of the CCP, when applying an arrest in relation to persons whose children are left without parental care, no later than the next day after the adoption of the said decision, the local education department should be notified to ensure state protection of the children.

Art. 513 of the CCP sets the terms of keeping a person in custody, under house arrest and the procedure for their extension. The setting period of an arrest and the range of persons authorised to extend it are the most important guarantees of the rule of law. The legislator did not indicate the grounds for the extension. In our opinion, the basis for setting the period of an arrest (a house arrest) of persons for consideration of the request of a foreign state authority for extradition should be the content of the decision of a foreign state authority on the application of a pre-trial restriction to a person. As a rule, this period is set no more than two months from the date of actual detention. The maximum period of an arrest is named in Art. 513 of the CCP and it equals 12 months from the date of detention.

Based on the provisions of Art. 60 of the Constitution of the Republic of Belarus (*"everyone is guaranteed the protection of his rights and freedoms by a competent, independent and impartial court..."*), we believe that the most correct thing is to arrest a person with the aim of subsequent extradition only on the basis of a court decision. The authorisation of an arrest by an independent court is recognised as the most correct and effective in the literature³⁷ as well as by the Constitutional Court of the Republic of Belarus in decision No. R-423/2009 dated 28.12.2009.

The prosecutor often makes his (her) decision in absentia, not only without questioning the person, but also without familiarising himself (herself) with the case materials, therefore, the prosecutor cannot always assess the person's danger to society and is formally guided only by the norms of the CCP.

Thus, on the territory of Belarus, a citizen of Russia S., who was on the interstate wanted list by order of the Krasnosulinsk court, for committing theft, was detained and taken into custody. Subsequently, the Russian side reported that the request for S.'s extradition would not be sent, since the criminal case against her was terminated due to the change in the situation. In 2005, a citizen of Armenia M. was detained and taken into custody on the territory of Belarus, but the Prosecutor's Office of Armenia reported that the criminal case against him "is subject to termination upon expiration of the statute of limitations"³⁸.

These persons were unjustifiably deprived of their liberty and did not have the opportunity to exercise their right to defence. In order not to create the preconditions for making a decision, based on "corporate" interest, changes should be made in the procedure for applying the pre-trial restrictions provided for in Art. 512 of the CCP as part of the extradition procedure.

For the real provision of the proposal laid down in the Belarusian Concept for improving the legislation, we consider it expedient to set at the constitutional level the admissibility of long-term deprivation of personal liberty of a person exclu-

37 Анатолий Данилевич, Ольга Петрова, *Защита прав и свобод личности в уголовном процессе* (БГУ 2008); Владимир Соркин, 'О целесообразности введения судебного контроля при заключении под стражу в уголовном процессе на стадии досудебного производства' [2021] 1 Право.by 66 at 69; Григорий Василевич, 'Расширение правового статуса человека – важнейшая часть модернизации Конституции Республики Беларусь' [2021] 4 Юстиция Беларуси 15 at 17.

38 Archive of the General Prosecutor's Office of the Republic of Belarus [2002] Case Nr. 25/21-2002; [2005] Case Nr. 25/236-2005.

sively by the court. This level will ensure the fundamentality of the new approach. The corresponding norms can be found in the constitutions of many European states: Armenia (Art. 16), Germany (Art. 104), Italy (Art. 13), Lithuania (Art. 20), Poland (Art. 41), Spain (Art. 17), Ukraine (Art. 29), etc. Similar provisions are contained in the basic laws of Kazakhstan (Art. 16), Kyrgyzstan (Art. 24) and the Russian Federation (Art. 22).

Even Ivan Fojnickij, our fellow countryman and a leading theorist of criminal law in the late Russian Empire, in the 19th century pointed out that the detainees, “caught by criminal prosecution, often fall into such a depressed state of mind or so lose their composure and worry that they cannot give themselves a proper account” for the meaning the circumstances of the case³⁹. The detainee must be provided with conditions for the exercise of the right to defence. Knowing the reason for the detention, a person will be able to choose the form and tactics of his (her) defence. One of the elements of this right is awareness. The obligation to inform both the rights of a person and the reasons for his (her) detention should be enshrined at the constitutional level.

5. Right to defence

The most important constitutional right of persons subject to extradition is the right to defence. A number of provisions of Art. 507 of the CCP serves as a guarantee of the exercise of this right by a person detained or to whom an arrest, a house arrest has been applied within the extradition procedure:

- to know about the circumstances that served as the basis for his (her) detention or the application of pre-trial restrictions;
- to receive from the agency of inquiry that carried out the detention or the prosecutor or his (her) deputy who applied the pre-trial restrictions immediately upon detention or announcement of a decision on the application of pre-trial restrictions a written notification of his (her) rights;
- to express his opinion and give explanations;
- to have one or several defence lawyer(s), etc.

For the first time at the legislative level in Belarus, this person is given the opportunity to express his opinion and give explanations. This right can be exercised when taking explanations by the prosecutor, as well as in court. The subject of the person's explanations is not a charge brought against him (her) in a foreign state, but the observance by a foreign state authority of the conditions for extradition of the person and the existence of grounds for refusing to execute such a request. It is also important to obtain legal advice from a lawyer at the expense of the local budget from the moment of detention or the application of an arrest (but not house arrest). Such a lawyer may subsequently be elected as a defence lawyer of the person. In addition, despite the absence in the list of the right to participate in the con-

39 Иван Фойницкий, *Курс уголовного судопроизводства* (Альфа 1996) Volume 2 at 61.

sideration by the court of complaints against a decision to extradite the person to a foreign state, such a person should have this right, based on the provisions of Art. 516 (1) of the CCP (but only if the person himself [herself] has filed a complaint).

The persons can implement their rights specified in Art. 507 of the CCP in person or through one or more defence lawyers. Although a number of rights can only be exercised by the specified persons personally (clauses 1, 3, 6, 10 of Art. 507 [1] and clause 2 of Art. 507 [2] of the CCP). With the introduction to the CCP of the Section XV the legislator expanded the functions of the defence lawyer. Now the defence lawyer carries out procedural activities in order to ensure the rights and interests of a person within the extradition procedure (clause 9 of Art. 6 of the CCP). At the same time, the legislator has expanded the criminal procedural function of defence by introducing a foreign element into the criminal procedure of the Republic of Belarus, which is not entirely correct. Despite the name “defence lawyer”, this person does not oppose the prosecution, since the agencies of the Republic of Belarus conducting the criminal proceedings are not entitled to resolve the issues of the extradited person’s accusation on the merits. In our opinion, this participant should have been called “representative”. The task of the defender-representative in the framework of international legal assistance in criminal cases is to monitor compliance with the legislation of the Republic of Belarus and international treaties of the Republic of Belarus within the extradition procedure, the observance of the rights (including procedural) of persons specified in Art. 507, 508 of the CCP. In order to involve a defender-representative to participate in the consideration of a request by a foreign state authority, these persons must be promptly and appropriately explained their right to legal assistance.

When determining the scope of persons admitted as defence lawyers of persons subject to extradition, the legislator is guided by the general provisions of the criminal procedure of the Republic of Belarus (Art. 44 [2] of the CCP), which proceed from the fact that only professional lawyers – advocates can defend in criminal proceedings. At the same time, it is envisaged that lawyers who are citizens of states other than the Republic of Belarus exercise defence only if it is provided for by international treaties (at the moment such a treaty is valid only with Lithuania). In the Federal Republic of Germany, when considering an extradition request, as a rule, a lawyer works with a foreign lawyer⁴⁰. Considering that the CCP has equalised the rights of the parties, all conditions must be created to establish a trusting relationship between the client and the defender, including by allowing the involvement of a subject close to the client of the cultural and linguistic space for consulting on legal issues.

Art. 509 of the CCP does not determine the moment of beginning participation of a defence lawyer in the consideration of a request by a foreign state authority for the extradition of a person. Based on the norms of Art. 44 (4), Art. 507, 508 of the CCP, it can be concluded that the defence lawyer should be allowed to partic-

40 Wolfgang Schomburg, Otto Lagodny (Hrsg), *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen* (C.H. Beck 1998) 210.

ipate in the consideration of this request from the moment of the actual detention of the person, the application of a pre-trial restriction to him (her) or the issuance of an order to temporarily extradite the person to a foreign state for procedural actions with his participation as an accused.

In order to exercise his (her) functions to protect the rights and interests of the persons specified in Art. 507, 508 of the CCP, the defence lawyer is endowed with a number of rights. The defence lawyer independently exercises his (her) rights, but he (she) chooses the means and methods of defence, often taking into account the will of the client. If we compare the rights of the defence lawyer and the mentioned represented persons, then we can come to the conclusion that they are derived from the rights of the latter. However, unlike the client, the defence lawyer has the right, regardless of the judge's discretion, to participate in the consideration by the court of complaints about the decision to extradite the person to a foreign state, as well as to demand that the records of the circumstances be entered into the minutes of the court session, which, in his (her) opinion, should be noted.

In addition to the procedural rights granted to a person who is detained or to whom an arrest or a house arrest has been applied on the basis of a decision to execute a request from a foreign state authority, the law imposes on him (her) the obligation to obey the lawful orders of the agency conducting the criminal proceedings. The duty of a defence lawyer is to appear when summoned by the agency conducting the criminal proceedings. If it is impossible to appear, the defence lawyer must notify the agency that called him within 24 hours. If in the future the defence lawyer is unable to appear when summoned by the agency conducting the criminal proceedings, then another lawyer must be invited.

6. *Ne bis in idem*

The principle *ne bis in idem* is known to the national criminal procedure, but the CCP extends it, first of all, to domestic court decisions and similar decisions (par. 8, 9 of Art. 29 [1] of the CCP). It implies a ban on the implementation of criminal prosecution and the issuance of a sentence in relation to an act that has already been the subject of an effective sentence (a court ruling (resolution) to terminate criminal proceedings, a decision of an inquiry agency, investigator, prosecutor to terminate criminal proceedings or on refusal to initiate a criminal case). The meaning of this principle is not only to prevent repeated punishment for the same unlawful act, but also to put a barrier to repeated criminal proceedings (for example, in the case of an acquittal).

As a general rule, *ne bis in idem* has no international effect and the existence of a sentence for the same act in a foreign state does not interfere with criminal proceedings in the Republic of Belarus. Exceptions may be provided for in international treaties. So, on the basis of Art. 7 (1) of the Treaty on the Specifics of Criminal and Administrative Liability for Violations of the Customs Legislation of the Customs Union and the Member States of the Customs Union, 2010, the principle is valid on the territory of the Eurasian Economic Union in relation to violations

of the customs legislation of the Customs Union and the legislation of the Member States, control over compliance with which is entrusted to the customs authorities, for the commission of which criminal liability is provided. In addition, court decisions of foreign states in criminal cases may have prejudicial significance on the territory of the Republic of Belarus (Art. 8 of the Criminal Code of the Republic of Belarus).

However, the rules on international legal assistance also contain restrictions based on the *ne bis in idem* principle. There is no general prohibition applicable to all types of assistance. But the existence in the Republic of Belarus of an unlifted decision of the criminal prosecution agency on the refusal to initiate a criminal case or on the termination of criminal prosecution, proceedings in a criminal case, or a sentence or decision (ruling) of the court of the Republic of Belarus on the termination of criminal proceedings, as well as legal acts of the Republic of Belarus on amnesty or pardon for the same act is an obstacle to providing assistance in the form of extradition of a person to a foreign state (incl. temporary extradition), transfer of criminal prosecution of a person, transit of an extradited person (clauses 3, 8, 9 of Art. 484 [1], Art. 486, clauses 1, 2 of Art. 487, Art. 489 of the CCP). This is an imperative ground for refusal to execute the corresponding request of a foreign state authority.

The application of this principle can be seen in practice. Thus, the decision of the Deputy Prosecutor General of the Republic of Belarus dated November 20, 2014, satisfied the request of the General Prosecutor's Office of the Russian Federation to extradite a citizen of Ukraine S. for the execution of the judgment of the City Court of the Russian Federation dated March 17, 2008. S. claimed in the complaint that there are no legal grounds for his extradition to the Russian Federation. Among other things, for the acts committed in the Russian Federation, he was already convicted on the territory of Ukraine, served his sentence, and arrived in the Republic of Belarus with his family for permanent residence. Having considered the complaint, having examined the submitted materials, the judge of the Supreme Court of the Republic of Belarus found that S.'s complaint was not subject to satisfaction. The regional court correctly recognized S.'s arguments about his conviction in 2007 on the territory of Ukraine for a crime committed in the Russian Federation and serving the sentence imposed as unreasonable, since they are refuted by the materials presented, the reliability of which is beyond doubt. According to the materials, the criminal case against S. was pending at the City Court of the Russian Federation. In this case, S. was not prosecuted on the territory of a foreign state⁴¹.

If we analyse the text of national legal provisions on inclusion of time spent according to the sentence imposed by the judgment of a foreign court, we can see that recognition is possible only in relation to the already served sentence. In our opinion, it is necessary to consider the operation of the *ne bis in idem* principle in the transnational dimension, which can be seen in individual international treaties aimed at combating certain types of crimes. As a basis, we can take the requirements developed by the Court of Justice of the European Union in its decisions:

41 Постановление Верховного Суда Республики Беларусь [6.1.2015] КонсультантПлюс. Беларусь.

- the “same person” requirement – it concerns the same defendant⁴²;
- the “bis” requirement – it concerns a final decision; can be also accepted “a decision that has been finally disposed of”, an out-of-court settlement with the public prosecutor⁴³, a court acquittal based on lack of evidence⁴⁴, a court acquittal arising due to the prosecution of the offence being time-barred⁴⁵ and a decision of non lieu, i.e. a finding that there was no ground to refer the case to a trial court because of insufficient evidence⁴⁶;
- the “idem” requirement – it concerns the same acts; the “same acts” is to be understood as the identity of the material acts in the sense of “a set of concrete circumstances which are inextricably linked together in time, in space and by their subject-matter”⁴⁷;
- the “enforcement” requirement – the penalty has been imposed, it has been enforced, it is in the process of being enforced or can no longer be enforced;
- the “criminal nature” requirement – the thin line existing between (punitive) administrative sanctions and criminal sanctions⁴⁸.

7. Conclusions

The international legal paradigm implies a system of ideas of the legislator, enforcer and society about law and activities based on it, as well as the corresponding values in the context of generally recognised principles and norms of international law. By now, we can talk about the existence of an international legal paradigm of the criminal procedure. The latter implies the mediation in criminal procedural legislation of the principles enshrined in international legal acts, and the admission of direct application of international treaties in criminal procedural activity. This paradigm also includes the influence of international human rights law. Penetration of international legal regulations into national criminal procedure legislation is caused by the need to bring the relevant rules to the attention of the law enforcers. The state’s failure to comply with the relevant standards may lead to the limitation of the provision of international legal assistance in criminal matters on the basis of reciprocity on the part of other members of the world community.

42 Case 467/04 *Gasparini and Others*, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-217/15>.

43 Joined cases C-187/01 and C-385/01 *Hüseyin Gözütok and Klaus Brügge*, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-187/01>.

44 Case C-150/05 *Jean Leon Van Straaten v Staat der Nederlanden and Republiek Italië*, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-150/05>.

45 Case C-467/04, *supra* note 42.

46 Case C-398/12 *M.*, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-398/12>.

47 Case C-436/04 *Van Esbroeck*, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-436/04>.

48 The Principle of Ne Bis in Idem in Criminal Matters in the Case Law of the Court of Justice of the European Union, [http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust-frame-work/caselawanalysis/The%20principle%20of%20Ne%20Bis%20in%20Idem%20in%20criminal%20matters%20in%20the%20case%20law%20of%20the%20Court%20of%20Justice%20of%20the%20EU%20\(Sept.%202017\)/2017-09_CJEU-CaseLaw-NeBisInIdem_EN.pdf](http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust-frame-work/caselawanalysis/The%20principle%20of%20Ne%20Bis%20in%20Idem%20in%20criminal%20matters%20in%20the%20case%20law%20of%20the%20Court%20of%20Justice%20of%20the%20EU%20(Sept.%202017)/2017-09_CJEU-CaseLaw-NeBisInIdem_EN.pdf).

The necessity of correlating constitutional norms on the inviolability of the person with the traditions of national criminal procedure law, as well as international legal acts in this area has been established in Belarus. In the course of improving the Constitution of the Republic of Belarus, the admissibility of limiting and depriving a individual's personal freedom should be set solely on the basis of a reasoned court decision. This rule should also apply to the person to be extradited. A person should be guaranteed information about both his rights and the reasons for depriving him of his fundamental right.

Considering that the CCP has equalised the rights of the parties, all conditions must be created for the establishment of a trusting relationship between the client and the defence lawyer, including by permission of involvement of a subject close to the client's cultural and linguistic space in order to consult the person to be extradited.

In our opinion, it is necessary to consider the operation of the *ne bis in idem* principle in the transnational dimension, which can be seen in individual international treaties aimed at combating certain types of crimes. As a basis, we can take the requirements developed by the Court of Justice of the European Union in its decisions.

Bibliography

- — Краткий философский словарь: 288 понятий, 156 персоналий (Изд-во Эксмо 2003).
- Bassiouni MC, Globalization and its impact on the future of human rights and international criminal justice (Intersentia 2015).
- Becker J-P [et al.] (Hrsg.), Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Band 1 (de Gruyter 2016).
- Dearing A, Justice for Victims of Crime: Human Dignity as the Foundation of Criminal Justice in Europe (Springer 2017).
- Esser R [et al.] (Hrsg.), Internationale Rechtshilfe in Strafsachen: Rechtsprechungssammlung 1949–1992 (Max-Planck-Inst. für Asländ. u. Internat. Strafrecht 1993).
- Kant I, Religion within the Limits of Bare Reason, <https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/kant1793.pdf>.
- Langer M, 'La portée des catégories accusatoire et inquisitoire' [2014] 4 Revue de Sciences Criminelle et de Droit Penal Compare 707 at 728.
- Löwe E [et al.] (Hrsg.), Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Großkommentar, Band 1 (de Gruyter 1976).
- Rieß P [et al.] (Hrsg.), Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Großkommentar, Band 1 (de Gruyter 1988).
- — Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Großkommentar, Band 1 (de Gruyter 1999).
- Rochester JM, Fundamental Principles of International Relations (Westview Press 2010).
- Safferling C, 'Die Rolle des Opfers im Strafverfahren – Paradigmenwechsel im nationalen und internationalen Recht?' [2010] 122 Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 87 at 116.
- Schomburg W, Lagodny O (Hrsg), Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (C.H. Beck 1998).

- Wood A, Kant I, 'Idea for a universal history with a cosmopolitan aim', in Robert B. Louden and Günter Zöller (eds), *The Cambridge Edition of the Works of Immanuel Kant: Anthropology, History, and Education* (Cambridge University Press 2007) 107 at 120.
- Wortley B, 'The interaction of public and private international law today' [1954] 85 *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 239 at 338.
- Бекашев К, *Международное публичное право* (Прспект 2008).
- Василевич Г, 'Расширение правового статуса человека – важнейшая часть модернизации Конституции Республики Беларусь' [2021] 4 *Юстиция Беларуси* 15 at 17.
- – 'Реализация актов межгосударственных объединений в национальных правовых системах Республики Беларусь и Российской Федерации: действующие механизмы и совершенствование правового регулирования' [2019] 2 *Журнал БГУ. Право* 85 at 92.
- Волженкина В, *Нормы международного права в российском уголовном процессе* (Юридический центр Пресс 2001).
- Глумин М, *Международно-правовая помощь по уголовным делам как институт уголовно-процессуального права России* (Нижегородская академия МВД России 2005).
- Головко Л (ed), *Курс уголовного процесса* (Статут 2017).
- Данилевич А, Петрова О, *Защита прав и свобод личности в уголовном процессе* (БГУ 2008).
- Данилевич А, Петрова О, Самарин В, *Уголовный процесс* (БГУ 2016).
- Ерохина Ю, 'Синергетическая парадигма исследования международно-правовой сферы' [2014] 4 *Право. Журнал Высшей школы экономики* 19 at 29.
- Ершов В, 'Универсальное в национальном и международном праве' [2018] 7 *Журнал российского права* 46 at 61.
- Зивс С, *Источники права* (Изд-во «Наука» 1981).
- Зорин В, *Евразийская мудрость от А до Я* (Сөздік-Словарь 2002).
- Карнозова Л, *Введение в восстановительное правосудие (медиация в ответ на преступление)* (Прспект 2014).
- Кашкин С (ed), *Интеграционное право* (Прспект 2017).
- Лазарева В, *Доказывание в уголовном процессе* (Изд-во Юрайт 2015).
- Лукашук И, 'Международное право и конституции государств' [1998] 1 *Журнал российского права* 45 at 56.
- Поздняков В, 'Международно-правовая парадигма конституционализма: история и методология' [2015] 5 *Advances in Law Studies* 226 at 237.
- Пушмин Э, 'Система советского права и перспективы ее развития: круглый стол журнала «Советское государство и право»' [1982] 8 *Советское государство и право* 67 at 69.
- Самарин В, 'Обеспечение прав человека в ходе международного розыска обвиняемых и осужденных в рамках Интерпола' [2020] 19 *Університетські наукові записки* 204 at 211.
- Сільчанка М, *Тэорыя крыніц беларускага права* (ГрДУ 2012).
- Соркин В, 'О целесообразности введения судебного контроля при заключении под стражу в уголовном процессе на стадии досудебного производства' [2021] 1 *Право. by* 66 at 69.
- Стойко Н, *Уголовный процесс западных государств и России: сравнительное теоретико-правовое исследование англо-американской и романо-германской правовых систем* (Издательский Дом С.-Петерб. гос. ун-та 2006).
- Титова Т, 'Реализация принципа гуманизма в актах организации объединенных наций' [2017] 1 *Юридическая наука* 90 at 94.

- Трефилов А, Организация досудебного производства по УПК Швейцарии 2007 года (Моск. гос. ун-т. 2014).
- Фойницкий И, Курс уголовного судопроизводства (Альфа 1996) Volume 2.
- Чиркин В, 'Наднациональное право: основные особенности' [2017] 2 Журнал российского права 131 at 137.

Über den Haltungswechsel von Deutschland zum ISDS-Mechanismus und seine Auswirkung¹

Jun Sun

Abstract Deutsch

Als ein kapitalexportierender Staat legte Deutschland großen Wert auf das „entpolitisierte“ Schiedsverfahren und war ein aktiver Unterstützer und ein Nutznießer des ISDS-Mechanismus. Nachdem Deutschland die Doppelidentität des Kapitalexporteurs und -importeurs innehatte, änderte sich sein Standpunkt. Im Zuge der Vertiefung der europäischen Integration erkannten Deutschland und die EU zunehmend, dass der ISDS-Mechanismus negative Auswirkungen auf die Gaststaaten als Kapitalimporteure haben kann. Daher sprachen sie sich gegen den ISDS-Mechanismus aus und begannen, zwischen der „Entpolitisierung“ der internationalen Investitionsstreitbeilegung und der Wahrung von öffentlichen Interessen durch Gaststaaten abzuwägen sowie über den Weg der Rückkehr zur innerstaatlichen gerichtlichen Rechtshilfe nachzudenken. Außerdem versuchten sie, ein neues ICS mit dem Merkmal „Entscheidungsgerichtsbarkeit“ zu schaffen. Trotzdem wollen die entwickelten Industriestaaten als Investoren wie Deutschland usw. weiterhin aktiv das „entpolitisierte“ Schiedsverfahren des ISDS-Mechanismus nutzen, um die Regulierungsbefugnis des Gaststaates einzuschränken und die Interessen der heimischen Investoren besser zu schützen. Gleichzeitig sind die negativen Auswirkungen des Haltungswechsels von Deutschland zum ISDS-Mechanismus nicht zu leugnen, z. B. die Dezentralisierung der Methoden der Beilegung von internationalen Investitionsstreitigkeiten, die Verschärfung der Inkonsistenz von Schiedssprüchen, die Reduzierung der Autorität der bestehenden internationalen Investitionsschiedssysteme sowie die Behinderung der Verbesserung und der Weiterentwicklung des ISDS-Mechanismus selbst.

Abstract English

As a capital exporting state, Germany attached great importance to the “depoliticized” arbitration process and was an active supporter and a beneficiary of the ISDS mechanism. After Germany held the dual identity of capital exporter and importer, its position changed. As European integration deepened, Germany and the EU increasingly recognized that the ISDS mechanism could have negative effects on host states as capital importers. Therefore, they opposed the ISDS mechanism and began to balance between the “depoliticization” of international investment dispute settlement and the protection of public interests by host states, as well as to consider the path of returning to domestic judicial assistance. They also sought to create a new ICS with the feature of “arbitration”. Nevertheless, developed industrialized countries as investors, such as Germany, etc., still want to actively use the “depoliticized” arbitration of the ISDS mechanism to limit the regulatory power of the host state and better protect the interests of domestic

1 基金项目：中央高校基本科研业务费专项资金资助（项目编号：B210207035）。Der chinesische Aufsatz wurde von Jun Sun & Xiaodie Cong verfasst und in der chinesischen Zeitschrift „Deutschland-Studien“ (Nr. 4/2017) veröffentlicht. Der vorliegende deutsche Aufsatz wurde allein von Jun Sun im Sommer 2021 aus dem Chinesischen ins Deutsche übersetzt, ergänzt, gekürzt und aktualisiert.

investors. At the same time, the negative effects of Germany's change of attitude towards the ISDS mechanism cannot be denied, such as decentralizing the methods of resolving international investment disputes, exacerbating the inconsistency of arbitral awards, reducing the authority of existing international investment arbitration systems, and hindering the improvement and further development of the ISDS mechanism itself.

1. Einführung

Der in den 1960er-Jahren etablierte ISDS²-Mechanismus ist ein Schiedsverfahren, das es nur den Investoren erlaubt, ein Schiedsverfahren gegen den Gaststaat einzuleiten. Durch diesen einseitigen Streitbeilegungsmechanismus können Investoren als private Subjekte dem Gaststaat als Souverän gleichgestellt werden. Die ursprüngliche Absicht des ISDS-Mechanismus besteht darin, den Schutz der individuellen Interessen der Anleger zu stärken. Der ISDS-Mechanismus ist ein Standardbestandteil der BITs³. BITs wurden geschaffen, um Investitionen zu fördern und zu schützen. Sie wurden zwischen den Industrieländern als Kapitalexporthuren und den Entwicklungsländern als Kapitalimporteuren unterzeichnet. Ursprünglich basierten BITs darauf, die Interessen der Investoren aus den entwickelten Ländern mit Sitz in den Entwicklungsländern zu schützen, ohne allzusehr die öffentlichen Interessen des Gaststaates zu berücksichtigen.

2. Betrachtung der positiven Einstellung Deutschlands gegenüber dem ISDS-Mechanismus aus der Sicht der BITs

2.1. Überblick über BITs

BITs sind bilaterale Abkommen und Verträge, die zwischen kapitalexporthuren und kapitalimportierenden Ländern unterzeichnet werden, um private Direktinvestitionen zwischen den beiden Ländern zu fördern und zu schützen. In der internationalen Praxis umfassen BITs im weitesten Sinne drei Arten: Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsabkommen, Investitionsgarantieabkommen und Abkommen zum Schutz von Investitionen. Dabei wurde das Investitionsförderungs- und Investitionsschutzabkommen⁴ von der Bundesrepublik Deutschland initiiert; es wird auch als Investitionsabkommen nach dem Modell der Bundesrepublik Deutschland bezeichnet. Das deutsche BITs-Modell zeichnet sich durch detaillierte Inhalte aus. Im Kern der Inhalte handelt es sich um die Förderung und den

2 Investor-Staat Streitbeilegung, Investor-State Dispute Settlement, abgekürzt als ISDS.

3 Bilaterale Investitionsschutzabkommen, Bilateral Investment Treaties, abgekürzt als BITs.

4 Zum Investitionsschutzabkommen vgl. Gilbert Gornig, Investitionsschutzabkommen, in: Gilbert Gornig/Hans-Detlef Weiler, Edgar (Hrsg.), Wirtschaftsrecht. Belarussische und deutsche Positionen, Schriftenreihe der deutsch-belarussischen Juristengesellschaft, Band 3, 2018.

Schutz privater internationaler Direktinvestitionen zwischen den beiden Ländern. Einerseits gibt es materielle Regelungen zur Förderung und zum Schutz von Investitionen, andererseits gibt es Verfahrensvorschriften über das Abtretungsrecht⁵ und die Streitbeilegung.

2.2. ISDS-Mechanismus in deutschen BITs

Im Jahr 1959 entstand der weltweit erste BIT, nämlich der „Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Pakistan zur Förderung und zum Schutz von Kapitalanlagen“⁶. Obwohl der Vertrag zur Regelung von Streitfragen eine Schiedsgerichtsbarkeit vorsieht, übernahm er den ISDS-Mechanismus nicht ausdrücklich. Seit 1985 nahm Deutschland den ISDS-Mechanismus schrittweise in seine BITs auf, wie beispielsweise in Art. 10 des im Jahr 1985 mit St. Lucia unterzeichneten BIT⁷, in Art. 11 des im Jahr 1986 mit Ungarn unterzeichneten BIT⁸, in Art. 10 des im Jahr 1986 mit Nepal unterzeichneten BIT⁹, in Art. 11 des im Jahr 1987 mit Bolivien unterzeichneten BIT¹⁰ und in Art. 11 des im Jahr 1987 mit Uruguay unterzeichneten BIT¹¹. Alle Abkommen haben den ISDS-Mechanismus integriert.

Art. 10 des deutschen Muster-BIT von 2008 sieht vor, dass zur „Streitbeilegung zwischen einem Vertragsstaat und einem Investor des anderen Vertragsstaats“ (*Sett-*

- 5 Hierbei geht es um Investitionsversicherung und Rechtsübertragung. Z. B. „Das deutsche Investitionsversicherungssystem findet seine Grundlage in den jeweiligen Haushaltsgesetzen des Bundes. Die Umsetzung des Versicherungsprogramms ist der Treuarbeit Aktiengesellschaft und der Hermes Kreditversicherungsgesellschaft übertragen. Aufgrund des Grantievertrages mit dem Bund erlangt der Investor einen Anspruch auf Entschädigung, wenn sich das versicherte Investitionsrisiko konkretisiert. Mit der Schadensliquidation erwirbt der Bund die Ansprüche des Investors gegen den Gaststaat.“ S. Matthias Herdegen: Internationales Wirtschaftsrecht, 8. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2009, S. 306–307, Rn. 36.
- 6 Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Pakistan zur Förderung und zum Schutz von Kapitalanlagen, Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1387/download>.
- 7 Treaty between the Federal Republic of Germany and Saint Lucia concerning the encouragement and reciprocal protection of investments, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1403/download>.
- 8 Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Ungarischen Volksrepublik über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5292/download>.
- 9 Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Königreich Nepal über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1379/download>.
- 10 Treaty between the Federal Republic of Germany and Bolivia concerning the promotion and mutual protection of investments, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/454/download>.
- 11 Tratado entre la República Federal de Alemania y la República Oriental del Uruguay sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones de Capital, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1445/download>.

lement of Disputes between a Contracting State and an Investor of the other Contracting State) Schiedsregeln des Internationalen Zentrums zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (*International Center for Settlement of Investment Disputes, ICSID*)¹², der Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht (United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL), der Internationalen Handelskammer (*International Chamber of Commerce, ICC*), des Londoner Internationalen Schiedsgerichtshofs (*London Court of International Arbitration, LCIA*) und anderer Institutionen zur Anwendung gebracht werden können.¹³ Auf der Grundlage des deutschen BIT-Modells von 2008 unterzeichneten Deutschland und Pakistan im Jahr 2009 erneut einen BIT.¹⁴ Art. 10 sieht die „Streitbeilegung zwischen einem Vertragsstaat und einem Investor des anderen Vertragsstaats“ vor, dabei wird die Anwendung der ICSID-, UNCITRAL- und ICC-Schiedsregeln auf Investitionsstreitigkeiten erlaubt.¹⁵

Nehmen wir als Beispiel den Deutsch-Chinesischen BIT. Art. 9 des Abkommens zwischen der Volksrepublik China und der Bundesrepublik Deutschland über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Investitionen, das am 1.12.2003 unterzeichnet wurde und am 11.11.2005 in Kraft trat, sieht „die Streitbeilegung zwischen einem Investor und einer Vertragspartei“ vor,¹⁶ und zwar ist das Schiedsverfahren detailliert geregelt; auch wurde der ISDS-Mechanismus in den Deutsch-Chinesischen BIT aufgenommen. Darüber hinaus schränkt Art. 6 des „Übereinkommensprotokolls“ (zu Art. 9 des „Übereinkommens“) die Bedingungen für die Einreichung eines Schiedsverfahrens für deutsche Anleger ausdrücklich ein, nämlich das Vorverfahren zur administrativen Überprüfung.

Derzeit gibt es weltweit 2.844 BITs, von denen 2.290 in Kraft sind.¹⁷ Seit dem ersten BIT der Welt unterzeichnete Deutschland in der Folge viele BITs mit Ländern auf der ganzen Welt. Derzeit sind ca. 130 BITs in Deutschland anwendbar. Wenn die deutschen Investitionen im Ausland auf völkerrechtswidrige Investitionsinterventionen stoßen, bieten die meisten BITs den deutschen Investoren die

12 Martin Will, *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, in: Burkhard Schöbener, *Völkerrecht. Lexikon zentraler Begriffe und Themen*, C. F. Müller, 2014, S. 194 ff.

13 Gilbert Gornig, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in Konkurrenz zur staatlichen Gerichtsbarkeit*, in: Volker Bouffier/Hans-Detlef Horn/Roman Poseck/Henning Radtke/Christoph Safferling (Hrsg.), *Grundgesetz und Europa. Liber Amicorum für Herbert Landau zum Ausscheiden aus dem Bundesverfassungsgericht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016, S. 501 ff.

14 German Model Treaty 2008, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2865>.

15 Agreement between the Islamic Republic of Pakistan and Federal Republic of Germany on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5505>.

16 《中华人民共和国和德意志联邦共和国关于促进和相互保护投资的协定 (2003)》, http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=eag&Gid=100669329&keyword.

17 International Investment Agreement Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

Möglichkeit, beim „Investor-Staat-Schiedsgericht“ Schutz zu suchen.¹⁸ Es ist ersichtlich, dass die deutschen BITs den ISDS-Mechanismus weitgehend übernommen haben.

2.3. Praxis der „Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit“ in Deutschland

Zur Praxis der „Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit“ in Deutschland führte das „International Investment Law Center Cologne“ (IILCC) der Universität zu Köln eine Statistik zum „Investor-Staat-Schiedsverfahren“ durch und gab das Ergebnis auf der von ihm herausgegebenen Webseite „*German Investment Treaty Disputes*“ bekannt. Laut Statistik dieser Website wurden in den von deutschen Investoren initiierten Schiedsverfahren 13 zugunsten von deutschen Investoren entschieden, 18 gegen deutsche Investoren entschieden und 7 beigelegt bzw. beendet, 25 sind noch laufend, der Ausgang eines Verfahrens ist nicht bekannt. Von den gegen Deutschland eingeleiteten Schiedsverfahren wurden zwei beigelegt bzw. beendet, eins ist noch laufend. Für die meisten Fälle gelten die ICSID- oder UNCITRAL-Schiedsregeln, und in einigen Fällen werden Ad-hoc Schiedsgerichte eingerichtet.¹⁹

Was die Statistik der oben genannten Webseite angeht, war der Fall der Siemens Aktiengesellschaft gegen die Argentinische Republik („Siemens A. G. v. Argentine Republic“) von 2002²⁰ das früheste ICSID-Schiedsverfahren, an dem Deutschland beteiligt war. Zu den Schiedsverfahren, die von deutschen Investoren eingereicht und gewonnen wurden, gehören Schiedsverfahren von großen Unternehmen wie der Siemens AG und der Deutschen Bank AG²¹ usw. Daher ist zu konstatieren, dass deutsche Investoren vom ISDS-Mechanismus profitierten. Auch in Fällen, in denen der Gaststaat den Prozess gewonnen hatte, zeigte sich, dass deutsche Investoren ein klares Bewusstsein und eine positive Einstellung zur Nutzung des ISDS-Mechanismus zur Wahrung ihrer eigenen Interessen haben.

Im Bereich der BITs leistete Deutschland Pionierarbeit beim Abkommen zur Förderung und dem Schutz von Investitionen und spielte eine führende Rolle bei der Formulierung der internationalen Investitionsabkommen. Seit den 1980er Jahren nahm Deutschland den ISDS-Mechanismus schrittweise in seine BITs auf. Darüber hinaus stellte der ISDS-Mechanismus viel mehr als nur schöne Klauseln auf dem Papier auf. Auch deutsche Investoren nahmen den ISDS-Mechanismus aktiv wahr, um die ICSID- und UNCITRAL-Schiedsregeln sowie Ad-hoc-Schiedsverfahren zum Schutz der Interessen inländischer Investoren zu nutzen.

18 „German Investment Treaty Disputes“, <http://german-investment-treaty-disputes.de/de>, Angabe von der Webseite: „Diese Seite wurde zuletzt aktualisiert am 30.6.2020“.

19 „German Investment Treaty Disputes“, <http://german-investment-treaty-disputes.de/de>, Angabe von der Webseite: „Diese Seite wurde zuletzt aktualisiert am 30.6.2020“.

20 Siemens A.G. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8), <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/02/8>.

21 Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka (ICSID Case No. ARB/09/2), <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/09/2>.

3. Haltungswechsel von Deutschland zum ISDS-Mechanismus nach dem Vattenfall-Fall

Wie bereits erwähnt handelt es sich in der Praxis der „Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit“ in Deutschland in den meisten Fällen um von deutschen Investoren eingeleitete Schiedsverfahren gegen andere Gastländer. Seit dem Vattenfall-Fall, in dem Deutschland als Gaststaat von schwedischen Investoren für Schiedsverfahren initiiert wurde, änderte sich Deutschlands positive Haltung gegenüber dem ISDS-Mechanismus allmählich. Sein Positionswechsel war nicht ohne Zusammenhang mit seiner veränderten Rolle in der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit²².

3.1. Überblick über die Schiedsfälle

3.1.1. *Vattenfall-Schiedsfall von 2009*

Der Vattenfall-Schiedsfall von 2009²³ wurde durch die Genehmigung zur Wasserentnahme zum Betrieb von Kohlekraftwerken in Deutschland verursacht. Im April 2006 beantragte das Kraftwerk Vattenfall eine Wasserentnahme-Genehmigung zum Betrieb eines Kohlekraftwerks in Hamburg-Moorburg. Die Umweltschutzbehörde hatte im Jahr 2007 eine vorläufige Genehmigung erteilt, und es wurde erwartet, dass die endgültige Genehmigung in Kürze zügig erteilt wird. Der Hamburger Landesverband, der damals noch der Oppositionspartei „Bündnis 90/Die Grünen“ angehörte, lehnte aber die Genehmigung ab und versprach bei der Wahl von 2008, die Genehmigung zu widerrufen. Nachdem eine Schwarz-Grüne Koalition die Hamburger Landesregierung (den Senat) gebildet hatte, fiel die Zuständigkeit für die Umweltbehörde einem weiblichen Parlamentsmitglied der Grünen Partei (einer Senatorin) in die Hände. Diese Senatorin verhängte im Jahr 2008 zahlreiche Einschränkungen und Auflagen für die endgültige Genehmigung. Das Kraftwerk Vattenfall ersuchte diesbezüglich zunächst um Rechtshilfe beim Hamburger Verwaltungsgericht. Im April 2009 leitete das Kraftwerk Vattenfall den ICSID-Regeln gemäß ein internationales Schiedsverfahren aufgrund von Art. 26 des Vertrages über die Energiecharta (EnCV)²⁴ ein. Das Kraftwerk Vattenfall behauptete, die zusätzlich verhängten Einschränkungen und Auflagen stellten eine Verletzung des Grundsatzes der fairen und gerechten Behandlung und eine entschädigungslo-

22 Zur Internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit vgl. Gilbert Gornig, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in Konkurrenz zur staatlichen Gerichtsbarkeit, in: Volker Bouffier/Hans-Detlef Horn/Roman Poseck/Henning Radtke/Christoph Safferling (Hrsg.), Grundgesetz und Europa. Liber Amicorum für Herbert Landau zum Ausscheiden aus dem Bundesverfassungsgericht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016, S. 501 ff.

23 Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany (ICSID Case No. ARB/09/6), <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/09/6>.

24 Vertrag über die Energiecharta, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:21994A1231\(52\)&qid=1502534139102](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:21994A1231(52)&qid=1502534139102).

se indirekte Enteignung dar. Daher forderte das Kraftwerk Vattenfall Schadensersatz im Umfang von 1,4 Milliarden Euro.²⁵

Am 2. April 2009 erhielt ICSID einen Schiedsantrag gegen Deutschland von der schwedischen Vattenfall AB u. a. Nach Art. 36 (3)²⁶ der Washingtoner Konvention registrierte der stellvertretende Generalsekretär von ICSID den Antrag am 17.4.2009. Am 6.8.2009 wurde das Schiedsgericht gebildet. Die Streitigkeit wurde endgültig durch einen Vergleich beigelegt. Den Anforderungen beider Parteien gemäß und nach Art. 43 (2) der ICSID-Schiedsregel hatte das Schiedsgericht am 11.3.2011 einstimmig beschlossen, die Vereinbarung zwischen den beiden Parteien am 25.8.2010 und die in ihren Schreiben vom 7. und 8.2.2011 abgegebenen Erklärungen der beiden Parteien entsprechend den vereinbarten Bedingungen wörtlich als Schiedsspruch festzuhalten.²⁷ Der Vergleich zwischen den beiden Parteien basiert im Wesentlichen auf dem im Oktober 2010 vor dem Oberverwaltungsgericht (OVG) Hamburg erzielten Vergleich.

Gemäß der Vergleichsvereinbarung erhielt das Kraftwerk Vattenfall die Genehmigung zur Wasserentnahme; einige Einschränkungen wurden auch aufgehoben. Die Vergleichsvereinbarung sah keine Schadensersatzzahlung vor. Durch den ICSID-Schiedsspruch mit der Vergleichsvereinbarung hatte der Schutz einer außergerichtlichen Einigung vor dem OVG Hamburg einen höheren Rechtswert, denn unabhängig vom Schicksal des Prozessvergleichs im nationalen Recht verfügte das Kraftwerk Vattenfall noch über eine internationale Absicherung, durch die es mit der Hamburger Regierung aushandlungsfähig war.²⁸

3.1.2. *Vattenfall-Schiedsfall von 2012*

Der Vattenfall-Schiedsfall von 2012²⁹ wurde durch die Politik des Ausstiegs Deutschlands aus der Atomenergie verursacht. Als Reaktion auf die Reaktorkatastrophe des japanischen Kernkraftwerks Fukushima beschloss die Bundesregierung im Jahr 2011, alle Kernkraftwerke in Deutschland bis 2022 zu schließen. Am 30. Juni 2011 hatte der Deutsche Bundestag eine Novelle des Atomgesetzes (AtG) beschlossen, die den Atomausstieg und die Energiewende beschleunigen

25 Markus Krajewski, „Vattenfall, der deutsche Atomausstieg und das internationale Investitionsrecht“, S. 6, <https://www.rph1.rw.fau.de/files/2016/02/vattenfall-.pdf>.

26 Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20English.pdf>.

27 <https://arbitrationlaw.com/library/vattenfall-ab-vattenfall-europe-ag-vattenfall-europe-generation-ag-co-kg-sweden-and-europe-0>, https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free_pdfs/Vattenfall%20v%20Germany%20-%20Award.pdf.

28 Markus Krajewski, „Vattenfall, der deutsche Atomausstieg und das internationale Investitionsrecht“, S. 7, <https://www.rph1.rw.fau.de/files/2016/02/vattenfall-.pdf>.

29 Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany (ICSID Case No. ARB/12/12), <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/12/12>.

sollte.³⁰ Nach der Novelle sollten einige der ältesten Kraftwerke sofort geschlossen werden, darunter Brunsbüttel und Krümmel von der Vattenfall-Gruppe.

Was die Verfassungsmäßigkeit der Novelle des AtG angeht, gibt es unterschiedliche Meinungen in der Wissenschaft, jedoch vertreten die meisten, dass der Atomausstieg mit dem deutschen Grundgesetz vereinbar ist. Diskussionswürdiger sind die einschlägigen Vorschriften über die Enteignung in Art. 14 Abs. 3 GG. Die beteiligten Unternehmen wie E.ON, RWE und Vattenfall usw. hatten auch die Verfassungsbeschwerden eingereicht. Und zwar reichte die Vattenfall-Gruppe am 31.5. 2012 ein internationales Investitionsschiedsverfahren beim ICSID ein, bevor sie eine Verfassungsbeschwerde erhob. Da die ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit sich auf Streitigkeiten zwischen ausländischen Investoren und dem Gaststaat beschränkt und die Vattenfall-Gruppe schwedisch ist, kann sie ein Schiedsverfahren gegen ihren Gaststaat Deutschland einleiten. Dagegen sind sowohl E.ON als auch RWE deutsche Unternehmen, so sind sie für Deutschland keine ausländischen Investoren und können daher nicht um Rechtshilfe bei ICSID in Washington ersuchen.³¹

Die Vattenfall-Gruppe geht davon aus, dass die Politik des Ausstiegs Deutschlands aus der Atomenergie mit der Energiewende durch die Novelle des AtG dazu führte, dass die Vattenfall-Gruppe ihre beiden Kernkraftwerke schließen und Verluste erleiden musste. Aus Gründen der öffentlichen Sicherheit hat Deutschland vor, die Nutzung der Kernenergie in Deutschland schrittweise auslaufen zu lassen. Die Umsetzung dieser Politik schadet natürlich den Großinvestoren deutscher Kernenergieprojekte und die Vattenfall-Gruppe trägt die Hauptlast. Die Vattenfall-Gruppe zitierte deshalb den EnCV und argumentierte, dass das unberechenbare Verhalten der deutschen Regierung eine indirekte Enteignung darstelle, ihre Interessen schädige und die Verpflichtungen der „fairen und gerechten Behandlung“ und der „Förderung und Schaffung von dauerhaften Bedingungen für Investoren anderer Vertragsparteien“ in Art. 10 EnCV³² verletze. Laut EnCV ist Deutschland verpflichtet, ausländische Investoren für bestimmte Gewinnverluste zu entschädigen. Daraufhin forderte die Vattenfall-Gruppe eine Entschädigung gegenüber Deutschland. Der Fall ist noch laufend und laut der offiziellen ICSID-Webseite ist der Verfahrensstatus des Falls am 19.8.2021 noch anhängig (pending). Neueste

30 Deutscher Bundestag, „Bundestag beschließt Atomausstieg und Energiewende“, https://www.bundestag.de/webarchiv/textarchiv/2011/34938007_kw26_de_energiewende205804.

31 Hans-Georg Dederer, „Vattenfall klagt gegen Atomausstieg: Ein Schiedsverfahren wird für Deutschland zum Bumerang“, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/vattenfall-klagt-gegen-atomausstieg-vor-schiedsgericht-in-washington-investitionsschutz/>.

32 Art. 10 Abs. 1 Satz 1 u. 2 des EnCV: „Jede Vertragspartei fördert und schafft im Einklang mit diesem Vertrag dauerhafte, gerechte, günstige und transparente Bedingungen für Investoren anderer Vertragsparteien, in ihrem Gebiet Investitionen vorzunehmen. Diese Bedingungen umfassen die Verpflichtung, den Investitionen von Investoren anderer Vertragsparteien stets eine faire und gerechte Behandlung zu gewähren“; [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:21994A1231\(52\)&qid=1502534139102](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:21994A1231(52)&qid=1502534139102).

Entwicklung: Am 11.3.2021 wurde das Verfahren nach der Vereinbarung der Parteien ausgesetzt.³³

Der Vattenfall-Schiedsfall machte Deutschland seinen Rollenwechsel in der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit bewusst. In der Vergangenheit traten deutsche Investoren als Antragsteller auf, um ein Schiedsverfahren gegen seinen Gaststaat einzuleiten. Der Vattenfall-Schiedsfall schlug ein neues Kapitel auf, in dem ausländische Investoren ein ICSID-Schiedsverfahren gegen Deutschland einreichten. Dieser Rollenwechsel in der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit veränderte die Haltung von Deutschland gegenüber dem ISDS-Mechanismus. Diesbezüglich hat Deutschland in Anbetracht des ISDS-Mechanismus in seinen BITs bei der Gestaltung von ISDS-Klauseln in den BITs nicht nur zu berücksichtigen, wie die Interessen der privaten Investoren geschützt werden, sondern auch wie die nationalen Regulierungsrechte und die öffentlichen Interessen des Gaststaates geschützt werden.

3.2. Der Haltungswechsel von Deutschland zum ISDS-Mechanismus und seine Motivation

Wie bereits erwähnt, hat Deutschland zur Entwicklung des internationalen Investitionsrechts und der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit beigetragen. Deutschland leistete Pionierarbeit bei Abkommen zur Förderung und zum Schutz von Investitionen, lenkte die Formulierung von BITs und befürwortete und förderte die Entwicklung von ISDS-Mechanismen. Die meisten der rund 130 in Deutschland geltenden BITs enthalten ISDS-Klauseln. Als traditioneller kapital-exportierender Staat, insbesondere gegenüber Entwicklungsländern als traditionelle kapitalimportierende Staaten, hatte Deutschland ISDS-Klauseln in seine BITs aufgenommen, die für inländische Investoren günstig sind. Die von der Europäischen Union und sogar von den anderen Staaten der Welt unterzeichneten BITs nehmen meistens das deutsche Modell als Vorbild. Darüber hinaus waren auch deutsche Investoren wie Siemens, Deutsche Bank und Frankfurter Flughafen sehr gut darin, den ISDS-Mechanismus zu nutzen und erhielten beträchtliche Entschädigungen aus internationaler Investitionsschiedsgerichtsbarkeit. Bereits beim Abschluss der ICSID-Konvention im Jahr 1964 erklärte der Vertreter der Bundesregierung Koinzer, dass die Bundesregierung die Investitionen sehr ermutige und die fortschrittliche Idee der direkten Beteiligung der Privaten an der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit begrüße.³⁴ In den Verhandlungen über „Comprehensive Economic and Trade Agreement“ (CETA) und „Transatlantic Trade and Investment Partnership“ (TTIP) änderte die Bundesregierung jedoch ihre bisherige positive Haltung gegenüber dem ISDS-Mechanismus und war der Ansicht, dass es dem derzeitigen ISDS-Mechanismus an Unabhängigkeit fehlt, wodurch Unternehmen versuchen, die demokratisch verabschiedeten inländischen Gesetze außer

33 Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany (ICSID Case No. ARB/12/12), <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/12/12>.

34 ICSID, History of the ICSID Convention, Volume II-1, Word Bank, 1968, S. 374.

Kraft zu setzen. Von daher wird vorgeschlagen, einen ständigen Handelsgerichtshof zwischen Europa und den Vereinigten Staaten einzurichten, um das spezielle Schiedsgerichtssystem zu ersetzen.³⁵ Die Regierung und das Volk in Deutschland befürchten, dass der ISDS-Mechanismus den transnationalen Unternehmen oder ausländischen Investoren die Tür öffnet, internationale Investitionsschiedsverfahren zu missbrauchen und deutsche Gesetze zu ignorieren. Der Haltungswechsel von Deutschland zum ISDS-Mechanismus wird aus vielen Gründen gefördert.

3.2.1. Rollenwechsel in internationalen Investitionsstreitigkeiten

Mit der Entwicklung der wirtschaftlichen Globalisierung und dem Aufstieg der Entwicklungsländer erleben sowohl traditionelle kapitalexportierende als auch traditionelle kapitalimportierende Staaten unweigerlich einen Prozess des Rollenwechsels in internationalen Investitionsstreitigkeiten. Der Vattenfall-Schiedsfall von 2012 war ein wichtiger Wendepunkt für Deutschland, seine Haltung zum ISDS-Mechanismus zu ändern. Dieser Fall ist einer der wenigen von ausländischen Investoren gegen Deutschland eingeleiteten Schiedsfälle. Deutschland hat die Doppelidentität des Kapitalexporteurs und -importeurs. Es ist nicht nur Kläger, sondern auch Beklagter in der Schiedsgerichtsbarkeit von internationalen Investitionsstreitigkeiten und achtet daher stärker als bisher auf die Gleichheit und Liberalisierung von Verträgen. Da der ISDS-Mechanismus es ausländischen Investoren ermöglicht, auf eine internationale Schiedsgerichtsbarkeit zurückzugreifen, um vom Gaststaat als Kapitalimporteur eine Entschädigung zu fordern, kann das deutsche BIT-Modell, das in der Vergangenheit, als Deutschland Kapitalexporteur war, Wert auf die Interessen inländischer Investoren legte, nun ein Hemmschuh für die deutsche Regierung werden, wenn Deutschland sich in einen Kapitalimporteur umwandelt. Im Vattenfall-Schiedsfall von 2012 nutzte der schwedische Investor den ISDS-Mechanismus, um Deutschland vor ein internationales Schiedsgericht zu bringen, was ein klarer Beweis ist. Der Grund dafür ist, dass die von Deutschland implementierte Politik des Atomausstiegs und der Energiewende, um das öffentliche Interesse des eigenen Staates zu wahren, zu Klagen und riesigen Entschädigungsforderungen gegen sich selbst führte. Dieser Schiedsfall löste unmittelbar den Haltungswechsel der deutschen Öffentlichkeit und der Regierung zum ISDS-Mechanismus aus.

3.2.2. Abwägung zwischen der „Entpolitisierung“ der internationalen Investitionsstreitbeilegung und der Wahrung des öffentlichen Interesses des Gaststaates

Der ISDS-Mechanismus, der die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit als Referenz sowie das Inkrafttreten des „Washington-Übereinkommens“ und die Etablierung von ICSID als Symbol nutzt und auf die „Entpolitisierung“ der internationa-

35 Victoria Guida, Malmström preparing to unveil ISDS reform, <https://www.politico.com/tipsheets/morning-trade/2015/05/malmstrom-preparing-to-unveil-isds-reforms-reid-pledges-to-delay-fast-track-vote-boxer-on-a-path-to-no-on-tpa-212543>.

len Investitionsstreitbeilegung abzielt, bietet einen unabhängigen Streitbeilegungsmechanismus dritter Seite für ausländische Investoren. Dieser beseitigt die Bedenken wegen Misstrauens ausländischer Investoren gegenüber dem Justizsystem des Gaststaates, schützt besser die Interessen ausländischer Investoren im Gaststaat und fördert internationale Investitionen. Mit der Zunahme der internationalen Investitionsstreitigkeiten werden die Mängel des ISDS-Mechanismus immer deutlicher, insbesondere beim direkten Klagerecht ausländischer Investoren gegen die Regierung des Gaststaates. Der ISDS-Mechanismus erlaubt den ausländischen Investoren, die Entscheidung der Regierung des Gaststaates herauszufordern, obwohl die Legitimität der Entscheidung nicht direkt geleugnet werden, aber die Wirkung ihrer Umsetzung tatsächlich geschwächt werden kann. Der ISDS-Mechanismus ist ein Einwegstreitbeilegungsmechanismus, der der Regierung des Gaststaates kein gegenseitiges Klagerecht einräumt. Um das Risiko, verklagt zu werden, zu vermeiden, könnte die Regierung des betreffenden Staates bestimmte Ziele öffentlicher Politik aufgeben; dadurch würden öffentliche Interessen beeinträchtigt. Der oben erwähnte Vattenfall-Schiedsfall ist ein typisches Beispiel. Deutschland beschleunigte aus Gründen des Schutzes von öffentlicher Sicherheit seine Politik des Atomausstiegs und der Energiewende und ließ die Nutzung der Kernenergie in seinem Territorium schrittweise auslaufen. Deutschland als Gaststaat ergriff Maßnahmen zur Wahrung des öffentlichen Interesses, wurde jedoch von ausländischen Investoren verklagt. Die Vattenfall-Gruppe war der Ansicht, dass das unberechenbare Verhalten der deutschen Regierung ihre eigenen Interessen schädige und nutzte den ISDS-Mechanismus, um auf ein Schiedsverfahren zurückzugreifen und machte damit Ansprüche auf hohen Schadensersatz gegen Deutschland geltend. Die deutsche Öffentlichkeit und Regierung begannen, den ISDS-Mechanismus in Frage zu stellen und betonten nicht mehr blind die „Entpolitisierung“ der internationalen Investitionsstreitbeilegung und den Schutz von Interessen ausländischer Investoren, sondern achteten mehr auf die Balance zwischen der „Entpolitisierung“ der internationalen Investitionsstreitbeilegung und der Wahrung des öffentlichen Interesses des Gaststaates, daher veränderten sie ihre Einstellung zum ISDS-Mechanismus.

3.2.3. Besorgnis hinsichtlich der vernünftigen Ausübung von Regulierungsbefugnissen durch den Gaststaat

Berührt durch den Vattenfall-Schiedsfall von ICSID – eine weitere wichtige Motivation für Deutschland, über den ISDS-Mechanismus nachzudenken – ist die Sorge um die vernünftige Ausübung von Regulierungsbefugnissen durch den Gaststaat virulent. Die möglichen negativen Auswirkungen des ISDS-Mechanismus auf die Ausübung der nationalen Regulierungsbefugnisse und die Umsetzung der öffentlichen Politik sind auch einer der Gründe, warum die internationale Investitionsschiedsgerichtsbarkeit in eine Legitimitätskrise geraten ist. Deutschland hält den ISDS-Mechanismus für äußerst riskant, da er die Verwaltung ausländischer Investitionen beeinträchtigen und die Umsetzung der öffentlichen Politik behindern wird. Deutschland nahm den ISDS-Mechanismus in BITs auf, um die Si-

cherheit seiner Auslandsinvestitionen zu schützen. Mit dem Rollenwechsel in der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit hat Deutschland seine Einstellung zum ISDS-Mechanismus aufgrund der Besorgnis hinsichtlich der vernünftigen Ausübung von Regulierungsbefugnissen durch den Gaststaat geändert. Es ist unbestreitbar, dass die Wahrung von Regulierungsbefugnissen über ausländische Investitionen ein Thema sein wird, dem Deutschland und die Europäische Union beim Abschluss von BITs in Zukunft mehr Aufmerksamkeit schenken werden.

3.2.4. Reaktion auf die Besorgnis der KMU

Obwohl große Unternehmen wie die Siemens AG, die Deutschen Bank AG und der Flughafen Frankfurt vom ISDS-Mechanismus profitieren und in internationalen Investitionsschiedsverfahren hohe Entschädigungen erhalten haben, sind kleine und mittelständische Unternehmen (KMU) in Deutschland insoweit nicht ohne Bedenken. Der ISDS-Mechanismus bietet ausländischen Unternehmen, die auf dem deutschen Markt investieren, eine günstige Möglichkeit, internationale Streitigkeiten beizulegen. Für die KMU in Deutschland kann dies eine Verringerung der Beschränkungen für ausländische Unternehmen und einen erhöhten Druck auf lokale Unternehmen bedeuten. Darüber hinaus sind, nicht so wie die großen transnationalen Unternehmen, die KMU, die im Ausland investieren, nicht erfahren im Umgang mit dem ISDS-Mechanismus, können die internationale Investitionsschiedsgerichtsbarkeit nicht mit Leichtigkeit bewältigen und haben nicht genügend Zeit und Geld. Die KMU sind möglicherweise eher geneigt, um innerstaatliche Rechtshilfe zu ersuchen, und sind mehr besorgt über die Kosten und Gewinnchancen einer internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit unter Verwendung von ISDS-Mechanismen. Die KMU in Deutschland nehmen eine wichtige Stellung ein. In der Herstellungsindustrie verfügt Deutschland einerseits über die weltweit führenden transnationalen Unternehmen, und andererseits nehmen die KMU zahlenmäßig einen absoluten Vorsprung ein, welche die solide Entwicklung der deutschen Wirtschaft fördern. Die Existenz einer Vielzahl der KMU in Deutschland bietet ausreichende Arbeitsplätze für den Arbeitsmarkt, ist förderlich für kontinuierliche Innovation, ermöglicht eine Arbeitsteilung auf hohem Niveau und kann noch rechtzeitig auf die Veränderungen der Wirtschaftsstruktur reagieren. Die KMU bilden das Rückgrat der sozialen Marktwirtschaft Deutschlands. Der Haltungswechsel von Deutschland zum ISDS-Mechanismus ist auch eine Reaktion auf die Besorgnis der KMU.

3.2.5. Zurück zur innerstaatlichen gerichtlichen Rechtshilfe

Als traditionelle Streitbeilegungsmethode spielte die innerstaatliche gerichtliche Rechtshilfe einst eine wichtige Rolle, bevor die internationale Investitionsschiedsgerichtsbarkeit zum Mainstream wurde. Selbst in dem heutigen diversifizierten Beilegungssystem der Investitionsstreitigkeit nimmt die innerstaatliche gerichtliche Rechtshilfe immer noch eine wichtige Stellung ein, und viele Investitionsab-

kommen nehmen immer noch die „Erschöpfung lokaler Rechtshilfe“ als Voraussetzung für die Unterwerfung unter ein internationales Schiedsverfahren. Mit dem Haltungswechsel von Deutschland zum ISDS-Mechanismus versucht Deutschland einerseits den ISDS-Mechanismus durch die Einrichtung eines „Ständigen Gerichts“ zu ersetzen, andererseits ist die innerstaatliche gerichtliche Rechtshilfe auch sein bevorzugter Weg. Dies ist durch die Debatten im Deutschen Bundestag verdeutlicht worden:

Die Bundesregierung soll sich im Rat der Europäischen Union dafür einsetzen, dass in den geplanten Freihandelsabkommen der Europäischen Union mit den USA und mit Kanada kein Mechanismus zu außergerichtlichen Schiedsverfahren zwischen Investoren und Staaten aufgenommen wird. Abkommen, die einen solchen Streitbeilegungsmechanismus vorsehen, seien abzulehnen, fordert die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen in einem Antrag (18/1458). In der Begründung wird darauf verwiesen, dass verschiedene Mitglieder der Bundesregierung bereits ihre Besorgnis hinsichtlich des TTIP mit den USA sowie mit einem ähnlichen Abkommen der EU mit Kanada CETA geäußert hätten. So habe Bundeswirtschaftsminister Sigmar Gabriel (SPD) die Auffassung vertreten, dass „die USA und Deutschland hinreichenden Rechtsschutz vor nationalen Gerichten gewährleisten“. Bundesumweltministerin Barbara Hendricks (SPD) habe sich sehr kritisch zur Frage von internationalen Schiedsgerichten geäußert. Es müsse ein klares Signal gesetzt und es dürfe keinem weiteren Freihandelsabkommen zugestimmt werden, das Konzernen ein Klageprivileg zu Lasten der Bürger zugestehe. TTIP und CETA könne nicht zugestimmt werden, wenn sie Schiedsverfahren jenseits der staatlichen Gerichtsbarkeit vorsehen würden: „Wer den Rechtsstaat stärken will, darf diesen nicht zur Disposition stellen“, schreiben die Abgeordneten.³⁶

Dies zeigt, dass hinsichtlich der internationalen Investitionsstreitbeilegung Deutschland eine Tendenz gezeigt hat, über den ISDS-Mechanismus nachzudenken und sich an die innerstaatliche gerichtliche Rechtshilfe zu wenden. Am 9.10.2014 veröffentlichte der Rat der Europäischen Union das TTIP-Verhandlungsmandat.³⁷ Dabei kamen der deutschen Regierung Bedenken, ob der ISDS-Mechanismus erhebliche Risiken für die Regierung mit sich bringt, ob die Aufnahme vom ISDS-Mechanismus in TTIP notwendig ist, und ob die Investitionsstreitigkeiten von innerstaatlichen Gerichten beigelegt werden sollten. Auch die Erwägung, zur innerstaatlichen gerichtlichen Rechtshilfe zurückzukehren, hat Deutschland dazu veranlasst, den ISDS-Mechanismus abzustoßen, die innerstaatliche gerichtliche Investitionsstreitbeilegung zu verlangen und die staatliche Regulierungsbefugnis zu betonen. Dies ist ein Zeichen für die Wiederbelebung der Calvo-Doktrin³⁸ in Europa.

36 „Kein Klageprivileg für Konzerne“, https://www.bundestag.de/webarchiv/Presse/hib/2014_05/280520-280520.

37 TTIP-Verhandlungsmandat veröffentlicht, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14095-2014-INIT/de/pdf>.

38 Zur „Calvo-Doktrin“: „Zwar hatte der argentinische Diplomat und Völkerrechtslehrer Carlos Calvo bereits 1895 die Auffassung vertreten, dass sich ganz allgemein die rechtliche Stellung des Fremden uneingeschränkt nach der Rechtsordnung des Gastlandes richten sollte (sog. „Calvo-Doktrin“). Nach Auffassung Calvos können Ausländer, die sich in einem Gastland niedergelassen haben, bestenfalls eine Gleichstellung mit den Inlän-

4. Auswirkungen des Haltungswechsels von Deutschland zum ISDS-Mechanismus

4.1. Zur erneuten Betrachtung der Interessenabwägung und der Werteorientierung des ISDS-Mechanismus

Der Haltungswechsel von Deutschland zum ISDS-Mechanismus hat ein Umdenken über die Interessenabwägung des ISDS-Mechanismus ausgelöst. Der Vattenfall-Schiedsfall ist ein Wendepunkt. In diesem Fall wurde die Macht des Gaststaates, im öffentlichen Interesse vernünftige Politik zu betreiben und umzusetzen, ernsthaft in Frage gestellt. Die negativen Auswirkungen auf das öffentliche Interesse, die der ISDS-Mechanismus herbeiführte, erregte die umfangreiche Aufmerksamkeit des Volkes und der Regierung. Infolgedessen musste die Bundesregierung in den nachfolgenden CETA- und TTIP-Vertragsverhandlungen die Interessenabwägung und die Systemauswahl betrachten und entsprechend anpassen.

Darüber hinaus wurden in den Jahrzehnten seit der Etablierung des von den Marktgesetzen getriebenen internationalen Investitionsschiedssystems allmählich einige Merkmale gezeigt, die in der Werteorientierung von der ursprünglichen Absicht der Systemkonstruktion abweichen. Um etwa den reibungslosen und langfristigen Betrieb des Systems zu gewährleisten, wurden die Fairness und Gerechtigkeit ignoriert. Im Bereich der internationalen Investitionen hat Deutschland im Zuge des Rollenwechsels eine wachsame Haltung zur Korrektur der Werteorientierung während der Reform des ISDS-Mechanismus beibehalten, rechtzeitig die Situation erneut betrachtet, die Investitionsabkommen, die rein auf der Jagd nach Gewinn sind und ausschließlich ausländische Investoren schützen, abgelehnt, ein Auge auf die Lebensbedingungen der einheimischen KMU geworfen sowie Wert auf Werteorientierungen wie Fairness und Gerechtigkeit gelegt.

dern, keinesfalls aber eine Besserstellung unter Berufung auf völkerrechtliche Mindeststandards verlangen. Seiner Auffassung nach verbietet das sowohl der Gleichheitssatz des innerstaatlichen Verfassungsrechts als auch der völkerrechtliche Grundsatz der Gleichheit der Staaten. In der Staatenpraxis hatte dies allerdings bis zum 1917 keine Bedeutung. Nach der Oktoberrevolution von 1917 verstaatlichte die Sowjetunion jedoch das Privateigentum von Staatsangehörigen und Ausländern in gleicher Weise und berief sich zur Rechtfertigung der Weigerung, an Ausländer Entschädigung zu zahlen, auf den Grundsatz der Inländergleichbehandlung. Gleichwohl schloss die Sowjetunion später mit einigen Staaten Verträge, die in gewissem Umfang Entschädigungen für enteignetes Eigentum vorsahen. Nach 1945 hat die Staatenpraxis dann überwiegend anerkannt, dass das Eigentum von Fremden durch Regeln des Völkerrechts geschützt ist.“ S. Gilbert Gornig, Eigentum und Enteignung im Völkerrecht unter besonderer Berücksichtigung von Vertreibungen, in: Felix Ermacora Institut (Hrsg.), Schriftenreihe Bd. 6, Wien 2010, S. 24; Volker Epping, Der Staat als die „Normalperson“ im Völkerrecht, in: Knut Ipsen: Völkerrecht, 7. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2018, § 7 Rn. 135.

4.2. Einrichtung eines der öffentlich-rechtlichen Eigenschaft der internationalen Investitionen besser entsprechenden Streitbeilegungsmechanismus

Die Internationalen Investitionsstreitigkeiten unterscheiden sich von den internationalen Handelsstreitigkeiten. Die Internationalen Investitionsstreitigkeiten betreffen nationale Interessen und sind öffentlich-rechtlicher Art. Der Aufruf Deutschlands und anderer EU-Mitgliedstaaten zum Schutz von öffentlichen Interessen hat die EU gezwungen, diesen Aspekt in ihrem Reformplan umfassend zu berücksichtigen. Ansonsten verliert die Reform die Basis der öffentlichen Meinung. Viele Europäer glauben, dass der ISDS-Mechanismus die innerstaatlichen Gerichte umgehen kann und dies dem innerstaatlichen Justizsystem schadet. Daher fordern sie die Abschaffung des ISDS-Mechanismus und verweisen die internationalen Investitionsstreitigkeiten auf das innerstaatliche Justizsystem. Obwohl nicht klar ist, welche von den innerstaatlichen Gerichtsverfahren und den internationalen Investitionsgerichtsverfahren besser zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten geeignet sind, handelt es sich bei beiden um das gerichtliche Prozesssystem, das der öffentlich-rechtlichen Eigenschaft der internationalen Investitionsstreitigkeiten näher ist und sich vom Reformplan mit dem Berufungssystem des ISDS-Mechanismus in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit unterscheidet. Deutschland hat sich bereits gegen den ISDS-Mechanismus ausgesprochen. Außerdem ist mit der unklaren Aufteilung der Befugnisse zum einheitlichen Vertragsabschluss im Bereich der Investition mit Drittstaaten zwischen den Mitgliedstaaten und der EU der Widerstand wichtiger EU-Mitgliedstaaten wie Deutschland dem einheitlichen Vertragsabschluss der EU mit Drittstaaten nicht förderlich. Dies hat bis zu einem gewissen Grade dazu geführt, dass die EU den traditionellen ISDS-Mechanismus bei der Systemauswahl aufgibt und sich stattdessen für das internationale gerichtliche Prozesssystem entscheidet, um „Entscheidungsgerichtsbarkeit“ bei der Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zu verwirklichen. Darüber hinaus verfügt die Anwendung des gerichtlichen Prozesssystems auf den Bereich der internationalen Investitionsstreitbeilegung einerseits über die Stabilität der Institutionen, Regeln und Zusammensetzung, andererseits hat es für die Einrichtung des Berufungssystems das Hindernis wegen der endgültigen Entscheidung durch eine einzige Instanz beseitigt, das die sogenannte Eigenschaft des Schiedsverfahrens darstellt.

Am 21.9.2017 trat CETA vorläufig in Kraft. Der größte Teil des Abkommens findet damit Anwendung.³⁹ Der Ausdruck „ISDS“ wird nicht mehr verwendet und in „Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Investoren und Staaten“ geändert. In Art. 8.29 wird die „Errichtung eines multilateralen Investitionsgerichtshofs mit Rechtsbehelfsinstanz“ geregelt.⁴⁰ Das von der EU eingerichtete ICS⁴¹ ist

39 „EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement“, „EU-Canada Umfassendes Wirtschafts- und Handelsabkommen“, https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/index_de.htm.

40 „Umfassendes Wirtschafts- und Handelsabkommen EU-Canada (CETA): CETA Kapitel für Kapitel“, http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_de.htm.

eine akzeptablere Lösung für Mitgliedstaaten wie Deutschland, die müde vom Umgang mit dem ISDS-Mechanismus sind. Deutschland hat die Absicht der EU und die entsprechende Chance genutzt, in Verhandlungen mit dem wichtigsten Wirtschaftspartner der Welt die Reform des ISDS-Mechanismus anzustoßen und das von der EU angeführte ICS voranzutreiben.

4.3. Spillover-Effekte auf EU-Mitgliedstaaten

Der Haltungswechsel von Deutschland zum ISDS-Mechanismus bewirkte einen entscheidenden Einfluss auf Frankreich. Die französische Regierung erklärte wiederholt, dass sie befürchte, dass der ISDS-Mechanismus negative Auswirkungen auf die öffentliche Politik mitbringe, und hoffe, die innerstaatliche gerichtliche Rechtshilfe als Mittel zur Beilegung von internationalen Investitionsstreitigkeiten zu nutzen oder ein Berufungssystem einzurichten. In einer gemeinsamen Erklärung Deutschlands und Frankreichs forderten die zuständigen Minister aus beiden Staaten gemeinsam die Europäische Kommission auf, den Inhalt des Abkommens mit Kanada zu überprüfen, um jegliche potenzielle Schwierigkeiten zu entfernen.⁴² Deutschland und Frankreich bildeten eine „Einheitsfront“ gegen den ISDS-Mechanismus.⁴³ Gleichzeitig suchte Frankreich auch aktiv die Zusammenarbeit mit den anderen EU-Mitgliedstaaten, die ähnliche Positionen zum ISDS-Mechanismus vertreten, wie Dänemark, Luxemburg, die Niederlande und Schweden usw.

In den letzten Jahren haben mehrere wichtige EU-Mitgliedstaaten, darunter Deutschland, in internationalen Vertragsverhandlungen zunehmend die möglichen negativen Auswirkungen des ISDS-Mechanismus auf den Gaststaat erkannt und sich gegen den ISDS-Mechanismus ausgesprochen. Der Haltungswechsel von Deutschland zum ISDS-Mechanismus hatte aufschlussreiche und divergente Auswirkungen auf die EU-Mitgliedstaaten und Spillover-Effekte auf die EU-Mitgliedstaaten bewirkt. Durch Kommunikation und Zusammenarbeit mit den anderen Mitgliedstaaten hat Deutschland gemeinsam die Entwicklung des EU-Investitionsschutzsystems vorangetrieben, um zu einem gewissen Spillover-Effekt des Haltungswechsels von Deutschland zum ISDS-Mechanismus zu führen.

4.4. Einfluss auf künftige Unterzeichnung von Investitionsabkommen der EU

Nach Inkrafttreten des „Lissabon-Vertrags“⁴⁴ erhielt die EU die ausschließliche oder exklusive Zuständigkeit für die ausländischen Direktinvestitionen. Art. 207

41 Investitionsgerichtssystem, auf Englisch ist Investment Court System, abgekürzt als ICS.

42 Cécile Barbière, „Streit um Investorenschutz: Deutschland und Frankreich wollen CETA reformieren“, <https://www.euractiv.de/section/eu-aussenpolitik/news/streit-um-investoren-schutz-deutschland/d-und-frankreich-wollen-ceta-reformieren/>.

43 Cécile Barbière, „France and Germany to form united front against ISDS“, <http://www.euractiv.com/section/trade-society/news/france-and-germany-to-form-united-front-against-isds/>.

44 Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, unterzeichnet in Lissabon am

Abs. 1 des „Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ (AEUV)⁴⁵ führt die ausländischen Direktinvestitionen in den Bereich der gemeinsamen Handelspolitik ein. Gemäß Art. 3 Abs. 1 Buchstabe e) AEUV gehört die gemeinsame Handelspolitik zum ausschließlichen Zuständigkeitsbereich der EU. Obwohl die EU-Grundverträge vorsehen, dass die Angelegenheiten der ausländischen Direktinvestitionen der ausschließlichen Zuständigkeit der EU unterliegen, bedeutet dies aber nicht, dass die EU beim Vertragsabschluss bezüglich der Investitionen und der Angelegenheiten der ISDS-Investitionsstreitigkeiten mit einem Drittstaat die ausschließliche Zuständigkeit genießen muss. Am 10.7.2015 stellte die Europäische Kommission gemäß Art. 218 Abs. 11 AEUV beim Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) einen Antrag auf Abfassung eines Rechtsgutachtens, um festzustellen, ob die EU die erforderliche Zuständigkeit für die unabhängige Unterzeichnung und den unabhängigen Abschluss des EU-Singapur-Freihandelsabkommens (*EU-Singapore Free Trade Agreement*, EUSFTA) genießt, insbesondere hinsichtlich der folgenden konkreten Fragen: (1) Welche Bestimmungen des Abkommens fallen in die ausschließliche Zuständigkeit der Union? (2) Welche Bestimmungen des Abkommens fallen in die geteilte Zuständigkeit der Union? (3) Fallen Bestimmungen des Abkommens in die ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten?⁴⁶

Am 16.5.2017 legte der EuGH hierzu das Gutachten Nr. 2/15 vor. Das Gutachten geht davon aus, dass EUSFTA in die ausschließliche Zuständigkeit der EU fällt, mit Ausnahme der nachfolgend angeführten Bestimmungen, die in die zwischen der Union und den Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeit fallen: (1) die Bestimmungen von Kapitel 9 (Investitionen) Abschnitt A (Investitionsschutz) dieses Abkommens, soweit sie sich auf andere Investitionen zwischen der Union und der Republik Singapur als Direktinvestitionen beziehen, (2) die Bestimmungen von Kapitel 9 Abschnitt B (Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten) dieses Abkommens und (3) die Bestimmungen der Kapitel 1 (Ziele und allgemeine Begriffsbestimmungen), 14 (Transparenz), 15 (Beilegung von Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien), 16 (Vermittlungsmechanismus [Mediation]) und 17 (Institutionelle, allgemeine und Schlussbestimmungen) dieses Abkommens, soweit sie sich auf die Bestimmungen von Kapitel 9 des Abkommens beziehen und diese in die zwischen der Union und den Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeit fallen.⁴⁷ Das heißt,

13.12.2007, Amtsblatt der Europäischen Union, C 306, 17.12.2007, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=OJ:C:2007:306:TOC>, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=EN>.

45 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, <http://www.aevu.de/>.

46 Gutachten 2/15 des Gerichtshofs (Plenum) von 16.5.2017, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d6ac64193d4a9542d581fa98233892177f.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pax4Se0?text=&docid=190727&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=650959>.

47 Gutachten 2/15 des Gerichtshofs (Plenum) von 16.5.2017, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d6ac64193d4a9542d581fa98233892177f.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pax4Se0?text=&docid=190727&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=650959>.

dass die drei Arten von Bestimmungen in dem Abkommen, insbesondere wie die über den ISDS-Mechanismus, Ausnahmen sind, die zur gemeinsamen Zuständigkeit der EU und der Mitgliedstaaten gehören. Bei der Aushandlung und Verhandlung von solchen Bestimmungen und beim Abschluss von Verträgen genießt Deutschland als Mitgliedsstaat gemeinsam die Zuständigkeit und seine Ermächtigung ist zu einem wichtigen Glied des einheitlichen Abschlusses von einschlägigen Verträgen der EU mit Drittstaaten geworden. Angesichts des Haltungswechsels von Deutschland zum ISDS-Mechanismus wird sich dies nachteilig auf die einheitliche Unterzeichnung von Abkommen bezüglich des ISDS-Mechanismus der EU mit Drittstaaten auswirken. Die beiden Abkommen CETA und TTIP wurden von der EU unterzeichnet und waren wegen der deutschen Ablehnung vom ISDS-Mechanismus zeitweise gestrandet. Nachdem der EuGH das Rechtsgutachten zur Genehmigungsbefugnis über EUSFTA veröffentlicht hatte, wird der Haltungswechsels von Deutschland zum ISDS-Mechanismus die einheitliche Unterzeichnung von Investitionsabkommen der EU mit Drittstaaten schwieriger machen. Falls Deutschland die Unterzeichnung von Abkommen bezüglich des ISDS-Mechanismus ablehnt, wird das Inkrafttreten des Investitionsabkommens mit dem ISDS-Mechanismus unmöglich sein, was wiederum die EU zur Erwägung veranlassen wird, die ISDS-Klauseln in künftigen Investitionsabkommen aufzugeben oder auf andere Abkommen umzusteigen, die nicht der einstimmigen Zustimmung der Mitgliedsstaaten bedürfen, wie z. B. zusätzlich zum Freihandelsabkommen ein separates Abkommen über die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten. Dies hat in gewisser Weise auch den Prozess der Abkehr vom ISDS-Mechanismus und der Etablierung von ICS in der EU gefördert, um den internen Widerstand der Mitgliedsstaaten zu beseitigen.

4.5. Auswirkung auf das regionale Investitionsrechtssystem der EU

Das regionale Investitionsrechtssystem der EU spiegelt den Trend zur schrittweisen Abkehr vom ISDS-Mechanismus wider. Am 1.6.2015 erwähnten in einem Plenarsitzungsdokument des Ausschusses für internationalen Handel des Europäischen Parlaments, dem „Bericht mit den Empfehlungen des Europäischen Parlaments an die Kommission zu den Verhandlungen über die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP)“⁴⁸, sieben untergeordnete Ausschüsse den ISDS-Mechanismus. Darunter lehnten vier Ausschüsse, nämlich der Ausschuss für Umweltfragen, öffentliche Gesundheit und Lebensmittelsicherheit⁴⁹, der Rechtsaus-

48 Bernd Lange, „Bericht mit den Empfehlungen des Europäischen Parlaments an die Kommission zu den Verhandlungen über die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP)“, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0175_DE.pdf?redirect.

49 Bernd Lange, „Bericht mit den Empfehlungen des Europäischen Parlaments an die Kommission zu den Verhandlungen über die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP)“, S. 45 ff., https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0175_DE.pdf?redirect.

schuss⁵⁰, der Ausschuss für konstitutionelle Fragen⁵¹ und der Petitionsoffenlegungsausschuss⁵², öffentlich die weitere Aufnahme vom ISDS-Mechanismus in TTIP ab. Die Hauptgründe für ihre Ablehnung lassen sich wie folgt zusammenfassen: (1) Mit dem ISDS-Mechanismus droht die Gefahr, dass die souveränen Rechte der EU, ihrer Mitgliedstaaten und der regionalen und lokalen Gebietskörperschaften, Vorschriften über die öffentliche Gesundheit, die Lebensmittelsicherheit und die Umwelt zu erlassen, verdrängt werden.⁵³ (2) Die Gerichte in den Mitgliedstaaten bieten auf der Grundlage demokratischer Legitimation effektiven Rechtsschutz und es sollte ihnen obliegen, über alle zu erwartenden Streitfälle kompetent, effizient und kostensparend zu entscheiden.⁵⁴ (3) Nach den von der Kommission durchgeführten öffentlichen Konsultationen zum Investitionsschutz und dem Investor-Staat-Schiedsverfahren in der transatlantischen Handels- und Investitionspartnerschaft lehnen 97 % der Antworten unter insgesamt ca. 150.000 Antworten die Aufnahme des ISDS-Mechanismus in die TTIP ab.⁵⁵ (4) Die Rechtssysteme der EU und der USA sind hochentwickelt und ein zwischenstaatliches System zur Beilegung von Streitigkeiten und die nationalen Rechts- und Justizsysteme sind die geeignetsten Instrumente zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten.⁵⁶

Nach der Abwägung zwischen den öffentlichen Interessen der Gaststaaten und den Interessen der ausländischen Investoren, insbesondere in der EU, wandelte

- 50 Bernd Lange, „Bericht mit den Empfehlungen des Europäischen Parlaments an die Kommission zu den Verhandlungen über die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP)“, S. 81 ff., https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0175_DE.pdf?redirect.
- 51 Bernd Lange, „Bericht mit den Empfehlungen des Europäischen Parlaments an die Kommission zu den Verhandlungen über die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP)“, S. 92 ff., https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0175_DE.pdf?redirect.
- 52 Bernd Lange, „Bericht mit den Empfehlungen des Europäischen Parlaments an die Kommission zu den Verhandlungen über die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP)“, S. 97 ff., https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0175_DE.pdf?redirect.
- 53 Bernd Lange, „Bericht mit den Empfehlungen des Europäischen Parlaments an die Kommission zu den Verhandlungen über die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP)“, S. 57, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0175_DE.pdf?redirect.
- 54 Bernd Lange, „Bericht mit den Empfehlungen des Europäischen Parlaments an die Kommission zu den Verhandlungen über die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP)“, S. 57, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0175_DE.pdf?redirect.
- 55 Bernd Lange, „Bericht mit den Empfehlungen des Europäischen Parlaments an die Kommission zu den Verhandlungen über die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP)“, S. 83 u. 103, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0175_DE.pdf?redirect.
- 56 Bernd Lange, „Bericht mit den Empfehlungen des Europäischen Parlaments an die Kommission zu den Verhandlungen über die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP)“, S. 82–83 u. 93, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0175_DE.pdf?redirect.

sich die „Entpolitisierung“ der internationalen Investitionsstreitbeilegung in die „Entscheidungsgerichtsbarkeit“ und die internationale Investitionsstreitbeilegung spiegelt einen Trend zur Rückkehr zur innerstaatlichen gerichtlichen Rechtshilfe wider. Darüber hinaus konstruierte CETA das ICS und wählte das gerichtliche Prozessverfahren. Anders als der traditionelle ISDS-Mechanismus, der oft Ad-hoc Schiedsverfahren wählt, ist das ICS permanent präsent. Dabei sind die Auswahl der Richter und die moralischen Standards strenger und es wird ein Berufungssystem etabliert. Es ist ein riesiger Durchbruch gegenüber dem traditionellen ISDS-Mechanismus und es ist die radikalste Reform des Mechanismus zur Beilegung von internationalen Investitionsstreitigkeiten. Mit dem Haltungswechsel von Deutschland zum ISDS-Mechanismus und der Einschränkung der einheitlichen Befugnis der EU zur Unterzeichnung von Investitionsabkommen mit Drittstaaten war die Transformation des Investitionsrechtssystems in der EU unausweichlich. In den Verhandlungen über die Freihandelsabkommen zwischen der EU und Vietnam, Singapur sowie den anderen Staaten wurde die Einbeziehung von ICS aktiv eingesetzt. Dabei nahm das Rechtssystem zur Beilegung von internationalen Investitionsstreitigkeiten mit der EU-Marke Form an.

5. Resümee

Deutschland war ein aktiver Unterstützer und ein Nutznießer des ISDS-Mechanismus, da Deutschland als ein kapitalexportierender Staat anfangs das „entpolitierte“ Schiedsverfahren des ISDS-Mechanismus insbesondere brauchte, um die Rechte und Interessen der heimischen Investoren in den Gaststaaten durchzusetzen. Nachdem Deutschland die Doppelidentität des Kapitalexporteurs und -importeurs innehatte, änderte sich sein Standpunkt bei der Unterzeichnung von Investitionsabkommen und es musste nun zwischen der „Entpolitisierung“ der internationalen Investitionsstreitbeilegung und der Wahrung von öffentlichen Interessen durch Gaststaaten abwägen. Im Zuge der Vertiefung der europäischen Integration hatten Deutschland und die EU zunehmend erkannt, dass der ISDS-Mechanismus negative Auswirkungen auf die Gaststaaten als Kapitalimporteure haben kann, z. B. konnte er die Umsetzung öffentlicher Politik des Gaststaates behindern. Und dann haben sie sich gegen den ISDS-Mechanismus ausgesprochen und begonnen, über den Weg der Rückkehr zur innerstaatlichen gerichtlichen Rechtshilfe nachzudenken und versucht, ein neues ICS mit dem Merkmal „Entscheidungsgerichtsbarkeit“ zu schaffen.

Es ist erwähnenswert, dass die EU zwar erklärte, der ISDS-Mechanismus in den durch die Regierungen der EU-Mitgliedstaaten ausgehandelten Investitionsabkommen werde durch das neue ICS ersetzt, es werden aber in den beiden bahnbrechenden Abkommen, nämlich CETA und EUSFTA, weiterhin solche Begriffe wie „Schiedsgericht“ und „Schiedsrichter“, die offensichtlich zur Kategorie der Schiedsgerichtsbarkeit gehören, verwendet. Dies scheint der ursprünglichen Absicht der EU, den ISDS-Mechanismus zu reformieren und ein gerichtliches Investitionsprozesssystem mit dem Merkmal „Entscheidungsgerichtsbarkeit“ einzurichten,

zu widersprechen und die Innovation und Gründlichkeit vom ICS in gewissem Maße zu schwächen. Infolge des Verhedderns bei der „Entschiedsgerichtsbarkeit“ in den Texten von CETA und EUSFTA ist zu sehen, dass Deutschland und die EU zwar die Einrichtung vom ICS aktiv vorangetrieben, aber den ISDS-Mechanismus jedoch nicht völlig aufgegeben haben. Der Grund mag darin liegen, dass sich Deutschland und die EU angesichts ihrer Identität mit dem Kapitalexporteur auch mit der innerstaatlichen Justiz der Drittstaaten konfrontiert sahen, aber Deutschland und die EU jedoch Zweifel an der gerichtlichen Unparteilichkeit und der Transparenz der Rechtsstaatlichkeit in anderen Gaststaaten hatten, und daher hofften, dass sie sich weiterhin auf den ISDS-Mechanismus verlassen könnten, um eigene Interessen zu wahren. Im Allgemeinen wird hinsichtlich des Mechanismus zur Beilegung von internationalen Investitionsstreitigkeiten beim Interessenschutz immer noch zu den Investoren geneigt. Die entwickelten Industriestaaten als Investoren wie Deutschland usw. werden weiterhin aktiv die „entpolitisierte“ internationale Investitionsschiedsgerichtsbarkeit nutzen, um die Regulierungsbefugnis des Gaststaates einzuschränken und um die Interessen der heimischen Investoren, die im Ausland investieren, besser zu schützen.

Wie oben erwähnt, führte der Haltungswechsels von Deutschland zum ISDS-Mechanismus zur erneuten Betrachtung der Interessenabwägung und der Werteorientierung des ISDS-Mechanismus und förderte die Einrichtung eines der öffentlich-rechtlichen Eigenschaft der internationalen Investitionen besser entsprechenden Streitbeilegungsmechanismus, nämlich die Einrichtung vom ICS. Neben den positiven Auswirkungen dieser beiden Aspekte hatte der Haltungswechsel von Deutschland zum ISDS-Mechanismus auch negative Auswirkungen, z. B. die Dezentralisierung der Methoden der Beilegung von internationalen Investitionsstreitigkeiten, die Verschärfung der Inkonsistenz von Schiedssprüchen, die Reduzierung der Autorität der bestehenden internationalen Investitionsschiedssysteme sowie die Behinderung der Verbesserung und der Weiterentwicklung des ISDS-Mechanismus selbst.

Literaturverzeichnis

- Barbière, Cécile: „France and Germany to form united front against ISDS“, <http://www.euractiv.com/section/trade-society/news/france-and-germany-to-form-united-front-against-isds/>.
- Barbière, Cécile: „Streit um Investorenschutz: Deutschland und Frankreich wollen CETA reformieren“, <https://www.euractiv.de/section/eu-aussenpolitik/news/streit-um-investoren-schutz-deutschland-und-frankreich-wollen-ceta-reformieren/>.
- Dederer, Hans-Georg: „Vattenfall klagt gegen Atomausstieg: Ein Schiedsverfahren wird für Deutschland zum Bumerang“, <https://www.ito.de/recht/hintergruende/h/vattenfall-klagt-gegen-atomausstieg-vor-schiedsgericht-in-washington-investitionsschutz/>.
- Epping, Volker: Der Staat als die „Normalperson im Völkerrecht“, in: Knut Ipsen, Völkerrecht, 7. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2018.
- Gornig, Gilbert: Eigentum und Enteignung im Völkerrecht unter besonderer Berücksichtigung von Vertreibungen, in: Felix Ermacora Institut (Hrsg.), Schriftenreihe Bd. 6, Wien 2010.

- Gornig, Gilbert: Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in Konkurrenz zur staatlichen Gerichtsbarkeit, in: Volker Bouffier/Hans-Detlef Horn/Roman Poseck/Henning Radtke/Christoph Safferling (Hrsg.), Grundgesetz und Europa. Liber Amicorum für Herbert Landau zum Ausscheiden aus dem Bundesverfassungsgericht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016, S. 501 ff.
- Gornig, Gilbert: Investitionsschutzabkommen, in: Gilbert Gornig/Hans-Detlef Weiler, Edgar (Hrsg.), Wirtschaftsrecht. Belarussische und deutsche Positionen, Schriftenreihe der deutsch-belarussischen Juristengesellschaft, Band 3, 2018, S. 31 ff.
- Guida, Victoria: Malmström preparing to unveil ISDS reform, <https://www.politico.com/tip-sheets/morning-trade/2015/05/malmstrom-preparing-to-unveil-isds-reforms-reid-pledges-to-delay-fast-track-vote-boxer-on-a-path-to-no-on-tpa-212543>.
- Krajewski, Markus: „Vattenfall, der deutsche Atomausstieg und das internationale Investitionsrecht“, S. 7, <https://www.rph1.rw.fau.de/files/2016/02/vattenfall-.pdf>.
- Lange, Bernd: „Bericht mit den Empfehlungen des Europäischen Parlaments an die Kommission zu den Verhandlungen über die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP)“, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0175_DE.pdf?redirect.
- Will, Martin: International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), in: Burkhard Schöbener, Völkerrecht. Lexikon zentraler Begriffe und Themen, C. F. Müller, 2014, S. 194 ff.

Revisiting Japan: Whaling after the Withdrawal from the ICRW

Chie Sato

Abstract Deutsch

In dieser Abhandlung geht es um die Bedeutung des Begriffs „Minderheit“ in einem allgemeineren Sinne, nämlich als die kleinere Anzahl von Staaten, die weniger als die Hälfte der Staaten in der Welt ausmacht. Sicherlich nehmen viele Staaten in verschiedenen Bereichen des internationalen Rechts eine Minderheitenposition ein, und als ich den Begriff „Minderheit“ auf diese Weise umformulierte, dachte ich natürlich an mein Heimatland Japan und seine rechtliche und politische Position innerhalb der globalisierten Welt. Die internationale Gesellschaft hat sich immer besser organisiert, und die durch das internationale Recht geregelten Bereiche haben sich erweitert. Natürlich ist es durchaus möglich, dass ein bestimmter Staat in einem Fall die Mehrheitsposition und in einem anderen Fall eine Minderheitsposition einnimmt. Im Falle Japans gibt es, wenn wir die internationale Gesellschaft als Ganzes betrachten, sicherlich einige Bereiche, in denen Japan als Minderheit in der internationalen Gesellschaft anerkannt werden könnte, obwohl das Land in den meisten Fällen sicherlich zur Mehrheit gehört. Ein Bereich, in dem Japan eine eindeutige Minderheitenposition innerhalb der internationalen Gesellschaft einnehmen könnte, wäre der Walfang. Die genaue Frage, mit der ich mich in diesem Artikel auseinandersetzen möchte, ist die folgende: Da die internationale Gesellschaft um universelle Regeln wie das ICRW (International Convention for the Regulation of Whaling/Internationales Übereinkommen zur Regelung des Walfangs) und internationale/regionale Organisationen wie die IWC (International Whaling Commission/Internationale Walfangkommission) herum organisiert und durch diese strukturiert ist, obliegt es den Staaten, sich an die immer größer werdenden Systeme von Regeln und Vorschriften zu halten. Folgt daraus, dass jeder Staat allmählich etwas von seinem individuellen Charakter verlieren muss, wenn sein Verhalten mehr und mehr von einem einheitlichen, monoartigen Wertesystem bestimmt wird?

Um dieser Frage nachzugehen, erfolgt zunächst ein kurzer Überblick über den internationalen Rechtsrahmen für den Schutz der lebenden Meeresressourcen, einschließlich der Wale. Zweitens werden Japans innerstaatliche Gesetze zum Walfang erklärt, um zu verdeutlichen, wie Japan die einschlägigen internationalen Vorschriften umsetzt. Auf der Grundlage dieser rechtlichen Rahmenbedingungen wird dann die Realität des Walfangs in Japan nach dem Austritt des Landes aus dem ICRW erörtert und untersucht, welches Licht dies auf das oben dargelegte Problem werfen kann.

Abstract English

This paper is about the meaning of the term “minority” in a more general sense, namely as the smaller number of states that make up less than half of the states in the world. Certainly, many states occupy a minority position in various matters of international law, and indeed when I reframed “minority” in this way, I naturally thought of my home country of Japan and its legal and political position within the globalized world. International society has become increasingly well organized, and the areas regulated by international law have expanded. Of course, it is entirely possible for a given state

to occupy the majority ground in one instance and a minority position in another. In the case of Japan, if we observe international society as a whole, there are certainly some areas in which Japan might be recognized as constituting a minority in international society, although in most cases the country certainly belongs to the majority. One area in which Japan might be recognized as adopting a distinct minority position within international society would be whaling. The precise question I seek to wrestle with in this article is the following: given that international society is organized around, and structured by, universal rules, such as the ICRW (International Convention for the Regulation of Whaling), and international/regional organizations, such as the IWC (International Whaling Commission), it is incumbent upon states to obey every-expanding systems of rules and regulations. Does it therefore follow that any given state must gradually lose something of its individual character, as more and more of its behavior is governed by a uniform, mono set of values?

To address this question, first a brief overview of the international legal framework for the protection of living marine resources, including whales, is provided. Secondly, Japan's domestic laws on whaling are explained to illustrate how Japan implements the relevant international regulations. Based on this legal framework, it then discusses the reality of whaling in Japan after the country's withdrawal from the ICRW and examines what light this may shed on the problem outlined above.

1. Introduction

It is a great pleasure and an honor for me to contribute to the Festschrift for Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Gilbert Gornig. For me, Prof. Gornig has always been a "Vorbild" as a scholar, an educator, and a kind person who has welcomed students from all over the world. Writing my doctoral dissertation under his guidance in Marburg was one of the best experiences in my life. The title of my dissertation was "Immunität Internationalen Organisationen", which was in fact one of the topics suggested by Prof. Gornig when he accepted me as a "Doktorandin" in April 2000. Needless to say, at that time international organizations were already recognized as playing major roles in addressing pressing issues, such as poverty, the loss of biodiversity, and protection of the environment. Similarly, today it seems beyond question that there are many global issues that call for a cooperative approach from international society, orchestrated by international organizations. Clearly the importance of international organizations has not changed since then, even though some have notably confronted difficulty functioning, as the WTO has shown us in recent years, for instance.

When the editors of this Festschrift told me that the overarching keyword for the work would be "minority", a topic to which Prof. Gornig has devoted much time, I decided to consider a topic that touched on both a minority and the Law of the Sea, which is the area of study in which I have been primarily engaged after concluding my doctoral studies. If we wish to define "minority", immediately we run into the problem that there is "no generally accepted definition";¹ however, as

1 K. Henrard, Minorities, in: Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. VII, Oxford University Press: Oxford 2008, p. 254.

Article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights² indicates, a “minority” is usually connected with human rights issues in terms of public international law. Now in the field of the Law of the Sea there are certainly several issues relating to human rights that would make fine topics, but instead I decided to take this opportunity to reconsider the meaning of the term “minority” in a more general sense, as namely, the smaller number of states that represent less than half of the states in the world. Certainly many states occupy a minority position in various matters of international law, and indeed when I reframed “minority” in this way, I naturally thought of my home country of Japan and its legal and political position within the globalized world. I have been considering this idea since its gestation during my old time as a Doktorandin. Having remembered Prof. Gornig’s suggestions for my dissertation, I thought that now would represent the perfect opportunity to take up an issue related to Japan from this perspective.

International society has become increasingly well organized, and the areas regulated by international law have expanded. There is not only general international law, such as the Charter of the United Nations, but also specialized international law, which includes, for instance, international human rights law, environmental law, economic law, financial law and so on. Of course, it is entirely possible for a given state to occupy the majority ground in one instance and a minority position in another. In the case of Japan, if we observe international society as a whole, there are certainly some areas in which Japan might be recognized as constituting a minority in international society, although in most cases the country certainly belongs to the majority. One area in which Japan might be recognized as adopting a distinct minority position within international society would be whaling.

First of all, it is necessary to clarify how Japan can, in fact, be treated as a minority in terms of its position on whaling. According to a letter to the editor of the *Washington Post* by Takeshi Osuga, Press Secretary for the Ministry of Foreign Affairs,³ “Japan is working closely with roughly half of the commission’s [here he means the International Whaling Commission, hereinafter IWC] members, who share its commitment to sustainable whaling”, meaning that Japan is not necessarily a “minority” within the IWC; however, if we consider the number of states involved in whale fishing worldwide, it is clear that that number is far less than half of the total number of states.⁴ According to IWC data, there are only four IWC member states that undertake aboriginal subsistence whaling based on the IWC rules, and two states that undertake commercial whaling, namely Norway and Japan.⁵ The

2 International Covenant on Civil and Political Rights Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, UNTS 999, p. 171.

3 The Washington Post, Letter to the editor, Opinion Japan’s whaling is sustainable and responsible, Takeshi Osuga, April 22, 2019 at 5:27 p.m. EDT (available in website of the Washington Post).

4 There are 196 states and the United Nations has 193 Member States. See the United Nations, Growth in United Nations membership, <https://www.un.org/en/about-us/growth-in-un-membership#2000-Present>.

5 See the IWC Homepage, <https://iwc.int/total-catches>.

IWC data records whaling undertaken by its member states, including its former member state Japan, but outside of this scope there are also other states that undertake whaling, such as Canada and Indonesia. Consequently, if we tally these, there are less than ten states around the world that undertake whaling in some form. Therefore, if we consider simply the number, those states no doubt constitute a minority.

As the Chief Cabinet Secretary announced on 26 December 2018, Japan decided to withdraw from the International Convention for the Regulation of Whaling (hereinafter ICRW)⁶ based on Article XI (1) of the convention, whereupon the country resumed undertaking commercial whaling in July 2019 after a 30-year hiatus. Since its withdrawal, Japan has undertaken commercial whale fishery both in its territorial waters and Exclusive Economic Zones (EEZ). Both marine areas lay within Japan's jurisdiction based on the United Nations Convention on the Law of the Sea (hereinafter UNCLOS)⁷. Personally, when I first heard the news of Japan's withdrawal from the ICRW, I was shocked; I thought that Japan should insist on its position on whaling within the appropriate international framework. I wondered if there were young Japanese students studying abroad who faced criticism from their classmates because of Japan's attitude to whaling. Fortunately, I myself had no such experience, but even as a young student I already felt that whaling was an immensely complicated and somehow emotional issue that I was reluctant to touch. Not being a specialist in the topic, I knew little about Japan's whale fishery, whaling industry, or the relevant historical, cultural and political background. Now, almost twenty years after my doctoral student days, I have decided to revisit my own country and analyze this sensitive and timely issue from a legal and institutional perspective. Through my analysis I consider the meaning of diversity amidst unified values and systems in a globalized era when many areas, such as the environment, finance, climate change, and so forth, are regulated by international law.

The precise question I seek to wrestle with in this article is the following: given that international society is organized around, and structured by, universal rules, such as the ICRW, and international/regional organizations, such as the IWC, it is incumbent upon states to obey every-expanding systems of rules and regulations. Does it therefore follow that any given state must gradually lose something of its individual character, as more and more of its behavior is governed by a uniform, mono set of values?

To pursue this line of inquiry, firstly, I briefly summarize the international legal framework for protection of marine living resources including whales. Secondly, I explain Japan's domestic laws on whaling in order to clarify how Japan implements relevant international rules. Based on these legal frameworks, I then discuss the reality of whaling in Japan after the country's withdrawal from the ICRW and see what light this can shed on the problem I articulated above.

6 The International Convention for the Regulation of Whaling, UNTS 161, p. 72.

7 The United Nations Convention on the Law of the Sea, UNTS 1833, p. 3.

2. Protection of Marine Living Resources under International Law

There are two international treaties that are relevant to matters involving whales and whale fishery. One of them is UNCLOS, and the other is the ICRW. Japan has been a contracting party of UNCLOS since 1996. As for the ICRW, Japan concluded it in 1951 and remained a party until its aforementioned withdrawal in December 2018, whereupon, accordingly, it left the IWC on 30th June 2019. I will now briefly explain how these treaties regulate whale fishery, and attempt to ascertain thereby its legal status within an international context.

2.1. UNCLOS

UNCLOS was adopted in 1982, which was more than 30 years after the adoption of the ICRW. As a “constitution of the oceans”, UNCLOS stipulates conservation and management of marine living resources, for instance, in Article 56(1)(a) and Articles 61 to 64. However, Article 65 of UNCLOS specifically stipulates “marine mammals” separately from those articles that regulate marine natural resources, including living resources. In other words, it considers “marine mammals” as constituting a special category of species.⁸ Article 65, moreover, stipulates that states have an obligation to “cooperate with a view to the conservation of marine mammals”. In terms of cetaceans, states are to “work through the appropriate international organizations for their *conservation, management and study*” (emphasis mine). If we compare Article 65 with the other Articles regulating marine living resources, Article 65 notably lacks the word “utilization”⁹, which is used in Article 62 regulating “utilization of the living resources” and also used in Article 64(1) regulating highly migratory species. Moreover, Article 65 recognizes “the right of a coastal State or the competence of international organizations [...] to prohibit, limit or regulate the exploitation of marine mammals *more strictly* than provided for” (emphasis mine). This wording is significant because while on the one hand Article 65 seems to indicate that, when it comes to marine mammals, UNCLOS aims to conserve and protect targeted species, this same Article also stipulates the obligation of states to cooperate through international organizations not only for conservation, but also for management and study. A holistic assessment of Article 65, then, shows that in principle UNCLOS does not prohibit the utilization of marine mammals, and under some conditions whale fishery could be undertaken.

8 E. Morgera/J. Harrison, Article 65, in: A. Proelss (ed.), United Nations Convention on the Law of the Sea, C. H. Beck: München 2017, p. 520.

9 E. Morgera/J. Harrison, Article 65, in: A. Proelss (ed.), United Nations Convention on the Law of the Sea, C. H. Beck: München 2017, p. 523; A. Proelss/K. Houghton, Protecting Marine Species, in: R. Rayfuse (ed.), Research Handbook on International Marine Environmental Law, E. Elgar: Cheltenham 2016, p. 237; S. N. Nandan/S. Rosenne (eds.), United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 vol. II, Martinus Nijhoff: Dordrecht/Boston/London 2002, pp. 663–664.

So long as Article 65 mentions international organizations, in the plural – the IWC had already been established and was functioning as an international organization for managing whales when UNCLOS was adopted – UNCLOS does not exclude any other international organizations being engaged in the conservation, management and study of marine mammals.¹⁰ However, as an international organization with member states from all over the world, the IWC is certainly the main organization established “to provide for the proper conservation of whale stocks and thus make possible the orderly development of the whaling industry”¹¹ in 1946, and which currently has 88 contracting parties.¹² Therefore, I will now briefly discuss the ICRW and the IWC from a legal perspective.

2.2. IWC

After the end of the Second World War, the ICRW, “includ[ing] the Schedule attached thereto which forms an integral part thereof” (Article I[1] of the ICRW), was signed in Washington, D.C. on 2 December, 1946. It entered into force on 10 November 1948, and based on Article III(1), the IWC was established. As the last part of the ICRW’s preamble stipulates, the purposes of the ICRW are to “provide for the proper conservation of whale stocks and thus make possible the orderly development of the whaling industry”. This means that the ICRW has essentially two purposes: to take the proper conservation measures for whales, and to develop the whaling industry.¹³ We should note that the ICRW applies “to *all waters* in which whaling is prosecuted” (Article I[2], emphasis mine), meaning that as long as states are contracting parties of the ICRW their policies on whales should be

10 For instance, the Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals (CMS) works tightly with IWC. See on this point, A. Proelss/K. Houghton, Protecting Marine Species, in: R. Rayfuse (ed.), *Research Handbook on International Marine Environmental Law*, E. Elgar: Cheltenham 2016, p. 251. In the Twelfth Meeting of the Conference of the Parties to the CMS (CMS COP12) held in October 2017, the CMS COP 12 adopted the Resolution on Conservation and Management of Whales and their Habitats in the South Atlantic Region which requested the CMS Secretariat and the CMS Scientific Council to work with the Scientific and Conservation Committees of the International Whaling Commission. See the Report of the CMS COP12, para. 670, https://www.cms.int/sites/default/files/document/cms_cop12_report_e.pdf. See also Y. Tanaka, *The International Law of the Sea*, Third Edition, Cambridge University Press: Cambridge 2019, p. 292; E. Morgera/J. Harrison, Article 65, in A. Proelss (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea*, C. H. Beck: München 2017, p. 525; A. Proelss/K. Houghton, Protecting Marine Species, in: R. Rayfuse (ed.), *Research Handbook on International Marine Environmental Law*, E. Elgar: Cheltenham 2016, p. 238.

11 See the last paragraph of the Preamble of the ICRW.

12 As of 12 September 2021, <https://iwc.int/members>.

13 Y. Tanaka, *The International Law of the Sea*, Third Edition, Cambridge University Press: Cambridge 2019, p. 294; J. Harrison, *Saving the Oceans through Law*, Oxford University Press: Oxford 2017, p. 199. See also A. Proelss/K. Houghton, Protecting Marine Species, in: R. Rayfuse (ed.), *Research Handbook on International Marine Environmental Law*, E. Elgar: Cheltenham 2016, p. 243.

undertaken in compliance with the ICRW. Participating states are thus to take measures adopted by the IWC irrespective of in which maritime zones the whale fishery in question is undertaken. The ICRW neglects to stipulate the definition of “whale”, which has resulted in discussion on whether the Convention can possibly be applied to dolphins.¹⁴ Nowadays, the IWC has exercised competence to regulate on the so-called “Great Whale” species, for which various conservation measures are designated. The targeted species among these “Great Whales” are listed in Tables 1, 2 and 3 of the Schedule.¹⁵ Accordingly, the IWC has regulated catch limits for eleven species. In terms of the other, smaller whale species, contracting member states of the ICRW are able to catch these in line with their own policies if desired. The Articles and Schedule of the ICRW make it clear that the Convention does not prohibit whale fishery or the development of the whaling industry. This, too is in line with understanding Article 65 of UNCLOS as not prohibiting whale fishery.¹⁶

Indeed, in practice there are some forms of whaling that can be undertaken within the framework of the ICRW, notably aboriginal subsistence whaling (ASW),¹⁷ Special Permit Whaling (also known as scientific whaling), based on Article VIII of the ICRW, and commercial whaling, regarding which the IWC decided upon “a pause in commercial whaling on all whale species and populations from the 1985/1986 season onwards” (Moratorium)¹⁸ at the 34th Annual Meeting, held in July 1982 in Brighton.¹⁹ The upshot of this decision was that one of the purposes of the ICRW, namely, “orderly development of the whaling industry”, was pushed aside, with the ICRW turning from a means of managing whaling to an instrument to prohibit commercial whaling altogether.²⁰

Although the ICRW has turned away from commercial whaling, what of the other two forms of whaling permitted under the framework? The first, aboriginal subsistence whaling, is not subject to the Moratorium and can be undertaken legally within the ICRW framework based on paragraph 13 of the Schedule, with the resulting catches being published on the IWC homepage.²¹ The IWC annual

14 The IWC doesn’t regulate on hunting of small cetaceans but initiate to scientific research on the species and to establish fund for them. See “Scientific Research and Conservation, The Small Cetacean Voluntary Fund” on the IWC homepage, <https://iwc.int/smallcetacean>.

15 See ICRW, Schedule As amended by the Commission at the 67th Meeting Florianópolis, Brazil, September 2018, pp. 6–7.

16 See for instance, Y. Tanaka, *The International Law of the Sea*, Third Edition, Cambridge University Press: Cambridge 2019, p. 292; J. Harrison, *Saving the Oceans through Law*, Oxford University Press: Oxford 2017, p. 199.

17 *Ibid.*, para. 13, pp. 8–9.

18 See the explanation of the IWC, <https://iwc.int/commercial>.

19 Chairman’s Report of the Thirty-Fourth Annual Meeting, p. 9; P. Birnie, *Countdown to zero, 34th meeting of the international whaling commission*: Brighton, UK, 19–24 July 1982, in: 7 *Marine Policy* 1983, pp. 64–68.

20 See, for instance, P. Sands/J. Peel, *Principles of International Environmental Law*, Fourth Edition, Cambridge University Press: Cambridge 2018, p. 535.

21 For statistics, see the IWC homepage, https://iwc.int/table_aboriginal.

meeting, held in 1981, articulates three purposes for the IWC to regulate aboriginal subsistence whaling.²² The first and third purposes pertain to the conservation of whales, as per the stipulation in the last part of the ICRW preamble. Specifically, the first objective is “to ensure that the risks of extinction to individual stocks are not seriously increased by subsistence whaling”, while the third is “to maintain the status of whale stocks at or above the level giving the highest net recruitment and to ensure that stocks below that level are moved towards it so far as the environment permits”.²³ The second objective, however, is a little different, in that it reveals a special necessity for this form of whaling. It stipulates that subsistence whaling should contribute “to enabl[ing] aboriginal people to harvest whales in perpetuity at levels appropriate to their cultural and nutritional requirements”. Whether this type of whale fishery constitutes a “whaling industry” as stipulated in the last part of the ICRW preamble is questionable, as it does not “seek to maximize catches or profit”.²⁴ Additionally, aboriginal subsistence whaling is required to be carried out under strict conditions which are stipulated in the Schedule. For indigenous peoples, aboriginal subsistence whaling is recognized as a part of their traditional culture, and the IWC was aware of the significant effect its whaling regulations would have on these whaling traditions.²⁵ Accordingly, the IWC decided to allow aboriginal subsistence whaling within its framework. Currently, there are four ICRW member states in which aboriginal subsistence whaling is conducted, namely, Denmark, Russia, St Vincent and the Grenadines, and the United States; outside of the ICRW, such whaling is also conducted in both Canada²⁶ and Indonesia.²⁷ For this type of whale fishery, the IWC sets a maximum sustainable yield (MSY), comparable to that which is often set for sustainable fishery in many regional fisheries management organizations. The MSY for aboriginal subsistence whaling is revised every six years, to ensure that the status of hunted species would not dramatically decrease.²⁸

22 IWC, Aboriginal Subsistence Whaling, <https://iwc.int/aboriginal>. For the precise procedure to regulate aboriginal subsistence whaling in the IWC, see, N. C. Doubleday, *Aboriginal Subsistence Whaling: The Right of Inuit to Hunt Whales and Implications for International Environmental Law*, in: 17 *Denver Journal of International Law & Policy* 1989, pp. 386–387.

23 IWC meeting report is published in IWC official homepage (<https://iwc.int/commission>), under Meeting & Events, Commission Meeting Archive.

24 See the explanation of the IWC about the Aboriginal Subsistence Whaling, <https://iwc.int/aboriginal> and more precisely R. R. Reeves, “The Origins and Character of ‘Aboriginal Subsistence’ whaling: a global review”, in: 32 *Mammal Review* 2002, p. 82.

25 IWC, *Aboriginal Subsistence Whaling*, <https://iwc.int/aboriginal>; see also J. Harrison, *Saving the Oceans through Law*, Oxford University Press: Oxford 2017, pp. 199–200.

26 N. C. Doubleday, *Aboriginal Subsistence Whaling: The Right of Inuit to Hunt Whales and Implications for International Environmental Law*, in: 17 *Denver Journal of International Law & Policy* 1989, pp. 373–376.

27 A. Sahri/P. Liza Kusuma Mustika/H. Yoga Dewanto/A. J. Murk, *A Critical Review of Marine Mammal Governance and Protection in Indonesia*, in: 117 *Marine Policy* 2020, p. 14.

28 ICRW, para. 13(b) of the Schedule As amended by the Commission at the 67th Meeting Florianópolis, Brazil, September 2018, pp. 6–7.

The second category of whale fishery permitted under the ICRW framework, Special Permit Whaling or “scientific whaling” is undertaken on the basis of Article VIII (1) of the ICRW. This article stipulates that “any Contracting Government may grant to any of its nationals a special permit authorizing that national to kill, take and treat whales for purposes of scientific research”. States that undertake Special Permit Whaling are responsible for regulating such whaling through their respective domestic laws and regulations, and therefore in principle the IWC does not regulate Special Permit Whaling. However, as an international organization for conservation and management, the IWC is involved in the study of whales and therefore from this perspective as well as conservation the organization is not entirely divorced from Special Permit Whaling. More specifically, if states decide to conduct such whaling, those states bear an obligation to report to the IWC each time that they grant such authorizations (Article VIII [1]), as well as to transmit scientific information gained through such whaling to the IWC on at least an annual basis (Article VIII [3]). In addition to the Secretary of the IWC, the organization has a Scientific Committee which is also engaged in issues pertaining to Special Permit Whaling. The Scientific Committee is required to review and comment on such permits, in line with Paragraph 30 of the Schedule. Since the Moratorium came into effect in 1986, various states, including Japan (except in 1986), have undertaken this type of whaling.²⁹ Japan ceased this type of whaling when it left the IWC.

Irrespective of the type of whaling in question, there are some elements that need to be consistently taken into consideration under the ICRW framework, such as sustainability. These elements are common denominators and are taken into consideration not only in whale fishery, but also in the conservation of marine living resources including fish stocks. One such element is the reference to the “best scientific advice”³⁰ for whale policy. The IWC established the aforementioned Scientific Committee in 1950, based on Article IV (1) of the ICRW, and it plays an important role in assessing whale populations and “provid[ing] scientific findings on which amendments to the Schedule shall be based” (Article V of the ICRW). In addition to those tasks, the Scientific Committee is to “receive, review and comment on Special Permits issued for scientific research” (Article VIII[3] of the ICRW and paragraph 30 of the Schedule). Consequently, Japanese Special Permit Whaling was also the subject of the Scientific Committee’s review and recommendation. The Committee developed the “Revised Management Procedure (RMP)” to estimate sustainable catch limits for commercial whaling, and indeed this is used to calculate catch limits for whales, in Japan for instance, which brings us to the issue of the Japanese framework for whaling.

29 See IWC Statistics on “Special Permit Catches since 1985”, https://iwc.int/table_permit.

30 For instance, in terms of aboriginal subsistence whaling, see para. 13 of the Schedule As amended by the Commission at the 67th Meeting Florianópolis, Brazil, September 2018, pp. 6–7.

3. Legislation on Whaling in Japan

Japanese domestic laws and regulations governing fishery are complicated because of longstanding fishery practices coordinated by different layers of governance, from the national down to the local level, and because of a variety of different kinds of fishery rights. In this section, I will explain relevant domestic laws and regulations on whaling in line with the hierarchy of domestic laws and regulations ([1] ~ [3]). In addition to these, I will also cover the newest law introduced by members of the Diet which articulates characteristics of whaling in Japan (4).

3.1. Fishery Act

The main domestic law on fishery in Japan is the Fishery Act (Act No. 267 of December 15, 1949), which has been revised several times in the past.³¹ The purpose of this Act is “to establish a basic fisheries production system” (Article 1). Chapter III of the Act regulates “Permitted Fishery”, which is sub-divided into two categories, namely, fishery under permission granted by the governmental minister responsible (i.e., the Agriculture, Forestry and Fisheries Minister), and fishery under permission granted by local governors. The first article of that Chapter is Article 36, which stipulates the power of the Agriculture, Forestry and Fisheries Minister (hereinafter the Minister) to permit “fishery using a ship specified by an Order of the Ministry of Agriculture, Forestry and Fisheries”. Persons who have obtained such permission bear an obligation to “report the status of resource control in the fishery, the result of fishery production and other matters specified by an Order of the Ministry of Agriculture, Forestry and Fisheries” to the Minister (Article 52[2]). Moreover, if conducting fishery for which a person should “obtain a permission of the Governor” (Article 57[1]), the fisherman in question bears substantially the same obligation as that of the fisherman undertaking fishery under permission of the Minister (Article 58).

3.2. Cabinet Order (政令, *Seirei*)

In terms of permitted whale fishery, persons (or organizations) who have engaged in whale fishery bear some additional obligations stipulated under a domestic regulation titled the Cabinet Order Specifying the Designated Sectors of the Fishing Industry under Paragraph (1) of Article 52 of the Fishery Act (Cabinet Order No. 6 of January 22, 1963, hereinafter Order No. 6).³² Based on Order No. 6, persons (or organizations) managing a whale fishery, irrespective of its scale and type, must report the status of resource control in the fishery, the results of fishery activities, and other matters, as specified in an Order of the Ministry of Agriculture, Forestry and Fisheries (Order No. 5, see the next part [3]) to the Minister, as regulated by Article 52 of the Fishery Act. Accordingly, even after Japan had withdrawn from

31 Unofficial translation, <https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/1871>.

32 This order was last amended in 2015.

the ICRW, the catch of each whale is recorded, reported to the Minister, and then submitted to the IWC just as was the case when Japan was a member state of the ICRW. Essentially, the only difference in the situation for Japanese whaling before and after its withdrawal from the ICRW is that Japan now undertakes whale fishery within its national jurisdiction based on UNCLOS and has ceased to conduct Special Permit Whaling.

3.3. Ministerial Order (省令, *Sho-rei*)

In terms of fishery permitted by the Minister, the details of relevant issues such as species concerned are prescribed in an order, based on the Fishery Act, from the Ministry of Agriculture, Forestry and Fisheries, namely, the Ministerial Order on the Permission, Regulation, Etc. of Designated Fisheries (「漁業の許可及び取締等に関する省令」, Order of the Ministry of Agriculture and Forestry No. 5 of January 22, 1963, hereinafter Order No. 5) which was enforced in 1963 and most recently revised in 2020.³³ Order No. 5 stipulates all of the types of whale fishery permitted by the Minister, namely factory-ship-type whaling (previously called mothership-type whale fishery, and covered in Article 2[9] and Section 10)³⁴ and coastal whaling (previously called small-scale whale fishery, and covered in Article 2[8] and Section 9)³⁵. The Order No. 5 prohibits the capture of “Suckling calves or female whales accompanied by calves (including suckling calves)” (Article 44 for coastal whaling, and Article 48 for factory-ship-type whaling), which serves to ensure the sustainability of the whales. It is noteworthy that the Schedule of the IWC stipulates the same restrictions in, for instance, paragraphs 13(a)(4) and 14. Additionally, whale fishery managers are required to report where and when whales are captured, as well as the whale species, and the identification number that is marked on the tail of each captured whale (Article 46[2] and Article 49[2]). Here too, the obligation is identical to that set out in the ICRW’s Schedule (para. 24). Keeping precise reports on captured whales enables Japan to record and control all whaling activities while ensuring the sustainability of whale stocks in accordance with the ICRW. To facilitate this governmental control scheme, Order No. 5 also requires managers engaged in coastal whaling to obtain permission from the Minister for whale processing stations “that he/she uses for each boat pertaining to permission to engage in such Whale Fisheries” (Article 45),

33 Unofficial English Translation, <https://www.japaneselawtranslation.go.jp/ja/laws/view/3938>.

34 For this type there is one vessel (*Nisshinmaru*) permitted by the Minister and the vessel is based in Shimonoseki, Yamaguchi prefecture. See Ministry of Foreign Affairs of Japan, “Japan and the Management of Whales” (2) Operating Areas, <https://www.mofa.go.jp/policy/economy/fishery/whales/japan.html>.

35 For this type of whale fishery, 5 vessels are permitted by the Minister and they are based in Kushiro (Hokkaido), Hachinohe (Aomori), Ishinomaki (Miyagi), Minamiboso (Chiba), and Taiji (Wakayama). See Ministry of Foreign Affairs of Japan, “Japan and the Management of Whales” (2) Operating Areas, <https://www.mofa.go.jp/policy/economy/fishery/whales/japan.html>.

which is an element of domestic law comparable to paragraph 20 of the ICRW's Schedule. So long as captured whales can only be processed in designated places permitted by the Minister, the governmental control governs not only the immediate fishery practices themselves, but also the subsequent process occurring afterwards.

To sum up, it is clear that whale fishery in Japan is well-regulated by the government, in a manner comparable to or exceeding the framework of the ICRW's Schedule, and that this may reflect the special meaning accorded whaling in Japanese culture (which I will return to in part four).

3.4. Act for Ensuring the Sustainable Use of Whales (鯨類の持続的な利用の確保に関する法律, *Geirui no Jizokukanou na Riyō no Kakuho ni kannsuru Houritsu*)

The legal framework for Japanese whale fishery had been kept almost unchanged since the 1960's, and it had worked well while Japan was undertaking whale fishery in cooperation with the IWC and its Scientific Committee. After the ICJ's Judgement on Whaling in March 2014³⁶, the Japanese Diet (both the upper and lower houses) adopted a resolution which required action to be taken on the part of the government, for instance, carefully considering the grounds for the outcome of the judgement and the importance of research whaling and whale fishery for Japan.³⁷ Following these resolutions, in 2017, new impetus was given to the longstanding domestic legislation on whaling by the Diet. In 2017, some members of the Diet launched an initiative to introduce a new law on whaling that stresses, among various issues, the sustainability and importance of whale fishery for Japanese culture, namely, "Act for Ensuring the Sustainable Use of Whales" (Act No. 76 of June 23, 2017, last amended in December 2019, hereinafter, Act No. 76).

As Act No.76 was initiated by members of the Diet, who were elected from various areas across Japan, it reflects various interests pertaining to whale fishery, which are also reflected in the wording of the stated intent of said act. Act No. 76 aims to achieve several purposes relating to whale fishery, the first of which is "to ensure the development of the fishery sector and its related industries" through sustainable use of marine living resources. The second purpose is to "clarify the responsibilities of state, for ensuring the sustainable use of whales", which moreover requires the government to provide "for the development of the basic policies and scientific whale research programs" (Article 1).³⁸ These purposes reveal how, rather than pursuing a radically different policy from the past, or attempting

36 Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening), Judgement of 31 March 2014, <https://www.icj-cij.org/en/case/148/judgments>.

37 Resolution of the Agriculture Fishery Committee of the Lower House on 16 April 2014 (only in Japanese); Resolution the Agriculture Fishery Committee of the Upper House on 17 April 2014 (only in Japanese).

38 Unofficial translation, <https://www.japaneselawtranslation.go.jp/ja/laws/view/3915>.

to overturn the principles of sustainable whaling that had informed its involvement in the ICRW, Japan continues to strive to realize sustainable whaling assisted by scientific data as it had always advocated as a contracting state of the ICRW.³⁹ In addition to occupying a more or less consistent perspective, Japan's domestic framework on whaling is also quite similar to the international legal framework adopted for the protection of marine living resources.

However, at the same time Act No. 76 also recognizes whale fishery as something special that is distinct from other forms of fishing, and in this regard it offers insight into why Japan has continued whaling. Article 1 recognizes whales not only as "an important food resource which should be used in a sustainable manner based on scientific evidence", but also as something possessing great "importance in Japan in the succession of *traditional cuisine*" which is, moreover, "related to *culture and dietary practices* involving whales, and of ensuring the diversity in the use of whales" (emphasis mine). In other words, we see two distinct reasons articulated for the significance of whaling in Japan. The first, emphasizing the importance of whales as a food resource, is obvious, and there is nothing about this that is particularly distinct from other forms of fishing, or particular to Japan. The second, however, emphasizing the importance of whaling within traditional Japanese culture and dietary practices, is harder to clearly define, and suggests that, unlike with the first reason, within Japan whales are distinct from other forms of marine food resource and occupy a role, moreover, that is particular to Japan. This makes whales distinct from other marine living resources, such as tuna or pacific saury, regarding which Japan cooperates with other states within the relevant Regional Fisheries Management Organizations, because whales are understood as more than just a resource. These issues will be considered more thoroughly in the following section.

Article 3 of Act No. 76 stipulates the basic principles for whale fishery, namely that it should be conducted based on scientific research (Article 3[i]) and in accordance with relevant international treaties which Japan has concluded, "as well as in accordance with established international law" (Article 3[ii][b]). These two sentences clearly state, in other words, that Japan is to obey responsibilities based on UNCLOS and other international treaties which regulate fisheries. Accordingly, even though Japan is no longer a contracting member state of the ICRW,⁴⁰ the Japanese domestic whale fishery framework continues to respect what the ICRW and Schedule stipulate, and whaling continues to be undertaken in accordance with those, including the RMP established by the Scientific Committee of the IWC.

39 After the withdrawal from the IWC, Japan has conducted scientific research with the IWC referred to as IWC-POWER (International Whaling Commission/Pacific Ocean Whale and Ecosystem Research) in the Summer 2021. See, Institute of Cetacean Research, Completion of the 2021 "IWC/Japan Joint Cetacean Sighting Survey Cruise in the North Pacific – IWC-POWER", <http://www.icrwhale.org/210930ReleaseENG.html>.

40 After withdrawal from the ICRW, Japan attends to the ICW as an observer.

4. The Reality of Whaling and Its Meaning in a Japanese Context

The system for controlling whale fishery based on Japanese domestic law and regulations has not substantially changed since Japan withdrew from the ICRW; however, how many whales are caught in Japan now that it is no longer bound by the ICRW? Is Japan a state that now enjoys the freedom to exercise “sovereignty” over its whaling policy without any limitations? This section will attempt to answer these questions.

Japan had cooperated with the IWC for many years, despite its view on sustainable whaling becoming increasingly less mainstream, putting Japan in a difficult position as a minority in the Commission. However, Japan’s disagreement with the majority position did not mean that it did not respect the IWC and its framework. Even after its withdrawal from the ICRW, Japan set catch limits for whales calculated in line with the method adopted by the IWC,⁴¹ the Revised Management Procedure (RMP), mentioned earlier. Regarding the RMP, we should keep in mind that the IWC’s Scientific Committee has continued to assess new calculation methods over many years. It is not clear whether and when a new method to calculate catch limits will be introduced in the IWC.⁴² However, if the IWC introduces a new calculation method, in all likelihood Japan, insofar as it continues to conduct whaling in the future, will continue to closely cooperate with the IWC⁴³ and adopt the new calculation method. Far from pursuing an entirely independent whaling policy, Japan continues to strive to strictly manage whale fishery based on science-based evidence⁴⁴, a value it shares with the IWC Scientific Committee.

What about the real situation of whaling in Japan at present? There are now one fleet and five vessels in Japan engaged in whale fishery.⁴⁵ All of them are required to obtain permission from the Minister based on Japanese law, explained in the previous section. The domestic product of whale meat was 154,000 tons in 1960⁴⁶, and since then the volume of whale meat has constantly decreased. Since end of

41 For the Year 2022, see Ministry of Foreign Affairs of Japan, “Japan and the Management of Whales 1. Whaling in Japan (1) Catch Quota”, <https://www.mofa.go.jp/policy/economy/fishery/whales/japan.html>.

42 See for instance, E. J. Goodwin, *Threatened Species and Vulnerable Marine Ecosystems*, in: D. R. Rothwell/A. G. Oude Elferink/K. Scott/T. Stephens (eds.) *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, Oxford University Press: Oxford 2015, pp. 817–818.

43 Ministry of Foreign Affairs of Japan, “Japan and the Management of Whales 2. Japan’s Basic Position on Whaling, (2) Japan’s Position after Withdrawing from the IWC”, <https://www.mofa.go.jp/policy/economy/fishery/whales/japan.html>.

44 For the position of the science in development of the international environmental law, see, for example, S. Johnston, *The Role of Science*, in: L. Rajamani/J. Peel (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law* 2nd ed., Oxford University Press: Oxford 2021, pp. 250–252.

45 See Ministry of Foreign Affairs of Japan, “Japan and the Management of Whales” (2) Operating Areas, <https://www.mofa.go.jp/policy/economy/fishery/whales/japan.html>.

46 Statistics of Japanese Food Supply “Meat/Whales” (only in Japanese) is published every year by the Ministry of the Agriculture, Forestry and Fisheries.

the 1980s, the number has been between 1,000 and 3,000 tons annually. In 2018, for instance, it was 3,000 tons. Japan also imports whale meat from foreign countries on an annual basis, but the volume of this imported whale meat has likewise been decreasing. The turning point in whale meat imports was the year 1986: in the previous year, Japan had imported 17,000 tons of whale meat, but in 1986, it imported only 4,000 tons, and recently the number has dropped to between 0 to 3,000 tons. The newest statistics, for 2018, record no imported whale meat. The statistics also show us how much whale meat each Japanese person consumes, constituting a simple tool to know if the food production is sufficient to meet demand. This calculation, however, does not reflect real consumption in a particularly meaningful way, because it is calculated by simply dividing total whale meat production by the Japanese population, revealing an overall downward trend. In 1960, each Japanese ate an average of 1.6 kg of whale meat, but by 2018 this number was essentially zero, a number that had not changed since 1987. The withdrawal from the IWC has had no apparent impact on this situation.

I state that this is not particularly meaningful because although the population calculation reveals a strong downward trend, so that the majority of Japanese eat no whale meat at all, this ignores the minority who do, although it may occupy great significance for them. Clearly, whale meat no longer occupies a position as a prominent nutrition resource like other types of meat in Japan. It is beyond the scope of this piece to investigate whether this is primarily due to changing culinary culture, or whether the “Moratorium” on commercial whale fishery did in fact play a role. It is undeniable that nowadays there are many Japanese who have not eaten whale meat at all,⁴⁷ and that whale meat is not usually available for daily consumption. For instance, many kinds of fish in various form are sold in every Japanese supermarket for daily use, but it is no easy feat to find a shop where one can purchase whale meat. Some real detective work may be required, and there is no guarantee that one will be successful. In other words, while there is clearly a Japanese culinary culture of consuming whale meat,⁴⁸ as Act No. 76 in 2017 states, this aspect of whales in Japan is only significant for a minority of the population, and if nothing is done to preserve it, it is likely that this aspect of whales in Japanese culture will eventually disappear.

In addition to the culinary aspect of whale meat, however, there are also other cultural aspects of whales in Japan. The most significant of these is traditional craft work utilizing whale bones and teeth. For example, in Ishinomaki (in Miyagi Prefecture, where one of the five whaling vessels is based), there are traditional forms of craftwork making Japanese seals (*hanko*) from whalebone and accessories from whale teeth. Craftspeople practicing these traditional arts have suffered from the shortage of whales caught by Japan, and continuing their craft as well as passing on their knowledge to successors is now becoming an increasingly difficult prospect.

47 For instance, NHK World-Japan, Y. Sekiguchi, Backstories Why Japan Withdrew from the IWC, 11 Feb. 2019, <https://www3.nhk.or.jp/nhkworld/en/news/backstories/367/>.

48 In terms of Japanese Whaling Culture, see, for instance, A. Kalland/B. Moeran, *Japanese Whaling?: End of an Era*, Routledge: London 1992.

In light of these cultural and traditional aspects of whale fishery in Japan, it is understandable that Act No. 76 emphasizes characteristics of Japanese whaling as part of Japanese tradition. While preserving cultural heritage and traditions is a key value for a sovereign state, this can sometimes represent a problem if said traditions are confronted by contrary values widely supported by the majority in international society. It is in this position that Japan finds itself, as seen by the discussions on the “Moratorium” in the IWC. Had Japan pursued whale fishery as an instance of aboriginal subsistence whaling,⁴⁹ based on para. 13 of the ICRW Schedule, then it would not have needed to withdraw from the IWC, but at the same time it is clear that Japan’s whaling practices could not meet the required criteria for aboriginal subsistence whaling. Japanese whaling is in something of a conundrum because it possesses some aspects of Japanese traditional cuisine and craftsmanship⁵⁰, and reflects special characteristics pertaining to the cultural significance of whales in Japan, but as a “Japanese” industry lacks the special status accorded “aboriginal” whaling, which can only be undertaken by indigenous peoples.

5. Further Considerations

As I described in the previous part, even after Japan’s withdrawal from the ICRW its whale fishery capacity is limited and the situation surrounding the whale industry is highly unlikely to change in the near future. It is also, of course, questionable if the trend in the Japanese whale industry would dramatically reverse course even if Japan were to catch more whales. Putting aside this issue of the real situation facing the Japanese whale industry, in this last part I will turn to the broader issues at play here and consider the possible problems that an increasingly regulated international society will face.

One of these problems might be the “value” recognized in a given society, and how this impacts on how the same set of circumstances are understood. Although there exists scientific data on whales gathered by scientists, and the Scientific Committee of the IWC is constituted by scientists who provide advice on the management of whale stocks, the interpretation of scientific data describing trends in the whale population differs from state to state because of their respective policies on whale fishery. States or groups that are strongly against whale fishery insist on the crucial status of whales based on the data gathered by scientific research, and argue that any and all catching of whales stands to threaten whale populations with collapse. Accordingly, they tend to insist on absolute prohibition of whaling. On the other hand, states or groups engaged in whale fishery, like Japan, tend to treat the same scientific data as evidence proving the recovery of whale popula-

49 See on this point, for instance, J. Harrison, *Saving the Oceans through Law*, Oxford University Press: Oxford 2017, pp. 199–200.

50 Additionally, in *Taiji* (Wakayama prefecture, where one of whaling vessels is based) people have used some traditional methods by whaling which is strongly criticized by international society.

tions. Accordingly, they are of the opinion that the data shows whaling can be carried out in sustainable fashion.⁵¹ Indeed, a similar phenomenon was at work when different evaluations of the scientific data were revealed in the *Southern Bluefin Tuna Case* at the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS).⁵² Therefore, although everyone considers the same scientific data on whales gathered by the IWC, evaluation of this data differs depending on the party in question.⁵³ The upshot of this is that science-based management of marine living resources is not a panacea able to resolve all disputes. Differing evaluations point to the need to consider values, and their importance when considering the evaluation of scientific data in many areas, such for setting catch limits or MSY for many fish stocks and whales.

Incorporating consideration of values to the evaluation of scientific data represents a thorny problem, potentially causing significant difficulties for sovereign states striving to implement national policies in cooperation with other states via international organizations, such as in the case of Japan's whaling policy. Within an international framework such as the IWC, resolutions or decisions are adopted in accordance with the rules of procedure adopted by the member states of the international organization concerned.⁵⁴ In the case of an IWC resolution, states are required to obtain a "three fourths" majority, if they intend to pass their proposal, for example, to increase a catch limit based on scientific data. Thus, states are required to seek support from the majority. So long as a state cannot obtain the necessary votes to support its draft proposal, it cannot stick to its original policy, and is instead bound to obey the outcome of the international organization. Accordingly, international society has established common rules which are to be implemented by sovereign states, within a framework structured and regulated by said majority. Nowadays it is increasingly important for international society to cooperate and regulate issues which one state is unable to resolve alone. The number of international legal frameworks continues to increase, and with them, the international regulations, especially on international environmental issues, that stipulate states' duties. Accordingly, states' freedom to decide their own policy is also becoming gradually more restricted. One example of such might be ongoing negotiations for an international legally-binding instrument under UNCLOS on the conservation and sustainable use of marine biological diversity in areas beyond national jurisdiction, which might have the effect of limiting the traditional "freedom of the oceans" for each state based on UNCLOS. Consequently, so long as a state is a member of an international organization (which it increasingly must be in order to be part of international society), it is quite difficult for said state to keep its own policy in the event that it is not accepted by the majority voting in that organization.

51 See, for instance, Ministry of Agriculture, Forestry and Fisheries, Frequently Asked Questions, Q3 and Q4, <https://www.jfa.maff.go.jp/e/whale/attach/pdf/index-15.pdf>.

52 For Japanese statement, see Judgement of the ITLOS, *Southern Bluefin Tuna*, Provisional Measures, para. 42 and for Australia and New Zealand statement, para. 43.

53 This could be reflected in the states' attitude to the implementation of the precautionary principle for conservation of biodiversity.

54 IWC's rule of procedure 2018.

This brings us back to the major issue that I raised in the introduction, namely, that as systems of regulations continually expand, does each state necessarily need to lose something of its individual character, as its behavior is increasingly governed by a uniform set of values? To some extent, international society has sought to alleviate this possible problem by creating mechanisms enabling respect for diverse cultural values even in the event of an established legal framework, such as for the protection of the environment at the global level. One such mechanism is world heritage, recognized by the Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage⁵⁵. Another is the recognition of indigenous peoples' rights⁵⁶, one example being the aforementioned recognition of such as aboriginal subsistence whaling⁵⁷ in the IWC. This, however, still requires majority consent: a culture needs to be recognized as an indigenous specific culture, or as an instance of world heritage, before it is afforded legal protection.

In the case of Japanese whaling culture, however, a tradition is preserved by non-indigenous peoples⁵⁸ and is unlikely to ever receive status as world heritage. This problem is not unique to Japanese whaling, however, because the majority of traditions and cultural activities qualify as neither indigenous or as instances of world heritage, meaning any could face difficulty if they diverge from the values of the majority of states.

While ostensibly indigenous or country-specific traditions can be recognized within international systems, if such traditions are rooted in values different from that of the majority comprising international society, it becomes difficult to justify the maintenance of those traditions. This is the larger problem lurking behind the whaling issue: international society recognizes "minority" rights within an international legal framework, which makes it possible to accept diversity, but if we wish to live in a society increasingly regulated through international rule-making, many complicated issues will continue to emerge – first and foremost, how we can manage different values.

This work was supported by JSPS KAKENHI Grant Number 18K01394 and 21K01284.

55 The Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, UNTS 1037, p. 151.

56 United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 2 October 2007, UNGA RES 61/295.

57 In terms of "aboriginal", there might be some issues on determination on which Japan insisted in the past meeting of the IWC.

58 In Japan there is indigenous peoples who are recognized as such. However, Japanese whaling is not undertaken by them.

Bibliography

- Birnie, P., Countdown to zero, 34th meeting of the international whaling commission: Brighton, UK, 19–24 July 1982, 7 *Marine Policy* 1983, pp. 64–68.
- Doubleday, N. C., Aboriginal Subsistence Whaling: The Right of Inuit to Hunt Whales and Implications for International Environmental Law, in: 17 *Denver Journal of International Law & Policy* 1989, pp. 373–387.
- Goodwin, E. J., Threatened Species and Vulnerable Marine Ecosystems, in: D. R. Rothwell/A. G. Oude Elferink/K. Scott/T. Stephens (eds.) *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, Oxford University Press: Oxford 2015, pp. 799–824.
- Harrison, J., *Saving the Oceans through Law*, Oxford University Press: Oxford 2017, pp. 197–203.
- Henrard, K., Minorities, in: Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck encyclopedia of public international law*, vol. VII, Oxford University Press: Oxford 2008, p. 254.
- Johnston, S., The role of science, in: L. Rajamani/J. Peel (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law* 2nd ed., Oxford University Press: Oxford 2021, pp. 250–252.
- Kalland, A./Moeran, B., *Japanese Whaling?: End of an Era*, Routledge: London 1992.
- Morgera E./J. Harrison, Article 65, in: A. Proelss (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea*, C. H. Beck: München 2017.
- Nandan, S. N./Rosenne, S. (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea* 1982 vol. II, Martinus Nijhoff: Dordrecht/Boston/London 2002, pp. 659–664.
- Proelss, A./Houghton, K., Protecting Marine Species, in: R. Rayfuse (ed.), *Research Handbook on International Marine Environmental Law*, E. Elgar: Cheltenham 2016, pp. 229–258.
- Reeves, R. R., “The origins and character of ‘aboriginal subsistence’ whaling: a global review”, in: 32 *Mammal Review* 2002, pp. 71–106.
- Sahri, A./Liza Kusuma Mustika, P./Yoga Dewanto, H./Murk, A. J., A critical review of marine mammal governance and protection in Indonesia, in: 117 *Marine Policy* 2020.
- Sands, P./Peel, J., *Principles of International Environmental Law*, Fourth Edition, Cambridge University Press: Cambridge 2018.
- Tanaka, Y., *The International Law of the Sea*, Third Edition, Cambridge University Press: Cambridge 2019.

Krieg, Völkerrecht und Rotes Kreuz im 21. Jahrhundert

*Michael Fuchs**

Abstract Deutsch

Es ist allgemein bekannt, dass sich die Kriegsführung in den letzten Jahrhunderten dramatisch verändert hat. Nichtstaatliche bewaffnete Gruppen sind auf den Plan getreten, tödliche autonome Waffensysteme und Cyberwar eröffnen neue Dimensionen bewaffneter Konflikte. Ob und wie das humanitäre Völkerrecht auf diese Herausforderungen reagiert, wurde unter Wissenschaftlern, Praktikern und Politikern breit und kontrovers, aber letztlich positiv diskutiert. Weniger Beachtung fand bisher jedoch die Rolle eines der ältesten und wichtigsten Akteure in alten wie in neuen Kriegen, des Roten Kreuzes. Ob und wie sich die enormen Herausforderungen des Humanitären Völkerrechts auf die Rolle des Roten Kreuzes und vor allem auf seine unverzichtbare Aufgabe der Verbreitung der Regeln des Humanitären Völkerrechts auswirken, steht im Mittelpunkt dieses Artikels.

Abstract English

It's commonplace that warfare has changed dramatically over the past few centuries. Non-State Armed Groups have entered the scene and Lethal Autonomous Weapon Systems and Cyberwar open up new dimensions of armed conflicts. Whether and how International Humanitarian Law reacts on these challenges has been widely and controversially but in the end positively discussed amongst reserachers, practioners and politicians. Less attention however has so far been attached to the role of one of the eldest and most important players in old as well as in new wars, the Red Cross. Whether or not and how the tremendous challenges of International Humanitarium Law affects the role of the Red Cross and above all its indispensable mission of dissemination of the rules of International Humanitarian Law is in the focus of this article.

1. Einführung

Wie alle „nationalen Gesellschaften“ der Rotkreuz- und Rothalbmondbewegung hat auch das Deutsche Rote Kreuz (DRK) die Aufgabe, das humanitäre Völkerrecht zu „verbreiten“. Als Recht, das auch in bewaffneten Konflikten ein Mindestmaß an Humanität sichern soll, ist das humanitäre Völkerrecht damit aufs Engste und untrennbar mit dem Krieg und seiner Entwicklung verbunden. Es ist eine Binsenweisheit, dass kriegerische Auseinandersetzungen im Laufe der Jahrhunderte großen Veränderungen unterworfen waren. Ursächlich dafür sind nicht nur geänderte geostrategische internationale Rahmenbedingungen, sondern vor allem die Wandlung von Kriegsmitteln, Kriegstechniken und Kriegsstrategien, aber auch von

* Der Verfasser gibt ausschließlich seine persönliche Auffassung wieder.

Kriegsakteuren und Kriegszielen¹, die alle ihrerseits wiederum Auswirkungen auf den Begriff des Krieges und das ihm geltende Recht, das humanitäre Völkerrecht haben. Die Frage, ob und wie das humanitäre Völkerrecht mit dieser Entwicklung Schritt halten kann, ist eine ständige und stetig im Fluss. Welche Konsequenzen die geschilderten Entwicklungen für einen der wesentlichen Akteure des humanitären Völkerrechts, das Rote Kreuz und vor allem seine „Verbreitungsarbeit“ haben, ist weit weniger im Fokus. Zu dieser durch die Entwicklung des humanitären Völkerrechts und das Aufkommen konkurrierender Rechtsregime, wie des internationalen Menschenrechtsschutzes, des internationalen Strafrechts und des internationalen Migrations- und Flüchtlingsrechts bedingten „externen“ Herausforderung tritt eine „interne“ Herausforderung hinzu: die geringe Sichtbarkeit und Wertigkeit der „Verbreitungsarbeit“ im Binnensystem des Roten Kreuzes. Beides soll im Vordergrund der nachfolgenden Erörterungen stehen. Dabei wird sich zeigen, ob diese einzigartige und altehrwürdige Institution auch in der heutigen Zeit noch ihrer ehemaligen und exklusiven Rolle als Geburtshelfer und Gralshüter des humanitären Völkerrechts gerecht werden kann oder ob sie aufgrund neuartiger Kriegsförmlichkeiten, konkurrierender Rechtsregime und des Aufkommens zahlreicher anderer großer und mächtiger humanitärer Akteure, wie global agierender Nichtregierungsorganisationen zum Verlierer der großen Veränderungen kriegsrechtlicher Auseinandersetzungen zu werden droht.

2. Kriege von morgen

Zweifelloos stellen Kriege, hier allerdings nicht weiter interessierende grundsätzliche Fragen über die Natur des Menschen und das Wesen der Gesellschaft.² Es mag auch sein, dass diese inneren Grundbedingungen, die, neben anderem nichts anderes als die Ursachen von Kriegen sind, sich weniger geändert haben, als deren äußere Rahmenbedingungen.³ Hier genügt die Feststellung, dass Kriege ganz

- 1 Dazu zuletzt M. Macmillan, *Krieg*, Berlin 2021 sowie H. Münkler, *Der Wandel des Krieges*, Frankfurt 4.A. 2022; ders., *Über den Krieg*, Frankfurt 7.A. 2014; B. Cabanes, *Eine Geschichte des Krieges*, Hamburg 2020; P. Langewiesche, *Der gewaltsame Lehrer*, Europas Kriege in der Moderne, München 2019, H. v. Schubert, *Nieder mit dem Krieg*, Eine Ethik politischer Gewalt, 2021 und klassisch: J. Keegan, *Die Kultur des Krieges*, 5.A. 2013.
- 2 Dazu jetzt ausführlich Macmillan (Anm.1), 9, aber auch Keegan (Anm.1), 130 und natürlich I. Kant, *Zum ewigen Frieden*, 1795/Stuttgart 2002, 17.
- 3 Dass auch die „Kriegerkultur“ im Laufe der Zeit offenbar nur geringen Veränderungen unterliegt und etwa der Leutnant des Kaiserreiches, ein Offizier der Wehrmacht und ein Zugführer der Task Force Kunduz mehr gemein haben, als man auf den ersten Blick denken mag, ist Gegenstand und Ergebnis der großen Studie von S. Neitzel, *Deutsche Krieger*, Berlin 2020; darin dürften im Übrigen die tieferen Gründe für die Probleme der Bundeswehr mit Traditionspflege und Erinnerungskultur zu suchen sein, vgl. dazu, wie die Bundeswehr selbst diesen Drahtseilakt meistert den Traditionserlass vom 28.3.2018 „Die Tradition der Bundeswehr, Richtlinien zum Traditionsverständnis und zur Traditionspflege“; zum „Krieger“ instruktiv jetzt auch Macmillan (Anm.1), 158.

offenbar eine „wichtige Dimension der Menschheitsgeschichte“ darstellen und schon immer dargestellt haben⁴ und zugleich Promotoren großer intellektueller Friedensentwürfe⁵ und Staatsutopien⁶ ebenso gewesen sind wie ganz konkreter juristischer und auch politischer Bemühungen.⁷ Wenn nicht alles täuscht, ist die gegenwärtige Entwicklung vor allem durch drei Charakteristika gekennzeichnet. Kriege haben sich im Laufe der Geschichte und vor allem in den letzten Jahrzehnten zum einen in bisher ungeahntem Maße nicht nur multipliziert und globalisiert, sondern auch transformiert. Die äußere Form der neuen Kriege des 21. Jahrhunderts unterscheidet sich eklatant und wesentlich von allem, was vorher war, und zwar sowohl, was die Kriegsakteure, als auch, was die Kriegsformen betrifft.⁸ Hinzu kommt zum zweiten, dass im selben Maße, wie Kriege sich globalisiert und transformiert haben auch die Bemühungen um ihre Verhinderung, Eindämmung und vor allem die Linderung ihrer Folgen einen unheimlichen Aufwuchs erlebt haben. Es gibt einen regelrechten Wettbewerb um Humanität, verbunden mit einer enormen Zunahme an neuen globalen, regionalen oder nationalen humanitären Akteuren. Damit hängen zum Dritten Fragen zusammen, wie sich das Verhältnis dieser neuen, aber auch der klassischen humanitären Akteure, wie des Roten Kreuzes, zu einer im Vordringen befindlicheren Spielart in bewaffneten Konflikten darstellt, nämlich der zivil-militärischen Zusammenarbeit.

2.1. Nichtstaatliche bewaffnete Gruppen

Mit die auffälligste Veränderung in der Realität kriegerischer Auseinandersetzungen der letzten Jahrzehnte betrifft das Aufkommen neuer und neuartiger Kriegsparteien, der nicht-staatlichen bewaffneten Gruppen. Sie haben nicht nur die bisherige Symmetrie rein zwischenstaatlicher Kriege aufgehoben.⁹ Ihre Art der Kriegsführung verändert auch Verlauf, Ziele, Ergebnisse und Folgen derartiger Auseinandersetzungen. Vor allem aber haben die Kriegsgründe durch sie eine erhebliche Veränderung erfahren. Immer mehr nämlich rücken innerstaatliche Aspekte anstelle von zwischenstaatlichen Aspekten in den Vordergrund kriegerischer Auseinandersetzungen. Im Rahmen einer rechtstatsächlichen Analyse mag hier ein Blick in die Statistik genügen. Man geht davon aus, dass es im Jahre 2021 rund 600 derartige nicht-staatliche bewaffnete Gruppen gegeben hat, von denen mehr als 100 in kriegerische Auseinandersetzungen involviert waren oder sind. Aufschluss-

4 Zutreffend Macmillan (Anm.1), 10.

5 Vgl. nur J.-J. Rousseau, *Friedensschriften*, 1756/Hamburg 2009 und Kant (Anm.2).

6 Etwa von Th. Morus, T. Campanella und F. Bacon, alle in: K. J. Heinisch, *Der utopische Staat*, Hamburg 30.A. 2011, 7, 111, 171.

7 Dazu nur: K. v. Linggen, „Crimes against Humanity“, *Eine Ideengeschichte der Zivilisierung von Kriegsgewalt 1864–1945*, Paderborn 2018.

8 Vgl. dazu umfassend: H.-G. Ehrhart (Hrsg.), *Krieg im 21. Jahrhundert*, Baden-Baden 2017.

9 Vgl. nur M. Sassòli, *International Humanitarian Law*, Cheltenham 2019, 180/204 und J. Finke, (Un)bedingte Gleichheit nichtstaatlicher Gewaltakteure im Völkerrecht, Baden-Baden 2020, 39 ff./84 ff.

reich ist neben diesen absoluten Zahlen die geographische Verteilung: 296 dieser mehr als 600 Gruppen sind nämlich in Afrika und 132 im Nahen Osten angesiedelt.¹⁰ Auf mögliche Zusammenhänge mit dem Phänomen der bad governance¹¹ und deren Folgen, wie massenhaften Fluchtbewegungen¹² sei vorliegend lediglich hingewiesen.

2.2. Autonome Waffensysteme

Neben den Kriegsparteien hat in den letzten Jahrzehnten vor allem auch die Art der Kriegsführung und die Kriegstechnik erhebliche, ja regelrecht revolutionäre und bis vor kurzem nicht vorstellbare Veränderungen erfahren. Autonome Waffensysteme machen „den Krieger“¹³ zwar nicht überflüssig, aber nahezu unsichtbar! Dieser braucht sich nämlich nicht mehr länger unmittelbar auf dem Schlachtfeld selbst aufzuhalten, sondern kann nahezu unendlich weit davon entfernt sein.¹⁴ Relevante und schwierige juristische, vor allem aber auch ethische Fragen der Entgrenzung und „Entmenschlichung“ des Krieges stellen sich hier ebenso wie so paradox anmutende Fragen, ob der Krieg durch diese Art der „Entmenschlichung“ nicht zugleich auch „humanisiert“ werde.¹⁵ Hierzulande wurde diese Diskussion ganz besonders intensiv und heftig und darüber hinaus noch parteipolitisch aufgeladen und kontrovers geführt, nämlich im Zusammenhang mit dem Einsatz von Drohnen.¹⁶ Nachdem die letzte Große Koalition in dieser Frage keine Einigung erzielen konnte, wird es als Fortschritt gewertet, dass dies der neuen Koalition zumindest in Form einer Absichtserklärung im Koalitionsvertrag gelungen zu sein scheint.¹⁷

10 Zahlenangaben nach: B. Demeyere, Non-State Armed Groups, IRRC 2021, 979 und v.a. ICRC, ICRC Engagement with Non-State Armed Groups, Position Paper, IRRC 2021, 1087.

11 Dazu: M. Fuchs, Für ein völkerrechtliches Verbot von „bad governance“, DÖV 2018, 16.

12 Vgl. z.B. M. Fuchs, Fluchtverursachung und das Völkerrecht, DÖV 2015, 1031.

13 Dazu ausführlich Neitzel (Anm.3).

14 Vgl. nur: Sassòli (Anm.9), 517 sowie: D. Amoroso, Autonomous Weapons Systems and International Law, Baden-Baden 2020, 15.

15 Dazu etwa R. Grünwald/C. Kehl, Autonome Waffensysteme, Büro für Technikfolgen-Abschätzung des Deutschen Bundestages, Oktober 2020 und V. Vohs, Meaningful Human Agency in Automated Weapons Systems: a Plea for Human-in-the-loop Regulation, LSE Law Review Blog, 8.10.2021.

16 Dazu generell: R. Frau, Drohnen und das Recht, Tübingen 2014 sowie Themenheft AVR 3/2021, 328 ff./352 ff.

17 Die entsprechende Passage lautet wie folgt: „Bewaffnete Drohnen können zum Schutz der Soldatinnen und Soldaten im Ausland beitragen. Unter verbindlichen und transparenten Auflagen und unter Berücksichtigung von ethischen und sicherheitspolitischen Aspekten werden wir daher die Bewaffnung von Drohnen der Bundeswehr in dieser Legislaturperiode ermöglichen. Bei ihrem Einsatz gelten die Regeln des Völkerrechts, extralegale Tötungen – auch durch Drohnen – lehnen wir ab.“ (Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP 2021–2025 v. 24.11.2020, 149).

2.3. Cyberkrieg

Die revolutionärste Veränderung der Kriegführung bringt jedoch zweifelsohne der Cyberwar mit sich¹⁸, vor allem deshalb, weil er den herkömmlichen vier Dimensionen des Krieges (Land, Luft, See und Weltraum) eine völlig neue Dimension hinzugefügt hat. Auch in Deutschland gibt es, wie in allen westlichen Ländern dafür zwischenzeitlich eine Sensibilität, nicht zuletzt deswegen, weil höchste Verfassungsorgane selbst und gleich mehrfach Adressaten, beziehungsweise Opfer von Cyber-Attacken gewesen sind. Noch die letzte Bundesregierung hatte eine „Cybersicherheitsstrategie für Deutschland 2021“ beschlossen¹⁹, in der unter anderem dem „Cyber-Abwehrzentrum (Cyber-AZ)“ als Kooperations-, Kommunikations- und Koordinationsplattform der relevanten Sicherheitsbehörden eine ganz besondere Bedeutung zukommt.²⁰ Die neue Bundesregierung hat sich darüber hinausgehend expressis verbis eine „digitale Außenpolitik“ und eine „Cybersicherheitspolitik“ auf die Fahnen geschrieben²¹, zwei Elemente, die in der Tat aufs Engste miteinander zusammenhängen und deswegen idealerweise auch stets zusammen gedacht werden sollten.²²

3. Völkerrecht von gestern

Fraglich ist, welche Auswirkungen diese realen Veränderungen des Kriegsgeschehens auf das einschlägige Völkerrecht haben. Lässt sich beispielsweise wirklich die Behauptung halten, dass die Kriege von morgen auf ein Völkerrecht von gestern treffen oder erscheint das als zu pauschal und plakativ und tut Differenzierung Not?

3.1. Anwendbarkeit humanitären Völkerrechts auf die neuen Kriege

Die allererste Frage, die zu beantworten war, ist deshalb, ob das geltende humanitäre Völkerrecht auf die neuen Kriegsformen überhaupt Anwendung findet oder nicht. Relativ einfach war die Antwort noch in den Fällen, in denen sie positivrechtlich geregelt war. Das traf und trifft auf die nicht-staatlichen bewaffneten Gruppen zu.²³ Denn die nahezu gleichlautenden Art.3 der I. bis IV. Genfer Abkommen erklären im Falle „eines bewaffneten Konflikts, der keinen internationa-

18 Dazu nur: Sassòli (Anm.9), 532 und F. Delerue, *Cyber Operations and International Law*, Cambridge 2020.

19 BT-Drucks.19/32590 v. 10.9.2021.

20 Vgl. auch das interessante und sehr weit gehende „Non-Paper on EU Cyber Diplomacy by Estonia, France, Germany, Poland, Portugal and Slovenia“ v. 19.11.2020.

21 Vgl. Koalitionsvertrag (Anm.17), S.144/149.

22 Dazu nur: V. Stanzel/D. Voelsen, *Diplomacy and Artificial Intelligence*, SWP Research Paper 1/January 2022.

23 Dazu: H. Krieger, *Krieg gegen anonymous*, AVR 2012, 1; Sassòli (Anm.9), 180/204; Finke (Anm.9), 112 ff. und ICRC, *ICRC Engagement with Non-State Armed Groups*, Position Paper, IRRC 2021, 1087.

len Charakter hat und auf dem Gebiet einer der Hohen Vertragsparteien entsteht“ zumindest einen Mindeststandard an Regeln des humanitären Völkerrechts für „jede der am Konflikt beteiligten Parteien“ anwendbar. Darunter fallen anerkanntermaßen unter anderem nicht-staatliche bewaffnete Gruppen. Ob das aber auch auf andere, selbst humanitäre Akteure mit Ausnahme des Roten Kreuzes zutrifft²⁴, war wiederum umstritten, wurde im Ergebnis jedoch bejaht.²⁵ Sowohl bei den Autonomous Weapon Systems, als aber auch und vor allem beim Cyberwar war jedoch hoher intellektueller Aufwand erforderlich, um die Frage der Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts einigermaßen zufriedenstellend zu klären. In beiden Fällen ist das schlussendlich jedoch gelungen. Sowohl für autonome Waffensysteme²⁶, wie auch für den Cyberwar²⁷ wird zwischenzeitlich überwiegend von der grundsätzlichen Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts ausgegangen. Das ist auch die offizielle Haltung der Bundesregierung.²⁸ Fest steht somit immerhin, dass die neuen Kriegeformen nicht in einem rechtsfreien Raum stattfinden. Damit ist aber weder gesagt, dass das humanitäre Völkerrecht die Militarisierung des Cyberspace im allgemeinen, noch dass es Cyber-Operationen gegen andere Staaten im Besonderen legitimiere.²⁹ Kein Wort ist damit auch zu der Frage gesagt, ob nicht doch Änderungs- oder Reformbedarf am bestehenden Regelwerk besteht.

3.2. Konkurrierende Rechtsregime

Eine weitere Herausforderung des humanitären Völkerrechts besteht darin, dass es sich zunehmend der Konkurrenz mit anderen Rechtsregimen ausgesetzt sieht, nicht nur, aber auch aufgrund der neuen Kriegeformen.³⁰ Daraus erwächst die nicht einfache Aufgabe, das Verhältnis dieser Regime zueinander zu bestimmen. Das betrifft vor allem den internationalen Menschenrechtsschutz.³¹ Er vor allem

24 Dazu unten 4.3.

25 Dazu: T. Maruhn/M. Pöschl, Sicherung grund- und menschenrechtlicher Standards gegenüber neuen Gefährdungen durch private ausländische Akteure, VVDStRL 74/2014, Berlin 2015, 373 ff./405 ff. und R. Klostermann, Durchsetzung humanitären Völkerrechts durch und gegenüber nicht-staatlichen Akteuren, Berlin 2021.

26 Vgl. ICRC, Position Paper on Autonomous Weapon Systems, May 2021.

27 Vgl. nur M. Schmitt (ed.), Tallin Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare, 2.A. Cambridge 2017, Rule 80, 373 ff.; ICRC, International Humanitarian Law and Cyber Operations during Armed Conflicts, November 2019; D Delerue (Anm.18), 191 ff. und The Rule of Law in Cyberspace, Themenheft ZaöRV 2020, 429 ff.

28 Vgl. AA/BMI/BMVG, Position Paper on the Application of International Law in Cyberspace, 3.2.2021: applicable „without reservation“ (S.1/7).

29 Zutreffend: L. Gisel/T. Rodenhäuser/K. Dörmann, Twenty years on-International Humanitarian Law and the protection of civilians against the effects of cyber operations during armed conflicts, IRRIC 2020, 287 (332).

30 Das hat das IKRK kürzlich zu einem bemerkenswerten Appell veranlasst, siehe: ICRC, Bringing International Humanitarian Law Home, Guidelines on the National Implementation of International Humanitarian Law, Advisory Service on International Humanitarian Law, May 2021.

31 Dazu Sassöli (Anm.9), 423.

ist starker Antriebsmotor neuer, in Konkurrenz zum Roten Kreuz entstandener und stehender, und außerhalb des humanitären Völkerrechts angesiedelter humanitärer Akteure.³² Sie können insoweit auf dem Gebiet des humanitären Völkerrechts als Nutznießer des globalen Siegeszuges des Menschenrechtsgedankens angesehen werden.³³ Das betrifft aber auch das Völkerstrafrecht,³⁴ dem insbesondere im Zusammenhang mit Kulturgutzerstörungen nicht-staatlicher bewaffneter Gruppen eine besondere Verantwortung zugewachsen ist.³⁵ Klärungsbedürftige Konfliktlagen sind aber auch zum Internationalen Migrations- und Flüchtlingsrecht³⁶ und, vor allem in Zusammenhang mit den autonomen Waffensystemen zum Recht der Abrüstung und Rüstungskontrolle entstanden. Ohne im hier interessierenden Zusammenhang auf Abgrenzungsdetails einzugehen, genügt die Feststellung, dass bei allen Abgrenzungsschwierigkeiten im Einzelnen, das Verhältnis aller dieser Rechtsregime zueinander, wo nicht eindeutig der *lex specialis*-Grundsatz greift³⁷, nicht eines der Konkurrenz oder gar der Ausschließlichkeit, sondern eines der Komplementarität und des „reinforcement“ ist.³⁸

3.3. Erfordernis neuen Völkerrechts

Fraglich kann jedoch aus gleich mehreren Gründen sein, ob das geltende humanitäre Völkerrecht wirklich ausreicht, um die neuen Entwicklungen einzufangen oder ob nicht doch auch Bedarf nach neuem Völkerrecht besteht. Zum einen wegen der schlichten Erfahrungstatsache, „that International Humanitarian Law is allways one war behind reality“.³⁹ Zum anderen aber, wie erwähnt, auch deswegen, weil die Bejahung der Bindung der neuen Kriege an das humanitäre Völkerrecht nicht Akzeptanz der Militarisierung des Cyberraumes bedeutet. So wird etwa im Zusammenhang mit Cyber-Operationen⁴⁰ und dem „dual use“-Charakter von Cyber-Infrastruktur zu Recht die Frage gestellt, ob nicht „new rules might be useful or even needed.“⁴¹ Ähnliches gilt für die Regulierung autonomer Waffensysteme. Angesichts des Fehlens von „internationally agreed limits on Autonomous Weapon Sys-

32 Dazu 4.3.

33 Kritisch zu dieser Entwicklung und zum „human rights activism“ innerhalb der Völkerrechtswissenschaft etwa: A. Pellet, *Values and Power Relations-The “Disillusionment” of International Law?* KFG Working Papers No.34/May 2019, 9.

34 Vgl. Sassòli (Anm.9), 443.

35 Dazu umfassend S. v. Schorlemer, *Kulturgutzerstörung*, 2016, bes. 631 ff. und M. Fuchs, „Militarisierung der Kultur“ und das Völkerrecht, *DÖV* 2016, 141.

36 Vgl. Sassòli (Anm.9), 451; D. Thym, *Migrationsverwaltungsrecht*, 2010, 106; ders./K. Hailbronner, *EU Immigration and Asylum Law*, 3.A. Baden-Baden 2020 und M. Fuchs (Anm.12).

37 Ausführlich und differenzierend Sassòli (Anm.9), 433 ff.

38 Im Ergebnis richtig Sassòli (Anm. 9), 422/443.

39 Zutreffend Sassòli (Anm.9), 9.

40 Die neue Bundesregierung will sich nach ihrem Koalitionsvertrag (Anm.17), 146 insgesamt für „Normen für verantwortliches Staatenverhalten im Cyberspace“ einsetzen.

41 So: Gisel/Rodenhäuser/Dörmann (Anm.29), 334.

tems“⁴² wird etwa den Staaten die Annahme von „new legally binding rules“ empfohlen.⁴³ Dazu könne beispielsweise das Verbot von „unpredictable“ autonomous weapon systems oder das Verbot gehören, mit ihnen „to target human beings.“ Auch die bereits zugelassenen autonomen Waffen sollten in ihrem Gebrauch reguliert werden. Sie könnten und sollten etwa begrenzt werden hinsichtlich der Zieltypen, ihrer Gebrauchsmodi, ihrer geographischen Anwendung, der Dauer ihres Einsatzes und der Anwendungsfälle. Diese Reformvorschläge decken sich mit einer kürzlich von *Heike Krieger* vorgelegten umfassenden Analyse des aktuellen Standes des humanitären Völkerrechts.⁴⁴ In eingehender Untersuchung hat sie eine ganze Reihe alternativer Rechtsproduzenten und Entstehungsmodi des humanitären Völkerrechts identifiziert, die in den letzten Jahren zu den Staaten als geborenen Herren des Völkerrechts hinzugetreten wären und das humanitäre Völkerrecht in „Turbulenzen“ gestürzt hätten.⁴⁵ Dazu zählen Akteure wie Gerichtshöfe und Regularien wie Manuals⁴⁶ oder auch schlicht die normative Kraft des Faktischen, die Rechtspraxis.⁴⁷ Inwiefern durch sie das humanitäre Völkerrecht überhaupt legitimiert werden kann oder nicht im Gegenteil gar delegitimiert wird, ist eine für seine Strahlkraft, Akzeptanz und vor allem seine Steuerungsfähigkeit nicht unwichtige Frage. Sie wird vorsichtig dahingehend beantwortet, dass wir es in der Tat schon mit einem Post-Humanitären Völkerrecht zu tun hätten⁴⁸, das sich damit aber in der Tat und insgesamt in einer „Legitimationskrise“ befände.⁴⁹ Auch dieser Befund könnte durchaus für Reformbedarf des humanitären Völkerrechts sprechen. Da jedoch die Staaten auch Herren des humanitären Völkerrechts sind, ist es auch in diesem Fall zuvörderst an ihnen, dieses zu ändern, wenn sie das für erforderlich halten. Insofern ist nicht ohne Belang, dass sich die neue Bundesregierung zumindest in ihrem Koalitionsvertrag⁵⁰ und ganz im Gegensatz zu ihrer Vorgängerregierung⁵¹, dezidiert für ein „Völkerrecht des Netzes“ ausgesprochen hat, ein recht schillernder und nach allen Seiten offener Begriff freilich, der zuallererst der Präzisierung und Konkretisierung bedürfte, soll er mehr als nur programmatischen Charakters sein.⁵²

42 Dazu: E. Hoffberger/V. Vohs/P. Köhler, UN-Verhandlungen zu Autonomous Weapon Systems: Wo bleibt Deutschland? SWP-kurz gesagt v. 27.1.2022.

43 Hierzu und zum folgenden ausführlich: ICRC, Position Paper on Autonomous Weapon Systems, May 2021.

44 H. Krieger (ed.), *Law-Making and Legitimacy in International Humanitarian Law*, Baden-Baden 2021.

45 Krieger (Anm.44), 2.

46 Krieger (Anm.44), 196.

47 Krieger (Anm.44), 117.

48 Krieger (Anm.44), 80.

49 Krieger (Anm.44), 429 ff.

50 Koalitionsvertrag (Anm.17), 144: „Wir wollen ein Völkerrecht des Netzes“.

51 Vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion der FDP „Völkerrecht des Netzes“ (BT-Drucks.19/29615 v. 12.5.2021).

52 Vgl. dazu etwa: I. Pernice, *Vom Völkerrecht des Netzes zur Verfassung des Internets*, HIIG Discussion Paper Series No.2, April 2017 und M. C. Kettemann, *Völkerrecht in Zeiten des Netzes*, FES, Medienpolitik, 2015.

4. Rotes Kreuz heute

Welche Auswirkungen haben die neuen Kriege und die Herausforderungen des Rechts, damit umzugehen, auf einen der Hauptakteure des humanitären Völkerrechts, das Rote Kreuz? Es ist bemerkenswert, wie selten diese Frage gestellt wird, und zwar sowohl in Politik und Praxis⁵³, wie aber auch in der Wissenschaft.⁵⁴ Da es klassische Kriege auch im 21. Jahrhundert immer wieder gegeben hat und wohl auch in Zukunft geben wird, wie der am 24. Februar 2022 begonnene Krieg der Russischen Föderation gegen die Ukraine aufs Traurigste beweist⁵⁵, wird wohl auch die klassische Rolle des Roten Kreuzes nach den Genfer Konventionen bis auf weiteres unverzichtbar bleiben. Wie aber verhält es sich mit den neuen Kriegen? „Generieren“ auch sie noch Leid, Elend und vor allem Opfer wie bei ihren klassischen Vorgängern? Geht mit der „Entgrenzung“ und „Entmenschlichung“ dieser Kriege nicht zugleich auch ihre „Humanisierung“ einher? Ist eine Institution wie das Rote Kreuz bei derartigen Kriegen überhaupt noch erforderlich? Kann es seine ihm angestammten humanitären Aufgaben dabei überhaupt erfüllen? Die Frage muss leider bejaht werden. Das hat das Internationale Komitee des Roten Kreuzes in einer großangelegten Studie überzeugend nachgewiesen.⁵⁶ Hier mögen einige wenige Hinweise genügen auf die Auswirkungen derartiger Kriege auf die Internetinfrastruktur⁵⁷, aber vor allem auf das Gesundheitssystem⁵⁸ und die kritischen Infrastrukturen.⁵⁹ Die Relevanz und Sensibilität unseres Gesundheitssystems und seine Anfälligkeit gegenüber Störungen und vor allem deren verheerende Konsequenzen dürfte spätestens seit der Corona-Pandemie jedem bewusst geworden sein. Ähnlich verhält es sich mit unseren kritischen Infrastrukturen. Sie sind per definitionem „von hoher Bedeutung für das Funktionieren des Gemeinwesens“.⁶⁰ Das ist jedoch nichts anderes als eine euphemistische Umschreibung des Gesetzgebers, sind sie doch weit mehr, nämlich die Nerven- und Blutbahnen jeder modernen Gesellschaft. Schon ein kurzer Blick auf die Vielzahl der hierzu zählenden Bereiche, Anlagen und Einrichtungen gibt eine Vorstellung von den chaotischen

53 Rühmliche und, soweit ersichtlich einzige Ausnahme: Deutsches Komitee zum Humanitären Völkerrecht (Hrsg.), National Implementation of International Humanitarian Law, 2020, 36.

54 Selbst neueste Lehrbücher zum humanitären Völkerrecht schweigen hierzu, vgl. etwa: A. Cohen/D. Zlotogorski, Proportionality in International Humanitarian Law: Consequences, Precautions and Procedures, 2021; D. Fleck (ed.), The Handbook of International Humanitarian Law, 4.A. 2021, Kap.21; B. Saul/D. Akande (eds.), The Oxford Guide to International Humanitarian Law, 2020, Kap.16.

55 Vgl. dazu den Entschließungsantrag der Fraktionen der SPD, CDU/CSU, Bündnis 90/Die Grünen und FDP v. 27.2.2022 (BT-Drucks.20/846), angenommen in der Sitzung des Deutschen Bundestages v. 27.2.2022 (PIPr 20/19).

56 Vgl. ICRC, The Potential Human Cost of Cyber Operations, May 2019.

57 ICRC (Anm.56), 29 ff.

58 ICRC (Anm.56), 18 ff.

59 ICRC (Anm.56), 23 ff.

60 So §2 Abs.10 des Gesetzes über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI-Gesetz – BSIG) v. 14.8.2009 (BGBl. I S.2821).

Zuständen, die eine Störung auch nur eines dieser Bereiche unweigerlich heraufbeschwören würde.⁶¹ Das Rote Kreuz kann mit seinem auf diese Konstellationen abzielenden Positionspapier nicht nur dokumentieren, dass auch modernste Formen der Kriegsführung herkömmliche Auswirkungen traditionellster Art der Kriegsführung haben und seine Existenz nicht entbehrlich machen können. Im Gegenteil! Auch bei den Kriegen der Zukunft bleiben seine klassischen Aufgaben der Vergangenheit unverzichtbar. Mit seiner Studie über „The Potential Human Cost of Cyber Operations“ und anderen vergleichbaren Initiativen hat das Rote Kreuz zugleich aber auch noch ein anderes Zeichen gesetzt. Es hat sich nämlich in neuem Gewand und in einer neuen Rolle präsentiert-nicht mehr nur als Wahrer und Wächter des humanitären Völkerrechts, sondern auch als dessen Erneuerer und Promotor. Das ist eine der neuen und anderen Aufgaben, die dem Roten Kreuz neben anderen Aufgaben aus den modernen Herausforderungen des humanitären Völkerrechts erwachsen sind.

4.1. Vom Wahrer und Verbreiter zum Erneuerer des humanitären Völkerrechts

Jahrzehnte- und jahrhundertelang hat das Rote Kreuz seine klassischen Aufgaben nach den Genfer Konventionen in bewaffneten Auseinandersetzungen erfüllt. Es hat dies derart effizient und erfolgreich getan, dass es vom Geburtshelfer zu einem Gralshüter des humanitären Völkerrechts geworden ist. Diese Aufgaben bleiben auch angesichts der Kriege von morgen aktuell und relevant. Eine so nah und tagtäglich mit dem Kriegsgeschehen konfrontierte Institution wie das Rote Kreuz kann und darf dabei jedoch nicht stehenbleiben. Sie kann ihre Mission in den Kriegen von morgen nicht mit den Mitteln von gestern erfüllen, sondern muss mit der Entwicklung Schritt halten. Das tut das Rote Kreuz auch auf vielfältige Weise. So unterhält es zum einen Kontakte zu nicht-staatlichen bewaffneten Gruppen, versucht deren Verhalten zu beeinflussen und ihnen Respekt vor dem humanitären Völkerrecht nahezubringen.⁶² Nach eigenen Angaben bestehen auf diese Weise Kontakte zu 465 von 614 und damit zu 75 % dieser Gruppen.⁶³ Wird schon daran ein Paradigmenwechsel von der Nachsorge zur Vorsorge in bewaffneten Konflikten und von der Repression zur Prävention erkennbar, so zeigt sich diese neue Rolle des Roten Kreuzes noch deutlicher in seinen Positionen zur Erneuerung und Reform des humanitären Völkerrechts. Natürlich ist das Rote Kreuz kein Vertragspartner der Genfer Konventionen und kann deren Änderung nicht unmittelbar bewirken. Als Geburtshelfer und Gralshüter des humanitären Völkerrechts hat seine Stimme aber Gewicht. So hat es sich aktiv, engagiert, verantwortungsbewusst,

61 Vgl. nur Verordnung zur Bestimmung kritischer Infrastrukturen nach dem BSI-Gesetz (BSI-Kritisverordnung – BSI-KritisV) v. 22.4.2016 (BGBl. I S.958).

62 Zu dieser sinnvollen und notwendigen Aufgabe ausführlich Klostermann (Anm.25), 131 ff.

63 ICRC, ICRC Engagement with Non-State Armed Groups, Position Paper, März 2021 =IRRC 2021, 1087 (1088/1094).

überzeugt und überzeugend zu den Kriegen von morgen zu Wort gemeldet, sei es zu den nicht-staatlichen bewaffneten Gruppen,⁶⁴ autonomen Waffensystemen⁶⁵ oder dem Cyberwar⁶⁶ und an entsprechenden Reformprojekten, wie etwa dem Tallinn Manual aktiv mitgewirkt.⁶⁷ Der Funktionswandel des Roten Kreuzes vom Geburtshelfer und Gralshüter, Bewahrer und schlichten Verbreiter des humanitären Völkerrechts zu dessen Erneuerer und Motor ist eine bemerkenswerte und von der Gesamtorganisation offenbar noch nicht vollständig und nicht überall internalisierte und deren Selbstbild beeinflussende und verändernde Entwicklung. Richtig verstanden ist sie aber nichts anderes, als die einzig mögliche und adäquate Antwort auf die Kriege von morgen und die logische Konsequenz der Herausforderungen des humanitären Völkerrechts von gestern.⁶⁸

4.2. Zivil-Militärische Zusammenarbeit

Auch die neue Politik der zivil-militärischen Zusammenarbeit⁶⁹ stellt neue und große Herausforderungen an die Rolle des Roten Kreuzes.⁷⁰ Dies vor allem deswegen, weil diese Politik die klassische Rollenverteilung zwischen militärischen und nicht-militärischen Aufgaben während bewaffneter Konflikte auflösen könnte. Geboren aus staatlicherseits wohlüberlegten Gründen, stellt sie nämlich zugleich die humanitären Prinzipien humanitärer Akteure, wie des Roten Kreuzes, vor erhebliche Probleme. Diese Prinzipien sind nicht nur hehre Grundsätze, sondern Handlungsmaximen dieser Organisationen.⁷¹ In Frage stehen vor allem die Grundsätze der Unparteilichkeit und der Unabhängigkeit.⁷² Es handelt sich dabei um zwei von sieben Grundsätzen, die am Beginn der Rotkreuz- und der Rothalbmondbewegung standen und nicht nur handlungsanleitend für diese sind, sondern regelrecht ihre DNA darstellen. Für Deutschland sind alle diese Grundsätze, also auch die Grundsätze der Unparteilichkeit⁷³ und Unabhängigkeit⁷⁴ durch das DRK-Gesetz darüber hinaus rechtsverbindlich für das DRK. Es dürfte auf der Hand liegen, dass ein zu enger Schulterschluss zwischen Staat und humanitären Akteuren in bewaffneten Konflikten deren Unparteilichkeit und Unabhängigkeit auf eine schwere Zer-

64 ICRC, ICRC Engagement with Non-State Armed Groups, Position Paper, März 2021 =IRRC 2021, 1087.

65 ICRC, Position on Autonomous Weapon Systems, May 2021.

66 ICRC (Anm.27), sowie Gisel/Rodenhäuser/Dörmann (Anm.29).

67 Schmitt (Anm.27).

68 Ob und welche Konsequenzen sich daraus für die „Verbreitungsarbeit“ des Roten Kreuzes ergeben, wird sich unten 5. zeigen.

69 Für Deutschland festgehalten in: BMVg (Hrsg.), Weißbuch 2016 zur Sicherheitspolitik und zur Zukunft der Bundeswehr, Juni 2016, 99.

70 Dazu auch Klostermann (Anm.25), 232.

71 Zum Ganzen ausführlich Klostermann (Anm.25), 221 ff.

72 Vgl. die „Legaldefinitionen“ in der Präambel der Statuten der Internationalen Rotkreuz- und Rothalbmondbewegung in: C. Johann (Hrsg.), DRK-Gesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2019, 173.

73 Dazu Johann (Anm.72), §1 Rn. 64.

74 Vgl. Johann (Anm.72), §1 Rn. 78.

reißprobe stellen kann. Dies vor allem dadurch, dass die Gefahr besteht, dass das Rote Kreuz von einem anerkannten und unentbehrlichen humanitären Akteur zu einer Partei in einem bewaffneten Konflikt werden könnte. Das ist jedoch eine rote Linie, die ein humanitärer Akteur in seinem eigenen Interesse und im Interesse seiner Glaubwürdigkeit nie überschreiten darf. Dem Roten Kreuz ist dieses Dilemma bewusst, weswegen es diese Gratwanderung auch durch entsprechende verhaltensleitende Positionspapiere zu adressieren suchte. Sowohl das IKRK⁷⁵, als auch das DRK⁷⁶ stellen dabei zutreffend auf den Einzelfall ab und empfehlen ihren Organisationen bei Entscheidungen über die Teilnahme an zivil-militärischer Zusammenarbeit „größte Zurückhaltung“. Das dürfte genau die richtige Linie sein. So schwierig die Grenzziehung im Einzelfall auch sein mag, so erforderlich ist sie doch gleichzeitig, vor allem, wenn es um den bewaffneten Schutz von Rot Kreuz-Aktionen geht.⁷⁷

4.3. Wettlauf um Humanität

Schließlich und endlich ist das Rote Kreuz nicht mehr länger alleiniger humanitärer Akteur auf dem Schlachtfeld. Ihm sind große, mächtige, sehr finanzstarke und sichtbare Konkurrenten aus dem Bereich der NGO's erwachsen, die mit ihm nicht nur in einen im Grunde begrüßenswerten Wettlauf in Sachen Humanität, sondern auch in einen Aufmerksamkeits- und Wahrnehmungswettbewerb eingetreten sind, der neben Chancen jedoch auch Risiken in sich birgt. Die Globalisierung und Multiplizierung der humanitären Akteure ist im Grunde aber nichts anderes als die Kehrseite der Multiplizierung und Globalisierung der Konflikte. Was beim Roten Kreuz unproblematisch, weil positivrechtlich geregelt ist, erweist sich bei allen anderen, rein menschenrechtlich angetriebenen humanitären Akteuren allerdings als Problem, nämlich ihre Bindung an und ihre Verpflichtung durch das humanitäre Völkerrecht oder gar dessen Durchsetzung durch sie. Alle diese drei Problembereiche sind derzeit sehr im Fluss. Es lassen sich, was hier jedoch nicht weiter ausgeführt zu werden braucht, gute Gründe für, wie aber auch gegen eine Bindung an das humanitäre Völkerrecht anführen.⁷⁸ Wesentlich ist vorliegend, dass der eigentliche Schnittbereich zwischen beiden Arten von Akteuren, die humanitäre Hilfe, Raum für beide belässt und die exklusive und singuläre Rolle des Roten Kreuzes dabei unangetastet bleibt. Das Rote Kreuz verfügt durch seine Grundsätze der

75 Vgl. M. Studer, The International Committee of the Red Cross and civil-military relations during armed conflict, IRRC No.842 v. 30.6.2001, sowie Guidance document on relations between the components of the Movement and military bodies in: International Federation of Red Cross and Red Cross Societies (ed.), Council of Delegates Seoul 16.–18.11.2005, 48: „preserve their independence“.

76 GS DRK (Hrsg.), Positionspapier Zivil-Militärische Zusammenarbeit des DRK, Beschluss des DRK-Präsidiums v. 10.7.2003 inkl. Hintergrundpapier Zivil-Militärische Zusammenarbeit, Stand: 8.5.2003 (= Anhang zum Positionspapier).

77 Zu diesem praktisch sehr relevanten und sensiblen Sonderproblem GS-DRK (Anm.76), 10.

78 Dazu ausführlich Klostermann (Anm.25), bes. 172 ff.

Unparteilichkeit und Unabhängigkeit im Wettstreit mit anderen humanitären Akteuren im Gegenteil über Alleinstellungsmerkmale, die nicht per se als Nachteile angesehen werden müssen. Durch die Bindung an diese Grundsätze kann das Rote Kreuz nämlich gerade im Gegenteil eher und leichter der, gerade in Verbindung mit der zunehmenden zivil-militärischen Zusammenarbeit einhergehenden und nicht von der Hand zu weisenden Gefahr der Politisierung humanitärer Hilfe entgehen. Humanitäre Hilfe ist nämlich nie selbstreferentiell. Sie ist gleichzeitig und sogar zuallererst ein Instrument⁷⁹ und schwerpunktmäßiger Gegenstand⁸⁰ deutscher Außen- und Sicherheitspolitik und daher nie nur humanitär, sondern, genau wie ihr Gegenteil, die Versagung von Hilfe, immer auch politisch.⁸¹

5. „Verbreitungsarbeit“ zwischen gestern, heute und morgen

Wenn das humanitäre Völkerrecht Gegenstand und Auftrag der „Verbreitungsarbeit“ des Roten Kreuzes ist, stellt sich die Frage, ob und welchen Einfluss die geschilderten Entwicklungen auf die Erfüllung dieser Aufgabe haben. Wie geht das Rote Kreuz mit den neuen Entwicklungen um? Nimmt es sie überhaupt wahr und auf? Ist es gewappnet und wie? Die Antworten auf alle diese Fragen sind leider nicht sehr erfreulich und befriedigend, weil ausgerechnet die „Verbreitungsarbeit“ im Kanon der Betätigungsfelder des DRK offenbar von Anfang ein Schattendasein geführt zu führen scheint.⁸² Wenn die „Verbreitungsarbeit“ somit wirklich in einer Krise stecken sollte, kann dies mitnichten auf neuere Entwicklungen, wie geänderte Kriegsformen und eine Krise des humanitären Völkerrechts zurückgeführt werden. Man konnte und könnte vielmehr den Eindruck haben, die „Verbreitungsarbeit“ habe schon immer ein abgehobenes, esoterisches und nicht dazu gehörendes, von den übrigen DRK-Aktivitäten abgekoppeltes Eigenleben geführt. Das gilt sowohl für den Binnenbereich des DRK, wie aber auch und vor allem für den Außenbe-

79 Vgl. dazu: AA (Hrsg.), Konzept des AA zur Förderung von Vorhaben der Humanitären Hilfe der Bundesregierung im Ausland (Kapitel 0501 Titel 687 32) v. 1.1.2013, das als Bewilligungsadressaten neben VN-Organisationen auch die Rotkreuz- und Rothalbmondbewegung und NGO's erwähnt; AA (Hrsg.), Strategie des Auswärtigen Amtes zur humanitären Hilfe im Ausland 2019–2023, o.J. und AA (Hrsg.), Strategie des Auswärtigen Amtes zur humanitären Hilfe in Situationen von Flucht und Vertreibung, o.J.

80 Vgl. Bericht der Bundesregierung über die humanitäre Hilfe im Ausland 2014–2017 (BT-Drucks.19/5720 v. 12.11.2018).

81 Das gilt auch für die neue Bundesregierung, die dazu in ihrem Koalitionsvertrag (Anm.17), 148 folgendes festgehalten hat: „Wir setzen uns für einen verbesserten Zugang für humanitäre Hilfe in Konfliktregionen und für einen verbesserte Schutz von Helferinnen und Helfern ein.“

82 Erfreulich daher, dass sie, soweit ersichtlich erstmals seit geraumer Zeit am 21./22.2.2022 neben anderem Gegenstand einer Klausurtagung des Präsidiums des DRK-Bundesverbandes gewesen ist; in Vorbereitung dieser Tagung hat am 15.2.2022 ein digitales Sondertreffen des Bundeskonventionsbeauftragten und aller 19 Landeskonventionsbeauftragten stattgefunden, zu dem Verf. ein Papier mit dem Titel „Überlegungen zur ‚Verbreitungsarbeit‘ des Roten Kreuzes“ vorgelegt hat (Februar 2022, unveröffentlicht), aus dem einige Gedanken hier weiterentwickelt werden.

reich. In einer breiteren Öffentlichkeit wird das DRK zumeist in Verbindung gebracht mit Blutspenden, Rettungsdienst, Blaulicht und Kleider-Containern, also mit seinen Aufgaben auf den Gebieten der ärztlichen Versorgung und der Wohlfahrtspflege.⁸³ Aktuellste Beispiele wie die Bekämpfung der Corona-Pandemie und der Folgen des Ahr-Hochwassers bestärken diesen Eindruck und unterstreichen nur die diesbezügliche Sichtbarkeit und Präsenz des DRK. Aber auch im Binnenbereich des DRK erfreut sich die „Verbreitungsarbeit“ keiner großen Bekanntheit und Beliebtheit, was angesichts ihrer konstitutiven und legitimatorischen Bedeutung für die Gesamtorganisation nicht befriedigend sein kann. Wenn sich die „Verbreitungsarbeit“ wirklich in einer Krise befindet, fragt es sich, ob man sich mit diesem Befund einfach abfinden darf und sollte und wenn nicht, wo die Gründe dafür zu suchen sind und was gegebenenfalls dagegen getan und wie die „Verbreitungsarbeit“ aktualisiert, revitalisiert, modernisiert oder reformiert werden könnte.

5.1. Relevanz der „Verbreitungsarbeit“

Fraglich ist, ob man sich mit der Diagnose einer Krise der „Verbreitungsarbeit“ abfinden kann und darf. Die Antwort lautet „Nein“. Auf „Verbreitungsarbeit“ kann nämlich nicht einfach verzichtet werden. Ihre Notwendigkeit und Relevanz ergibt sich vielmehr aus juristischen, historischen und aktuellen Gründen.

5.1.1. *Rechtliche Relevanz*

Es gibt zunächst einen völkerrechtlichen, gesetzlichen und satzungsrechtlichen Auftrag zur Verbreitungsarbeit. Die einschlägigen Rechtsvorschriften lassen daran nicht den geringsten Zweifel. Das gilt schon für die Statuten der Internationalen Rotkreuz- und Rothalbmondbewegung.⁸⁴ Für die Bundesrepublik Deutschland wurde dieser Auftrag übernommen in das Gesetz über das Deutsche Rote Kreuz (DRKG).⁸⁵ Er findet sich schließlich auch im Satzungsrecht des Bundesverbandes und der Landesverbände des DRK.⁸⁶ Hinzu kommt ein weiteres: die sieben Grundsätze der Rotkreuzbewegung (Menschlichkeit, Unparteilichkeit, Neutralität, Unabhängigkeit, Freiwilligkeit, Einheit und Universalität) sind nicht nur schlechterdings konstitutiv für das Rote Kreuz, sie sind auch elementare Bestandteile von dessen besonderer Stellung und Rolle im humanitären Völkerrecht selbst. Als solche sind sie Voraussetzung für die Anerkennung als nationale Gesellschaft, Voraussetzung für staatliche Zuwendungen und Spenden, Voraussetzung für Vertrauen und Akzeptanz in der Gesellschaft und nicht zuletzt auch Voraussetzung für die „Verbreitungsarbeit“ selbst. §8 Abs.2 Satz 1 DRK-Satzung hebt diese Aufgabe deshalb auch noch ganz besonders dadurch hervor, dass er sie zu einer von insgesamt nur vier „Weltkernaufgaben“ erklärt. Die „Verbreitungsarbeit“ hat damit nicht nur im Ver-

83 Im Sinne von §66 Abs.2 iVm §23 Nr.4 UStV (weggefallen).

84 Vgl. Art.3 Nr.2 Abs.3 Satz 1, abgedruckt in: Johann (Anm.72), 173 ff.

85 Vgl. §2 Abs.1 Nr.2 DRKG v. 10.12.2008 (BGBl. I S.2346).

86 Vgl. z.B. nur §2 Abs.3 Spiegelstrich 1 und §23 DRK-Satzung (abgedruckt bei Johann [Anm.72], 185 ff.).

gleich zu anderen Aufgaben des DRK einen privilegierten und hohen rechtlichen Stellenwert, sie ist auch nicht disponibel. Auf „Verbreitungsarbeit“ kann und darf nicht verzichtet werden, diese Aufgabe muss vom DRK erledigt werden.

5.1.2. *Historische Relevanz*

Aber auch aus historischen Gründen ist die „Verbreitungsarbeit“ nicht verzichtbar. Ihre hohe rechtliche Relevanz reflektiert insofern nämlich lediglich ihre historische Bedeutung. Der Gegenstand der „Verbreitungsarbeit“, das humanitäre Völkerrecht, ist nämlich untrennbar mit der Rotkreuz- und Rothalbmondbewegung verbunden.⁸⁷ Hier genügt der Hinweis, dass diese Bewegung nicht nur Geburtshelfer, sondern auch das Ergebnis und Produkt des humanitären Völkerrechts ist, was der Gesetzgeber insoweit in §1 DRKG nur anerkannt hat. Auch im vorliegenden Zusammenhang relevant sind die Gründe, aus denen gerade dem Roten Kreuz besondere Aufgaben auf dem Gebiet des humanitären Völkerrechts übertragen worden sind, obwohl doch gerade die Staaten seine Hauptadressaten sind. Die besondere Bedeutung des Roten Kreuzes steht dazu jedoch nicht in Widerspruch. Ganz im Gegenteil! Denn nicht obwohl, sondern gerade weil die Staaten Adressaten des humanitären Völkerrechts sind, wurde auch dem Roten Kreuz eine besondere Rolle zuerkannt. Die Staaten sind nämlich nicht nur Adressaten, sondern hauptsächlich Grund und Anlass des humanitären Völkerrechts! Sind sie es doch, die in Vergangenheit und Gegenwart immer wieder Ursachen kriegesischer Auseinandersetzungen gesetzt haben und Parteien bewaffneter Konflikte gewesen sind, wie der jüngste Krieg der Russischen Föderation gegen die Ukraine einmal mehr belegt. Exakt aus diesem Grunde und im Interesse der Glaubwürdigkeit des humanitären Völkerrechts generell, wurde es als sinnvoll angesehen, gerade einer unabhängigen Institution wie dem Roten Kreuz eine besondere Wächterfunktion über das humanitäre Völkerrecht und eine ganz besondere Funktion bei der Verbreitung von dessen Hauptgedanken einzuräumen. Daraus sprach und spricht nicht nur ein gewisses Misstrauen in die Friedfertigkeit von Staaten. Daraus erwächst auch der Rotkreuz- und der Rothalbmondbewegung eine ganz besondere, singuläre, exklusive und nicht abdingbare Verantwortung für das gesamte humanitäre Völkerrecht.

5.1.3. *Aktuelle Relevanz*

Die „Verbreitungsarbeit“ ist jedoch nicht nur aus juristischen und historischen, sondern auch aus ganz aktuellen Gründen in der Gegenwart nicht verzichtbar. Denn kriegesischer Auseinandersetzungen sind auch heute nicht etwa verschwunden. Wir erleben vielmehr, wie erwähnt, nicht nur eine Multiplizierung und Globalisierung, sowie Diversifizierung und Transformation von Konflikten, sondern auch das Aufkommen neuer und neuartiger humanitärer Akteure, die sich mit den klassischen Akteuren einen Aufmerksamkeitswettbewerb und einen Wettlauf in Sachen Humanität liefern. Was wir vor allem anderen erleben, ist eine Rollenänderung des

87 Vgl. zum traumatischen Gründungsmythos grundlegend: H. Dunant, Eine Erinnerung an Solferino, Berlin 2014, 76.

Roten Kreuzes, vom Hüter zum Promotor des humanitären Völkerrechts, von der Krisen- und Kriegsnachsorge zur Krisen- und Kriegsvorsorge. Alle diese Tatbestände stellen den Sinn der „Verbreitungsarbeit“ nicht etwa in Frage. Richtig verstanden, stellen sie ihr im Gegenteil neue Aufgaben und unterstreichen dadurch nur deren ungebrochene Aktualität und Notwendigkeit auch und gerade in der heutigen Zeit.

5.2. Erscheinungsformen und Ursachen einer Krise der „Verbreitungsarbeit“

Angesichts der rechtlichen, historischen und aktuellen Bedeutung der „Verbreitungsarbeit“ müssen Krisensymptome dieser wichtigen Aufgabe wahr- und ernstgenommen und mögliche Ursachen adressiert werden. Denn nur so macht auch eine Suche nach Abhilfe- oder Lösungsmöglichkeiten Sinn. Warum also wird das Rote Kreuz in der Öffentlichkeit und weitgehend in der eigenen Binnenorganisation offenbar mit allem, nur nicht mit humanitärem Völkerrecht in Verbindung gebracht? Warum wird dessen Verbreitung, obwohl es aktuell aufgrund „neuer Kriege“ dramatischen Herausforderungen gegenübersteht, allem Anschein nach nicht als gleichwertige und ebenbürtige Aufgabe des Roten Kreuzes angesehen? Handelt es sich dabei nur um ein Wahrnehmungs-, ein Wahrnehmbarkeits- und Sichtbarkeitsproblem oder ein ernsteres Problem? Fest steht, dass es hierbei keine Monokausalität geben dürfte. Die Gründe sind vielmehr vielfältig, komplex und kompliziert. Fest steht aber auch, dass bei einer nahezu 160 Jahre alten Institution die historischen Hintergründe ihres Ursprungs und seien sie noch so konstituierend und legitimierend für sie, mit zunehmendem Zeitablauf naturnotwendig in Vergessenheit geraten oder verblassen können und in Erinnerung gerufen werden müssen. In Erinnerung gerufen und beantwortet werden sollten jedoch auch so vermeintlich einfache, aber grundlegende Fragen was, wie, warum, von wem und wem gegenüber eigentlich „verbreitet“ werden soll. Möglicherweise können sich schon aus den Antworten auf derartige Fragen Anhaltspunkte ergeben, von denen aus sich die Probleme erhellen, denen sich die „Verbreitungsarbeit“ ganz offenbar gegenübersteht.

5.2.1. *Begriffsproblem*

Die „Verbreitungsarbeit“ hat als allererstes ganz offenkundig ein Begriffsproblem. Denn schon der Gegenstand dessen, was „verbreitet“ werden soll, bleibt unklar. Was eigentlich soll verbreitet werden? Der Begriff der „Verbreitungsarbeit“ lässt das völlig offen oder setzt es, was genauso wenig zugänglich ist, weil es Missverständnissen und Abwehr Tür und Tor öffnet, als bekannt voraus. Er stellt darüber hinaus auf eine Tätigkeit oder einen Vorgang ab und nicht auf ein Ziel oder Ergebnis dieser Tätigkeit. Letzteres wäre aber nicht nur eindeutiger, sondern würde auch eine programmatische Funktion erfüllen. Ein Beispiel aus dem staatlichen Bereich mag das illustrieren. Niemand käme etwa auf die Idee, die Tätigkeit eines Datenschutz- oder sonstigen Beauftragten mit „Schutzarbeit“ zu umschreiben, eine regelrecht absurde Vorstellung. Zutreffend und auf das Ergebnis und den Sinn

seiner Tätigkeit abzielend, ist vielmehr von „Datenschutz“ die Rede. Es kommt nicht auf das „Wie“ der Tätigkeit an („verbreiten“), sondern auf das „Was“ (humanitäres Völkerrecht). Dass Gegenstand der „Verbreitungsarbeit“ das humanitäre Völkerrecht inklusive seiner vorne erwähnten zahlreichen neuen Herausforderungen sein soll, wird durch diesen Begriff jedenfalls mehr verdeckt, als erhellt. Schon das Begriffsproblem kann daher als eine erste Ursache für die mangelnde Sichtbarkeit der „Verbreitungsarbeit“ identifiziert werden.

5.2.2. *Institutionenproblem*

Die Unklarheiten setzen sich bei der Bestimmung derjenigen Institutionen fort, denen die „Verbreitungsarbeit“ obliegen soll. Wer soll verbreiten? Natürlich sind der „Bundeskonventionsbeauftragte“ und die „Landeskonventionsbeauftragten“ satzungsrechtlich normiert.⁸⁸ Mit diesen Bezeichnungen werden jedoch die wenigsten etwas anzufangen wissen. Das dürfte zum Zeitpunkt der Erfindung dieser Institution im übrigen nicht anders gewesen sein als jetzt, Jahrzehnte später. Nähere Bestimmungen, etwa über Stellung, Aufgaben, Rechte und Pflichten dieser „Beauftragten“ fehlen ebenso wie beispielsweise eine ausführliche „Job-Description“.⁸⁹ Vor allem lassen diese Regelungen völlig offen, um welche „Konventionen“ es überhaupt geht, zu deren „Verbreitung“ die Konventionsbeauftragten aufgerufen sind. Der Begriff der „Konventionsbeauftragten“ bleibt genauso ungenau und unbekannt wie der der „Verbreitungsarbeit“. Genauso unbestimmt bleibt das Verhältnis der Konventionsbeauftragten zu anderen Einrichtungen, zu deren Aufgaben ebenfalls und sogar primär die Vermittlung völkerrechtlicher Kenntnisse gehört, wie Bildungseinrichtungen, Universitäten, Juristische Fakultäten oder einschlägige Think-Tanks. Wer schon Gegenstand der „Verbreitungsarbeit“ und die Akteure derart im Unklaren lässt, die dafür zuständig sein sollen, braucht sich über mangelnde Sichtbarkeit und Bekanntheit dieses Betätigungsfeldes nicht mehr zu wundern.

5.2.3. *Vermittlungsproblem*

Obwohl es sich bei der Verbreitung von Kenntnissen um das humanitäre Völkerrecht um eine gesetzlich vorgeschriebene politische und nach wie vor hochaktuelle Aufgabe handelt, bleibt völlig unklar, wie diese Kenntnisse eigentlich verbreitet werden sollen. Wie, unter Verwendung welcher Hilfsmittel und sonstiger Ressourcen und gegenüber welchen Zielgruppen soll die Vermittlung eigentlich vor sich gehen? Das offen zu lassen lässt einerseits zwar der Kreativität, Flexibilität und dem Engagement des Einzelnen viel und freien Raum. Andererseits kann aber

88 Vgl. §23 DRK-Satzung (abgedruckt in: Johann [Anm.72], 185) und gleichlautende Bestimmungen in allen Satzungen der DRK-Landesverbände, z.B. §28 Satzung DRK-LV Berlin.

89 Ein (bisher offenbar kaum fortgeschriebenes) Papier „Konventionsbeauftragte des Deutschen Roten Kreuzes – Möglichkeiten eines Einsatzes für das humanitäre Völkerrecht und eine humane Ethik“ (Stand: Januar 2021) trägt jedenfalls nur wenig zur Aufhellung der Unklarheiten über diese Organisationsfigur bei.

fraglich sein, ob die Erfüllung einer so wichtigen und gesetzlich vorgeschriebenen Aufgabe allein davon abhängig gemacht werden kann und ob nicht im Sinne der Sichtbarkeit, Wirksamkeit und gleichmäßigen Erfüllung dieser Aufgabe ein Mindestmaß an Vermittlungsvorgaben sinnvoll sein könnte. Wer so nachlässig auch mit der Frage umgeht, wie die „Verbreitungsaufgabe“ erfüllt werden soll, braucht sich über deren Stellenwert im Binnen-, wie auch im Außenbereich seiner Organisation jedenfalls nicht zu wundern.

5.2.4. Aktualitätsproblem

Eines der Hauptprobleme der „Verbreitungsarbeit“ besteht ganz offenkundig im fehlenden Verständnis für die Aktualität dieser Aufgabe. Warum eigentlich sollten auch heute noch Kenntnisse des humanitären Völkerrechts verbreitet werden? Dass das Rote Kreuz nicht nur seine Entstehung kriegerischen Zeiten verdankt, sondern auch ein Wegbereiter des humanitären Völkerrechts gewesen, dessen Hüter und Bewahrer geworden und dieser Gründungsmythos noch heute konstitutiv für es ist, muss in Friedenszeiten und in einer dem Krieg total entwöhnten und durch und durch pazifistischen Gesellschaft zwangsläufig auf nicht geringe und absolut nachvollziehbare Vermittlungsprobleme stoßen. Besonders gravierend muss sich das auf eine Institution auswirken, für die eine derartige Gründungserzählung auch heute noch konstitutiv und legitimierend ist.

5.2.5. Relevanzproblem

Eng damit zusammen hängt ein Relevanzproblem. Offen und unklar bleibt nämlich auch das Verhältnis der „Verbreitungsarbeit“ zu anderen Betätigungsfeldern des Roten Kreuzes und welche Relevanz ihr diesen gegenüber zukommt. Was zum Beispiel hat die Schlacht von Solferino mit dem bei einem Verkehrsunfall eingesetzten Rettungssanitäter des DRK zu tun? Hier stellen sich nicht einfache Fragen des Transfers historischer in aktuelle Bedeutungsinhalte, mit denen im Grunde eine ehrenamtliche Verbreitungs- und Vermittlungsfunktion hoffnungslos überfordert sein dürfte, weil es sich dabei um eine relevante Governance- und Managementaufgabe der Gesamtorganisation handelt.

5.2.6. Konkurrenzproblem

Diese anderen Tätigkeitsfelder des DRK generieren darüber hinaus ein weiteres Problem, ein Konkurrenzproblem. Diese Tätigkeiten sind nämlich nicht nur sehr zahlreich und öffentlich sehr präsent und sichtbar. Sie eignen sich offenbar als Identifikationsobjekte auch weitaus besser, als eine mehr als 160 Jahre zurückliegende historische Reminiszenz. Hinzu kommt, dass alle diese anderen Aufgaben den Eindruck erwecken, als könnten sie auch ohne Verknüpfung mit ihren historischen Wurzeln berufliche Sinngebung vermitteln.⁹⁰

90 Exemplarisch hierfür etwa das DRK-interne geflügelte Wort einer im Grunde recht geschichtsindifferenten und auch bei gänzlich anderen Institutionen zu findenden „Blau-

5.2.7. Kompatibilitätsproblem

Eine nicht zu unterschätzende Schwierigkeit der „Verbreitungsarbeit“ dürfte schließlich auch darin bestehen, eine nachvollziehbare Verbindung herzustellen zwischen den großenteils kommerziellen Gesichtspunkten folgenden, das Bild des DRK in der Öffentlichkeit aber prägenden Betätigungsfeldern und dem immateriellen, aus ethischen Motiven entstandenen humanitären Völkerrecht. Wie in anderen vergleichbaren Bereichen tut sich auch hier das elementare Problem des Gegensatzes zwischen Humanität als Beruf und Humanität als Berufung auf. Der Brückenschlag zwischen beiden ist schwierig, aber erforderlich, soll das Kompatibilitätsproblem gelöst werden.

5.3. Reformüberlegungen zur „Verbreitungsarbeit“

Jeder einzelne der für die Probleme der „Verbreitungsarbeit“ namhaft gemachten Gründe hat Bedeutung und Gewicht. In ihrer Summe stellen sie eine nicht zu unterschätzende Herausforderung dar, die angesichts der konstitutiven Bedeutung der völkerrechtlichen Wurzeln des Roten Kreuzes nicht geringer wird. Sowenig die Probleme der „Verbreitungsarbeit“ aber monokausal erklärt werden können, so wenig gibt es ein oder gar das Allheilmittel zu ihrer Lösung. Erforderlich erscheint vielmehr ein Mix aus organisatorischen, institutionellen und inhaltlichen Maßnahmen, begleitet von Transparenz-, PR- und Kommunikationsstrategien und zwar jeweils im Binnen-, wie auch im Außenbereich des DRK. Dabei sollte klar sein, dass eine Reform der „Verbreitungsarbeit“ dort nicht ausreicht, wo die erwähnten Krisensymptome nur paradigmatisch für Probleme der Gesamtorganisation stehen und von dieser adressiert werden müssten.

5.3.1. Begriffsproblem

Das Begriffsproblem könnte noch am ehesten und schnellsten gelöst werden. Dazu wäre lediglich erforderlich, das humanitäre Völkerrecht als Gegenstand der „Verbreitungsarbeit“ nicht länger zu verstecken, sich vielmehr offen zu ihm zu bekennen und es ebenso offen und klar zu benennen. Gerade die vorne erwähnten aktuellen Entwicklungen böten eine willkommene Gelegenheit dazu. Stellen sie doch allgemeine Fragen nach der Strahlkraft und Steuerungsfähigkeit des humanitären Völkerrechts im 21. Jahrhundert. Diese Entwicklungen sind aber noch zu weitaus mehr nütze. Sie stellen nämlich nichts anderes als einen Reflex auf ein weit größeres und komplexeres Problem dar, welches das Verhältnis von Völkerrecht und Politik im Mark berührt, nämlich den Niedergang des Völkerrechts, den Kampf um seine Deutungshoheit⁹¹ und den Niedergang des Respekts vor dem

licht-Affinität“ als Bestimmungsfaktor und Auswahlkriterium einer Tätigkeit beim DRK.

91 Dazu zählt z. B. auch der im Westen viel zu wenig beachtete und vor allem nicht ernst genug genommene Versuch der Volksrepublik China und Russlands aus dem Jahre 2016, das Völkerrecht umzudeuten, dazu M. Fuchs, Zur Komplementarität von Völ-

Völkerrecht.⁹² Dieser wiederum hat vielfältige Ursachen bis hin zum Aufkommen zunehmend autoritärer Regime, die ihrerseits wieder Tendenzen und Gefahren nicht friedlicher Streitbeilegung generieren.⁹³ Neue Kriegsformen zwingen aber nicht nur das Völkerrecht zur Anpassung oder gar Veränderung. Sie zwingen, wie gesehen, auch das Rote Kreuz in eine andere und neue Rolle. Bei Fortbestand und nicht nachlassender Aktualität und Relevanz aller seiner klassischen Aufgaben wird es immer mehr von einem schlichten Bewahrer zu einem Promotor neuen Völkerrechts. Dies könnte und sollte ebenso Eingang in seine „Verbreitungsarbeit“ und dort seinen Niederschlag finden, wie seine Rolle im Bereich der mit dem humanitären Völkerrecht konkurrierenden Rechtsregime des Internationalen Menschenrechtsschutzes, des Internationalen Strafrechts und des Internationalen Migrations- und Flüchtlingsrechts.

5.3.2. *Institutionenproblem*

Wie beim Gegenstand der „Verbreitungsarbeit“ sollten auch bei den für die Erledigung dieser Aufgaben Zuständigen Ross und Reiter genannt werden. Dazu sollte die Institution der „Landeskonventionsbeauftragten“ aufgewertet und sichtbarer gemacht und gegebenenfalls auch mit Ressourcen ausgestattet werden. Der Bestellungsakt der dafür ausgewählten Personen könnte ebenfalls im Interesse der Sichtbarkeit und Aufwertung formalisiert und etwa mit einem Vertrag oder einer Urkunde verbunden werden. Auf jeden Fall reformbedürftig ist die Bezeichnung. Ohne mit dem gesetzlichen und politischen Auftrag zur „Verbreitungsarbeit“ in Konflikt zu geraten sollte nicht die Rechtsform der den Mittelpunkt der Tätigkeit der Beauftragten ausmachenden Aufgaben, also die „Konvention“, sondern deren Inhalt im Vordergrund stehen. Vorstellbar wären insoweit beispielsweise Bezeichnungen wie „Völkerrechtsbeauftragte“, „Völkerrechtsmultiplikatoren“, „Völkerrechtsberater“, „Humanitätsbeauftragte“, „Menschlichkeitsbeauftragte“, „Ethikbeauftragte“.

kerrecht und Politik, ZfP 2021, 145 (150); das gilt i.ü. auch für das „Joint Statement of the Russian Federation and the People’s Republic of China on the International Relations Entering a New Era and the Global Sustainable Development“ v. 4.2.2022, und davor die Erklärung der Außenminister Chinas und Russlands v. 24.3.2021 „Zu einigen Fragen der globalen Governance im aktuellen Umfeld“, die beide, bei aller Unterschiedlichkeit dieser großen Länder in ihrer geostrategischen Bedeutung vom Westen hoffnungslos und sträflich unterschätzt wurden; auch angesichts des völkerrechtswidrigen Einfalls der Russischen Föderation in die Ukraine am 24.2.2022 darf jedoch nicht vergessen werden, dass Russlands Verhältnis zum humanitären Völkerrecht zumindest bis 1850 durchaus konstruktiv gewesen ist, dazu jetzt: M. Riepl, Russian Contributions to International Humanitarian Law, Baden-Baden 2022.

92 Dazu nur: H. Krieger/G. Nolte/A. Zimmermann (eds.), *The International Rule of Law, Rise or Decline?* Oxford 2019, sowie: M. Fuchs, *Zur Komplementarität von Völkerrecht und Politik*, ZfP 2021, 149 und ders., *Völkerrecht unter Stress*, RuP 2021, 39.

93 Dazu H. Krieger, *Populist Governments and International Law*, EJIL 2019, 971=KFG Working Papers 29/May 2019 und T. Ginsburg, *Authoritarian International Law?* AJIL 2020, 221.

te“ oder „Solverinobeauftragte“.⁹⁴ Eher technisch-bürokratisch-funktionell und anglizistisch wären Bezeichnungen wie „Corporate Identity Manager“, „Chief Humanity Manager (CHM)“ oder „Humanity Officer“.

5.3.3. *Vermittlungsproblem*

Stellenwert, Ansehen, vor allem aber Wirksamkeit der Verbreitungsarbeit hängen entscheidend von der Lösung des Vermittlungsproblems ab. Hier wäre mehr Professionalität und weniger Improvisation angebracht. Sinnvoll könnte deshalb ein Mindestmaß an Vermittlungsvorgaben sein, etwa über Zielgruppen, Inhalte, Vermittlungsformate, Vermittlungsanlässe, Vermittlungsintervalle, Unterlagen, aktuelles Material. Denkbar wäre etwa die Verbindung entsprechender Aktivitäten mit für die Rotkreuzarbeit in Zusammenhang stehenden wichtigen Daten, wie Jubiläums-, Jahres- oder Gedenktagen. Vorstellbar und zur Veranschaulichung essentiell wären Informationen über die mögliche Involvierung des DRK in Auslandseinsätze der Bundeswehr, bei denen es sich bekanntlich per definitionem um bewaffnete Auseinandersetzungen handelt.⁹⁵ Viel stärker für Zwecke der „Verbreitungsarbeit“ genutzt werden könnte und müsste auch eine weitere Kernaufgabe des DRK, der Suchdienst.⁹⁶ Gerade im Zusammenhang mit den im Gefolge moderner Kriege entstehenden gigantischen Fluchtbewegungen erfährt diese Aufgabe eine beklemmende Aktualität und Bedeutung. Hier schlummert eine vom Roten Kreuz bisher offenbar nur unzureichend genutzte Synergie-Reserve, deren Relevanz sich angesichts des auch das DRK berührenden Cyber-Angriffs auf einen Personen-Daten enthaltenden Server des Internationalen Roten Kreuzes am 18. Januar 2022 auf dramatischste Art gezeigt hat.⁹⁷ Diesem Angriff waren mehr als 500 000 Daten zum Opfer gefallen, die für die Zusammenführung getrennter Familien und das Auffinden vermisster Personen und damit für die Erfüllung einer exklusiven Aufgabe des Roten Kreuzes von essentieller und existentieller Bedeutung sind.⁹⁸

5.3.4. *Aktualitätsproblem*

Schon dieses Beispiel kann verdeutlichen, auf welch vergleichsweise einfache Art sich auch das Aktualitätsproblem lösen ließe. Noch machbarer erscheint, vor dem Hintergrund aktueller Gefahrenlagen, wie der Pandemie- und der Hochwasserbekämpfung Gemeinsamkeiten und Parallelen zwischen den historischen und völk-

94 Zur offenbar nicht nachlassenden Anziehungskraft dieser Organisationsfigur umfassend schon: M. Fuchs, „Beauftragte“ in der öffentlichen Verwaltung, 1984.

95 Vgl. §2 Abs.1 Gesetz über die parlamentarische Beteiligung bei der Entscheidung über den Einsatz bewaffneter Streitkräfte im Ausland (Parlamentsbeteiligungsgesetz) v. 18.3. 2005 (BGBl. I S.775).

96 Vgl. §2 Abs.1 Nr.4 DRKG.

97 Dazu Pressemitteilungen des IKRK v. 19. und 21.1.2022, sowie des DRK v. 20.1.2022.

98 Das IKRK konnte die Gefahr einer missbräuchlichen Verwendung dieser Daten nicht ausschließen; zur besonderen Sensibilität gerade solcher Daten nur: Johann (Anm.72), §2 Rn.121.

kerrechtlichen Wurzeln des DRK und der Bekämpfung des Leides in der Gegenwart herzustellen. In beiden Fällen geht es um Ausnahmesituationen, sei es eine kriegerische oder eine zivile Ausnahmesituation. Aber nicht nur das ist vergleichbar, sondern auch die in dieser Situation vorrangig zu erfüllenden Aufgaben. Im einen wie im anderen Fall geht es nämlich um Hilfe für in Not geratene Menschen. Interessant mag sein, dass angesichts der erwähnten zivilen Notlagen sogar über ein ziviles Not- oder Ausnahmerecht nachgedacht wurde,⁹⁹ was in Gestalt des humanitären Völkerrechts für kriegerische Notlagen schon seit langem bereitsteht. Der überzeugendste Aktualitätsbezug für das humanitäre Völkerrecht lässt sich jedoch zweifellos über die Flüchtlingsproblematik herstellen. Die Relevanz des DRK-Suchdienstes angesichts dieser Problematik dürfte auf der Hand liegen. Hier verbirgt sich ganz offenbar eine Synergie-Ressource ersten Ranges für das humanitäre Völkerrecht.

5.3.5. Relevanzproblem

Zur Lösung des Relevanzproblems ist es erforderlich, den gemeinsamen Nenner zwischen den historischen völkerrechtlichen Wurzeln des DRK und seinen aktuellen Tätigkeitsfeldern ausfindig zu machen. Dieser ist unschwer auffindbar in den Grundsätzen der Humanität, Menschlichkeit und Nächstenliebe, sowie in der Hilfe für die Bedürftigen und der Abwendung und Linderung von Not und Leid. Auch Rettungs- und Blutspendedienst sind letzten Endes nichts anderes als unmittelbarer Ausfluss davon. Die Botschaft hieß damals und heißt auch noch heute: das Rote Kreuz ist ein weltweites Symbol für Hoffnung, Hilfe und Menschlichkeit.

5.3.6. Konkurrenzproblem

Um das Konkurrenzproblem zu lösen, ist es erforderlich im Wege der Aufklärung zu verdeutlichen, dass alle Tätigkeitsfelder des DRK gleichbedeutend und gleichwertig sind und über eine gemeinsame Wurzel verfügen. Diese gemeinsame Wurzel, das humanitäre Völkerrecht ist nicht nur der Ursprung aller Tätigkeiten des DRK, sie ist der eigentliche Grund all dieser Tätigkeiten und stellt ihre gemeinsame DNA dar.

5.3.7. Kompatibilitätsproblem

Das gilt im Grunde auch für die Lösung des Kompatibilitätsproblems. Hier gilt es klarzumachen, dass humanitäre Wurzeln und kommerzielle Tätigkeit einer Organisation sich nicht gegenseitig ausschließen, was im Übrigen auch vom Gesetzgeber des DRKG anerkannt worden ist. Mehr noch gilt es, den Beitrag der historischen Wurzeln des DRK zur Herausbildung einer Corporate Identity zu erkennen

99 Vgl. nur A.-B. Kaiser, *Ausnahmeverfassungsrecht*, 2020, T. Barcak, *Der nervöse Staat*, 2020 und J. Finke, *Krisen*, 2020.

und zu nutzen und deren Bedeutung als Alleinstellungsmerkmal und Identifikationsobjekt dieser Organisation herauszustellen.¹⁰⁰

6. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

Das Rote Kreuz sieht sich im 21. Jahrhundert vielfältigen und dramatischen Herausforderungen rechtstatsächlicher und rechtlicher Art gegenüber. Mit nicht-staatlichen bewaffneten Gruppen, autonomen Waffensystemen und Cyberkriegen haben gewaltige Transformationen des Krieges stattgefunden. Zu den Kriegen von gestern haben sich die Kriege von morgen gesellt. Neue Politikstrategien wie die der zivil-militärischen Zusammenarbeit und das Aufkommen zahlreicher neuer humanitärer Akteure kommen hinzu. Alles dies konnte nicht ohne Auswirkungen auf das humanitäre Völkerrecht bleiben und es fragt sich, ob den Kriegen von morgen noch mit dem Völkerrecht von gestern begegnet werden kann. Das mit den realen Veränderungen zusammenhängende Aufkommen und der Bedeutungszuwachs konkurrierender Rechtsregime, wie des internationalen Menschenrechtsschutzes, des Völkerstrafrechts und des Internationalen Migrations- und Flüchtlingsrechts sowie Forderungen nach einem Völkerrecht des Netzes haben jedenfalls das Potential, zu einer Verringerung der Strahlkraft und Steuerungsfähigkeit des humanitären Völkerrechts beizutragen. Sowohl die rechtstatsächlichen, wie auch die rechtlichen Entwicklungen können nicht ohne Auswirkungen auf eine Institution wie das Rote Kreuz bleiben, der eine ganz besondere, exklusive und singuläre Rolle im Zusammenhang mit dem humanitären Völkerrecht und seiner Verbreitung zugewiesen ist. Es hat sich aber gezeigt, dass die klassischen Funktionen des Roten Kreuzes auch in den modernen Kriegen noch vonnöten sind und unentbehrlich bleiben, weil auch diese Kriege Auswirkungen herkömmlichster Art etwa bei Zerstörungen der Internet- oder Gesundheitsinfrastruktur oder gar der kritischen Infrastrukturen einer Gesellschaft haben können. Hinzugekommen ist aber ein Funktionswandel des Roten Kreuzes. Es wird immer mehr von einem Hüter und Bewahrer des humanitären Völkerrechts zu einem Promotor für dessen Anpassung, Erneuerung und Veränderung. Nachsorge in bewaffneten Konflikten wird immer mehr ergänzt durch Vorsorge, Prävention und Antizipation auch auf dem Gebiet des Rechts. Es hat allerdings den Anschein, als ob die gewaltigen Veränderungen der Kriegsformen, des humanitären Völkerrechts und der Rolle des Roten Kreuzes in dessen „Verbreitungsarbeit“ noch nicht ganz angekommen seien. Das ist angesichts des hohen rechtlichen, politischen und gesellschaftlichen Stellenwerts dieser nicht disponiblen Aufgabe, auch wenn sie im Kanon der Betätigungsfelder des Roten Kreuzes schon immer ein Schattendasein geführt hat, bedenklich. Es werden deshalb Vorschläge unterbreitet, wie dies geändert und wie die geschilderten Herausforderungen auch für die „Verbreitungsarbeit“ als Chance genutzt werden könnten.

100 Dem dient z. B. der seit 1992 vom Italienischen Roten Kreuz alljährlich veranstaltete „Fackellauf nach Solferino“, an dem sich auch im Jahr 2022 (Beginn: 16.2.2022) das DRK beteiligt hat (www.drk.de/fiaccolata2022).

Literaturverzeichnis

- „Joint Statement of the Russian Federation and the People’s Republic of China on the International Relations Entering a New Era and the Global Sustainable Development“ v. 4.2.2022.
- „Non-Paper on EU Cyber Diplomacy by Estonia, France, Germany, Poland, Portugal and Slivenia“ v. 19.11.2020.
- AA (Hrsg.), Konzept des AA zur Förderung von Vorhaben der Humanitären Hilfe der Bundesregierung im Ausland (Kapitel 0501 Titel 687 32) v. 1.1.2013.
- AA (Hrsg.), Strategie des Auswärtige Amtes zur humanitären Hilfe in Situationen von Flucht und Vertreibung, o. J.
- AA (Hrsg.), Strategie des Auswärtigen Amtes zur humanitären Hilfe im Ausland 2019–2023, o.J.
- AA/BMI/BMVG, Position Paper on the Application of International Law in Cyberspace, 3.2.2021: applicable „without reservation“ (S.1/7).
- Amoroso, D., Autonomous Weapons Systems and International Law, Baden-Baden 2020.
- Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion der FDP „Völkerrecht des Netzes“ (BT-Drucks.19/29615 v. 12.5.2021).
- Barcak, T., Der nervöse Staat, 2020.
- BMVG (Hrsg.), Weißbuch 2016 zur Sicherheitspolitik und zur Zukunft der Bundeswehr, Juni 2016.
- Cabanes, B., Eine Geschichte des Krieges, Hamburg 2020.
- Cohen, A./D. Zlotogorski, Proportionality in International Humanitarian Law: Consequences, Precautions and Procedures, 2021.
- Delereue, F., The Rule of Law in Cyberspace, Themenheft ZaöRV 2020, 429 ff.
- Delerue, F., Cyber Operations and International Law, Cambridge 2020.
- Demeyere, B., Non-State Armed Groups, IRRIC 2021.
- Deutsches Komitee zum Humanitären Völkerrecht (Hrsg.), National Implementation of International Humanitarian Law, 2020, 36.
- Dunant, H., Eine Erinnerung an Solferino, Berlin 2014.
- Ehrhart (Hrsg.), H.-G, Krieg im 21. Jahrhundert, Baden-Baden 2017.
- Entschließungsantrag der Fraktionen der SPD, CDU/CSU, Bündnis 90/Die Grünen und FDP v. 27.2.2022 (BT-Drucks.20/846), angenommen in der Sitzung des Deutschen Bundestages v. 27.2.2022 (PIPr 20/19).
- Finke, J., (Un)bedingte Gleichheit nichtstaatlicher Gewaltakteure im Völkerrecht, Baden-Baden 2020.
- Finke, J., Krisen, 2020.
- Fleck, D. (ed.), The Handbook of International Humanitarian Law, 4.A. 2021, Kap.21.
- Frau, R., Drohnen und das Recht, Tübingen 2014.
- Fuchs, M., „Beauftragte“ in der öffentlichen Verwaltung, 1984.
- Fuchs, M., Fluchtverursachung und das Völkerrecht, DÖV 2015, 1031.
- Fuchs, M., „Militarisierung der Kultur“ und das Völkerrecht, DÖV 2016, 141.
- Fuchs, M., Für ein völkerrechtliches Verbot von „bad governance“, DÖV 2018, 16.
- Fuchs, M., Völkerrecht unter Stress, RuP 2021, 39.
- Fuchs, M., Zur Komplementarität von Völkerrecht und Politik, ZfP 2021, 145 (150).
- Ginsburg, T., Authoritarian International Law? AJIL 2020, 221.
- Gisel, I./T. Rodenhäuser/K. Dörmann, Twenty years on-International Humanitarian Law and the protection of civilians against the effects of cyber operations during armed conflicts, IRRIC 2020, 287 (332).

- Grünwald, R./C. Kehl, Autonome Waffensysteme, Büro für Technikfolgen-Abschätzung des Deutschen Bundestages, Oktober 2020.
- GS DRK (Hrsg.), Positionspapier Zivil-Militärische Zusammenarbeit des DRK, Beschluss des DRK-Präsidiums v. 10.7.2003 inkl. Hintergrundpapier Zivil-Militärische Zusammenarbeit, Stand: 8.5.2003 (=Anhang zum Positionspapier).
- Guidance document on relations between the components of the Movement and military bodies in: International Federation of Red Cross and Red Cross Societies (ed.), Council of Delegates Seoul 16.–18.11.2005, 48.
- Hoffberger, E./V. Vohs/P. Köhler, UN-Verhandlungen zu Autonomous Weapon Systems: Wo bleibt Deutschland? SWP-kurz gesagt v. 27.1.2022.
- ICRC, Bringing International Humanitarian Law Home, Guidelines on the National Implementation of International Humanitarian Law, Advisory Service on International Humanitarian Law, May 2021.
- ICRC, ICRC Engagement with Non-State Armed Groups, Position Paper, IRRC 2021, 1087.
- ICRC, International Humanitarian Law and Cyber Operations during Armed Conflicts, November 2019;
- ICRC, Position Paper on Autonomous Weapon Systems, May 2021.
- ICRC, The Potential Human Cost of Cyber Operations, May 2019.
- Johann, C. (Hrsg.), DRK-Gesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2019.
- Kaiser, A.-B., Ausnahmeverfassungsrecht, 2020.
- Kant, I., Zum ewigen Frieden, 1795/Stuttgart 2002.
- Keegan, J., Die Kultur des Krieges, 5.A. 2013.
- Kettemann, M. C., Völkerrecht in Zeiten des Netzes, FES, Medienpolitik, 2015.
- Klostermann, R., Durchsetzung humanitären Völkerrechts durch und gegenüber nicht-staatlichen Akteuren, Berlin 2021.
- Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP 2021–2025 v. 24.11. 2020.
- Krieger, H., Populist Governments and International Law, EJIL 2019, 971=KFG Working Papers 29/May 2019.
- Krieger, H. (ed.), Law-Making and Legitimacy in International Humanitarian Law, Baden-Baden 2021.
- Krieger, H., Krieg gegen anonymous, AVR 2012.
- Krieger, H./G. Nolte/A. Zimmermann (eds.), The International Rule of Law, Rise or Decline? Oxford 2019.
- Langewiesche, P., Der gewaltsame Lehrer, Europas Kriege in der Moderne, München 2019.
- Macmillan, M., Krieg, Berlin 2021.
- Marauhn, T./M. Pöschl, Sicherung grund- und menschenrechtlicher Standards gegenüber neuen Gefährdungen durch private ausländische Akteure, VVDStRL 74/2014, Berlin 2015, 373 ff./405 ff.
- Morus, Th., T. Campanella und F. Bacon, alle in: K. J. Heinisch, Der utopische Staat, Hamburg 30.A. 2011.
- Münkler, H., Der Wandel des Krieges, Frankfurt 4.A. 2022.
- Münkler, H., Über den Krieg, Frankfurt 7.A. 2014.
- Neitzel, S., Deutsche Krieger, Berlin 2020.
- Pellet, A., Values and Power Relations-The “Disillusionment” of International Law? KFG Working Papers No.34/May 2019, 9.
- Pernice, I., Vom Völkerrecht des Netzes zur Verfassung des Internets, HIIG Discussion Paper Series No.2, April 2017.

- Riepl, M., *Russian Contributions to International Humanitarian Law*, Baden-Baden 2022.
- Rousseau, J.-J., *Friedensschriften*, 1756/Hamburg 2009.
- Sassòli, M., *International Humanitarian Law*, Cheltenham 2019.
- Saul, B./D. Akarde (eds.), *The Oxford Guide to International Humanitarian Law*, 2020, Kap.16.
- Schmitt, M. (ed.), *Tallin Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, 2.A. Cambridge 2017, Rule 80, 373 ff.
- Stanzel, V./D. Voelsen, *Diplomacy and Artificial Intelligence*, SWP Research Paper 1/January 2022.
- Studer, M., *The International Committee of the Red Cross and civil-military relations during armed conflict*, IRRC No.842 v. 30.6.2001.
- Thym, D., *Migrationsverwaltungsrecht*, 2010.
- Thym, D./K. Hailbronner, *EU Immigration and Asylum Law*, 3.A. Baden-Baden 2020.
- v. Lingen, K., „Crimes against Humanity“, *Eine Ideengeschichte der Zivilisierung von Kriegsgewalt 1864–1945*, Paderborn 2018.
- v. Schorlemer, S., *Kulturgutzerstörung*, 2016.
- v. Schubert, H., *Nieder mit dem Krieg, Eine Ethik politischer Gewalt*, 2021.
- Verordnung zur Bestimmung kritischer Infrastrukturen nach dem BSI-Gesetz (BSI-Kritischerverordnung -BSI-KritisV) v. 22.4.2016 (BGBl. I S.958).
- Vohs, V., *Meaningful Human Agency in Automated Weapons Systems: a Plea for Human-in-the-loop Regulation*, LSE Law Review Blog, 8.10.2021.

Unkonventionelle Kriegführung, Partisanen und die Rolle kriegesischer Minderheiten

Wilfried von Bredow

Abstract Deutsch

Der Begriff der unkonventionellen Kriegführung umfasst die Operationen von Partisanen und Guerilleros und von bestimmten randständigen militärischen Spezialeinheiten regulärer Streitkräfte. Bei der Beurteilung solcher Operationen mischen sich politische, kriegsrechtliche und militärische Aspekte. In diesem Beitrag geht es erstens um die Besonderheiten der Partisanenkriegführung (Guerilla), wie sie sich vermehrt seit dem 18. Jahrhundert herausgebildet hat. Gegenwärtige Probleme der Guerilla, von Aufständen und Aufstandsbekämpfung werden im zweiten Teil behandelt. Drittens wird auf die Rolle von ethnisch oder religiös definierten Minderheiten eingegangen, denen eine besondere Affinität zu Kampf und Krieg nachgesagt wird. Abschließend wird die Frage nach den Aussichten unkonventioneller Kriegführung jenseits staatlicher und völkerrechtlicher Ordnungsregeln aufgegriffen.

Abstract English

The term unconventional warfare characterizes both guerrilla warfare and the operations of special units within or at the margins of regular armed forces. The study of unconventional warfare combines political, military, and martial law aspects. This article describes the peculiarities of guerrilla warfare as it has spread over Europe and other continents since the 18th century. A second part deals with current developments of unconventional warfare, insurgencies, and counterinsurgency. Thirdly, the role of ethnic or religious minorities with an alleged affinity to violent fight and war is discussed. Finally, we raise the question of future prospects for unconventional warfare beyond national and international rules and restrictions.

Einleitung

Im zivilen Sprachgebrauch ist ein Partisan Parteigänger einer Organisation oder bestimmter Interessen, womöglich ein besonders eifriger und entschlossener – ein Aktivist. In der militärischen Fachsprache hingegen wird mit diesem Begriff ein bewaffneter Kämpfer bezeichnet, der ihm existentiell wichtige politische Ziele (Freiheit, Unabhängigkeit, nationale Selbstbestimmung) unter Einsatz von Gewalt mit unkonventionellen Kampfmethoden und -taktiken gegen einen überlegenen Gegner durchsetzen will. Zur psychologischen Grundausstattung von Partisanen gehört die felsenfeste Überzeugung von der Richtigkeit und Notwendigkeit „ihrer Sache“. Hinzu treten oft eine militante Unbarmherzigkeit und nicht selten ein Hang zu Fanatismus.¹

1 *Carl Schmitt*, Theorie des Partisanen. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen, Berlin: Duncker & Humblot 1963; *Herfried Münkler* (Hrsg.), Der Partisan. Theorie,

Diese Begriffsfassung hat sich im 19. und 20. Jahrhundert verdichtet, in den gewalttätigen Auseinandersetzungen um die Etablierung oder Umbildung von Nationalstaaten, meist gegen verhasste Führungseliten oder gegen imperiale und koloniale Fremdherrschaft. Oder, in der Gegenperspektive, um die Sicherung und Festigung solcher Herrschaft gegen rebellierende Minderheiten. Nicht nur für die Partisanen oder Guerilleros selbst, auch für ihre Sympathisanten und Unterstützer besaßen die von ihnen verfochtenen politischen Ziele eine romantische Aura quasi-natürlicher Legitimität. Im Falle siegreich beendeter Kämpfe brachte dies den Partisanen viele Ehrungen ein und ihre Anführer (wie etwa *Mao Tse-tung* in China, *Tito* in Jugoslawien, *Fidel Castro* in Kuba, aber auch *Begin* in Israel, um nur sie zu nennen) in höchste staatliche Ämter.

Daneben gibt es noch eine andere, historisch erheblich ältere Tradition, die auf rein militär-professionelle Aspekte unkonventioneller Kriegsführung konzentriert ist. Schon in weit zurückliegenden Zeiten und in ganz unterschiedlichen Kulturen trifft man auf Überlegungen darüber, mit welchen militärischen Taktiken das Übergewicht gegnerischer Streitkräfte, also deren größere Zahl und bessere Ausrüstung, neutralisiert werden können.

Der positiven Selbstwahrnehmung der Partisanen und ihrer Unterstützer steht die Wahrnehmung ihrer Gegner diametral entgegen. Ihnen gelten Partisanen als Rebellen und Aufständische, die sowohl politisch als auch mit Waffengewalt bekämpft werden. Die politischen Mittel variieren je nach dem historischen Kontext. Generell gilt, dass Rebellionen gewöhnlich die Folge von schlechter Politik und Misswirtschaft sind.² In den militärischen Überlegungen zur Aufstandsbekämpfung (*counterinsurgency*) wird versucht, die Taktiken der Partisanen für die eigenen Ziele zu kopieren und zumindest Teile davon zu übernehmen. Dafür geeignet sind insbesondere Spezialtruppen, die, obgleich Teil regulärer staatlicher Streitkräfte, weitgehend unabhängig von diesen kämpfen und so Erfolge der Partisanen möglichst verhindern oder rückgängig machen sollen. Solche Spezialtruppen (*Kommandos*) werden nicht nur gegen Aufständische und Partisanen eingesetzt, sondern auch mit besonderen Missionen gegen reguläre Streitkräfte und wichtige logistische Ziele im Hinterland eines Kriegsgegners. Die Kriegsführung von Partisanen und der sie bekämpfenden Spezialtruppen werden in der Literatur begrifflich als *unkonventionelle Kriegsführung*³ gefasst, häufig ein wichtiges Element in einem *asymmetrischen Krieg*⁴.

Strategie, Gestalt, Wiesbaden: Westdeutscher Verlag 1990. Interessant und lesenswert auch die Studie von *Rolf Schroers*, *Der Partisan*. Ein Beitrag zur politischen Anthropologie, Köln: Kiepenheuer & Witsch 1961.

- 2 *Brian Crozier*, *Die Rebellen*. Anatomie des Aufstands, München: Paul List Verlag 1961, 287.
- 3 *David Kilcullen*, *The Evolution of Unconventional Warfare*, *Scandinavian Journal of Military Studies* 2 (2019), 61–71.
- 4 *Beatrice Heuser*, *Rebellen-Partisanen-Guerilleros*. Asymmetrische Kriege von der Antike bis heute, Paderborn: F. Schöningh 2013; *Felix Wassermann*, *Asymmetrische Kriege*. Eine politiktheoretische Untersuchung zur Kriegsführung im 21. Jahrhundert, Frankfurt/M.: Campus 2015; *Rod Thornton*, *Asymmetric Warfare*. Threat and Response in the 21. Century, London: Polity 2007.

Wir haben es hier mit einem Thema zu tun, bei dem sich politische, staats- und kriegsrechtliche mit militärischen Aspekten überschneiden, zuweilen auf sehr unübersichtliche Weise. Dieser Beitrag verfolgt vor allem drei Ziele. *Erstens* sollen, unter lockerer Bezugnahme auf *Carl Schmitts* wichtiger Theorie des Partisanen, die Besonderheiten der unkonventionellen Kriegführung nachgezeichnet werden.⁵ *Zweitens* wird nach ihrer Bedeutung in der Gegenwart gefragt. Und *drittens*, scheinbar mit anderer Blickrichtung, geht es um die Rolle von ethnischen und manchmal auch anders, zum Beispiel religiös definierten Minderheiten, denen (zu Recht oder zu Unrecht) eine besonders kriegigerische Mentalität unterstellt wird, in asymmetrischen Konflikten und unkonventioneller Kriegführung. Diese Fragestellung liegt in der Tat quer zu den beiden anderen und kann hier eher nur explorativ behandelt werden. Für die Erhellung des Phänomens der Guerilla und der unkonventionellen Kriegführung ist sie aber, was auch viele Experten ein Stück weit überraschen dürfte, durchaus nicht ohne Belang.

1. Kriegeformen

1.1. Krieg und Kriegführung

Wer den Terminus Krieg verwendet, sollte eine kleine, aber womöglich folgenreiche Unklarheit vermeiden. Im vollen Wortsinne umfasst Krieg nämlich ein (nicht ausschließlich, aber weit überwiegend) von physischer Gewalt charakterisiertes Konfliktgeschehen, bei dem mindestens zwei kollektive Akteure als Gegner einander gegenüberstehen. Krieg besteht immer aus Handlung(en) und Gegenhandlung(en), die sich in eine eigene Dynamik hineinsteigern und dadurch den vor und zu Beginn des Krieges festgelegten strategischen Zielen und operativen Vorgehensweisen entgleiten können. Diesen Sachverhalt hat *Clausewitz* in „Vom Kriege“ mehrfach angesprochen, etwa wenn es dort heißt, der Krieg habe zwar keine „eigene Logik“, jedoch seine „eigene Grammatik“, oder wenn er die Kriegführenden auf beiden Seiten darauf hinweist, dass sich der geplante Krieg vom wirklichen Krieg drastisch unterscheiden kann. Denn unvermeidlich treten im Kriegsgeschehen alle möglichen unvorhersehbaren „Friktionen“ auf.⁶

Häufig wird der Begriff Krieg aber auch schon verwendet, wenn es um die Kriegsvorbereitung und Strategie eines einzelnen Akteurs geht. Eine Kriegserklärung oder eine militärische Aggression sind einseitige Handlungen – zum Krieg kommt es erst dann, wenn deren Adressat darauf mit eigenen Kriegsaktionen reagiert. Auch die Kennzeichnung bestimmter gewaltsamer Konflikte aus der Perspektive nur eines Akteurs gehört zu dieser Art Begriffsverwendung. Der ameri-

5 Vgl. die ausführlichere Auseinandersetzung mit *Schmitts* „Theorie des Partisanen“ bei *Wilfried von Bredow*, Melancholische Romantik und Organisierte Kriminalität, in: Roberto Bueno (Hrsg.), *Carl Schmitt*, São Paulo: Editora Max Limonad 2021, 799–840.

6 *Carl von Clausewitz*, *Vom Kriege*, hrsg. von Werner Hahlweg, Bonn: Dümmler 1973, 18. Aufl., 261–263 und 990f.

kanische *war on terror* nach 2001 wird von denjenigen, gegen die sich die amerikanische Kriegführung richtet, selbstverständlich nicht so wahrgenommen und bezeichnet. Krieg (im Englischen: *war*) und Kriegführung (im Englischen: *warfare*) sind ebenfalls begrifflich zu trennen.

In der Jahrtausende langen Geschichte von Kriegen lassen sich bestimmte *Kriegstypen* unterscheiden: Staatenkriege (zwischenstaatliche Kriege), Bürgerkriege und Kriege unter- oder außerhalb der staatlichen Ebene. Die logische Voraussetzung zwischenstaatlicher Kriege ist die Existenz von Staaten. Staatenkriege weisen in der Regel (oder sagen wir vorsichtiger: an der Oberfläche) einen von Anfang bis Ende erkennbaren „militärischen Charakter“ auf.⁷

Unter *Kriegsformen*⁸ werden hier die verschiedenen Grundformen kriegesischer Auseinandersetzungen verstanden. Kriegsformen sind der Oberbegriff für verschiedene Variationen der Kriegführung und des Kriegsgeschehens wie Landkrieg, Seekrieg oder Luftkrieg (bezogen auf die Raumdimension des Krieges), Verteidigungskrieg oder Angriffskrieg (bezogen auf die Kriegsziele der Akteure). Eine in den letzten Jahren in den Vordergrund der Aufmerksamkeit gerückte, tatsächlich eine lange Tradition aufweisende Kriegsform ist der asymmetrische Krieg, der sich in jedem Kriegstyp entwickeln kann, vornehmlich aber in Bürgerkriegen und Kriegen, an denen nichtstaatliche Akteure beteiligt sind.

In der Ägide des Ost-West-Konflikts wurde oft zwischen drei Kriegsformen unterschieden: dem Nuklearkrieg, über den es in den über Nuklearwaffen verfügenden Staaten, insbesondere den USA und der UdSSR, eine große Zahl strategischer Studien gab, dem Krieg zwischen Staaten ohne den Einsatz von Nuklearwaffen, er wurde konventioneller Krieg genannt, und dem revolutionären Krieg, gekennzeichnet durch eine unkonventionelle Kriegführung seitens der Guerilleros.⁹

Die in einer Gesellschaft zu einer bestimmten Zeit vorherrschenden Konzepte und Diskurse über die Kombination verschiedener Kriegsformen heißen *Kriegsbilder*. Solche Kriegsbilder, die immer einen großen Einfluss auf die Vorbereitungen für einen möglichen Krieg in der nahen Zukunft haben, können mehr oder weniger sachangemessen, aber auch von Illusionen und kollektivem Selbstbetrug verzerrt sein.¹⁰ Man denke nur, um ein besonders schmerzhaftes Beispiel zu zitieren, an die Kriegsbilder, die vor und sogar noch kurz nach dem Beginn des Ersten Weltkriegs in den daran beteiligten Nationen kursierten.

7 Jochen Hippler, *Krieg im 21. Jahrhundert. Militärische Gewalt, Aufstandsbekämpfung und humanitäre Intervention*, Wien: Promedia 2019, 174.

8 Vgl. die anregenden Studien in dem Sammelband von *Dietrich Beyrau/Michael Hochgeschwender/Dieter Langewiesche* (Hrsg.), *Formen des Krieges. Von der Antike bis zur Gegenwart*, Paderborn: F. Schöningh 2007.

9 *André Beaufre*, *Die Revolutionierung des Kriegsbildes. Neue Formen der Gewaltanwendung*, Stuttgart: Seewald 1973.

10 *Wilfried von Bredow*, *Sicherheit, Sicherheitspolitik und Militär. Deutschland seit der Vereinigung*, Wiesbaden: Springer 2015, 47–49.

1.2. Asymmetrie der Gewaltkonfrontation

Asymmetrischer Kriege sind eine Kriegsform mit einer langen Vergangenheit.¹¹ „Ein Blick auf die Menschheits- und Kriegsgeschichte zeigt, dass der symmetrische Krieg zwischen ebenbürtigen Gegnern selten, dagegen der asymmetrische Krieg die Regel war.“¹² Das stimmt, gleichviel, welche Akzentuierungen man bei der Begriffsbestimmung von Asymmetrie vornimmt. Die einen beziehen sich mehr auf Unterschiede zwischen den Kriegsparteien hinsichtlich der jeweils eingesetzten Kampfmittel, Methoden, Kräfte und der jeweiligen Motive. Aus einer anderen Perspektive sind bereits die Kriegsgegner nicht auf derselben Ebene angesiedelt, Staaten hier und nichtstaatliche Akteure da: „In diesen Konflikten kann sich die staatliche Seite nicht auf die Wirksamkeit des Kriegsvölkerrecht verlassen, weil sie nicht sicher sein kann, dass der Feind mitspielt. Kriegsplanung ist nicht möglich, weil der Feind keine oder völlig andere Regeln verfolgt...Seine Kampfweise erscheint deshalb als Terror.“¹³

Für *Münkler* hat sich die Geschichte kriegesischer Konfliktaustragung etwa seit der Mitte des 20. Jahrhunderts, paradoxerweise also in einer Phase, in der eine Art nuklearstrategischer Symmetrie (das „nukleare Patt“) dominierte, jedenfalls von ca. 1960 bis 1990, immer weiter in Richtung auf asymmetrische Konfliktformen entwickelt. Treibende Momente dafür waren in seiner Sicht die waffentechnologischen Entwicklungen, aber auch die Veränderungen der Kampfzonen und die Mobilisierung neuer Ressourcen: „Der Guerillakrieg war ein erster großer Schritt dabei; ihm folgte ein kleinerer, der in der Kombination terroristischer Taktiken mit der Strategie des Partisanen bestand, beispielhaft im Algerienkrieg der fünfziger Jahre; und der weitere Schritt war dann schließlich die Entwicklung einer politisch-militärischen Strategie des Terrorismus, die sich von den ersten Flugzeugentführungen der PLO am Ende der sechziger Jahre bis schließlich zum Doppelanschlag vom 11. September (2001) in Etappen vollzog.“¹⁴

Auch wenn es asymmetrische Kriege schon sehr lange gibt – diese Kriegsform wurde durch die revolutionäre Moderne in den beiden letzten Jahrhunderten rund erneuert und erlangte so besondere militärische und politische Wirkung.¹⁵ Besonders in den letzten Jahrzehnten rückten die Figur des Partisanen und seine Kampfmethoden in den Mittelpunkt des Interesses, in seinem Schatten selbstverständlich

11 Vgl. *Sebastian Buciak* (Hrsg.), *Asymmetrische Konflikte im Spiegel der Zeit*, Berlin: Verlag Dr. Köster 2008; *Jens Warburg*, *Das Militär und seine Subjekte. Zur Soziologie des Krieges*, Bielefeld: Transkript 2008, 176–184.

12 *Josef Schröfl/Thomas Pankratz* (Hrsg.), *Asymmetrische Kriegführung. Ein neues Phänomen der Internationalen Politik*, Baden-Baden: Nomos 2004, 10.

13 *Gerd Roellecke*, *Kriegsrecht, Kriegskunst und Kriegsbegriff. Zum Problem der asymmetrischen Kriege*, *Der Staat*, 50 (2011), 570.

14 *Herfried Münkler*, *Über den Krieg. Stationen der Kriegsgeschichte im Spiegel ihrer theoretischen Reflexion*, Weilerswist: Velbrück Wissenschaft 2002, 262–263.

15 Das illustrieren die Aufsätze in dem Sammelband von *Beatrice Heuser* (Hrsg.), *Small Wars and Insurgencies in Theory and Practice, 1500–1850*, London: Routledge 2016.

auch die Verhaltenslehren zu seiner Bekämpfung.¹⁶ An die Stelle des Ausdrucks Partisanenkrieg ist heute meist der Begriff der Guerilla getreten. Als andere gebräuchliche Synonyme oder Fast-Synonyme gelten etwa: *Kleinkrieg*, *revolutionärer Krieg*, *paramilitärische Operationen*, *Bandenkrieg*. Auch das Englische verfügt über eine ganze Palette solcher Quasi-Synonyme: *small wars*, *insurgencies*, *low intensity conflicts*, *wars of a third kind* u. a. m. Die terminologische Vielfalt ist beträchtlich, diffus und nicht immer hilfreich.

Wenn man sich auf das politisch-militärische Aktionsspektrum in solchen Auseinandersetzungen bezieht, bietet sich als griffigste Bezeichnung der Begriff unkonventionelle Kriegführung an.¹⁷ Das Adjektiv *unkonventionell* signalisiert zunächst einmal eine Abweichung von jeweils zu einem bestimmten Zeitpunkt in einer bestimmten Kultur vorherrschenden Konventionen, Gewohnheiten, Sichtweisen, Verfahren oder Verhaltensweisen. Das Unkonventionelle an der Kriegführung von Partisanen ergibt sich aus der systematischen Bestimmung von Wort und Begriff des (modernen) Partisanen. *Schmitt* hebt folgende Merkmale und Kriterien zu seiner Erfassung hervor:

- Die Irregularität des Kämpfers, der die besonderen Kennzeichen seines Kombattanten-Status aus Tarnungsgründen nicht trägt.¹⁸
- Das intensive politische Engagement des Partisanen, was ihn z. B. auch von der unpolitischen Figur des Piraten abhebt, sowie seine darauf aufbauende und im 20. Jahrhundert besonders hervortretende revolutionäre Grundausrichtung sowie seine straffe bis totale Einordnung in ein revolutionär-politisches Handlungskonzept und Zielgerüst.
- Die gesteigerte Mobilität des Partisanen, sein überraschendes Auftauchen in und rasches Verschwinden aus der von ihm selbst ausgesuchten Kampfzone.
- Der raumgebundene („tellurische“) Charakter des Partisanen, der sein Handeln trotz Technisierung, Industrialisierung und Entagrarisierung (sowie, muss man heute hinzufügen: Globalisierung) auf die „Befreiung“ des „eigenen Territoriums“ von der Herrschaft durch Fremde ausrichtet.¹⁹

16 Vgl. *Dieter Farwick*, Kleinkriege, die unterschätzte Kriegsform. Warum die Zukunft von Kriegen den Guerillas, Partisanen und Hackern gehört, Bad Schussenried: Gerhard Hess Verlag 2016.

17 Er hat in den letzten Jahren auch für die regulären Streitkräfte eine höhere Bedeutung bekommen. Vgl. *Wilfried von Bredow*, New, Non-Traditional Roles for the Military, in: Leena Parmar (Hrsg.), *Armed Forces and the International Diversities*, Jaipur: Pointer Publ. 2002, 147–161.

18 Vgl. dazu *Klemens H. Fischer*, Kriegsvölkerrechtliche Aspekte der Kennzeichnung von Kriegsteilnehmern, in: Erwin A. Schmidl (Hrsg.), *Freund oder Feind? Kombattanten, Nichtkombattanten und Zivilisten im Krieg und Bürgerkrieg seit dem 18. Jahrhundert*, Frankfurt/M.: Peter Lang 1995, 169–180.

19 *Schmitt* (FN 1), 20–28; anregende neuere Auseinandersetzungen mit *Schmitts* Partisanen-Theorie sind u. a.: *Peter Schröder*, Die Hegung des Krieges und der Feind *hors la loi*. Piraten, Partisanen und Terroristen, in: Rüdiger Voigt (Hrsg), *Freud-Feind-Denken*. Carl Schmitts Kategorie des Politischen, Baden-Baden: Nomos 2021², 229–249 und, betont kritisch, *Benno Teschke*, Carl Schmitt's Concepts of War: A Categorical Failure,

Ein paar wichtige außer-militärische Einflüsse auf diesen Asymmetrierungs-Prozess müssen noch zusätzlich genannt werden. Da ist *erstens* die enorm erhöhte Störanfälligkeit moderner Gesellschaften, insbesondere in ihren verstärkten Regionen. Das erleichtert es, mit vergleichsweise kleinen Störoperationen relativ große Schäden anzurichten. *Zweitens* ermöglicht die Struktur der nationalen und internationalen Medien eine sofortige und grenzenlose Resonanz in der (Welt-)Öffentlichkeit. Dadurch wird nicht in erster Linie die Transparenz des kriegigerischen Geschehens erhöht, wohl aber die Möglichkeit zur Manipulation seiner Deutung. *Drittens* hat sich der von Schmitt und anderen verwendete Begriff des tellurischen Charakters der Partisanen genauso globalisiert wie viele andere private und berufliche Kontexte der Menschen.²⁰ Er verlor dadurch aber nicht sein Gewicht, nur steht er jetzt in einem erweiterten Spannungsfeld. *Viertens* schließlich hat sich eine wachsende Zahl nichtstaatlicher Akteure mit staats-ungebundenen politischen Interessen außer- oder unterhalb des modernen Staatensystems etabliert.²¹

Der israelische Militärhistoriker *van Creveld* prognostizierte bereits 1991, in Zukunft würden nicht mehr staatliche Streitkräfte die entscheidenden Kriegführungs-Organisationen sein. Wenn der Staat schwächer wird oder ganz versagt, würden sie von terroristischen Gruppierungen, Guerilla-Organisationen oder kriminellen Banden abgelöst. Auch für ihn haben der moderne Staat und die moderne Staatenwelt mit ihren Regeln und Konventionen in der Zukunft das Nachsehen.²² Der Begriff der asymmetrischen Kriegführung unterstellt zunächst einmal die materielle und operationelle Überlegenheit staatlicher (regulärer) Streitkräfte. Aber diese Überlegenheit schmilzt dahin, wenn sie sich nicht effektiv umsetzen lässt, was dann in einem Folgeprozess zur immer deutlicher zu Tage tretenden Abschwächung des Staates führt, der seine Sicherheitsversprechungen gegenüber den Staatsbürgern nicht einzulösen vermag.

1.3. Hybride Kriegführung

Ein Sonderfall unkonventioneller Kriegführung kommt mit dem Begriff der *Hybridität* ins Spiel, meist als Adjektiv: hybrider Krieg, hybride Bedrohungen, hybride Kriegführung. Er geht zurück auf Debatten in der *strategic community* der USA

in: Jens Meierheinrich/Oliver Simons (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, Oxford: Oxford University Press 2016, 367–400.

- 20 Die Globalisierung ist selbst ein asymmetrischer Prozess, insofern sie nicht alle Menschen überall in gleicher Weise erfasst und deren Lebensumstände zuweilen beeinflusst, ohne dass ihnen dies immer richtig bewusst wird. Im Übrigen bedeutet Globalisierung zwar die weltweite Ausdehnung von Handlungsräumen aller Art, aber keineswegs das Ende der Raumbezogenheit von politischen Zielen und individuellen wie kollektiven Identitäten.
- 21 Die grundlegende theoretische Studie über diesen Prozess stammt von *James N. Rosenau*, *Turbulence in World Politics. A Theory of Change and Continuity*, Princeton, N. J.: Princeton University Press 1990.
- 22 *Martin van Creveld*, *Die Zukunft des Krieges*, Stuttgart: Gerling Akademie Verlag 1998 (englische Originalausgabe 1991), 287–289; *Martin van Creveld*, *Aufstieg und Untergang des Staates*, Stuttgart: Gerling Akademie Verlag 1999.

und zielt insbesondere auf die Multidimensionalität von Bedrohungskonstellationen und die Kombination unterschiedlicher Kriegsformen unter verstärkter Beimischung von Störungen der zivilen Strukturen des Gegners. Als empirische Beispiele für solche Hybridität gelten etwa der Libanonkrieg 2006 oder vor allem auch das Vorgehen Russlands bei der Annektierung der Krim sowie der Destabilisierung der östlichen Ukraine ab 2014. Wir beobachten hier eine Kombination von herkömmlichen und irregulären Kampfweisen, kriminellen Aktionen, Terrorakten auf dem Kriegsschauplatz oder an anderer Stelle, von Desinformationskampagnen, disruptiven Aktionen im Internet und politisch-propagandistischen Ablenkungsmanövern, also einen abgestimmten Einsatz diplomatischer, militärischer, wirtschaftlicher, technologischer und psychologischer Methoden zur Erreichung der eigenen, oft verschleierte Ziele.²³ Zu diesen Zielen muss nicht immer unbedingt der Sieg über einen Gegner, sondern kann auch etwa das Aufrechterhalten lokaler oder regionaler Spannungen und Instabilitäten gehören. Private Kriegsökonomien verbinden sich mit politischen Zielsetzungen und religiösem Missionsdrang, der aber auch nur vorgeschoben sein kann. Die Attraktivität solcher Hybridität ist für alle potentiellen Gewaltakteure in den letzten Jahren gestiegen: "With or without state sponsorship, the lethality and capability of organized groups is increasing, while the incentives for states to exploit non-traditional modes of war, is on the rise."²⁴

In westlichen Ländern und ihrer Streitkräfte-Führung wird diese Entwicklung auf der militärischen Führungsebene vor allem auch unter dem Gesichtspunkt debattiert, welche Prioritäten bei der Ausbildung, Ausrüstung und Bewaffnung der Soldaten gesetzt werden sollen, mit welchen Taktiken und operativen Grundsätzen den hybriden Bedrohungen am effektivsten zu begegnen ist. Sehr weit ist man dabei noch nicht gekommen. Schlagworte und meist etwas vage bleibende Willenserklärungen gibt es zwar genug. Aber was genau etwa der vielzitierte „vernetzte Ansatz“ sein und wie er funktionieren könnte, das ist, behutsam ausgedrückt, auch bis heute noch nicht zu Ende gedacht.

Auf jeden Fall haben sich eine Reihe von Einsatz-Konzepten aus den 1990er-Jahren und aus den ersten Jahren nach der Jahrhundertwende nicht oder nur unter selten vorfindbaren Bedingungen als praktikabel erwiesen: Humanitäre Interventionen erreichten kaum jemals ihre Ziele. Die UNO-Norm der internationalen Schutzverantwortung (*responsibility to protect*) ist weitgehend vertrocknet. Militärisch gestützter Demokratie-Export als zweiter Schritt nach einem Krieg gegen Diktatoren oder in zusammengebrochenen Staaten hat nicht funktioniert. Das heißt aber auch, dass die (militärisch und zivil) von außen unterstützte Transformation einer durch Gewalt erschütterten in eine friedliche Gesellschaft meist erfolglos blieb.²⁵

23 Vgl. *Oliver Tamminga*, *Hybride Kriegführung. Zur Einordnung einer aktuellen Erscheinungsform des Krieges*, Berlin: Stiftung Wissenschaft und Politik 2015.

24 *Frank G. Hoffman*, *Conflict in the 21st Century. The Rise of Hybrid Wars*, Arlington, V.A.: The Potomac Institute for Policy Studies 2007, 8.

25 Die empirischen Befunde variieren, aber insgesamt kommt man um die Einsicht nicht herum, dass die „Friedenskonsolidierung in der Konfliktfolgezeit“ (*post conflict peace-building*), wie das seinerzeit der UN-Generalsekretär *Boutros Boutros-Ghali* in seiner

2. Krieg, Staat und Regeln der Gewalt

2.1. Nationenbildung

Schmitt war nicht so sehr am Kleinkrieg als Kriegsform interessiert.²⁶ Auch ging es ihm nicht um eine Handlungs-Anleitung für Partisanen oder für die sie bekämpfenden regulären Truppen. Stattdessen umriss er vor dem Hintergrund historischer Analysen von Napoleon bis zur damaligen Gegenwart die Merkmale und Motive von Partisanen. Bereits in der Übergangszeit vom 18. zum 19. Jahrhundert, also in der Entstehungsphase der Vereinigten Staaten von Amerika, der spanischen Guerilla gegen Napoleon und den Entkolonialisierungskämpfen in Lateinamerika ab 1808/1810, wurde deutlich, dass Fremdherrschaft in den betroffenen Gesellschaften zunehmend als unerträglich empfunden wurde und die Vorstellung nationaler Unabhängigkeit ein starkes Motiv zur Aufnahme des Partisanenkampfes lieferte.²⁷

Die hier kämpfenden Partisanen waren einerseits in das vorindustrielle, agrarische Milieu ihrer Lebenswelt fest eingebettet. Zugleich jedoch wurden sie auch – bewusst oder unbewusst – zu Akteuren politisch-gesellschaftlicher Umwälzung. Durchgesetzt werden sollte dabei die Vorstellung der *Nation* als Integrationsklammer und als Mythos homogener kollektiver (nationaler) Identität. Als entscheidender Legitimationsträger des *Staates* galten nicht länger irgendwelche Dynastien, schon gar nicht solche, die von außen oktroyiert waren, sondern das *Volk* selbst. „Eine Nation ist ein Volk im Besitz eines Staates“, hat *Karl W. Deutsch* lapidar resümiert.²⁸ Und in einer älteren amerikanischen Arbeit über dieses Konzept heißt es ebenso knapp: „A nation is a society responding as a unit. What is it that gives a society this national unity? The answer is common norms.“²⁹

Ohne an dieser Stelle weiter auf die funktionalen und ideologischen Aspekte der Ausbildung von Nationen und Nationalismus einzugehen, sei in aller Kürze auf den von *Deutsch* in aphoristischer Zuspitzung angesprochenen Zusammenhang zwischen Nation und Staat hingewiesen, ein heißer Zusammenhang – gerade auch im sich weiter globalisierenden internationalen System der Gegenwart. Das kann man an den internationalen Debatten über *nation-building*, *state-building* oder *failing states* und an der sich ausbreitenden Unsicherheit in der politischen

„Agenda für den Frieden“ genannt hat, meist scheitert. Vgl. *Natalia Springer*, Die Deaktivierung des Krieges. Zur Demobilisierung von Gesellschaften nach Bürgerkriegen, Baden-Baden: Nomos 2008.

26 Sein Hauptinteresse innerhalb dieses Themenbereichs galt der Ausbildung des rechtlich und politisch von europäischen Mächten strukturierten internationalen Systems („Raumordnung“) seit der frühen Neuzeit: *Carl Schmitt*, Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum, Berlin: Duncker & Humblot 1988³.

27 *Peer Schmidt*, Der Guerrillero. Die Entstehung des Partisanen in der Sattelzeit der Moderne – eine atlantische Perspektive, Geschichte und Gesellschaft 29 (2003), 161–190.

28 *Karl W. Deutsch*, Nationenbildung – Nationalstaat – Integration, Düsseldorf: Bertelsmann Universitätsverlag 1972, 204.

29 *F. S. C. Northrop*, The Taming of the Nations. A Study of the Cultural Basis of International Policy, New York: Macmillan 1953, 3.

Mit dem modernen Staat, diesem „Glanzstück europäischer Form und occidentalen Rationalismus“, ³⁰ bildete sich auch die moderne Staatenwelt aus, das zunächst makroregionale europäische, in den folgenden Generationen über den ganzen Planeten hin expandierende internationale System der Gegenwart. Die erstaunliche Leistung, die mit diesem zweidimensionalen Vorgang verbunden war, bestand nicht zuletzt in der Formatierung wechselseitiger Anerkennungsmodalitäten der Staaten.

In der Theorie der internationalen Politik wird ein internationales System von Staaten ohne eine ihnen übergeordnete und durchsetzungsfähige Instanz als „anarchisches System“ bezeichnet. Aber auch ohne solche Instanz ist es im Verkehr der Staaten untereinander nötig, dass sich die Beteiligten auf ein Minimum von „Spielregeln“ einigen, manchmal auch auf etwas mehr als nur ein Minimum. Sie erkennen die Grundstrukturen und die grundlegenden Funktionsweisen des internationalen Systems an, jedenfalls prinzipiell, was sie zu einer Art internationaler Gesellschaft³¹ macht. Im Alltagssprachgebrauch und in vielen Dokumenten des Völkerrechts wird sogar von einer „internationalen Gemeinschaft“ oder „Staaten-gemeinschaft“ gesprochen.³²

In diesem Rahmen entstand eine wachsende Zahl von Regeln der Konfliktregulierung (was nicht mit Frieden zu verwechseln ist), darunter auch die Unterscheidung zwischen dem, was in der Kriegführung regulär sein soll und was nicht. Die Durchsetzung dieser Unterscheidung wird von *Schmitt* „Hegung“ des Krieges genannt (eine forstwirtschaftliche Metapher!). Dabei gab es zwei Einschränkungen, einmal der Krieg auf den „freien Meeren“ und zweitens, besonders folgenreich, die Unterwerfungskriege in den Kolonien.

32 Ausführlicher dazu: *Wilfried von Bredow*, Ein Konstrukt, aber kein Akteur. Die internationale Gemeinschaft zwischen Heterogenität und Verrechtlichung, in: Ulrich Lapenküper/Reiner Marcowitz (Hrsg.), *Macht und Recht. Völkerrecht in den internationalen Beziehungen*, Paderborn: F. Schöningh 2010, 295–313.

In einem solchen über gewisse Normen und Regeln prinzipiell einigen internationalen System gilt als regulär, was diesen nicht widerspricht. Für die Führung gewaltsamer Konflikte zwischen Staaten heißt das, dass sie von dafür bereitstehenden oder kurzfristig mobilisierbaren Kombattanten, den Soldaten der regulären, vom Staat unterhaltenen oder dazu legitimierten Streitkräfte ausgefochten werden. Mit dem Kombattantenstatus gehen bestimmte Pflichten einher (Uniformierung, offenes Tragen von Waffen, sichtbare Kennzeichnung ihres Status, verantwortliche *chain of command* usw.). Zugleich gewährt er bestimmte Rechte (Behandlung als Kriegsgefangener). Der rechtlich definierte Kombattantenstatus wurde und wird im Alltag kriegesischer Auseinandersetzung auch von den Kombattanten selbst zuweilen verletzt. Das lag bekanntlich allen Vorstellungen vom Kleinkrieg ausgewählter Truppenteile als mehr oder weniger verborgene Parallelaktion zur „normalen“ Kriegsführung zugrunde. Auch für die verschiedenen Taktiken und Operationen der modernen *counterinsurgency* (COIN) spielen sie eine Rolle. Auch sie werden meistens geheim gehalten, was allerdings, insbesondere bei Fehlschlägen, nicht immer gelingt.

Dennoch aber ist im Europa der Neuzeit bis ins 20. Jahrhundert die Masse der Kriege im modernen Staatensystem überwiegend zwischen regulären Streitkräften ausgetragen worden, also solchen unter staatlicher Aufsicht und gebunden an die kriegsrechtlichen Vorgaben. Wie bröckelig der Konsens über solche Vorgaben auch immer war. Um hier keine Missverständnisse aufkommen zu lassen: Die Opferzahlen der konventionellen Kriegführung regulärer Truppen sind vor allem in der Ära der Massenarmeen des 19. und 20. Jahrhundert enorm angestiegen, unangesehen aller (kleinen) Fortschritte im humanitären Kriegsvölkerrecht.

2.3. Regulär-irregulär

Allerdings verdunkeln die kolonialen Eroberungs- und Unterwerfungskriege dieses Bild regulärer Kriegshandlungen. Und seit dem Ende des 18. Jahrhunderts unterminieren Partisanen die Regularität der Kampfhandlungen. Das wird in der Literatur über sie immer wieder als erstes betont.

Regularität ist zwar im Völkerrecht verankert, aber sie ist selbstverständlich nicht in Stein gemeißelt. Im Lauf der Zeit hat das Völkerrecht ihre Grenzen behutsam vorgeschoben. Der Kreis der den regulären Kämpfern gleichgestellten Personen wurde in den Genfer Konventionen von 1949 erweitert. Die Waffenentwicklung und die Veränderungen der Schauplätze gewaltsamer Auseinandersetzungen (nicht mehr nur agrarisch, sondern zunehmend auch städtisch) müssen hier ebenso angeführt werden wie die Übernahme von Kampfmethoden der Partisanen durch die regulären Streitkräfte.

Noch wichtiger wurden die politischen Neubewertungen des Partisanenkampfes in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts. In der Sowjetunion und in anderen von der Wehrmacht im Zweiten Weltkrieg besetzten Ländern trugen die Partisanenbewegungen in kaum genau bezifferbarem, aber doch nicht unbeträchtlichem Maße zum Sieg über die Wehrmacht bei. Die verschiedene Ethnien übergreifende

Einheit Jugoslawiens nach 1945 gründete sich auf den zum Mythos ausgebauten erfolgreichen Partisanenkampf. In anderen Fällen wie in Israel mutierten die gegen die Briten kämpfenden Partisanen und Terroristen zur staatstragenden Elite. Viele politische Führer des Partisanenkampfes gegen die jeweilige Kolonialmacht wurden nach deren Niederlage zu Staatsgründern. Der Irregularität der Partisanen wurde durch deren Sieg sozusagen abgeholfen. Man muss das nicht unbedingt als Zeichen einer zynischen Macht-geht-vor-Recht-Politik deuten. Wenn sich die internationale Ordnung ändert, verändern sich ihre Regeln, und die Grenzen zwischen Regularität und Irregularität verschieben sich.

Seit einigen Jahrzehnten tritt neben die Figur des Partisanen oder Guerilleros die des Terroristen neuer Art. *Münkler* beschreibt den Unterschied zwischen ihnen so: „Markiert der Terrorist die völlige Irregularität, insofern er keinerlei Begrenzung der Gewalt in Übereinkunft mit dem Gegner akzeptiert, so zeichnet sich der Partisan im Vergleich mit dem Soldaten wohl durch ein Regularitätsdefizit aus, doch geht dieses nie so weit, dass es zu völliger Irregularität würde; wo dies dennoch der Fall ist, verliert der Partisan seine Identität und wird zum Terroristen.“³³ In dieser Sichtweise kämpft der Partisan irregulär quasi nur auf Zeit, weil er von der Vorstellung geleitet wird, dass er, wenn die eigene Seite stärker wird, einen Weg zurück in die Regularität braucht, um an die Stelle der fremdbestimmten die eigene Herrschaft zu stellen, interpretiert als Volksherrschaft. Dem Terroristen kommt es hingegen erst einmal nur auf die Zerstörung an, und dabei ist jeglicher Rest Regularität eher hinderlich. In der Empirie lässt sich diese begriffliche Trennung nicht immer wiederfinden. Untersucht man die jeweiligen Kampfhandlungen oder Terrorakte, dann stößt man hier wie dort auf jeweils durch die näheren Umstände bestimmte Schwankungen bei der Beachtung oder Verletzung von Regularitätsbestimmungen.

3. Karriere einer Kriegsform

3.1. Von Napoleon bis zum Zweiten Weltkrieg

Schmitt zufolge gab es die modernen Partisanenkämpfe gegen Fremdherrschaft zuerst in Europa –, in Spanien, in Tirol, in Russland gegen die imperialen Streitkräfte *Napoleons*. Für einen Moment auch in Preußen. Politisch gesehen, beruhte dort das kurzzeitige Ideal des Partisanen, ausformuliert in dem preußischen Edikt über den Landsturm vom 21. April 1813, allerdings auf einem wenig haltbaren Fundament. Immerhin – *auch*, um nicht zu sagen: *sogar* in Preußen wurde, in einer bestimmten politischen Konstellation, der Partisan als Stütze der nationalen Verteidigung gegen fremde Streitkräfte, als dynamisches Element eines „Befreiungskrieges“ legitimiert.³⁴

³³ *Münkler* (FN 14), 173.

³⁴ Vgl. *Martin Rink*, The German wars of liberation 1807–1815. The restrained insurgency, in: *Beatrice Heuser* (FN 15), 92–106.

Das alles änderte sich aber rasch. Weil sich eine ähnliche politische Konstellation nicht wieder einstellte, verloren die preußischen Streitkräfte und ihre strategischen und operativen Vordenker rasch das Interesse am Partisanen. Sie wurden erst ein Jahrhundert später wieder mit ihnen konfrontiert, aber jetzt in völlig anderen politischen Konstellationen. Ansatzweise im Ersten und verstärkt im Zweiten Weltkrieg befanden sich die deutschen Streitkräfte ihrerseits nämlich in der Rolle der Besatzungsmacht und des Fremdregimes und mussten mit Partisanen (Freischärlern) als Gegnern rechnen, vor allem im Russland-Feldzug, aber auch in Griechenland, Jugoslawien, Frankreich, am Ende selbst in Italien. Das deutsche Schlüsseldokument für den Partisanenkampf im Zweiten Weltkrieg sind die „Richtlinien für die Partisanenbekämpfung“ des Oberkommandos der Wehrmacht (OKW) vom Mai 1944.

Eine wichtige Rolle bei der Formulierung von Theorie und Praktiken des Partisanenkampfes und bei der Weiterentwicklung des Partisanen vom tellurischen Heimat-Verteidiger zum aggressiv-klandestinen Gehilfen bei der Durchsetzung der Weltrevolution spielt für *Schmitt Lenin*. Inspiriert von den Schriften von *Clausewitz* entwickelte *Lenin* vor allem den Gedanken von der Irregularität des *Klassenkampfes*, der auf *absoluter Feindschaft* basiert. Im Krieg als Klassenkampf lässt absolute Feindschaft keinerlei Hegung der Gewalt mehr zu. Im Zweiten Weltkrieg ist es *Lenins* Nachfolger *Stalin* dann gelungen, die beiden unterschiedlichen Typen des Partisanen, den Heimatverteidiger und den Weltrevolutionär, zu amalgamieren oder jedenfalls so zu überblenden, dass je nach aktuellem Bedarf mal der nationale, mal der revolutionäre und klassenkämpferische Typus im Vordergrund stand.

3.2. Antikolonialkriege als revolutionäre Kriege

Ein aufschlussreiches, auf dem europäischen Kontinent jedoch nur selten in den Blick genommenes Beispiel für einen inner-europäischen Antikolonialkrieg ist der Kampf militanter irischer Republikaner für die Unabhängigkeit von Großbritannien. *James Connolly*, einer der Anführer des Dubliner Osteraufstandes 1916, veröffentlichte ein Jahr zuvor eine Artikelserie mit historischen Beispielen revolutionärer Kriegführung³⁵. Die Partisanentätigkeit der IRA und ihrer radikaleren Abspaltungen ist ein Leitmotiv der irisch-englischen Geschichte des 20. Jahrhunderts, ja bis heute.

Für eine enge Verbindung der tellurisch motivierten und der revolutionär ausgreifenden Version des Partisanenkampfes stehen dann im und nach dem Zweiten Weltkrieg die Schriften *Mao Tse-tungs*. Ähnlich wie beim Vorbild *Mao* ist das Verhältnis zwischen nationaler Befreiungsprogrammatik und sozialrevolutionärem Sozialismus in vielen Kämpfen gegen die Kolonialmächte in Afrika, Asien und Mittelamerika. Auf Grund ihrer militärischen und politischen Erfahrungen beanspruchten die revolutionären Gruppen bald die Führung der vorher gebildeten „nationa-

35 *James Connolly*, *Revolutionary Warfare*. Introduction by *Michael O’Riordan*, Dublin und Belfast: New Books Publications 1968.

len Einheitsfront“ und konnten so nicht nur die Kolonialmacht besiegen, sondern auch versuchen, die soziale Struktur des Landes in ihrem Sinne umzuwälzen.³⁶ Nicht überall entstanden daraus stabile und den proklamierten Zielen nahe kommende staatliche Strukturen.

In *Maos* Guerillakriegskonzeption sind vier Feindschafts-Achsen übereinander projiziert, die Feindschaft gegen die weißen kolonialen Ausbeuter, die Klassenfeindschaft Proletariat *versus* kapitalistische Bourgeoisie, die nationale Feindschaft gegen die japanischen Besatzer und schließlich die Bürgerkriegsfeindschaft gegen die Kuomintang, die sich zu einem großen Teil, aber nicht vollständig mit der doktrinären Klassenfeindschaft deckte.

3.3. Lehren für den metropolitenen Militärputsch?

Seinen kursorischen geistesgeschichtlichen Überblick über die Entwicklung der Theorie des Partisanen beschließt *Schmitt* auf überraschende Weise. Er lässt ihn nämlich enden mit einer Erörterung der subversiven Aktionen einer Gruppe französischer Berufsoffiziere um den General *Raoul Salan* beim Übergang von der Vierten zur Fünften Republik Anfang der 1960er-Jahre gegen die Algerienpolitik *Charles de Gaulles*. Ein Putschversuch von Spitzenmilitärs gegen die zivile politische Führung ist in einer Demokratie so etwas wie „Hochverrat am Volk“ und kann nur dann erfolgreich sein, wenn sich die politischen Fundamente dieser Demokratie schon weitgehend aufgelöst haben und ihre Legitimationskraft sich verflüchtigt hat. (Historisch-empirisch betrachtet sind solche betrüblichen Zustände demokratischer Institutionen und Regime gar nicht so selten.) *Schmitt* interessiert aber in diesem Fall nicht der demokratie-theoretische und regime-funktionale Aspekt des damaligen Konflikts, vielmehr das in seinen Augen geradezu tragische Scheitern der Übertragung von Methoden der subversiven und revolutionären Kriegführung aus dem antikolonialistischen Kontext in Asien in den metropolitenen Kontext Nachkriegseuropa. *Salan* und viele seiner Mitstreiter hatten nämlich ihre militär-praktischen Erfahrungen im Kolonialkrieg Frankreichs in Indochina gesammelt und daraus Lehren nicht nur für die Organisation der Kampfhandlungen gegen die antikolonialistische Guerilla in Nordafrika, sondern auch für die Formulierung und Umsetzung ihrer Forderungen an die eigene politische Führung gezogen.

Das sind nun zwei verschiedene Angelegenheiten. Die militär-professionelle Anpassung der Strategien und Taktiken der Kolonialkriegführung an die Strategien und Taktiken der antikolonialistischen Guerilla ist das eine. Etwas anderes ist der Versuch einiger höherer Offiziere in den regulären Streitkräften, die eigene Regierung in ähnlicher Weise zu betrachten und mit ähnlicher Feindschaft zu bekämpfen wie die antikolonialistischen Revolutionäre die Kolonialregierungen. Die von *Salan* angeführte *Organisation d'Armée Secrète* (OAS) plante und führte 1961/

36 Ein eindrucksvolles Beispiel für solche Doppelstrategie ist auch Vietnam von den 1950er bis in die frühen 1970er Jahre. Vgl. *Vo Nguyen Giap*, Volkskrieg-Volksarmee, München: Trikont 1968.

62 eine Reihe von Terroranschlägen aus, deren Adressaten einmal die algerische „Nationale Befreiungsfront“ war, aber auch die Zivilbevölkerungen in Algier und in Frankreich. Das brachte jedoch weder die algerischen Partisanen noch die Regierung in Paris nachhaltig in Bedrängnis. Im Mai 1962 war der Spuk vorbei.

Man kann das als Illustration des doppelten Scheiterns einer Illusion interpretieren. *Erstens* lassen sich aus dem eingehenden Studium der Motive, Taktiken und des operativen Vorgehens der nationalen Befreiungs-Guerilla keine wirklich erfolgversprechenden Anti-Guerilla-Strategien gewinnen. Und *zweitens* erhöht die Übernahme von irregulären Kampfmethoden durch Teile der regulären Streitkräfte nicht die Erfolgs-Chancen eines Militärputsches gegen eine demokratisch legitimierte Regierung, sofern und solange deren legitimatorisches Fundament genügend Festigkeit aufweist.

Eine andere und kurzfristig besonders bedrohlich erscheinende Version der Übertragung ländlicher Guerillataktiken in metropolitane Räume war ab Mitte der 1960er-Jahre vor allem in lateinamerikanischen Ländern zu beobachten. Hier versuchten kleinere revolutionäre Gruppen, Guerilla-Aktionen in den städtischen Ballungszentren theoretisch zu begründen und praktisch zu erproben. Bekannt geworden sind etwa die Tupamaros in Uruguay³⁷ und das Kleine Handbuch der Stadtguerilla des Brasilianers *Carlos Marighella*.³⁸ Lateinamerika war in den 1960er Jahren geradezu ein Makro-Labor für verschiedene Arten ländlicher und später auch städtischer Guerillataktiken. Von Kuba aus unternahmen *Fidel Castro* und sein Mitkämpfer *Ernesto ‚Che‘ Guevara* zudem Versuche, die eigenen Guerilla-Erfahrungen zu einer Art Export-Modell für andere Länder und Kontinente auszubauen³⁹. Solche externe Revolutionsförderung war nicht erfolgreich. Aber in manchen Ländern dieses Kontinents überlebten solche Guerilla-Gruppen bis ins 21. Jahrhundert, zum Beispiel die FARC in Kolumbien.

4. Guerilla, Militärcoups und die Rolle von Minderheiten

Das folgende Kapitel führt scheinbar vom Thema weg. Mit etwas Geduld versetzt es uns jedoch in die Lage, es aus anderer Perspektive näher in den Blick zu nehmen. Das Schicksal von Minderheiten ist sozusagen grundsätzlich prekär, und zwar aus rein quantitativen Gründen. Zwar muss die Konstellation Minderheit-Mehrheit selbstverständlich nicht konfliktgeladen sein, dafür gibt es viele historische Beispiele. Vor der Folie nationalstaatlicher Einheits- und oft auch Homogenisierungs-Bestrebungen sind politische, soziale und kulturelle Konflikte mit Minderheiten jedoch erwartbar. Wenn sie sich zuspitzen, kommt auch physische

37 *Alain Labrousse*, Les Tupamaros. La Guérilla urbaine en Uruguay, Paris: Edition du Seuil 1971.

38 *Carlos Marighella*, Minimanual of the Urban Guerrilla, <https://www.marxists.org/archive/marighella-carlos/1969/06/minimanual-urban-guerrilla/>.

39 *Robert F. Lamberg*, Die castristische Guerilla in Lateinamerika. Lateinamerika. Theorie und Praxis eines revolutionären Modells, Hannover: Verlag für Literatur und Zeitgeschehen 1971.

Gewalt ins Spiel. Insofern drückt der Titel eines aufwendigen Forschungsprojekts an der University of Maryland über die Gründe für Aufstände und Rebellionen von Minderheiten gegen die bestehenden Herrschaftsstrukturen und deren Repräsentanten den grundlegenden Sachverhalt ganz angemessen aus: *minorities at risk*.⁴⁰ Dass dadurch die Stabilität von Staaten in Frage gestellt wird, steht auf einem anderen Blatt. Für den in den letzten Jahrzehnten zu beobachtenden generellen, sich aus verschiedenen Quellen speisenden und in sich widersprüchlichen Trend zur Staatsabschwächung bietet sich parallel dazu ein anderes Etikett an: *states at risk*.⁴¹

4.1. Mamelucken und Kosaken

Aber bevor wir näher auf gegenwärtige Aspekte von Minderheiten in asymmetrischen Konflikten und Kriegen eingehen, soll noch kurz auf eine weit in die Vergangenheit zurückreichende Verbindung zwischen Minderheiten und Krieg eingegangen werden. Sie kommt im deutschen Titel eines vielbeachteten, gegen die Ausgangsthese von *Clausewitz* gerichteten Werkes von *John Keegan* zum Ausdruck: „Die Kultur des Krieges“. *Clausewitz* postulierte bekanntlich, der Krieg sei die Fortsetzung der Politik unter Beimischung anderer Mittel. Demgegenüber insistiert *Keegan*: „Krieg ist stets Ausdruck einer Kultur, oft sogar eine ihrer bestimmenden Größen, und in manchen Gesellschaften die Kultur selbst.“⁴² Zu den von ihm näher in den Blick genommenen Beispielen für Gemeinschaften mit einer ihre Existenz fundierenden Kultur des Krieges gehören etwa die Mamelucken im Nahen Osten, die Zulus in Afrika oder die Samurai in Japan. Völker ohne ein geordnetes Staatswesen unterschieden oft nicht zwischen Krieg und Frieden, den sie auch gar nicht kannten, auch nicht zwischen legitimierten und nicht-legitimierten Waffenträgern, da alle Männer Krieger waren.

Der Zusammenhang mit dem Guerilla-Thema stellt sich dadurch her, dass Mitglieder dieser kriegerischen Gemeinschaften von regulären Streitkräften gerne als Spezialkräfte angeworben wurden. „Im 18. Jahrhundert gehörte die Ausweisung solcher Streitkräfte (Kosaken, ‚Jäger‘, Husaren sowie in Großbritannien schottische Hochland- und Grenztruppen) zu den auffälligsten Entwicklungen des Militärs, und selbst die französischen Revolutionsarmeen folgten diesem Muster. Von den Gepflogenheiten solcher Einheiten, zu plündern, zu rauben, zu vergewaltigen, zu morden, zu entführen, zu erpressen, wie von ihrer systematischen Zerstörungswut wollten ihre zivilisierten Auftraggeber nicht nur nichts wissen; sie waren

40 Eine nähere Beschreibung des MAR-Projekts, das maßgeblich von *Ted Robert Gurr* angestoßen wurde, findet sich auf dessen Homepage: MAR | Home (umd.edu). Vgl. Ted Robert Gurr, *Why Minorities Rebel. A Global Analysis of Communal Mobilization and Conflict since 1945*, *International Political Science Review* 14 (1993), 161–201.

41 Vgl. *Ulrich Schneckener* (Hrsg.), *Fragile Staatlichkeit. ‚States at Risk‘ zwischen Stabilität und Scheitern*, Baden-Baden: Nomos 2006.

42 *John Keegan*, *Die Kultur des Krieges*, Rowohlt-Berlin, Berlin 1995, 34. Der Originaltitel lautet einfach *A History of Warfare*.

auch nicht bereit einzugestehen, dass diese Art der Kriegführung älter und weiter verbreitet war als die von ihnen selbst ausgeübte.“⁴³

Im Grunde stellt *Keegan* die Kategorien konventionelle *versus* unkonventionelle Kriegführung auf den Kopf: das Irreguläre ist die Regel, das Reguläre die Ausnahme. Im Lauf der Geschichte haben bestimmte Völker und Gemeinschaften über Generationen hinweg Kriegführung zu ihrem Geschäftsmodell und Lebensstil gemacht – aus Not oder weil es sich einfach so ergab. An Zeugnissen von Zeitgenossen sowie in Berichten und Romanen über das Auftreten solcher irregulär-militanter Minderheiten im Dienste regulärer Streitkräfte (etwa der Kosaken) mangelt es nicht.

4.2. Die *warrior race*-Theorie

In *Keegans* gegen *Clausewitz* gerichteter Vorstellung von der Natur des Krieges macht sich ein leiser Widerhall der bei europäischen Kolonialmächten gegen Ende des 19. Jahrhunderts beliebten *warrior race*-Theorie⁴⁴ bemerkbar. Die Briten entwickelten sie für ihre Rekrutierungspolitik in Indien; später wurde sie in das subsaharische Afrika übertragen.

Die *Indian Army* der britischen Kolonialmacht bestand aus drei Säulen: Streitkräften mit einheimischen Soldaten, geführt von britischen Offizieren; ausgewählten Kontingenten der Vasallenstaaten⁴⁵ (als *Imperial Service Troops* bezeichnet) sowie in Indien stationierter britische Regimenter. Die *Indian Army* hatte drei Hauptmissionen. Sie sollte interne Aufstände auf dem Subkontinent möglichst im Keim ersticken, von Russland unterstützte Unruhen an seiner Nordwest-Grenze (Afghanistan) im Zaum halten und als eine Art Nothelfer bereitstehen, falls es in britischen Kolonien außerhalb Indiens wie zum Beispiel Burma zu militärischen Problemen käme.⁴⁶ Seit dem Sepoy-Aufstand von 1857 legten die Briten ein besonderes Augenmerk auf die Kriterien für die Rekrutierung einheimischer Soldaten, um künftighin Meutereien und Aufstände gar nicht erst zur Entfaltung kommen zu lassen. Ein Instrument dazu war die *warrior* oder *martial race theory*.

Zwischen 1885 und 1893 war *Lord Roberts* britischer Oberbefehlshaber in Indien. Ihm galten in erster Linie die Sikhs, Gurkhas, Dogras, Rajputs und Pathans als besonders kampferprobt und zugleich politisch zuverlässig. Das wurde teils mit religiösen, teils biologischen Argumenten begründet. Bevorzugt aus diesen Ethnien wurden die einheimischen Soldaten rekrutiert. Erst als im Ersten Weltkrieg die Nachfrage nach Soldaten enorm anstieg, verblasste die *warrior race*-Theorie. Die britischen Streitkräfte verfügen bis heute über spezielle Gurkha-Einheiten (drei Bataillone).

43 *Keegan* (FN 42), 25.

44 Im Französischen: *les races guerrières*. Die Verwendung des Begriffs der Rasse war seinerzeit noch nicht mit all den Bedeutungen beschwert, die ihm heute anhängen.

45 Gemeint sind die nominell unabhängigen, von einheimischen Fürsten regierten Staaten unter britischer Oberhoheit (*princely states*).

46 *Kaushik Roy*, Race and Recruitment in the Indian Army 1880–1918, *Modern Asian Studies* 47 (2013), 1310–1311.

Die Rekrutierungspolitik Frankreichs in seinen nah-östlichen und afrikanischen Kolonien basierte weniger auf ethnologisch aufgezeäumten Vorstellungen unterschiedlicher Kriegsmentalitäten der dortigen Stämme und Religionen. Sie verfolgte auf eher pragmatische Weise eine *divide et impera*-Politik.⁴⁷

In den Kolonialarmeen europäischer Staaten dienten einheimische Soldaten, die von der jeweiligen Militärührung unter zwei Gesichtspunkten (die sich manchmal gegenseitig in die Quere kommen konnten) rekrutiert wurden: militärische Kampfkraft einerseits, politische Loyalität andererseits. “Colonial military practices provided a ready model of ensuring loyalty through racial and ethnic manipulations.”⁴⁸ Die diesbezügliche, ziemlich kaltschnäuzige Maxime des nach seiner militärischen Karriere in Indien zum zivilen Kolonialbeamten in Afrika umgesattelten *F. D. Lord Lugan*, der in der Zwischenkriegszeit die britische Konzeption der indirekten Herrschaft in den Kolonien nachhaltig beeinflusst hat, lautete: “Train enough men for your military use, but not more than you need; and those you have trained, be sure you do not demobilize any.”⁴⁹

4.3. Nationale Befreiungskriege und die Folgen der Unabhängigkeit

Diese Maxime steht schon ganz im Zeichen der nach dem Ersten und viel stärker noch nach dem Zweiten Weltkrieg auf die nationale Unabhängigkeit drängenden einheimischen Kräfte in den Kolonien. Viele aus Afrika stammende Soldaten der britischen Streitkräfte, die während des Zweiten Weltkriegs im Fernen Osten eingesetzt waren und dort erlebt hatten, wie brüchig das Fundament weißer Kolonialherrschaft war, spielten nach ihrer Demobilisierung am Ende des Krieges bald eine führende Rolle in den nationalen Befreiungskämpfen ihrer jeweiligen Länder. Dabei wirkte sich die koloniale *warrior race*-Theorie auch, und mit ungeahnten Konsequenzen, auf die neu entstehenden Streitkräfte aus. “Thus, whether by design or default, a situation had been created whereby the emergent officer corps of an ex-French colony, as in ex-British Africa, was going to be predominantly drawn from certain groups or territories, and the rank-and-file from others.”⁵⁰

Die Ära der Entkolonialisierung nach 1945 war stark vom (weitgehend) bipolar formatierten Ost-West-Konflikts beeinflusst, politisch, ökonomisch, militärisch und nicht zuletzt ideologisch. Den mehr oder weniger charismatischen Anführern anticolonialer Bewegungen in den Kolonien stand als Zukunftsbild die eigen-

47 *N. E. Bou-Nackli*, Les Troupes Spéciales: Religious and Ethnic Recruitment 1916–1946, *International Journal of Middle East Studies* 25 (1993), 645–660; *Joe Lunn*, Les Races Guerrières. Racial Preconceptions in the French Military about West African Soldiers during the First World War, *Journal of Contemporary History* 34 (1999), 517–536.

48 *Kristen A. Harkness*, The Ethnic Army and the State: Explaining Coup Traps and the Difficulties of Democratization in Africa, *Journal of Conflict Resolution* 60 (2016), 589.

49 *J. 'Bayo Adekson*, Ethnicity and army recruitment in colonial plural societies, *Ethnic and Racial Studies* 2 (1979), 152.

50 *Adekson* (FN 49), 160.

staatliche Unabhängigkeit auf der Grundlage nationaler Einheit vor Augen, dazu oft noch eine regionale Spielart des Sozialismus. Damit waren zwei Schwierigkeiten verbunden: die in vielfacher Hinsicht ‚unorganischen‘ Grenzverläufe zwischen den neuen Staaten und die ethnische Vielfalt, für die eine nationale Einheitsperspektive erst noch gefunden werden musste. Sie stellte sich vorübergehend während der Kämpfe gegen die alten Kolonialmächte her. Nicht zufällig inszenierten sich die antikolonialen Guerillaeinheiten als „Nationale Befreiungsfront“ oder „Volksbefreiungsfront“. Die nationale Integrationskraft des gemeinsamen Feindbildes hielt allerdings nicht lange vor. Politische und militärische Spannungen zwischen den ethnischen Gemeinschaften begleiteten den Gründungsprozess der neuen Staaten. Der mit den strategischen Zielvorgaben und operativ-taktischen Methoden der unkonventionellen Kriegführung geführte Kampf gegen die Kolonialmächte und deren in die Kolonien entsandten regulären Truppen war eben kein Krieg der, wie *Sebastian Haffner* als Kommentar zu *Mao Tse-tungs* Theorie des Guerillakrieges mit hoffnungsvollem Enthusiasmus schrieb, eine ganze Klasse und Gruppe von Kriegen ihres Sinnes beraubte und praktisch obsolet machte.⁵¹

Stattdessen entstand in vielen neuen Staaten ein *circulus vitiosus* von Erwartungen der Bevölkerung an die Regierung und Enttäuschung über die Nichterfüllung dieser Erwartungen, die noch verstärkt wurde durch die Beobachtung, dass die an der Macht befindliche Regierung Angehörige der eigenen ethnischen Gemeinschaft bevorzugte. Für viele gerade unabhängig gewordene afrikanischen Staaten beschreiben *Scarritt* und *McMillan* diesen Sachverhalt, ein wenig beschönigend, folgendermaßen: „Anticolonial nationalism was the organized response to the many political, economic, and social grievances felt by virtually all Africans under colonial rule. Nationalists promised to rectify these grievances after independence but did not have the financial or organizational resources to satisfy all the grievances of every group in the society, even in periods of rapid state expansion and economic growth.“⁵² Die Folge davon war, dass die Führer der verschiedenen ethnischen Gruppen in den neuen Staaten begannen, ihre jeweiligen Anhängerschaften zu mobilisieren, um die eigenen Ansprüche demonstrativ sichtbar gewichtiger zu machen. Solche Spaltungslinien durchzogen nicht nur die Gesellschaft allgemein, sondern nicht zuletzt auch die Streitkräfte der neuen Staaten.

In manchen früheren Kolonien geht die Bereitschaft der Streitkräfte, mittels Staatsstreich auch die politische Macht zu übernehmen, auf das Interesse zurück, einmal eingeräumte Privilegien abzusichern. Sie sind also zu einer eigenen, fest formierten Interessengruppe, zu einem (wegen des Waffenbesitzes besonders handlungsmächtigen) *tribe among tribes* geworden.⁵³ In anderen jedoch setzen sich die

51 *Sebastian Haffner*, Der neue Krieg. Einleitender Essay zu: *Mao Tse-tung*, Theorie des Guerillakrieges oder Strategie der Dritten Welt, Reinbek: Rowohlt Taschenbuch Verlag 1966, 5–34.

52 *James R. Scarritt/Susan McMillan*, Protest and Rebellion in Africa. Explaining Conflicts Between Ethnic Minorities and the State in the 1960s, *Comparative Political Studies* 28 (1995), 340.

53 Dieser Ausdruck wird von manchen Autoren auch zur Charakterisierung von regulären Streitkräften in den westlichen Demokratien benutzt: *Bernard Boëne*, The Military

ethnischen Spannungen auch in den Offizierkorps der Streitkräfte durch. Wenn dann Wahlen oder Verfassungsänderungen die bisherige Balance zwischen zivilen und militärischen Autoritäten der verschiedenen Ethnien zu stören drohen, wächst die Gefahr einer Machtübernahme mittels Staatsstreich.⁵⁴

4.4. Unkonventionelle Kriegführung und fragile Staaten

Damit haben wir einen historischen Entwicklungsstrang erfasst, der den Trend zur Staatsabschwächung und die Ausbildung von *fragilen Staaten* befördert hat. Dass er nicht der einzige Faktor ist, der dies bewirkt hat, sei hier nur erwähnt, aber nicht weiter ausgeführt. Fragile oder sogar schon weitgehend gescheiterte Staaten (*failed states*) haben es oft mit vor sich hin schwelenden internen, manchmal auch grenzüberschreitenden Langzeitkonflikten zu tun. Bei den Akteuren dieser Konflikte „lassen sich verschiedene Erscheinungsformen differenzieren: klassische Guerilla- und Rebellenbewegungen, Stammes- oder Clanführer, religiöse Führer, Kriegsherren (warlords), Milizen, Paramilitärs, Marodeure, Söldner und Kriminelle (z. B. Schmuggler, Drogenbarone, Banden, mafia-ähnliche Kartelle), private Sicherheits- und Militärfirmen.“⁵⁵

In den Jahrzehnten nach 1990 hat sich so ein unübersichtliches Muster für die gewaltsame Austragung von Konflikten staatlicher und nichtstaatlicher Akteure durchgesetzt. Weil dieses Muster, verglichen mit dem vorherrschenden Kriegsbild des Ost-West-Konfliktes, ungewohnt war, wurden diese Konflikte zunächst einmal unter dem, zugegeben: nicht besonders aussagekräftigen Begriff der *Neuen Kriege* eingeordnet. Eingeführt wurde er vor allem von *Mary Kaldor* sowie *Herfried Münkler*⁵⁶. Ihre Texte dazu wurden weit rezipiert und dienen auch den Kritikern dieses Begriffs als willkommener Ausgangspunkt.⁵⁷ Für *Kaldor* sind diese Kriege durch das Verschwimmen der Grenzen zwischen herkömmlichem Krieg zwischen Staaten, organisiertem Verbrechen und massiven Menschenrechtsverletzungen gekennzeichnet. *Münkler* betont das Verblassen der Trennlinie zwischen Staaten- und Bürgerkrieg, die Erosion der Trennlinie zwischen Militär- und Polizeiaktionen sowie die Aufhebung der Unterscheidung zwischen Kombattanten und Zivilbevölkerung.

Auch wenn man darüber streiten kann, ob der Gewaltpegel in der Welt eher zu- oder abgenommen hat, auf jeden Fall ist unübersehbar, dass es in den letzten Jah-

as a Tribe Among Tribes. Post-modern Militaries and Civil-Military Relations – An Update, in: Giuseppe Caforio/Marina Nuciari (Hrsg.), *Handbook of the Sociology of the Military*, 2nd Edition, Basel: Springer International Publ. 2018, 179–202.

54 So die empirisch fundierte These von *Harkness* (FN 45), 599.

55 *Ulrich Schneckener*, *States at Risk*. Zur Analyse fragiler Staatlichkeit, in: ders. (FN 41), 14.

56 *Mary Kaldor*, *Neue und alte Kriege*. Organisierte Gewalt im Zeitalter der Globalisierung, Frankfurt/M.: Suhrkamp 2000; *Herfried Münkler*, *Die neuen Kriege*, Reinbek: Rowohlt 2002.

57 Auf diese Auseinandersetzung wird an dieser Stelle nicht eingegangen, siehe dazu von *Bredow* (FN 10) 51–57.

ren zahlreiche Gewaltkonflikte und Kriege gab. Alle Beobachter stimmen auch darin überein, dass es sich dabei vermehrt um innerstaatliche Kriege handelt, wohingegen die „klassischen“ zwischenstaatlichen Kriege erheblich seltener geworden, wenn auch nicht gänzlich von der Bildfläche verschwunden sind.

Die Kennzeichnung solcher nicht-klassischer Kriege als innerstaatlich trifft allerdings den Sachverhalt nicht genau genug. Denn viele dieser gewaltsamen Konflikte spielen sich zwar innerhalb der Grenzen eines Staates ab, aber nicht immer kann man überhaupt noch von einem funktionierenden Staatsgebilde innerhalb solcher Grenzen sprechen. Außerdem spielen fast immer auch außenstehende Mächte direkt oder indirekt dabei eine Rolle. Staaten brechen auseinander wie das ehemalige Jugoslawien, und es entstehen auf ihrem Territorium mehrere Nachfolgestaaten. Oder sie implodieren und hinterlassen eine Art staatsfreie Zone wie in Libyen oder Somalia. Dort gibt es zwar verschiedene Regionalregierungen mit politischen Ambitionen, aber ohne die nötige Durchsetzungskraft. Die Kriseninterventionen internationaler Koalitionen kann solchen Staatsverfall nicht wirklich aufhalten. Nichtstaatliche Akteure mit militanter anti-westlicher Ideologie und religiös-revolutionären Fernzielen kämpfen mit den Mitteln des Terrors auf lokaler und regionaler, aber auch auf globaler Ebene, wie die Beispiele *al-Qaida* und anderer islamistischer Bewegungen zeigt.

Viele Regierungen in den Konfliktzonen Naher Osten, Afrika und Zentralasien reagieren auf solche Bedrohungen mit drakonischen Maßnahmen. Ihre Machthaber unterdrücken in ihrem Herrschaftsbereich alle Ansätze zu Entwicklung von Demokratie und zivilgesellschaftlichen Strukturen und greifen dabei ihrerseits auf Mittel des Terrors und auf Folter zurück.

Alle diese Vorgänge spielen sich in einer zunehmend (wenn auch nicht überall auf gleiche Weise) globalisierten Welt ab. Die internationalen Medien und insbesondere das Internet bilden diese Welt nur auf sehr verzerrte Weise ab. Aber sie haben schon längst ein weltweites Rezeptions-Netz geschaffen. Auf den globalisierten Finanzmärkten werden Entscheidungen getroffen, welche die Steuerungsmöglichkeiten der Staatsregierungen einschränken, besonders der kleineren und schwächeren, aber auch der scheinbar starken und stabilen. Das hat sich nicht unbedingt für die Bevölkerungen in den Ländern ausgezahlt, die von solchen Entscheidungen betroffen werden.

Wir können an dieser Stelle die Skizze der weltpolitischen Konfliktlagen abbrechen. Sie soll nur zeigen, dass es ein beträchtliches Gewaltpotential in der gegenwärtigen Welt gibt und vergleichsweise wenig Mittel, Methoden und mobilisierbare Erfahrungen zu seiner Eindämmung und Deeskalation.

5. Ausblick: Partisanen jenseits der Staatlichkeit

Solange der Partisan nur „leichte Truppe“ war, schreibt *Schmitt*, konnte man ihn sozusagen als „kriegswissenschaftliche Spezialität“⁵⁸ abbuchen. Erst der „revolu-

58 *Schmitt* (FN 1), 80.

tionäre Krieg“ habe ihn zu einer „Schlüsselfigur der Weltgeschichte“ gemacht. Mit dem Begriff des „revolutionären Krieges“ sind sowohl der Ost-West-Konflikt als auch die antikolonialistischen nationalen Befreiungskämpfe im 20. Jahrhundert gemeint.

Ist der Partisan, der Guerillakämpfer, Aufständische und Terrorist von heute nach wie vor eine Schlüsselfigur der Weltgeschichte? Kaum im Sinne eines Geburtshelfers „fortschrittlicher“ welthistorischer Neuerungen, eher schon als Impulsgeber für die Zersplitterung universalistischer Ordnungskonzepte. An die Stelle der etwas diffusen, sicherlich romantisch angehauchten Sympathie für den raum- und volksverbundenen Partisanen früherer Epochen sind in den westlichen Gesellschaften im Bewusstsein der eigenen infrastrukturellen Anfälligkeit Furcht und Schrecken getreten.⁵⁹

Unter dem Eindruck der Attentate vom 11. September 2011 und anderer schrecklicher Anschläge an vielen Orten der Welt seither neigen zudem viele Zeitgenossen spontan dazu, den Partisanen in der Rolle als Terrorist und als negative Schlüsselfigur der Gegenwart anzusehen.⁶⁰ Wer das tut, kann gewiss eine Menge guter Argumente für dieses Urteil anführen.

Das Kriegsbild der Gegenwart wird nicht von konventionellen zwischenstaatlichen Kriegen geprägt, sondern von unterschiedlichen Formen hybrider Kriege. In diesen Konflikten, deren gewaltsame Züge sich mischen mit subtiler Destruktivität jenseits physischer Gewaltanwendung, ist, um es auf paradoxe Weise zu formulieren, Irregularität die Regel. Zwar müssen sich die regulären Streitkräfte demokratischer Staaten (wie auch ihre Polizeikräfte) an rechtsstaatliche und kriegsvölkerrechtliche Vorgaben halten. Aber gerade im „Krieg gegen den Terrorismus“ hat sich gezeigt, wie sich die Grauzone zwischen Irregularität und Regularität ausgedehnt hat. Regeln für die unkonventionelle hybride Kriegführung, die von *allen* Protagonisten akzeptiert und sogar auch eingehalten werden, kann es *per definitionem* nicht geben. Die zunehmende Verwundbarkeit der Funktionssysteme moderner Gesellschaften, gleichviel auf welcher Entwicklungsstufe, hat ihre Regierungen angetrieben, nach Rezepturen für mehr Sicherheit zu suchen. Das wiederum hat die Suche nach Techniken und Methoden zum Aushebeln aller getroffenen Sicherheitsvorkehrungen intensiviert. Man sieht das am deutlichsten und liest in immer kürzer werdenden Abständen darüber, wenn es um Cybersicherheit und Hackerangriffe auf Netzdaten geht. Weniger „Kosmopartisanen“, wie Schmitt seinerzeit befürchtete, vielmehr „Cyberpiraten“ werden uns in der nahen Zukunft immer wieder aufschrecken.

Die überlieferte Partisanen-Vision des 19. und 20. Jahrhunderts waren Befreiung von Fremdherrschaft und nationale Selbstbestimmung. Von ihr ist zu Beginn dieses Jahrhunderts nicht viel übrig geblieben. An ihre Stelle sind einerseits orga-

59 Aaron M. Young Sr./David H. Gray, *Insurgency, Guerilla Warfare and Terrorism: Conflict and its Application for the Future*, *Global Security Studies* 2 (2011), N° 4, 65–76.

60 So etwa Alfred C. Goodson, *Kosmopiraten, Kosmopartisanen: Carl Schmitt's Prophetic Partisan*. in: *Iablis. Jahrbuch für europäische Prozesse*, 3/2004, www.iablis.de/iablis_t/2004/goodson04.htm.

nisierte Kriminalität und andererseits polit-religiöser Fanatismus⁶¹ getreten. Gegen beides sind die regulären Streitkräfte der Staaten zwar nicht völlig machtlos. Aber ohne weitgehende Reformen (Aufstellung von Spezialkräften; Erhöhung der Mobilität; vermehrter Einsatz von aus weiter Ferne steuerbarer Waffensysteme u. a. m.) bleiben sie ineffizient.

Die Partisanen der vor uns liegenden Jahre kämpfen weiterhin auf dem Boden der Irregularität. Sie werden ihre Mobilität weiter perfektionieren. Aber ihren telurischen Charakter haben sie weitgehend eingebüßt. Und das besonders intensive politische Engagement hat einem kulturellen Fundamentalismus Platz gemacht, der bestimmte Eigenschaften offener Gesellschaften und bestimmte Mechanismen der Globalisierung geschickt auszunutzen versteht. Ob die Epoche der Staatlichkeit weiter ihrem Ende entgegengeht, wie *Schmitt* vermutete, lässt sich nicht mit Bestimmtheit sagen. Aber die Partisanen des 21. Jahrhunderts sind Partisanen jenseits der Staatlichkeit.

Literaturverzeichnis

- J. 'Bayo Adekson, Ethnicity and army recruitment in colonial plural societies, *Ethnic and Racial Studies* 2 (1979), 151–165.
- André Beaufre, *Die Revolutionierung des Kriegsbildes. Neue Formen der Gewaltanwendung*. Stuttgart: Seewald Verlag 1973.
- Dietrich Beyrau/Michael Hochgeschwender/Dieter Langewiesche (Hrsg.), *Formen des Krieges. Von der Antike bis zur Gegenwart*, Paderborn: F. Schöningh 2007.
- Bernard Boëne, *The Military as a Tribe among Tribes. Post-modern Militaries and Civil-Military Relations – An Update*, in: Giuseppe Caforio/Marina Nuciari (Hrsg.), *Handbook of the Sociology of the Military*, 2nd Edition, Basel: Springer International Publ. 2018, 179–202.
- N. E. Bou-Nackli, *Les Troupes Spéciales. Religious and Ethnic Recruitment 1916–1946*, *International Journal of Middle East Studies* 25 (1993), 645–660.
- Sebastian Buciak (Hrsg.), *Asymmetrische Konflikte im Spiegel der Zeit*, Berlin: Verlag Dr. Köster 2008.
- Hedley Bull, *The Anarchical Society. A Study of Order in World Politics*. London: Macmillan 1977.
- Carl v. Clausewitz, *Vom Kriege*, hrsg. v. Werner Hahlweg, 18. Aufl. Bonn: F. Dümmler Verlag 1973.
- James Connolly, *Revolutionary Warfare*. Introduction by Michael O’Riordan. Dublin und Belfast: New Books Publications 1968.
- Brian Crozier, *Die Rebellen. Anatomie des Aufstands*, München: Paul List Verlag 1961.
- Karl W. Deutsch, *Nationenbildung – Nationalstaat – Integration*. Düsseldorf: Bertelsmann Universitätsverlag 1972.
- Dieter Farwick, *Kleinkriege, die unterschätzte Kriegsform. Warum die Zukunft von Kriegen den Guerillas, Partisanen und Hackern gehört*, Bad Schussenried: Gerhard Hess Verlag 2016.

61 Craig Whiteside, *New Masters of Revolutionary Warfare. The Islamic State Movement (2002–2016), Perspectives on Terrorism* 10 (2016), 4–18.

- Klemens H. Fischer, Kriegsvölkerrechtliche Aspekte der Kennzeichnung von Kriegsteilnehmern, in: Erwin A. Schmidt (Hrsg.), *Freund oder Feind? Kombattanten, Nichtkombattanten und Zivilisten in Krieg und Bürgerkrieg seit dem 18. Jahrhundert*, Frankfurt/M.: Peter Lang 1995, 169–180.
- Vo Nguyen Giap, *Volkskrieg, Volksarmee*. München: Trikont Verlag 1968.
- Alfred C. Goodson, *Kosmopiraten, Kosmopartisanen: Carl Schmitt's Prophetic Partisan*. In: *Iablis. Jahrbuch für europäische Prozesse* 3-2004. www.iablis.de/iablis_t/2004/goods_on04.htm.
- Ted Robert Gurr, *Why Minorities Rebel. A Global Analysis of Communal Mobilization and Conflict since 1945*, *International Political Science Review* 14 (1993), 161–201.
- Werner Hahlweg, *Guerilla. Krieg ohne Fronten*. Stuttgart: W. Kohlhammer Verlag 1968.
- Kristen A. Harkness, *The Ethnic Army and the State. Explaining Coup Traps and the Difficulties of Democratisation in Africa*, *Journal of Conflict Resolution* 60 (2016), 587–616.
- Beatrice Heuser, *Rebellen-Partisanen-Guerilleros. Asymmetrische Kriege von der Antike bis heute*, Paderborn: F. Schöningh 2013.
- Beatrice Heuser (Hrsg.), *Small Wars and Insurgencies in Theory and Practice, 1500–1850*, London: Routledge 2016.
- Jochen Hippler, *Krieg im 21. Jahrhundert. Militärische Gewalt, Aufstandsbekämpfung und humanitäre Intervention*, Wien: Promedia 2019.
- Frank G. Hoffman, *Conflict in the 21st Century: The Rise of Hybrid Wars*. Arlington, VA: The Potomac Institute for Policy Studies 2007.
- Mary Kaldor, *Neue und alte Kriege. Organisierte Gewalt im Zeichen der Globalisierung*. Frankfurt/M.: Suhrkamp Verlag 2000.
- John Keegan, *Die Kultur des Krieges*, Berlin: Rowohlt-Berlin Verlag 1995.
- David Kilcullen, *The Evolution of Unconventional Warfare*, *Scandinavian Journal of Military Studies* 2(2019), 61–71.
- Alain Labrousse, *Les Tupamaros. La Guérilla urbaine en Uruguay*. Paris: Edition du Seuil 1971.
- Robert F. Lamberg, *Die castristische Guerilla in Lateinamerika. Theorie und Praxis eines revolutionären Modells*. Hannover: Verlag für Literatur und Zeitgeschehen 1971.
- Joe Lunn, *Les Races Guerrières. Racial Preconceptions in the French Military about West African Soldiers during the First World War*, *Journal of Contemporary History* 34 (1999), 517–536.
- Carlos Marighella, *Minimanual of the Urban Guerrilla*. 1969. <https://www.marxists.org/archive/marighella-carlos/1969/06/minimanual-urban-guerrilla/>.
- Mao Tse-tung, *Theorie des Guerillakrieges oder Strategie der Dritten Welt. Einleitender Essay von Sebastian Haffner*. Reinbek: Rowohlt Taschenbuch Verlag 1966.
- Herfried Münkler, *Die neuen Kriege*. Reinbek: Rowohlt Verlag 2002.
- Herfried Münkler, *Über den Krieg. Stationen der Kriegsgeschichte im Spiegel ihrer theoretischen Reflexion*. Weilerswist: Velbrück Wissenschaft 2002.
- Herfried Münkler (Hrsg.), *Der Partisan. Theorie, Strategie, Gestalt*. Wiesbaden: Westdeutscher Verlag 1990.
- F. S. C. Northrop, *The Taming of the Nations. A Study of the Cultural Bases of International Policy*. New York: Macmillan 1953.
- Martin Rink, *The German wars of liberation 1807–1815. The restrained insurgency*, in: Beatrice Heuser (Hrsg.), *Small Wars and Insurgencies in Theory and Practice, 1500–1850*, London: Routledge 2017, 92–106.
- Gerd Roellecke, *Kriegsrecht, Kriegskunst und Kriegsbegriff. Zum Problem der asymmetrischen Kriege*. *Der Staat* 50 (2011), S. 567–580.

- James N. Rosenau, *Turbulence in World Politics. A Theory of Change and Continuity*. Princeton, N. J.: Princeton University Press 1990.
- Kaushik Roy, Race and Recruitment in the Indian Army 1880–1918, *Modern Asian Studies* 47 (2013), 1310–1347.
- James R. Scarritt/Susan McMillan, Protest and Rebellion in Africa. Explaining Conflicts Between Ethnic Minorities and the State in the 1960s, *Comparative Political Studies* 28 (1995), 323–349.
- Peer Schmidt, Der Guerrillero. Die Entstehung des Partisanen in der Sattelzeit der Moderne – eine atlantische Perspektive 1776–1848, *Geschichte und Gesellschaft* 29 (2003), 161–190.
- Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen*. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien. Berlin: Duncker & Humblot 1963.
- Carl Schmitt, *Theorie des Partisanen*. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen. Berlin: Duncker & Humblot 1963.
- Carl Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*. Berlin: Duncker & Humblot 1988³.
- Ulrich Schneekener, States at Risk. Zur Analyse fragiler Staatlichkeit, in: ders. (Hrsg.), *Fragile Staatlichkeit. 'States at Risk' zwischen Stabilität und Scheitern*, Baden-Baden: Nomos 2006, 9–40.
- Natalia Springer, *Die Deaktivierung des Krieges. Zur Demobilisierung von Gesellschaften nach Bürgerkriegen*, Baden-Baden: Nomos 2008.
- Peter Schröder, Die Hegung des Krieges und der Feind *hors la loi*. Piraten, Partisanen und Terroristen, in: Rüdiger Voigt (Hrsg.), *Freund-Feind-Denken. Carl Schmitts Kategorie des Politischen*, Baden-Baden: Nomos 2021², 229–249.
- Rolf Schroers, *Der Partisan. Ein Beitrag zur politischen Anthropologie*. Köln: Kiepenheuer & Witsch 1961.
- Josef Schröfl/Thomas Pankratz (Hrsg.), *Asymmetrische Kriegführung – ein neues Phänomen der Internationalen Politik?*, Baden Baden: Nomos Verlag 2004.
- Oliver Tamminga, *Hybride Kriegführung. Zur Einordnung einer aktuellen Erscheinungsform des Krieges*, SWP-Aktuell 27/2015.
- Benno Teschke, Carl Schmitt's Concepts of War. A categorical Failure, in: Jens Meierheirich/Oliver Simons (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, Oxford: Oxford University Press 2016, 367–400.
- Rod Thornton, *Asymmetric Warfare. Threat and Response in the 21st Century*. Cambridge: Polity Press 2007.
- David Tucker (2006): *Confronting the Unconventional: Innovation and Transformation in Military Affairs*. www.au.af.mil/au/awc/xcgate/ssi/innovation_tucker.pdf.
- The U.S. Army + Marine Corps Counterinsurgency Field Manual (2007). Chicago: The University of Chicago Press.
- Martin van Creveld, *Aufstieg und Untergang des Staates*, Stuttgart: Gerling Akademie Verlag 1999.
- Martin van Creveld, *Die Zukunft des Krieges*. Stuttgart: Gerling Akademie Verlag 1998.
- Wilfried von Bredow, *Sicherheit, Sicherheitspolitik und Militär. Deutschland seit der Vereinigung*. Wiesbaden: Springer VS 2015.
- Wilfried von Bredow, Melancholische Romantik und Organisierte Kriminalität. Carl Schmitts Theorie des Partisanen im 21. Jahrhundert, in: Roberto Bueno (Hrsg.), *Carl Schmitt*, São Paulo: Editora Max Limonad 2021, 799–840.
- Wilfried von Bredow, Ein Konstrukt, aber kein Akteur: Die internationale Gemeinschaft zwischen Heterogenität und Verrechtlichung. In: Lappenküper, Ulrich/Reiner Marcowitz,

- (Hrsg.): *Macht und Recht. Völkerrecht in den internationalen Beziehungen*. Paderborn: F. Schöningh Verlag 2010, 295–313.
- Wilfried von Bredow, New, Non-Traditional Roles for the Military, in: Leena Pamar (Hrsg.), *Armed Forces and the International Diversities*, Jaipur: Pointer Publ. 2002, 147–161.
- Jens Warburg, *Das Militär und seine Subjekte. Zur Soziologie des Krieges*, Bielefeld: Transcript 2008.
- Felix Wassermann, *Asymmetrische Kriege. Eine politiktheoretische Untersuchung zur Kriegführung im 21. Jahrhundert*, Frankfurt/M.: Campus 2015.
- Craig Whiteside, New Masters of Revolutionary Warfare. The Islamic State Movement 2002–2016, *Perspectives on Terrorism* 10 (2016) 4–18.
- Aaron M. Young Sr./David H. Gray, Insurgency, Guerilla Warfare and Terrorism. Conflict and its Application for the Future, *Global Security Studies* 2 (2011), 65–76.

Völkerrechtliche Ächtung von Akten des staatlichen Terrorismus: Wunschtraum oder Möglichkeit?

Michael Kilian

Abstract Deutsch

Nicht nur „privater“ internationaler Terrorismus bedroht die Weltgemeinschaft, sondern, wie der Fall Khashoggi zeigt, auch der staatlich initiierte „Staatsterrorismus“ im Ausland. Diese Spielart des internationalen Terrorismus ist eher noch verwerflicher, da er die völkerrechtliche Integrität des Staates und das öffentliche Wohlwollen auf seiner Seite hat, und damit auch einen moralischen Anschein.

Inhalt dieses Beitrags ist es, die Augen auf dieses Phänomen des Terrorismus zu lenken, und zu zeigen, ob und – wenn möglich – wie es gelingen kann, nicht nur den „privaten“, sondern auch den offenen und verdeckten staatlichen „internationalen Terrorismus“ durch die Völkerrechtsgemeinschaft zu ächten. Nur ein ferner Traum der Gerechtigkeit in einer immer unfriedlicher werdenden Welt?

Abstract English

It is not only „private“ international terrorism that threatens the world community, but also, as shown in the case of Khashoggi, state-initiated „state terrorism“ abroad. This type of international terrorism is even more worthy of condemnation as it benefits from the international legal integrity of the state and the goodwill of the public, carrying with it a semblance of morality.

This contribution intends to shed light on this phenomenon of terrorism and to discuss whether it is possible for international law to proscribe not only the „private“, but also the open and the covert international terrorism by a state. Is this only a distant dream, a chimera of justice in a world turning ever more into the direction of unbounded violence?

1. Das Phänomen des Internationalen Terrorismus und der Staatsterrorismus

1.1. Der Internationale Terrorismus im historischen Erscheinungsbild des Völkerrechts

Terroranschläge in den unterschiedlichsten Formen entspringen nicht nur der Initiative privater Individuen¹ und Gruppen aller Art², sondern sind von jeher auch

1 Bsp. aus jüngerer Zeit Anders Behring Breivik, der 2011 zwei Anschläge in Oslo und auf der Insel Utøya mit zahlreichen Opfern verübte.

2 Überblick z.B. bei Torsten Stein/Christian von Buttlar, Völkerrecht, 13. A. 2012, § 52, Rd. 841 ff., 846 ff., s.a. den IGH Nicaragua case, ICJ Rep. 1986, 14, p. 103; Andreas von Arnould, Völkerrecht, 2012, § 13 Rd. 1076 ff.

Mittel „offizieller“, staatlicher Einrichtungen, somit staatlichen Ursprungs. Das staatliche Recht galt zwar für die eigenen oder auch fremden Staatsbürger, bei sich selbst nahm es der Staat nicht so genau. Dies rügte bereits Augustin in seinem Werk *De civitate Dei*, wenn er dort feststellt: „Reiche ohne Gerechtigkeit (= Bindung an das Recht), was sind sie anders als große Räuberhöhlen?“³. Dies bedeutet, dass, wenn der Staat von seinen Untertanen Rechtstreue erwartet, er sich auch selbst an das von ihm – oder von Gott – gesetzte Recht zu halten hat. Denn es kann nicht im Sinne seiner Staatsbürger sein, wenn ihr Staat im In- oder Ausland Verbrechen begeht⁴. Ausnahmen mögen in inneren oder äußeren Notstandsfällen zur Selbsterhaltung gerechtfertigt sein, sei dieses zugleich Pflicht wie ethisches Gebot. Aber die staatliche „twilight zone“ der Sicherheitsapparate, die dies gewährleisten sollen, bleibt dennoch eine solche, auch in Rechtsstaaten⁵. Und die Justiz wird allzu oft zum Handlanger der Exekutive⁶. Unentbehrlich in Demokratien ist die strikte, effiziente parlamentarische Kontrolle jedes Nachrichtendienstes⁷. Ist also „Macht an sich böse, gleichviel, wer sie ausübt“⁸, und alles Streben, sie rechtlich einzubinden von vornherein vergeblich? Staatliche Geheimapparate hat es in unterschiedlicher Form immer schon gegeben. Waren sie aber noch im 19. Jahrhundert eher eine Randerscheinung, abgesehen vielleicht vom napoleonischen Frankreich und vom Zarenreich, so war es der Beruf des zwanzigsten Jahrhunderts, wahre Geheimdienstregimes zu schaffen⁹.

Und so liest man in der Tagespresse – auch eines kleinen Staates wie Österreich – immer wieder Nachrichten wie diese:

Linz, London. Toter Agent. Ein ehemaliger Geheimdienst-Agent ist tot in seiner Wohnung in Wels aufgefunden worden. Der Italiener mit dänischem Pass galt als Hauptverdächtiger im 1978 begangenen Mord an dem bulgarischen Dissidenten Georgi Markow in London. Er hatte sich in den 2010er Jahren als Antiquitätenhändler in Wels nieder gelassen.

- 3 Aurelius Augustinus von Hippo (354–430), *De civitate Dei*, 413–426, 4.4. S. etwa Josef Isensee, *Die alte Frage nach der Rechtfertigung des Staates. Stationen in einem laufenden Prozeß*, JZ 1999, S. 265 ff. (268 f.).
- 4 Dazu etwa Hans-Joachim Cremer, John Rawls’ „The Law of Peoples“ – Ein tauglicher Ansatz für eine Philosophie der internationalen Beziehungen? in: H.-J. Cremer/Th. Giegerich/D. Richter/A. Zimmermann (Hg.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts*, FS f. Helmut Steinberger, Heidelberg 2002, S. 97 ff.
- 5 S. etwa Tim Weiner, *CIA: Die ganze Geschichte*, Fischer, Frankfurt/M. 2009.
- 6 Dazu anschaulich und bestürzend das klassische Werk von Otto Kirchheimer, *Politische Justiz*, 1961, dt. 1965 und 1981.
- 7 Dazu Vera Christopeit/Heinrich Amadeus Wolff, *Die Reformgesetze zur parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste*, ZG 2010, S. 77 ff.
- 8 Jacob Burckhardt, *Weltgeschichtliche Betrachtungen* (1905 aus dem Nachlass herausgegeben), zit. nach Ullstein–TB Nr. 79, 1969, S. 87. A. A. Carl Schmitt: „Macht ist etwas ganz Fremdes, dem machtragenden Menschen selber ebenso fremd wie dem machtunterworfenen“, *Glossarium. Aufzeichnungen aus den Jahren 1947 bis 1958*, hg. von G. Giesler/M. Tielke, Berlin 2015, S. 119 (3.6.1948).
- 9 Umfassend Hannah Arendt, *Elemente und Ursprünge totalitärer Herrschaft*, 1951, dt. 1955, Serie Piper Nr. 1032, 1986 ff., S. 627 ff.

2014 wurden die Ermittlungen gegen ihn dann ergebnislos eingestellt. *Kleine Zeitung Graz* v. 18.8.2021, S. 10¹⁰.

Spätestens in der Zeit der Geltung universeller Menschenrechte in den verschiedensten internationalen und regionalen Konventionen des zwanzigsten Jahrhunderts müsste es jedoch ein Gemeinplatz sein, dass die Rechtsbindung des Staates auch in seiner internen wie externen Gewaltausübung zu verankern ist¹¹. Denn die Menschenrechte zählen heute – jedenfalls in ihrem Kernbereich – zum *ius cogens* des Völkerrechts¹². Die EU und ihre Mitglieder verstehen sich selbst als Rechts- und Demokratiegemeinschaft (Art. 2 EUV)¹³. Zwar ist der private oder scheinbar private, jedenfalls nicht explizit staatliche internationale Terrorismus, etwa von Einzelattentätern, Anarchisten, Geheimbünden, Fundamentalisten, Aufständischen, Befreiungsbewegungen etc. auch in der Neuzeit immer präsent gewesen¹⁴. Viel gefährlicher, weil ubiquitär und in tiefste Tiefen (= *arcana*) reichend, ist aber der staatliche, auch im Ausland eingesetzte Terrorismus, der vorwiegend von Geheimdiensten¹⁵ oder von deren Beauftragten und von Geheimpolizeien¹⁶ ausgeübt wird,

- 10 Weitere Nachrichten lauten z.B.: Weißrussischer Aktivist Vitali Schischow beim Joggen erhängt in Ukraine aufgefunden worden, *Kleine Zeitung Graz* v. 3.8.2021 und SPIEGEL online v. 3.8.2021. Ingrid Steiner-Gashi, Lukaschenkos langer Arm? Aktivist im Exil tot aufgefunden, *Kurier Wien* v. 4.8.2021, S. 8. Paul Flückinger, Der mysteriöse Tod des Vitali Schischow, *Die Presse Wien* v. 4.8.2021, S. 3. Michaela Reibenwein, Lebenslange Haft nach Mord an Blogger, *Kurier Wien* v. 7.8.2021, S. 20. Mord an tschetschenischem Regimekritiker in Wien am 4.7.2020 durch tschetschenischen Waffenhändler. Susanne Güsten, Verfolgung ohne Grenzen: Die Türkei entführt im Ausland sowie Wolfgang Greber, Das geheime Instrument der Macht, beide in: *Die Presse am Sonntag Wien* v. 22.8.2021, S. 34.
- 11 Als Beispiel Armin Höland, Rechts- und Moralbildung in Europa durch die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in: Joachim Renzikowski (Hg.), *Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentlichen Recht*, 2004, S. 9 ff. S. auch Kay Hailbronner, Die Autorität der Völkerrechtsordnung, in: Torsten Stein (Hg.), *Die Autorität des Rechts. Verfassungsrecht, Völkerrecht, Europarecht*, Referate anlässlich des 65. Geburtstags von Karl Doehring, 1984, Heidelberg 1985, S. 35 ff.
- 12 Vgl. Thomas Oppermann, Menschenrechte in Europa und in der Welt – die juristische Gewährleistung heute, in: B. von Behr/L. Huber/A. Kimmi/M. Wolff (Hg.), *Perspektiven der Menschenrechte. Beiträge zum fünfzigsten Jubiläum der UN-Erklärung*, 1999, S. 51 ff. (64).
- 13 S. a. Art. 3 V, 6, 7, 8 EUV i.V.m. der EU-Grundrechtecharta. Eingehend Th. Oppermann/C.D. Classen/M. Nettesheim, *Europarecht*, 6. A. München 2014, § 15, S. 241 ff., Rd. 1 ff.
- 14 Beispiele sind die Ermordung des österreich-ungarischen Thronfolgers Franz Ferdinand und seiner Gattin am 28. Juni 1914 in Sarajewo und das Attentat auf König Alexander I. von Jugoslawien und den französischen Außenminister Barthou am 9. Oktober 1934 in Marseille durch serbische bzw. kroatische Geheimbündler, wobei die staatliche Beteiligung am Attentat in Sarajewo bis heute ungeklärt ist.
- 15 Jenseits des Klischees von 007–James Bond oder der Romantik in den Erzählungen und Romanen von W. Somerset Maugham, Graham Greene, Eric Ambler oder John le Carré. Die Realität zeigen die Fälle Chelsea Elizabeth Manning und Julian Assange nur zu deutlich. S. etwa Peter Nonnenmacher, Wird Assange jetzt an die USA ausgeliefert?, *Kleine Zeitung Graz* v. 11.12.2021, S. 14 f.

wie Friedrich Nietzsche offen aussprach: „Der Staat ist das kälteste aller kalten Ungeheuer. Kalt lügt er auch ...“¹⁷.

Seit geraumer Zeit bemüht sich die Völkerrechtsgemeinschaft, dem internationalen Terrorismus, der besonders ab dem Anschlag im Olympischen Dorf 1972 in München und der darauf folgenden Serie von Luftpiraterieakten¹⁸ in immer größerer Häufigkeit und Intensität auftrat, rechtlich zu begegnen¹⁹. Dies geschieht in Absichtserklärungen, Beschlüssen und regionalen wie internationalen Konventionen²⁰. Besonders die International Law Association (ILA) begann, sich mit diesem Phänomen mit Ressorts auf ihren Tagungen regelmäßig zu befassen²¹, ehe sich die UNO dieses Themas in Konventionsentwürfen annahm²² und eine Reihe von internationalen und auch regionalen Abkommen zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus abgeschlossen wurde²³.

International auftretender Terrorismus wird jedoch in der Öffentlichkeit immer noch als ein Phänomen betrachtet, das vorwiegend von nicht-staatlichen, „privaten“ oder privat organisierten Gruppen ausgeht²⁴. Eine internationalrechtliche Gesamt-Ächtung aller Spielarten des Terrorismus, namentlich auch spezifisch staatlicher Aktivitäten, die sich v.a. in Gewaltakten von Geheimdiensten (Morde, Entführungen²⁵, Giftanschläge²⁶, Sprengstoffattentate und vergleichbare schwere Straf-

16 Geheimpolizeien zählten zu den Geißeln des 20. Jahrhunderts: Gestapo, SD, Tschecha, GPU, NKWD, MGB, KGB, StB, AVH, SAVAK, Securitate usf. S. a. Tim Weiner, CIA. Die ganze Geschichte a.a.O.

17 Friedrich Nietzsche (1844–1900), Also sprach Zarathustra. Ein Buch für alle und keinen, 1883/85, Erster Teil. Die Reden Zarathustras, 1883, Von neuen Götzen. So soll die Spionage neben dem Ackerbau und der Viehzucht sowie der Prostitution zu den ältesten Gewerben der Weltgeschichte zählen.

18 Vereinzelt auch Seepiraterie: s. die Fälle Santa Maria und Achille Lauro.

19 S. etwa Thomas Oppermann, Der Beitrag des Internationalen Rechts zur Bekämpfung des Internationalen Terrorismus, in: Ingo von Münch (Hg.), Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht, FS für Hans-Joachim Schlochauer, Berlin/New York 1981, S. 496 ff., und ders., The Part Played by International Law in Combating International Terrorism, Law and State, Vol. 25, 1982, p. 116 ff.

20 Liste der aktuell geltenden internationalen und regionalen Anti-Terrorismus-Abkommen bei wikipedia „Anti-terrorism legislation“, Std. 24.5.2021.

21 S. ILA–59th–Report, Belgrade 1980, p. 493 ff./503 ff. und nachfolgende Reports Montreal 1982, p. 349 ff., 366 ff. und Paris 1984, p. 313 ff., 323 ff.

22 Übersicht von Javier Ruperez, The United Nations in the Fight Against Terrorism, Counter Terrorism Committee, Executive Directorate, o.J.

23 Herleitung und Überblick bei Doris König, Stichwort „Terrorismus“, in: Rüdiger Wolfrum (Hg.), Handbuch Vereinte Nationen, 2. A., München 1991, S. 847 f.

24 Historische Fälle und ihre dogmatische Einordnung s. Michael Kilian, Zur völkerrechtlichen Verantwortlichkeit des Staates bei Akten des Internationalen Terrorismus, NZWehr 1982, S. 121 ff., basierend auf ders., Internationaler Terrorismus und völkerrechtliche Haftung des Staates, unv. paper 1977. Grundlegend zur Terrorismusdebatte Thomas Bruha, Neuer Internationaler Terrorismus: Völkerrecht im Wandel? in: Koch (Hg.), Terrorismus – Rechtsfragen der äußeren und inneren Sicherheit, 2002, S. 51 ff.

25 S. etwa den Fall des späteren algerischen Staatspräsidenten Ahmed Ben Bella, der 1956 durch französische Agenten durch Kaperung eines marokkanischen Flugzeugs nach Frankreich entführt wurde.

taten bis hin zu „Kriegen gegen die Drogen bzw. den Terror“²⁷ äußern – außerhalb der üblichen, gewaltfreien Nachrichtenbeschaffung²⁸ – steht weiterhin aus (s. dazu (1) bis (4).

- (1) „*Staatsterrorismus*“²⁹: Ein Staat, der international handelt, sei es völkerrechtlich erlaubt oder nicht, handelt stets politisch, nicht privat³⁰. So wie es ein „dark net“ gibt, gibt es auch einen „dark state“ (= „tiefer Staat“)³¹. Geheimdienstaktionen werden zudem immer häufiger mit Hilfe unbemannter ferngesteuerter Flugkörper (sog. Drohnen) ausgeführt, die neben mutmaßlichen Terroristen auch unschuldige Zivilisten treffen³².
- (2) „*Beauftragte Sicherheitsunternehmen*“: Im Zusammenhang mit Geheimdienstaktionen tauchen immer öfters auch Angehörige privater Sicherheitsunternehmen (sog. PMC) auf – z.B. Blackwater oder Wagner –, die im Auftrag von Regierungen oder von ihnen verantworteten Geheimdiensten tätig werden und dabei ebenfalls Verbrechen begehen oder solche vorbereiten³³. Dasselbe gilt für das internationale Söldnertum, das bereits in den Kongo-Wirren ab 1960 eine unselige Rolle spielte.
- (3) „*Geheim- und Sonderpolizeien*“: Ein weiteres Desiderat ist die Ächtung staatlicher Gewaltformationen wie Sonderpolizeien, politische (Geheim-)Polizeien, Spezialkommandos etc., soweit diese gegen die Zivilbevölkerung unverhältnismäßig eingesetzt werden³⁴.

26 Etwa 2004 der Dioxin-Anschlag auf den ukrainischen Ministerpräsidenten Wiktor Juschtschenko.

27 Kolumbien, Mexiko, Philippinen.

28 Soweit diese nicht längst digital oder per Satellitenaufnahmen erfolgt.

29 Grundlegend Albert Camus, *Der Mensch in der Revolte*, 1951, dt. 1953, zit. nach Rowohlts-TB Nr. 1216, 1969 ff., S. 144 ff. (irrationaler Terror) bzw. S. 152 ff. (rationaler Terror). Bsp. unter vielen das Foltergefängnis der US-Armee im auf Kuba gelegenen US-District Guantanamo oder die Anschläge des nordkoreanischen Diktators Kim-Jong-un auf Verwandte im Ausland.

30 Grundsätzlich dazu Juliane Kokott, *Der Begriff „politisch“ im Normenzusammenhang nationalen und internationalen Rechts*, ZaöRV Bd. 51 (1991), S. 603 ff.

31 Gemeint ist das, was nicht an die Öffentlichkeit darf oder soll und in den Tiefen des Behördenapparats versickert. Erschreckende Beispiele (auf deutschem Boden) bei Peter Anders, „Ich bin doch bitte unschuldig!“. Der Fall Vera Brühne, 2012; zu erwähnen wären neben dem Fall Brühne auch die Fälle Barschel und NSU. Selbst urdemokratische Staaten wie Schweden weisen solche Phänomene auf, wie die Fälle Olof Palme oder Estonia zeigen. Hierzu braucht man keine Verschwörungstheorien zu bemühen.

32 Umfassend Olivia Barth, *Zivilpersonen im modernen Luftkrieg. Herausforderungen des Rechts des bewaffneten Konflikts im Hinblick auf den Schutz von Zivilpersonen im Rahmen von Luftoperationen* (Diss. 2019 Frankfurt/Oder), Berlin 2020, hier S. 54.

33 So wurden lt. New York Times in den Jahren 2014/2015 und 2017 in den USA vier Mitglieder des saudi-arabischen Kommandos durch die Fa. Tier 1 Group ausgebildet, die 2018 den Journalisten Jamal Khashoggi offenbar bestialisch ermordeten (s. ORF NEWS v. 23.6.2021). S. dazu z.B. Rainer Hermann, *Die Achse des Scheiterns. Wie sich die arabischen Staaten zugrunde richten*, Klett-Cotta, Stuttgart 2021, S. 53 und speziell S. 133, 134 ff.

34 Hierfür gibt es Beispiele in Italien (G8-Gipfel 2001 in Genua), Spanien (Barcelona-Demonstrationen 2017/18) oder in Frankreich. Dort ist die CRS besonders berüchtigt.

- (4) „*Todeskommandos*“: Es besonders extremes Übel stellt die von Zeit zu Zeit zu beobachtende Existenz von sog. „Todesschwadronen“ dar, soweit solche unmittelbar oder mittelbar für eine Regierung tätig werden³⁵. Und dies einerlei, ob sie im Inland oder – wie öfters geschehen³⁶ – im Ausland erfolgen. Es ist nicht bekannt, dass die Völkerrechtsgemeinschaft derartige Verbrechen, wie sie z.B. in Argentinien zwischen 1976 und 1983 verübt worden sind, ausdrücklich geächtet hätte³⁷.

Sind Todesschwadronen oder Mordkommandos ein Extrem, so bestehen bei Sonderpolizeien (im Angelsächsischen recht plastisch riot police benannt) graduelle Unterschiede bei der Intensität ihres Einsatzes durch die jeweilige Regierung³⁸. Soweit der polizeirechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der als Allgemeiner Rechtsgrundsatz des Rechts der Staatengemeinschaft (und als Gewohnheitsrechtspflicht) gem. Art. 38 Abs. 1 b) und c) IGH-Statut überall in der Welt gilt, überschritten ist, wäre an eine internationale Ächtung auch solcher Vorgänge zu denken.

1.2. Historische Vorfälle

1.2.1. Das allgemeine Phänomen des Staatsterrorismus

Seit Neuestem ist auch der Staatsterrorismus in aller Munde; wieder einmal, nachdem durch Geheimdienste Saudi-Arabiens, Russlands und Weißrusslands Regimegegner im Ausland angegriffen, ermordet oder entführt worden sind³⁹. Jedoch ist dies keine neue Erscheinungsform staatlichen Handelns in den Grauzonen vor- und außerkriegerischer Situationen. Sowohl in Friedenszeiten als auch in Spannungsperioden („Kalter Krieg“, „Krieg gegen den Terror“⁴⁰) existierte und existiert unter den Staaten ein permanenter „Krieg der Geheimdienste“⁴¹, der außer den üblichen

35 Beispiele gibt es aus Argentinien, Brasilien, Chile, Uruguay und Kolumbien, aber auch aus manchen anderen Ländern, etwa in Mittelamerika und der Karibik wie in El Salvador oder Haiti.

36 Man denke an den Terror der russischen OMON-Spezial-Polizeikräfte in den Ländern des Baltikums, als sich diese ab 1990 von der Sowjetunion zu lösen suchten und ihre Unabhängigkeit anstrebten. S. Artikel „OMON (Rußland)“, wikipedia Std. 9.2. 2021.

37 Ein Beispiel ist die Untätigkeit der deutschen Bundesregierung gegenüber dem argentinischen Folterregime des Generals Jorge Rafael Videla und anderer im Fall der Tochter des Tübinger Theologen Ernst Käsemann. Erst 2004 wurde von der Bundesrepublik ein (erfolgloses) Auslieferungersuchen für Videla an Argentinien gestellt.

38 Bsp. Einsatz der Sonderpolizei in Barcelona im Rahmen der Separatismus-Bewegung Kataloniens.

39 S. aus der Presse z.B. Burkhard Bischof, Von Trotzki bis Khashoggi, Wenn Regime töten lassen, DIE PRESSE Wien, v. 15.2.2021, S. 22/23.

40 S. oben Guantanamo.

41 So leistet sich der Kleinstaat Österreich gleich drei unabhängige Geheimdienste. S. etwa Kurt Tozzer/Günther Kallinger, Todesfalle Politik: Vom OPEC-Überfall bis zum Sekyra-Selbstmord, Wien 1999. Der Auslandsgeheimdienst der Mittelmacht Deutschland

Formen des Auskundschaftens, Überwachens, der Handy-Ausspähung, des Abhörens, Fälschens, Bestechens, Beschattens, Bespitzeln⁴², der Verfolgung (stalking), der Desinformation⁴³, des Kompromittierens, der Falschaussage und Verleumdung und Rufschädigung u. dgl., auch Formen der Nötigung und Bedrohung, der sexuellen Annäherung und des Stalking, der Erpressung, des Einstiegsdiebstahls⁴⁴, der digitalen Überwachung und Auswertung, der Industriespionage, der Banknoten- und Urkundenfälschung, der Sabotage, der Kaperung, des sog. „cyberwar“ mit Trojaner-Software und Hacker-Angriffen, des Sprengstoffanschlags, des Strahlenangriffs, des Waffenhandels, der Entführung⁴⁵, der „Gehirnwäsche“ und des Drogeneinsatzes, des Giftanschlags, der Drogenbeibringung, der Folter, der Beseitigung von Zeugen, der Bildung von Untergrundnetzen („Gladio“), der „false flag“-Aktionen, von agents provocateurs, des Drohnenangriffs, ja des Mordes⁴⁶ und des „Verschwindenlassens“ nicht scheute⁴⁷. Was aus der Neurowissenschaft, künstlicher Intelligenz (KI), Nanotechnologie und Gentechnik an geheimdienstlichen Mitteln der Bewusstseinskontrolle entspringen wird, mag die Zukunft erweisen⁴⁸. Alles zu vermeintlich höheren Zwecken, welche die Mittel heiligen. In diesen Zonen gibt es weder Ethik noch gilt das Strafgesetzbuch als Grenze.

Der Leviathan Thomas Hobbes' ist so ein janusköpfiges Wesen: er verbreitet sowohl Wohltaten und gibt Schutz, auf der anderen Seite neigt er aber auch dazu – oft in subjektiv bester Absicht, da er ja seine jeweilige Gemeinschaft schützen will – zur Verfolgung seiner Ziele objektiv das Recht zu brechen, ja oft auch anarchische Zustände zuzulassen. Meist wird alles unter dem schillernden Begriff der „Staatsraison“ verdeckt. Letztlich verkommt der Staat so zur „kriminellen Vereinigung“: (Staats-), „Kultur ist nur ein dünnes Apfelhäutchen über einem glühenden Chaos“

(BND) hat in Berlin an der Chausseestrasse einen Gebäudekomplex bezogen, der größer ist als Ceaucescus „Palast des Volkes“ in Bukarest und als Mielkes Normannenstrasse.

- 42 Zu solchen Praktiken der CSSR-Geheimpolizei s. Josef Škvorecký, *Der Seeleningenieur*, 1977, dt. 1998 bei Franz Deuticke, Wien.
- 43 Beispiele bei Paul Watzlawik, *Wie wirklich ist die Wirklichkeit?*, SP-Nr. 174, 1978 ff., S. 123 ff.
- 44 So z.B. der spanische Geheimdienst im Fall der Ex-Geliebten des spanischen Ex-Königs, s. Ralph Schulze, *Ex-Geliebte klagt den König im Ruhestand*, *Kleine Zeitung Graz* v. 2.8.2021, S. 8/9.
- 45 S. Güsten und Greber, *Die Presse am Sonntag* v. 22.8.2021 a.a.O. S. 34 (türkischer Geheimdienst MIT).
- 46 S. Güsten und Greber, *Die Presse am Sonntag* v. 22.8.2021 a.a.O. S. 8 (türkischer Geheimdienst MIT). S. auch den bis heute nicht aufgeklärten Mord an Ulrich Schmücker, in dem der deutsche Verfassungsschutz verwickelt war.
- 47 Einen allgemeinen Überblick bietet Margret Boveri, *Der Verrat im XX. Jahrhundert*, Bd. I–IV, Rowohlt's Deutsche Enzyklopädie (rde), rororo Nrn. 23, 24, 58, 105–106, 1956 ff. Weitere Spezialitäten betreffen fingierte Jagd- und Autounfälle oder das Stellen von Fallen (Fall Jean Seberg).
- 48 Dazu 1983 treffend Ulrich Horstmann, *Das Untier. Konturen einer Philosophie der Menschenflucht*, st Nr. 1172, 1984; schon bei Arthur Schopenhauer gibt es entsprechende Ausführungen. Jüngst auch John Gray, *Raubtier Mensch. Die Illusion des Fortschritts*, 2013, dt. 2015.

(Friedrich Nietzsche). Gerechtfertigt werden solche Handlungen in der Regel mit dem Gebot der eigenen Selbsterhaltung und dem Recht der Selbstverteidigung⁴⁹.

1.2.2. Markante Vorfälle in historischer Zeit

Als Vorläufer einer Form von Staatsterrorismus gilt der Caroline/MacLeod-Fall von 1840/41⁵⁰. Das in jeder Hinsicht „klassische“ Staatsverbrechen durch Geheimdienste war der Mord an Leo Trotzki am 20.8.1940 in Mexiko Stadt durch den NKWD-Agenten Frank Jacson (in Wirklichkeit Ramón Mercader). Historische Ereignisse, auch aus dem 19. Jahrhundert, gibt es eine ganze Reihe, wobei viele nicht aufgeklärt werden konnten (steckten doch oft staatliche Einrichtungen unter einer Decke) oder nur zu Vermutungen Anlass gaben (vor allem bei vielen Auto- und anderen Unfällen). Beispiele waren die Entführung des Herzogs von Enghien⁵¹, der Rastätter Gesandtenmord⁵², der Mord an Theodor Lessing⁵³, aber auch Vorfälle wie die Explosion des US-Schlachtschiffs Maine⁵⁴ oder der Venlo-Zwischenfall⁵⁵.

Entführungen und Morde wurden von der DDR-Staatssicherheit auf dem Gebiet der Bundesrepublik und in Westberlin vorgenommen⁵⁶. Vor allem der jugoslawische Geheimdienst war in den sechziger und siebziger Jahren für zahlreiche Morde an Exilkroaten auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland verantwortlich⁵⁷. Für einen Eklat sorgten weiter die Entführung des Obersten Antoine Argoud aus Bayern durch den französischen Geheimdienst⁵⁸ und der Fall des KGB-Agenten Staschinski⁵⁹ in der Bundesrepublik Deutschland. Internationales Aufsehen und eine jahrelange Verstimmung zwischen Neuseeland und Frankreich

49 Dazu etwa Kay Hailbronner, Die Autorität der Völkerrechtsordnung a.a.O. S. 35 ff., „Überlegung zur Autorität der Völkerrechtsordnung rufen beinahe zwangsläufig zynische Bemerkungen hervor“.

50 British and Foreign State Papers Bd. 26 [1841–42], p. 193 ff., dazu Matthias Herdegen, Völkerrecht, 13. A. München 2014, S. 257, Rd. 18.

51 Louis Antoine Henri de Bourbon-Condé (1772–1804) wurde durch Dragoner im Auftrag Napoleons und seines Sicherheitschefs Joseph Fouché am 14./15.3.1804 aus Ettenheim, Kursfürstentum Baden, entführt und später in einem Schauprozess in Paris hingerichtet.

52 Am 29.4.1799, die Täter sind bis heute unbekannt.

53 Am 30.8.1933 in Marienbad/Tschechoslowakei; verübt durch SA-Leute, vermutlich unter Anstiftung oder Billigung der deutschen Sicherheitsbehörden.

54 Am 15.2.1898 im Hafen von Havanna, Anlass und Auslöser des spanisch – US-amerikanischen Krieges mit 266 Toten. Bis heute ist nicht geklärt, ob es ein Unfall, ein spanischer Torpedoangriff oder eine Aktion des US-Geheimdienstes selber war.

55 Entführung zweier britischer SIS (= Geheimdienst)-Offiziere durch SD-Agenten am 9.11.1939 auf niederländischem Staatsgebiet.

56 S. dazu z.B. Jens Gieseke, Die Stasi 1945–1990, 3. A. 2011, S. 194 ff.

57 S. dazu Marie-Janine Calic, Tito. Der ewige Partisan, 2020, S. 338 ff. (339, 340, 348).

58 Entführung im Februar 1963 lt. Wikipedia aus einem Münchner Hotel (nach eigener Erinnerung aus einer Waldhütte in Franken) durch Agenten des französischen Auslandsgeheimdienstes DGSE.

59 S. BGHSt 18, 87.

erregte die Sprengung des Schiffes Rainbow-Warrior der NGO Greenpeace im Hafen von Auckland am 10.7.1985 durch französische Geheimdienst-Agenten⁶⁰ sowie das Attentat auf Papst Johannes-Paul II. in Rom durch einen Agenten des bulgarischen Geheimdienstes⁶¹. Der bulgarische Schriftsteller und Dissident Georgi Markiw wurde am 7. September 1978 in London durch einen nie gefassten vermutlichen Agenten des bulgarischen Geheimdienstes mit einer vergifteten Regenschirmspitze getötet. Ein ähnlicher Vorfall ereignete sich 2011 in Hannover, Opfer war ein IT-Fachmann; auch hier konnte kein Täter ermittelt werden.

1.3. Vorfälle in jüngster Zeit

In jüngerer Zeit geschahen Fälle wie der Giftanschlag gegen Sergej Skripal (im britischen Salisbury) und der Mord an Selimchan Changoschwilli (in Berlin-Tiergarten), mutmaßlich durch Angehörige russischer Auslandsgeheimdienste.

Einen besonderen Schock in der Weltöffentlichkeit löste die Ermordung des Journalisten Jamal Khashoggi am 2.10.2018 durch ein Geheimdienstkommando Saudi-Arabiens im saudi-arabischen Konsulat in Istanbul aus. Hohes internationales politisches Aufsehen erregten die bereits erwähnten Fälle des russischen Regimegegners Alexej Nawalny (Giftanschlag) und des weißrussischen Oppositionellen Roman Protassewitsch (Entführung aus einem zur Landung gezwungenen Flugzeug⁶²), ebenfalls durch die Geheimdienste des jeweiligen Landes.

Die Entführung und Tötung investigativ tätiger Journalisten scheint weltweit ein immer öfters vorkommendes Terrorwerkzeug totalitärer Regimes zu sein, um von Staats wegen die unliebsame Aufdeckung von unangenehmen Sachverhalten zu unterbinden⁶³.

1.4. Internationale Datensammlungen und Untersuchungsberichte

Seit einiger Zeit gibt es Bestrebung von Politikforschungsinstituten und internationalen privaten Verbänden, staatlich begangene Verbrechen, namentlich auch an Journalisten und zunehmend auch Journalistinnen zu sammeln und zu publizieren.

60 Ein Besatzungsmitglied kam zu Tode. Die beiden Agenten (darunter eine Frau) waren Mitglieder der Service Action (SA) des französischen Auslandsnachrichtendienstes. Sie wurden von einem neuseeländischen Gericht zu einer Freiheitsstrafe verurteilt, aber nach ein paar Jahren Haft nach Frankreich entlassen.

61 Am 13.5.1981 auf dem Petersplatz der Vatikanstadt durch den türkischen Staatsangehörigen Mehmet Ali Ağca. Eine spätere Untersuchung italienischer Behörden kam zu dem Ergebnis, dass Urheber der Tat der sowjetische Geheimdienst GRU war, der sich der Hilfe des bulgarischen Geheimdienstes bediente.

62 S. Stefan Scholl, „An Bord war ein Terrorist“, Kleine Zeitung Graz v. 27.5.2021, S. 12/13.

63 Dazu eine aktuelle Übersicht von „Reporter ohne Grenzen“, Jahresbilanz der Pressefreiheit 2020, Teil 1, RSF.pdf. Auch bei nicht-totalitären Staaten greifen Politiker zuweilen zu solchen Methoden oder wissen davon, s. in Malta die Tötung der Journalistin Daphne Carnana Galizia am 16.10.2017 und in der Slowakei des Journalisten Ján Kuciak am 21.2.2018.

Solche in den Medien aufmerksam verfolgten Berichte sind vor allem der jüngste Freedom-House-Report aus dem Jahr 2021⁶⁴ und der Report über verfolgte Journalisten⁶⁵.

1.5. Zusammenfassung: Fallgruppen

Formen des Staatsterrorismus sind, wie erwähnt, überaus vielfältig. Die menschliche Erfindungsgabe für Perfidien aller Art ist unerschöpflich⁶⁶; dabei sollen die bekannten Geheimdienst-Üblichkeiten nicht einmal Berücksichtigung finden, da sie lediglich Staatsschutzinteressen betreffen, aber keinen Menschenrechts-Belang aufweisen. Grobe Rechtsverletzungen können dabei sowohl im jeweiligen Inland, als auch in jedem beliebigen – jeweils gerade in den Focus gerückten – Land des Auslands stattfinden.

Eine (sehr schematische) Zusammenfassung von *Fallgruppen* könnte wie folgt aussehen:

- (1) Geheimdienstaktionen mit Freiheitsberaubung oder Gewalt gegen Personen im Ausland an Ausländern oder im Ausland lebenden Inländern.
- (2) Geheimdienstaktionen im Inland mit Freiheitsberaubung oder Gewalt gegen ausländische Personen.
- (3) Grob und bewusst unverhältnismäßiger Polizeieinsatz („Polizeiterror“) bzw. Todes-Kommandos/„Schwadronen“ im Inland.
- (4) Zum Glück nicht allzu häufig vorkommend: grob und bewusst unverhältnismäßiger Polizeieinsatz („Polizeiterror“) bzw. Todes-Kommandos/„Schwadronen“ im Ausland, ev. auch auf Einladung/Veranlassung des betreffenden Gebietsstaates (= „brüderliche Hilfe“).

Motive und Elemente von Geheimdiensttaten mit Gewalteinsatz sind regelmäßig:

- (1) Einschüchterung,
- (2) Gewinnung von Informationen, Datenentwendung
- (3) Desinformation und Diversion, um den politischen Gegner zu schwächen,
- (4) Aussagenerpressung,
- (5) Sabotageakte,
- (6) Unschädlichmachung von Personen, in welcher Form auch immer,
- (7) Waffenhandel,
- (8) bloße Racheakte als Form einer Retorsion, ev. zur Abschreckung anderer,
- (9) die gerechtfertigte, aber auch die exzessiv ausgeführte „humanitäre Intervention“⁶⁷.

64 Nate Schenkkan/Isabel Linzer, Out of Sight, Not Out of Reach. The Global Scale and Scope of Transnational Repression, February 2021.

65 RSF Reporter ohne Grenzen, Jahresbilanz der Pressefreiheit 2020, Teil 1: Inhaftierte, entführte und verschwundene Journalistinnen und Journalisten.

66 S. die Aufzählung oben unter 1.1.

67 Grundsätzlich Chris Seeger, Die unilaterale humanitäre Intervention im System des Völkerrechts (Diss. Halle 2008), Baden-Baden 2009. V.a. S. 370 ff., 397 ff.

2. Anfänge nationaler Strafverfolgung von Geheimdiensttaten

2.1. Internationales Strafrecht und Weltrechtsprinzip

Das Internationale Strafrecht, das in Wirklichkeit (wie auch das IPR oder das noch recht junge Internationale Verwaltungsrecht) nationales Recht darstellt, kannte seit jeher bestimmte Fallgruppen von Delikten, die jeder Staat, wo immer der Täter oder die Täter das Delikt begangen haben mochte, auf seinem Gebiet verfolgte und ahndete, sobald der oder die Täter auf seinem Territorium gefasst werden konnten (sog. Weltrechtsprinzip⁶⁸). Das Weltrechtsprinzip zählt zum Völkergewohnheitsrecht⁶⁹. Seine Fallgruppen betrafen (und betreffen auch heute) Menschen- und Sklavenhandel, Drogenhandel, Attentate auf fremde Staatsoberhäupter, Diplomatenmorde, Piraterie, Organhandel, Falschmünzerei u.a. Künftig dürften auch das internationale organisierte Verbrechen und schwere Hackerangriffe auf die staatliche Infrastruktur dazu zählen⁷⁰.

Die Crux beim Weltrechtsprinzip ist jedoch, dass es sich dabei stets um Straftaten gegen einen oder mehrere Staaten oder die Weltstaatsordnung insgesamt handelt, mögen die dadurch mitgeschützten Gruppen (Politiker, Diplomaten, Seeleute, Frauen, Kinder) auch Privatpersonen ein. Das Interesse an der Strafverfolgung bestimmter, weltweit begangener Taten ist das Interesse der Staaten selbst, etwa am Schutz seiner Staatsamtsträger und Diplomaten, am Schutz des internationalen Handelsverkehrs oder der Stabilität der Währungen und an der Bekämpfung der Drogenkriminalität. Bei der Bekämpfung von Sklaverei und Menschenhandel spielen allerdings auch Menschenrechtsaspekte eine Rolle.

Durch das Weltrechtsprinzip in den Strafrechtsordnungen der Staaten werden somit die jeweils eigenen Interessen des einzelnen Staates geschützt. Es umfasst ausschließlich weltweit begangene Delikte, die *gegen* staatliche Interessen gerichtet sind und besonders schwerwiegende Angriffe gegen sie ahnden. Die *durch* die Staaten selbst (namentlich durch deren Geheimdienste und Sonderpolizeien) begangenen Unrechtshandlungen werden dadurch nicht erfasst und sollen auch nicht erfasst werden. Es sei denn, der betreffende Staat macht sich die Mühe, Verstöße des eigenen Sicherheitspersonals wegen der Begehung von Delikten im Rahmen von strafbaren Amtspflichtverletzungen zu ahnden. Dies dürfte aber eher in seltenen Einzelfällen geschehen. Die „Staatsräson“ wird derartiges regelmäßig verhindern⁷¹.

68 Dazu v. Arnould a.a.O. § 15, Rd. 1273, zu den Kernverbrechen dieses Prinzips s. § 15, Rd. 1298 ff.

69 v. Arnould a.a.O. § 15, Rd. 1309.

70 S. die Liste in § 6 des deutschen StGB, die allerdings nicht alle hier aufgezählten Deliktsarten umfasst. Allerdings haben sich viele Staaten völkervertragsrechtlich verpflichtet, ihre Strafbarkeit auf weitere Delikte auszudehnen, so auch die Bundesrepublik Deutschland, s. § 6 Nr. 9 StGB sowie das Völkerstrafgesetzbuch (VStGB), BGBl. 2002 I S. 2254 i.V.m. § 153c und § 153f StPO.

71 S. etwa die Möglichkeit der deutschen Staatsanwaltschaft, von der Strafverfolgung gem. § 153c StPO abzusehen, s. des Weiteren die Möglichkeiten der §§ 153b, 153d, 153f StPO.

Keine Stoßrichtung enthält das Prinzip also gegen die Staaten selbst, sofern diese durch Geheimdienste oder Sicherheitstruppen Verbrechen begehen.

2.2. Erste Ansätze internationaler und nationaler Strafverfolgung

2.2.1. *Interne (nationale) Rechtsverfolgung*

Auf nationaler Ebene kam es 2020/2021 in Deutschland zu ersten Verurteilungen syrischer Geheimdienstangehöriger für schwere Verbrechen in Syrien selbst. Damit war zumindest ein Beginn gemacht, derartige, durch staatlichem Auftrag veranlasste Taten durch ein ausländisches Gericht zu ahnden. Bis dahin hatten mehrere Versuche von Folteropfern, Staaten wegen Folterns durch deren Organe zur Verantwortung zu ziehen, aufgrund des Prinzips der Staatenimmunität keinen Erfolg gehabt⁷². Diese restriktive Praxis ändert sich, wie noch zu zeigen sein wird, auch im Zeitalter der Menschenrechte nur langsam.

Den – weltweit (!) ersten Ansatz einer – auch nationalen – Strafverfolgung von im Ausland begangenen Folterverbrechen durch Geheimdienstangehörige bilden somit die Urteile des OLG Koblenz von 2020 bzw. 2021⁷³. Sie erregten auch im Ausland großes Aufsehen⁷⁴. Noch vor einigen Jahren hatte sich die britische Justiz geweigert, einen in Kriegsgefangenschaft gefallenen argentinischen Offizier Alfredo Astiz, dem schwere Folterverbrechen vorgeworfen wurden, auszuliefern oder zu bestrafen⁷⁵. Der chilenische Präsident Pinochet, der sich in Großbritannien zu einer Klinikbehandlung aufhielt, wurde aus Gründen der Staatenimmunität ebenfalls nicht wegen seiner Menschenrechtsverletzungen zur Verantwortung gezogen⁷⁶.

2.2.2. *Externe (internationale) Rechtsverfolgung*

2.2.2.1. *Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg 1946*

Der aufgrund des Vier-Mächte-Abkommens vom 8. August 1945 errichtete Gerichtshof wurde gemäß Art. 6 u.a. für die Aburteilung von staatlichen „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ (Art. 6 c)) für zuständig erklärt⁷⁷. Hierunter waren u.a. Mord und andere Verbrechen aus politischen Gründen, begangen durch staatliche Organe an Zivilisten zu verstehen, wobei auch Organisatoren und Anstifter einge-

72 S. dazu noch unten bei dem Prinzip der Staatenimmunität.

73 OLG Koblenz, Urt. v. 9.7.2020 u. 24.2.2021 (Az. 1 StE 9/19). In einer Nachricht vom 28.7.2021 erfuhr die Öffentlichkeit von einer Anklageerhebung der Bundesanwaltschaft gegen einen in Deutschland lebenden syrischen Arzt, dem Misshandlungen und die Tötung von Gefangenen in syrischen Lagern vorgeworfen werden.

74 S. z.B. „Erstes Urteil zur Staatsfolter in Syrien“, Kleine Zeitung Graz v. 25.2.2021, S. 11, s. dazu etwa Wieland Schneider, Deutsches Gericht zieht Assads Schergen zur Rechenschaft, DIE PRESSE Wien, v. 25.2.2021, S. 6 f.

75 S. Alfred Verdross/Bruno Simma, Universelles Völkerrecht, 3. A. Berlin 1984, S. 263, § 438 Anm. 32 unter Bezug auf Int. Comm. of Jurists Rev. No. 28 (Juni 1982), S. 3 f.

76 House of Lords Urt. v. 24.3.1999, [1999] UKHL 17, dazu v. Arnauld a.a.O. S. 564 f., Rd. 49.

77 Dazu etwa Telford Taylor, Die Nürnberger Prozesse, Heyne–TB Nr. 390, dt. 3. A. 1994.

schlossen waren. Die UN bezog die Nürnberger Anklagepunkte 1950 in eine Resolution⁷⁸ und 1999 in das Römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofs ein⁷⁹.

In den Nürnberger Kriegsverbrecherprozessen 1946 ff. wurde nur gegen wenige Geheimdienst- und Polizeimitarbeiter ermittelt und nur wenige wurden bestraft, so vor allem Ernst Kaltenbrunner. Immerhin wurden im Hauptkriegsverbrecherprozess zwei Organisationen für verbrecherisch erklärt, die maßgeblich an Geheimdienstaktionen beteiligt waren: der Sicherheitsdienst (SD) und die Gestapo. Im sog. Wilhelmstraßeprozess wurde als einziger Geheimdienstchef Walter Schellenberg verurteilt⁸⁰.

2.2.2.2. Internationale Strafgerichtshöfe der UNO

Auf internationaler Ebene wurden in den vergangenen Jahrzehnten neben dem bestehenden IGH in Den Haag weitere, spezielle Gerichtshöfe zur Aburteilung von Straftaten eingerichtet, so der Internationale Strafgerichtshof (IStGH)⁸¹ und die Internationalen Tribunale für den Völkermord in Ruanda, die Roten Khmer und die Kriegsverbrechen in Jugoslawien⁸². Zuletzt erging am 8.6.2021 das End-Urteil des ICTY über den serbischen General Ratko Mladic für dessen Taten insbesondere beim Massaker von Srebrenica im Juli 1995. Diese Gerichtshöfe wären geeignet und in der Lage, auch staatliche Geheimdienstaktionen abzuurteilen; allerdings nur, wenn sich die betroffenen Staaten deren Gerichtsbarkeit auf Dauer oder fakultativ unterwerfen, was eher unwahrscheinlich ist. Sämtliche Strafgerichte sitzen nur über Individuen, nicht über Staaten zu Gericht⁸³.

Eine Nachricht vor kurzem lautet: „Der Sudan liefert Omar al-Bashir ans Weltgericht aus. Genozid in Darfur. Lang entzog sich Sudans Ex-Präsident dem Internationalen Strafgericht. Nun soll er sich seiner Vergangenheit stellen“⁸⁴.

78 Principles of International Law in the Charter and Judgement of the Nuremberg Tribunal, adopted by the UN Assembly, UN G.A.O.R., 5th session, supp. no. 12, Doc A/1316, p. 11.

79 Dazu noch unten.

80 Der Hauptverantwortliche Heinrich Müller konnte bis heute weder tot noch lebendig gefunden werden.

81 S. römisches Statut des IGH v. 17.7.1998, in Kraft am 1.7.2002, BGBl. 2000 II 1394/ILM 37 (1998) p. 1002. – IStGH § 15, Rd. 1313 ff. S.a. v. Arnauld a.a.O. § 15, Rd. 1313 ff.

82 Überblick bei Bernhard Kempen/Christian Hillgruber, Völkerrecht, 2. A. München 2021, § 69, S. 336 ff.

83 Ein sehr resigniertes Resümee ihrer Tätigkeit am IGH für Jugoslawien und als Mitglied der UN–Untersuchungskommission zur Untersuchung der Menschenrechtsverstöße und Kriegsverbrechen in Syrien zieht Carla Del Ponte in ihrem kürzlich erschienenen Bericht „Ich bin keine Heldin“. Mein langer Kampf für Gerechtigkeit, 2021.

84 Christoph Zotter, Der Sudan liefert Omar al–Bashir ans Weltgericht aus. Die Presse Wien v. 12.8.2021, S. 3, Genozid in Darfur. Lang entzog sich Sudans Ex–Präsident dem Internationalen Strafgericht. Nun soll er sich seiner Vergangenheit stellen, Die Presse Wien v. 12.8.2021, S. 3.

3. Terrorismus und Völkerrechtsdogmatik

3.1. Begriff und Definition des Terrorismus

Die Völkerrechtswissenschaft hat eine Vielzahl von Versuchen unternommen, das Phänomen des (internationalen) Terrorismus begriffsmäßig zu umschreiben⁸⁵. Definitionen des Internationalen Terrorismus gibt es zahlreiche⁸⁶, sie sind „schwierig und umstritten“ (v. Arnault)⁸⁷. Oft weisen sie nur die Terrormittel auf, bezeichnen aber keine Personen und Personengruppen als Täter⁸⁸. Zweckneutrale Definitionen nennen lediglich die Terrormittel des Angst- und Schreckenverbreitens⁸⁹. Entweder wird der Staat und seine Einrichtungen in der Definition überhaupt nicht als potentieller Täter genannt, sie ist also staatsneutral, oder sie beschränkt sich von vornherein auf Gewaltakte von Privaten⁹⁰ und sieht den Staat und seine Einrichtungen nur als potentielle Opfer von Terrortaten, gegen die sie zu schützen sind. Dem Staat als Nicht-Täter kommen im Rahmen der völkerrechtlichen due diligence Vorbeugungs- und Überwachungspflichten zu⁹¹. Dasselbe gilt für eine Definition, die ein internationales Gericht aufgestellt hat, und die drei Tatbestandselemente enthält: (1) kriminelle Tat, (2) allgemeine Schreckenserregung, um staatliches Eingreifen herauszufordern, (3) grenzüberschreitendes Element⁹².

Bei einer Gesamtschau der Terrorismusdefinitionen ergeben sich in Bezug auf Geheimdienst-/Polizeitaten mehrere Probleme: (1) ihre Ausrichtung auf den Staat als Opfer von Terrorismustaten, (2) das Beharren auf die Erregung öffentlicher Schrecknisse, die staatliche Täter ja gerade zu vermeiden suchen, und (3) die Frage, ob es einen Unterschied macht, ob solche Taten im In- oder im Ausland von und an In- oder Ausländern verübt werden.

Die Definition dessen, was als Terrorismus zu gelten habe, ist auch im UN-Konventionsentwurf⁹³, der bis heute nicht in Kraft trat, *offen* formuliert. Damit

85 S. Kilian—paper a.a.O. S. 17 ff.; Definition of terrorism, wikipedia v. 4.6.2021.

86 Überblick bei Wikipedia v. 4.6.2021.

87 v. Arnault a.a.O. § 13, Rd. 1077.

88 S. etwa Art. 2 a), b) des Entwurfs der UN-Anti-Terrorismuskonvention, UN-Dok. A/57/37, Annex II.

89 v. Arnault a.a.O. § 13, Rd. 1078.

90 v. Arnault a.a.O. § 13, Rd. 1079.

91 Die Formeln hierfür lauten „preserve, control and supervision“, „monitor and track“, „search and destroy“, S. a. v. Arnault a.a.O. § 13, Rd. 1076. Dazu auch ILA—59th—Report p. 495 ff., Definition in Art. I 1. des Entwurfs nur staatsschützend, ein staatlicher Terrorismus wird nicht einbezogen. Art. V enthält Vorbeugungspflichten etc. des Staates im Sinne einer Staatenverantwortlichkeit. Auch der ILA—Report 61th p. 313 ff., definiert den internationalen Terrorismus in Nr. 2a/b nur im Sinne des Schutzes der staatlichen Infrastruktur, obwohl auch auf die UN—Resolution von 1950 zum Nürnberger Prozess verwiesen wird.

92 Berufungskammer des Special Tribunal of Lebanon, Case No. STL—11—01/I, para 85. S. a. Herdegen a.a.O. § 4 Rd. 14. Zur Definition des Terrorismus Anti-Terrorfinanzierungskonvention s. Art. 2 I b) (GA/Res. 54/109 v. 9.12.1999).

93 Draft comprehensive convention on international terrorism, GA 28 april 2002, A/C.6/55/1, Sixth Committee Ag. 166, means to eliminate international terrorism.

können sowohl nicht-staatliche, „private“, wie staatliche oder staatlich gelenkte Aktionen darunter bezogen werden, sofern diese nur Auslandsbezug haben.

Die tatsächlich in Kraft getretene UN-Konvention zur Bekämpfung der Terror-Finanzierung⁹⁴ enthält in Art. 2 folgende Definition, die somit als „amtlich“ gelten kann:

„Artikel 2

1. Eine Straftat im Sinne dieses Übereinkommens begeht, wer gleichviel durch welches Mittel, unmittelbar oder mittelbar, widerrechtlich und vorsätzlich finanzielle Mittel bereitstellt oder sammelt mit der Absicht oder in Kenntnis dessen, dass sie ganz oder teilweise dazu verwendet werden, um a) eine Handlung vorzunehmen, die eine Straftat innerhalb des Anwendungsbereichs und nach der Begriffsbestimmung einer der in der Anlage aufgeführten Übereinkünfte darstellt oder

b) eine andere Handlung vorzunehmen, die den Tod oder eine schwere Körperverletzung einer Zivilperson oder einer anderen Person, die in einem bewaffneten Konflikt nicht aktiv an den Feindseligkeiten teilnimmt, herbeiführen soll, wenn diese Handlung auf Grund ihres Wesens oder der Umstände darauf abzielt, eine Bevölkerungsgruppe einzuschüchtern oder eine Regierung oder eine internationale Organisation zu einem Tun oder Unterlassen zu nötigen.“

Auch diese Definition ist offen formuliert, sodass mit einigen Einschränkungen („Einschüchterung“, Bezug auf andere Konventionen) auch staatliche Terroraktionen einbezogen werden könnten.

3.2. Insbesondere: Das Phänomen des „Staatsterrorismus“

Im Gegensatz zu Einzeltätern und privaten Gruppen verfügt ein Staat über ungleich größere Machtmittel, zudem hat er – zumindest sein eigenes – Recht auf seiner Seite. Er handelt also zunächst einmal rechtmäßig, ehe das Gegenteil nachgewiesen wird. Es sei denn, es liegt ein evidenter Völkerrechtsverstoß vor (Bsp. Fall Rainbow Warrior⁹⁵). Als „Terrorist“ ist der Staat und seine Gliederungen – zumal, wenn es sich um eine größere Macht handelt – eine äußerst gefährliche Einrichtung. Ihm gegenüber ist der Einzelne oder eine Menschengruppe (etwa eine oppositionelle, dissidierende Gruppe) völlig auf die Hemmnisse, die das Recht (wenn überhaupt) bietet, angewiesen. Der Mensch wird auch im Zeitalter universaler Menschenrechte zum bloßen Objekt staatlichen Zugriffs, sollte er sich einer Staatsraison, um welche es sich auch immer handelt, im Wege stehen⁹⁶. Nirgends ist der Einzelnen so sehr Objekt, wenn er sich höheren Mächten gegenübersteht; hierfür bietet die Geschichte unzählige Beispiele.

94 Internationales Übereinkommen zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus (= Finanzierungsübereinkommen), in Kraft seit 10.4.2002, Res. 54/109 GV v. 9.12. 1999, s. VN 1/2001, S. 21 ff.

95 Die französische Kulturation verhielt sich in diesem Fall wie ein korsischer Gangster-Clan.

96 S. Günter Dürig, Kommentierung zu Art. 1 I GG in: Maunz–Dürig–Herzog, Grundgesetz–Kommentar, Art. 1 Rd. 34 f.

Beschreibt man „Terror“ bzw. „Terrorismus“ mit einem „einschüchternden Einwirken auf eine ganze Bevölkerung, einen Staat oder eine internationale Organisation“ (Bsp. Geiselnahme-Anschlag auf die OPEC in Wien 1975), wobei es auf die angewandten Mittel nicht ankommt⁹⁷, so können insbesondere Geheimdienstmaßnahmen nicht so ohne Weiteres unter der Terrorbegriff gefasst werden⁹⁸. Es besteht insoweit ein Element mangelnder Rechtssicherheit. Bei der Frage Terror oder nicht bleibt offen, ob Geheimdienst- und auch (Sonder-)Polizeimaßnahmen überhaupt unter den allgemeinen *Terrorismus*-Begriff fallen und darunter rechtlich subsumiert werden können.

Denn Geheimdienstaktionen sollen gerade möglichst unauffällig, „geheim“, ohne Aufsehen zu erregen und so effizient-klandestin/verborgen wie möglich durchgeführt werden. Eben nicht – wie eine Terroraktion – in erster Linie Schrecken und Aufmerksamkeit erregen sowie zu nötigen⁹⁹, also „Terror“ hervorzurufen¹⁰⁰. Wobei nicht bestritten werden kann, dass Geheimdienst- und Polizeiaktionen durchaus auch Elemente der Abschreckung gegenüber Protestgruppen (Rainbow Warrior, Weißrussland) oder Regimekritiker (s. die oben genannten Fälle, vor allem der Fall Khashoggi) haben können oder auch sollen, gleichsam als Nebeneffekt. Im Gegensatz zu nicht-staatlichen Terroristen oder Terrorgruppen ist, wie bemerkt, das Gefahrenpotential, das ein Staat aufbieten kann (personell, technisch, finanziell, medial), und damit auch das Abschreckungspotential, ungleich größer.

Bei der Ausarbeitung der Anti-Terrorkonvention der UN wurde in der Folge bis zum heutigen Tag keine Einigung über eine Definition des Internationalen Terrorismus erzielt. Dies lag v.a. am Widerstand einzelner Staaten, die sich dadurch als in ihrer Souveränität und Integrität betroffen erachteten. Man fürchtete um seine Kernkompetenzen als machtausübende Organisation. Auf diese Weise erfolgte keine Einigung, sodass die Konvention nicht beschlossen und verabschiedet, daher auch bis heute nicht rechtskräftig wurde.

Aus Menschenrechts-Sicht ist der Staat zwar Hauptverantwortlicher und daher maßgeblich verpflichtet, derartige Handlungen zu unterlassen oder zu verhindern. Das dogmatische Problem ist, dass der überkommene historische Terrorbegriff seit

97 S. Jutta Stender-Vorwachs, Terrorismusbekämpfung, UN-Sicherheitsrat und Selbstverteidigungsrecht, in: F. Zehetner (Hg.), FS für Hans-Ernst Folz, Wien–Graz 2003, S. 329 ff., 330, 3. Sp. Strich m.w.N. sowie 4. Sp. Strich.

98 Stender-Vorwachs a.a.O. S. 330, letzter Sp. Strich hält allerdings auch die Gewaltanwendung durch Staatsorgane (Staatsterrorismus) von Art. 2 Nr. 1b) des Finanzierungsabkommens für erfasst. Die Autorin nennt jedoch keine weiteren Belege, auch ist der Wortlaut der Konvention insoweit nicht eindeutig. Denn geheim/undercover-Aktionen eines Staates sollen ja gerade nicht auf ganze Bevölkerungen einschüchternd wirken, sondern bestimmte staatspolitische Zwecke „möglichst unauffällig“ verfolgen.

99 S. die o.g. Definition in Art. 2 des UN-Finanzierungsübereinkommens, wonach „diese Handlung auf Grund ihres Wesens oder der Umstände darauf abzielt, eine Bevölkerungsgruppe einzuschüchtern oder eine Regierung oder eine internationale Organisation zu einem Tun oder Unterlassen zu nötigen“.

100 Der Begriff „terreur“ war ursprünglich eine Bezeichnung aus der Zeit der Französischen Revolution 1789 ff. Dieser Terror sollte die Errungenschaften der Revolution vor inneren und äußeren Angriffen bewahren und erregte überall in Europa Abscheu.

der Zeit des Anarchismus im 19. Jahrhundert auf Angriffe *gegen* den Staat ausgerichtet ist und entsprechende Maßnahmen des Staates nicht einfach als Verletzung der betreffenden Rechte wie Leben oder Freiheit gelten und somit stets von der Weltgemeinschaft im Sinne des Weltrechtsprinzips zu verfolgen sind¹⁰¹. Eine offizielle, gemeingültige völkerrechtliche Definition des Staatsterrorismus oder des staats-geförderten (= state-sponsored) Terrorismus existiert folglich nicht, was nicht weiter erstaunen kann¹⁰².

Bis heute besteht zudem die Rechtsmeinung, so etwa von Oppermann, dass der staatliche Terrorismus vom internationalen Terrorismus kategoriell zu unterscheiden sei, da sich „der Terrorismus personell aus einer Situation der objektiven Schwäche im Verhältnis zur legalen Staatsmacht“ befinde¹⁰³. Terroristen stünden somit generell außerhalb der Staatssphäre und seien als „hostis humani generis“ zu betrachten¹⁰⁴. Als „anderes Thema des Völkerrechts“ sei ein derartiger Terrorismus „von Staat zu Staat unter den Gesichtspunkten des Gewaltverbots oder aber auch menschenrechtlich in Durchstoßung des Souveränitätspanzers der ‚inneren Angelegenheiten‘ derart gefährlichen Entwicklungen innerhalb der Völkerrechtsgemeinschaft gegenzusteuern“¹⁰⁵. Wie dies auch immer geschehen soll, bleibt somit offen. Diese Ansicht befriedigt, wie die geschilderten Vorfälle zeigen, wenig. Es gibt daher auch prominente Gegenstimmen, so von Bassiouni¹⁰⁶:

“Why is it terrorism, if the act is committed by a private person acting alone or on behalf a political group and not terrorism, when the same act is committed by agents of a state?”¹⁰⁷.

Stender-Vorwachs ist der Auffassung, die offene Terrorismus-Definition des UN-Finanzierungsabkommens passe auch auf den Staatsterrorismus¹⁰⁸.

Unter den Staaten besteht eine traditionelle und spürbare Zurückhaltung, fremden Staatsterrorismus zu verfolgen. Zudem verfügt man über einen weiten diplomatischen Spielraum für (zurückhaltende) Proteste gegenüber solchen Vorfällen (Bsp. Fall Argoud). Zudem fürchtet man immer auch Retorsionen des gerügten Täterstaats¹⁰⁹.

101 Stellungnahme des Grazer Völkerrechtlers Wolfgang Benedek gegenüber dem Verf.

102 State terrorism, wikipedia v. 24.5.2021.

103 Oppermann FS-Schlochauer a.a.O. S. 497.

104 Oppermann FS-Schlochauer a.a.O. S. 503.

105 Oppermann FS-Schlochauer a.a.O. S. 498 unter Verweis auf ders., Nichteinmischung in innere Angelegenheiten. Zur Abgrenzung von Nichteinmischung gegenüber Intervention und Interzession, ArchVR 14 (1970), S. 321 ff.

106 S. etwa Verdross/Simma a.a.O., S. 861, § 1278 mit Nw. Anm. 26, 27.

107 Mahmoud Cherif Bassiouni, International Extradition and World Public Order, Leiden 1974, p. 123/124, s.a. Kilian-paper p. 26.

108 Stender-Vorwachs a.a.O. S. 330 Art. 2 Nr. 1b) passt nicht auf Geheimdiensttaten, aber auf Terrorkommandos, s. dort auch le. SpStr. (Staatsterrorismus) S. 329/331.

109 Vgl. etwa die unterschiedlichen Reaktionen der Bundesregierung in den russischen und weißrussischen Vorfällen im Vergleich zum Fall Khashoggi. S. a. Thomas Vieregge, Bidens Bittgang zum saudischen „Ölprinzen“, Die Presse Wien v. 4.6.2022, S. 8 sowie Der Standard Wien v. 26.2.2021, S. 7.

3.3. Hemmnisse: Souveränität und Immunität des Staates im Völkerrecht

Polizei und auswärtiges Handeln, also auch Geheimdienstaktivitäten, zählen zum Kernbereich eines souveränen Staates. Dem Staat kommt in seinem internationalen Handeln dieses Souveränitätsprinzip zugute. Es kann immer nur Schritt für Schritt rechtlich eingehengt werden (Beispiel ist der internationale Umweltschutz, jetzt der Klimaschutz). Eine Aufweichung staatlicher Souveränität als „bewährter Hülle des Staates“ (v. Arnould) ist nur schwer und in längeren Zeiträumen zu erreichen¹¹⁰.

Allenfalls in bestimmten, nachweisbaren Fällen kommt es zur völkerrechtlichen Staatenverantwortlichkeit (state responsibility) im Rahmen des völkerrechtlichen Deliktsrechts. Hier verbürgt der Grundsatz der Staatenimmunität¹¹¹ (= state immunity, in den USA und anderen Staaten auch die noch striktere act of state doctrine¹¹²), der Ausfluß des Souveränitätsprinzips ist, Unangreifbarkeiten und Freiräume. Dasselbe gilt für das Interventionsverbot von außen, das ebenfalls die Staatensouveränität schützt¹¹³. Souveränität und Staatenimmunität bilden so staatliche Reservate, die eine internationale Ächtung und Verfolgung von staatsterroristischen Akten erschweren oder unmöglich machen.

Die Staatenimmunität, die bereits völkergewohnheitsrechtlich galt¹¹⁴, schützt die Kernreservate der Staaten. Sie wandelte sich jedoch – wie beim Souveränitätsprinzip – ebenfalls von einer unbegrenzter, absoluten Immunität zu einem relativ geltenden Vorrecht der Staaten¹¹⁵ nach dem Prinzip „par in parem non habet imperium“¹¹⁶. Die heutige, maßgebliche Unterscheidung zwischen absoluter und relativer Immunität verläuft zwischen der Einschätzung, ob ein Staat hoheitlich oder nicht-hoheitlich gehandelt hat¹¹⁷. Für sein hoheitliches Handeln gilt auch heute noch die unbegrenzte Immunität.

Geheimdiensthandlungen werden stets als hoheitlich zu qualifizieren sein, selbst wenn es sich um kommerziellen Waffenhandel drehen sollte. Geheimdienst- und Polizeiaktionen gehören zum Kernbereich hoheitlichen Handelns des Staates, sodass derartige Maßnahmen, auch wenn sie strafrechtlich Verbrechen darstellten, stets von der Immunität umfasst wären. Nach neuerer Völkerrechtslehre soll dies

110 v. Arnould a.a.O. § 1 Rd. 52.

111 S. etwa Herdegen a.a.O. § 37 S. 276 ff., 286 f.

112 Die Act of State Doctrine ist kein Völkergewohnheitsrecht, s. Kempen/Hillgruber a.a.O. § 32 S. 177, Rd. 38/39 und Herdegen a.a.O. § 37, Rd. 11.

113 S. dazu Oppermann, Nichteinmischung in innere Angelegenheiten. Zur Abgrenzung von Nichteinmischung gegenüber Intervention und Interzession, ArchVR a.a.O. S. 321 ff.

114 Kempen/Hillgruber a.a.O. § 32, S. 170 f., Rd. 19 ff.; Herdegen a.a.O. § 37, S. 277, Rd. 1.

115 S. etwa Herdegen a.a.O. § 37, Rd. 1.

116 Kempen/Hillgruber a.a.O. § 32, S. 170, Rd. 19; Herdegen a.a.O. § 37, S. 277, Rd. 1; s.a. Marcel Kau, in: Wolfgang Graf Vitzthum/Alexander Proelß (Hg.), Völkerrecht, 8. A. 2019 Berlin, III. Rd. 121a.

117 Kempen/Hillgruber a.a.O. § 32, S. 171 f., Rd. 22 f. Herdegen a.a.O. § 37 Rd. 6 zur Qualifikation staatlichen Handelns als hoheitlich oder nicht-hoheitlich.

aber nicht für den Bereich des zwingenden Völkerrechts gelten¹¹⁸, also für Folter und schwere Menschenrechtsverletzungen, wie sie hier erörtert werden. Dennoch haben sich mehrere nationale Gerichte geweigert, Opfern von Geheimdienstverbrechen eines anderen Staates Rechtsschutz gegenüber dem Täterstaat zu gewähren und auch hier die Staatenimmunität gelten lassen¹¹⁹.

Die Reform und die Kodifikation des völkerrechtlichen Prinzips der Staatenimmunität schleppte sich über Jahrzehnte hinweg voran, ehe, basierend auf dem Entwurf der ILC, die United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property verabschiedet werden konnte¹²⁰. Auf europäischer Ebene gelang schon im Jahr 1972 ein allgemeines Übereinkommen zur Staatenimmunität¹²¹. Auch auf nationaler Ebene wurden Gesetze dazu erlassen, so vor allem in den USA¹²².

Die zentrale Frage dabei ist, ob das Handeln von Regierungen auch dann unter das Immunitätsprinzip fällt, wenn diese Völkerrecht verletzen. Eine weitere Steigerung wäre die Verletzung von Regeln des zwingenden Völkerrechts (= *ius cogens*), wie z.B. die Wahrung der Menschenrechte und das generelle Folterverbot. Im ILA-Report wurde zunächst einmal generell auf den nationalen Amtshaftungs-Rechtsschutz bzw. die Amtshaftungsgesetzgebung verwiesen, sofern eine solche besteht¹²³. Eine Rechtsprechung bei Völkerrechtsverletzungen von Staaten gab es bisher hauptsächlich in den USA¹²⁴.

Speziell zu hier interessierenden Menschenrechtsverletzungen heißt es im ILA-Report:

“Human rights represent another area of international law which may have a certain influence on the immunity problem. *Paust* (Virginia JIL 1983, p. 191) wants to remove immunity from acts which constitute gross violations of international law, because granting immunity in these cases could be seen as supporting the illegality in question. Under the FSIA this argument can only be based on Secs. 1330 and 1604 referred to as the international agreements exception.”¹²⁵

Ein besonders spektakulärer, bis heute nicht aufgeklärter Fall ist das Verschwinden des schwedischen Diplomaten Raoul Wallenberg im sowjetischen Machtbereich ab Januar 1945. Dazu hieß es im Fall *von Dardel v. USSR*¹²⁶:

118 Kempen/Hillgruber a.a.O. § 32, S. 172/173, Rd. 24 f.

119 Kempen/Hillgruber a.a.O. § 32, S. 172, 173 Anm. 58 f., Herdegen a.a.O. § 37, S. 281 f., Rd. 7.

120 S. ILA–59th–Report p. 208 ff., p. 211 f.; ILA–60th–Report p. 325 ff., ILM 44 (2005), S. 803 ff.

121 Europäisches Übereinkommen über Staatenimmunität, BGBl. 1990 II, S. 34.

122 US–Gesetz FSIA (Foreign Sovereign Immunity Act) von 1976, Text p. 219 ff., Publ. Law 94–583 (H.R. 11315), Oct. 21, 1976 (90 STAT 2891–28–98).

123 S. dazu Oliver Dörr (Hg.), Staatshaftung in Europa. Nationales und Unionsrecht, Berlin 2014.

124 ILA–64th–Report p. 393 ff., p. 394 Frage (5) und Antwort dazu p. 416 V (41).

125 ILA–64th–Report p. 417 2. (44, 45).

126 623 F. Supp. 264, D.D.C. 1985, s. ILA–64th–Report p. 417 V 2. (44). p. 418 zum Fall Wallenberg (das Verfahren wurde von dessen Bruder gegen die UdSSR angestrengt).

“... the FSIA incorporates preexisting standards of international law. under which a government is not immune for certain acts in clear violation of the universally accepted law of nations.” (Hervorh. d. Verf.)

Die USA erließen 1992 zudem ein spezielles Gesetz zum Schutz von Folteropfern¹²⁷. Darin wird verfügt, dass:

“an individual who, under actual or apparent authority, or colour of law, of any reign nation (1) subjects an individual to torture shall, in a civil action, be liable for damages to that individual or (2) subjects an individual to extrajudicial killing shall, in a civil action, be liable for damages to the individual’s legal representative, or to any person who may be a claimant in an action for wrongful death.”

Aber bereits die folgenden Ausführungen des ILA-Reports relativierten diesen Rechtstitel in seiner Anwendung wieder¹²⁸.

Auch in der Völkerrechtslehre ist man unschlüssig. Will man Straftäter ausliefern, kann man vereinbaren, dass die Taten bestimmter Straftäter als „nicht-politisch“ fingiert werden, auch wenn es sich tatsächlich um politische Taten gehandelt hat (sog. „Attentatsklausel“)¹²⁹. Diese Klausel wird inzwischen auch auf Tattäter bezogen. Hier könnte man sich eine Parallele zu Geheimdienst- und Polizeitaten denken. Allerdings lassen politische Opportunitäten in solchen Fällen auch Ausnahmen zu¹³⁰.

Nach Kempen gibt es noch keine völkergewohnheitsrechtliche Regel, dass ausländische Staaten, die (etwa qua Geheimdienstagenten) ein Inlandsdelikt begehen, nicht die Immunität zugebilligt wird, mag dies unter bestimmten Voraussetzungen nach den Gesetzen der USA, Großbritanniens und Kanadas auch der Fall sein¹³¹. Ähnlich Kempen/Hillgruber¹³², wonach weitere Ausnahmen wie die Durchbrechung der Immunität bei Klagen auf finanziellen Ausgleich für Personen- oder Sachschäden, die auf dem Staatsgebiet des Gerichtsstaates von hoheitlichen handelnden (ausländischen, d. Verf.) Tätern verursacht worden sind „noch einer gewohnheitsrechtlichen Fundierung entbehren“. Bei der weiteren Frage, ob Immunität selbst bei Verstößen gegen das ius cogens uneingeschränkt gelte, bejahe die Fallpraxis die Immunität selbst in diesen schwerwiegenden Fällen¹³³. So heißt es z.B. im Fall *Underhill v. Hernandez*: „... the courts of our will not sit in judgement on

127 The Torture Victim Protection Act (TVPA) v. 12.3.1992 (Sen. Rep. No. 249 (1991), 102d Congress, 1st sess. at p. 8). sec. 2 (a).

128 ILA-66th-Report p. 467/468. In den folgenden Ausführungen wird der Gehalt dieser Rechtstitel in ihrer konkreten Anwendung stark relativiert. S. a. p. 466 zum The Alien Torts Claim Act.

129 Karl Doehring, Völkerrecht, 2. A. 2004, § 18, Rd. 916.

130 Doehring a.a.O. § 23, Rd. 1150 und § 10, Rd. 556.

131 Bernhard Kempen, Der Fall *Distomo*: griechische Reparationsforderungen gegen die Bundesrepublik Deutschland, in: Cremer/Giegerich/Richter/Zimmermann (Hg.), Tradition und Weltoffenheit des Rechts, FS Steinberger, Heidelberg 2002, S. 179 (185).

132 Kempen/Hillgruber a.a.O. § 32 S. 176 f.

133 Kempen/Hillgruber a.a.O. § 32, S. 172 f., Rd. 24 ff. unter Verweis auf den Fall *Al-Adsani* S. 173 Anm. 58.

the acts of the government of another, *done within its own country*“ (Hervorh. d. Verf.)¹³⁴. Im Fall *Letelier*, United States gegen Chile, wegen eines Autobombenanschlags chilenischer Geheimdienstagenten im Jahr 1976¹³⁵ dauerte es trotz eines Schiedsgerichtabkommens 14 Jahre, ehe sich Chile freiwillig bereit erklärte, ohne obbligo Schadensersatz zu leisten¹³⁶.

Wenngleich der eigentliche Staatsterrorismus und die Formen der Geheimdienst- und Polizeigewalt kein Gegenstand der Völkerrechts-Lehrbuchliteratur und der internationalen Law Commissions ILC und ILA sind – um dieses Thema macht man vorsichtigerweise einen Bogen¹³⁷ und schweigt dazu –, so wird doch der Fall der indirekten und u.U. auch direkten Unterstützung von Terrorgruppen und radikalen Befreiungsbewegungen durch bestimmte Staaten thematisiert¹³⁸. Zu oft sind solche Erscheinungsformen psychischer und materieller Unterstützung zu beobachten gewesen¹³⁹. Auch die Finanzierung von Terrorgruppen durch manche Staaten fand Eingang in die entsprechende UN-Konvention. Vom reinen Staatsterrorismus durch Geheimdienste etc. sind diese Fallgestaltungen aber zu unterscheiden und abzugrenzen.

Aber selbst in Fällen des *ius cogens* bleiben nationale wie internationale Gerichte auf der Linie der absoluten Staatenimmunität¹⁴⁰. Dies bezeugt etwa die Klageabweisung im Fall *Suleiman Al-Adsani v. Government of Kuwait et. al.*¹⁴¹ unter Bezug auf den Grundsatz der Staatenimmunität. Das britische Urteil wurde vom Gerichtshof in Straßburg wie folgt bestätigt:

“The court (...) does not accordingly find it established that there is yet acceptance in international law of the proposition that States are not entitled to immunity in respect of civil claims for damages for alleged torture committed outside the forum State.”¹⁴²

134 US Sup. Court Rep. 18 (1897), 83 (84).

135 S. ILR 88 (1992), 727.

136 *Letelier v. Republic of Chile*, 488 F.Supp. 665 (D.D.C. 1980); 502 F.Supp. 259 (D.D.C. 1980); 567 F.Supp. 1490 (S.D.N.Y. 1983; 748 F.2d 790 (2nd Cir. 1984), s. dazu ILA 66th Report (Buenos Aires) 1994, p. 469 f. und Kommentar dazu.

137 Wohl ein „zu heißes Eisen“. S. aber die Stichworte „State terrorism“, wikipedia v. 24.5.2021 und „State-sponsored terrorism v. 28.6.2021.

138 Vgl. Herdegen a.a.O. § 34 Rd. 16, § 41, Rd. 16 und Fall Sudan, UN S/Res. 1070 (1996) = VN 1997, S. 86; s.a. wikipedia-Stichwort „State-sponsored terrorism“ v. 28.6.2021. S. a. Michael Bothe in: Vitzthum/Proelß a.a.O. VIII. Rd. 11; Kempen/Hillgruber a.a.O. § 38 S. 229, Rd. 89, und S. 238/239 sowie 114; ILA-Report 60th Conference, Montreal 1982, 1983, p. 349 ff., spez. p. 356 Nr. 11 (Problem der Förderung von Terroristen durch Staaten).

139 Bsp. Förderung der Taliban-Rebellen durch die USA in ihrem Kampf gegen die Sowjetunion vor deren Rückzug 1988/89.

140 Herdegen a.a.O. § 37 Rd. 7, S. 282.

141 (engl. Gericht:) Judgment of the Supreme Court of Judicature, Court of Appeal (Civil Division) on appeal from the High Court of Justice, 21 January 1994, No. FC3 93/6212/E, ILM 45 (2006), 1108 ff.; dazu ILA 66th Report (Buenos Aires), 1994, p. 468, Anm. 66 und Kempen/Hillgruber a.a.O. § 32, Rd. 26.

142 EGMR EuGRT 2002, S. 403 – *Al Adsani v. Vereinigtes Königreich*, s. Kempen/Hillgruber a.a.O. § 32, Rd. 26 m.w.N.

Für einen Gerichtshof, der den Schutz der Menschenrechte zur Aufgabe hat, eine erstaunliche Feststellung.

Im Fall *Jones v. The Kingdom of Saudi Arabia* (!) kam das House of Lords zum gleichen Ergebnis¹⁴³. Lord Bingham of Cornhill sprach das wie folgt aus¹⁴⁴:

“(...) The House must consider the balance currently struck in international law between the condemnation of torture as an international crime against humanity and the principle that states must treat each other as equals not to be subjected to each other’s jurisdiction.”

Mit anderen Worten, das internationale Friedenserhaltungsinteresse ist stärker als die internationale Menschenrechtsverbürgung.

Eine UN-Konvention zur Staatenimmunität, beschlossen von der UN-Vollversammlung am 2.12.2004¹⁴⁵ und basierend auf Vorarbeiten der ILA¹⁴⁶ und der ILC¹⁴⁷, trat bis heute mangels einer ausreichenden Zahl von Ratifikationen nicht in Kraft.

Die größten Beschränkungen für eine staatliche Verantwortlichkeit für die Folgen von Staatsterrorismus erwachsen somit aus diesen tragenden völkerrechtlichen Prinzipien. Allerdings besteht heute im modernen internationalen Recht, anders als früher in der klassischen Zeit des Völkerrechts, weder eine absolute Souveränität des Staates, noch gilt die Staatenimmunität unbeschränkt. Hier könnten auf globaler Ebene das völkerrechtliche *ius cogens* (u.a. Folterverbot, Kern der Menschenrechte, v.a. mit dem Recht auf Leben)¹⁴⁸, die UN-Charta (Friedliches Zusammenleben, Gewaltverbot, Interventionsverbot), das allgemeine völkerrechtliche Deliktsrecht, die allgemeinen Menschenrechtspakte und eine große Zahl von speziellen Konventionen (wie vor allem die UN-Genozid-Konvention und die Anti-Folter-Konvention) sowie zahlreiche andere internationale Verträge und auch Elemente des sog. *soft law*¹⁴⁹ zu Einschränkungen führen. Weiter verfeinert wird dieses Schranken-System auf der regionalen völkerrechtlichen Ebene¹⁵⁰. Dieses Normengeflecht wäre geeignet, zumindest die exzessivsten Auswirkungen beider Prinzipien in Bezug auf Geheimdienst- und Polizeiaktivitäten zu verhindern. Es fehlen allerdings bis heute sowohl eine geschlossene Kodifikation des völkerrechtlichen Deliktsrechts wie eine UN-Anti-Terrorismus-Konvention, welche die Konvention

143 ILM 45 (2006), 1108 ff.

144 S. Kempen/Hillgruber a.a.O. § 32, Rd. 26.

145 GA Res. 59/38.

146 Eine private internationale Vereinigung von Völkerrechtswissenschaftlern mit dem Status einer NGO.

147 Entwurf einer Kodifikation des Rechts der Staatenimmunität 1991.

148 S. Karl Doehring a.a.O. Rd. 298 ff., 773 f., 985 ff., 988 ff.; v. Arnould a.a.O. Rd. 247 ff.; Stein/v. Buttlar a.a.O. Rd. 247 ff.; Heintschel von Heinegg in: Knut Ipsen, Völkerrecht, 5. A. 2004, § 15, S. 186 f., Rd. 37 ff.

149 Wie z.B. die Friendly Relations Declaration der UN-Vollversammlung, s. dazu noch unten.

150 Z.B. Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten des Europarats, American Convention on Human Rights.

zur Regelung der Staatenimmunität ergänzen könnten. Erstere sind wie erwähnt Entwurfsstadium stecken geblieben bzw. sind noch nicht in Kraft getreten.

Das Ganze zu verstehen im Sinne einer Übereinstimmung der Staaten, humane Standards auch in diesen Bereichen des Staatshandelns (wenn es schon sein muss) zu wahren. Andernfalls hätte die völkerrechtsdogmatische Konstruktion des *ius cogens* wenig Sinn. Der deutsche Idealismus wird vielfach für die Staatsvergötzung verantwortlich gemacht und gilt als dessen Inbegriff – versinnbildlicht in Geheimdiensten und Polizeien. Er habe verhängnisvoll ins 20. und 21. Jahrhundert ausgestrahlt und Unheilvolles bewirkt¹⁵¹. Soll also die Staatenimmunität der Sicherung des allgemeinen Friedens dienen¹⁵², so wären Menschenrechte und *ius cogens* (z.B. Folterverbot) dessen Störer: eine Paradoxie, die es im Namen der Humanität völkerrechtlich aufzulösen gilt.

3.4. Dennoch: Einfallstore, Durchbrechungen und Relativierungen

In der Folge ist in das Prinzip der Staatensouveränität da und dort schon eine Breche geschlagen worden¹⁵³. Dasselbe gilt für die Staatenimmunität. So besteht im internationalen Umweltrecht schon seit Jahrzehnten eine Rückführung der Souveränität auf ein „Prinzip der *beschränkten* staatlichen Integrität und Souveränität“¹⁵⁴. Internationale Menschenrechts-, Anti-Folter- und Anti-Genozid-Konventionen sind geeignet, den staatlichen Spielraum weiter einzuengen. Auch auf regionaler Ebene gibt es Beschränkungen, so z.B. die Rechtsstaatsverbürgung der Europäischen Union (s. Art. 6 und 7 EUV).

Als Ansatz und erstes Einfallstor zur Begrenzung und Einhegung der Souveränität kann die *Friendly Relations Declaration der UN-Generalversammlung* vom 24. Oktober 1970 gelten¹⁵⁵. Sie hat zwar ihre Schwächen: ihr kommt allenfalls soft law Charakter zu¹⁵⁶ und sie enthält zudem einen Katalog von Inhaltspunkten, die für Geheimdienstaktivitäten und ähnliches nicht passgenau sind. Dennoch verkörpert sie die Grundidee eines friedlichen, gewaltfreien und weitgehend harmonisch

151 Schlüsselwerk dafür ist André Glucksmann, Die Meisterdenker „Les Maîtres Penseurs“, 1977, dt. 1978 f.

152 Schon Kant a.a.O. S. 199 5. postulierte im „Ewigen Frieden“ 1795: „... kein Staat soll sich in die Verfassung und Regierung eines anderen Staates gewalttätig einmischen“.

153 S. etwa Stefan Oeter, Souveränität – ein überholtes Konzept? in: H-J Cremer/Th Giegerich/D. Richter/A. Zimmermann (Hg.), Tradition und Weltoffenheit des Rechts a.a.O. S. 259 ff.

154 Näheres etwa bei Manfred Meßerschmidt, Europäisches Umweltrecht, München 2011, § 4 III., Rd. 29 f. und bei Heintschel von Heinegg in: Knut Ipsen, Völkerrecht, 5. A. München 2004, 14. Kap. I., S. 974 f., Rd. 2–4, S. 1044 ff., Rd. 4 ff.

155 UN-Res. 2625 (XXV), UNYB 24 (1970) S. 788; UN Juridical Yearbook 1970, S. 105.

156 Stefanie Schmahl in: Vitzthum/Proelß, Völkerrecht a.a.O. IV. Rd. 210 erachtet die Nichtbeachtung der Declaration als „Kunstfehler“.

geregelten staatlichen Zusammenlebens, wie sie der UN-Charta vom 26. Juni 1945 und dem Völkerrecht insgesamt vor Augen steht¹⁵⁷.

Das allgemeine Völkerrecht steuert das (jedenfalls grundsätzliche¹⁵⁸) Gewaltverbot, das Interventionsverbot und aus dem *ius cogens* das Folterverbot¹⁵⁹ bei. Die UN-Charta verbürgt das völkerrechtliche Gewaltverbot¹⁶⁰ (das bestimmte Ausnahmen zulässt, s. Art. 51 UN-Charta) und das Interventionsverbot gegenüber anderen Staaten (Art. 2 Nr. 3, 4, 7 UN-Charta¹⁶¹). Während die *UN-Genozid-Konvention*¹⁶² in ihrer Stoßrichtung nur bedingt einschlägig sein dürfte¹⁶³, ist dies der bei der (wesentlich jüngeren) *Anti-Folter-Konvention der UN*¹⁶⁴ anders: sie richtet sich mit ihren Verboten in Art. 1 S. 1 ausdrücklich und weit gefasst an den „öffentlichen Dienst“¹⁶⁵ und sieht in den Art. 2, 4, 5 ff. eine Reihe von Vorkehrungen vor, die Foltertaten staatlicher Dienste vermeiden und ahnden sollen. Zudem wird in Art. 17 ff. ein internationaler Ausschuss geschaffen. Es gibt weder Rechtfertigungen für Folter (Art. 2 II), noch entschuldigt ein höherer Befehl den Täter (Art. 2 III). Allerdings ist die Zielrichtung der Konvention die staatliche Strafverfolgung (1. und 2. Var. Art. 1 S. 1), nicht explizit undercover- und sonstige Geheimdienst- und Polizeiatktivitäten. Solche können aber unter die 3. oder 4. Variante („um sie oder einen Dritten einzuschüchtern oder zu nötigen, oder aus einem anderen, auf irgendeiner Art von Diskriminierung beruhenden Grund“) subsumiert werden. Dies nicht zuletzt auch deshalb, weil bei solchen Maßnahmen, die im Rahmen von Staatschutzdelikten zu den Straftaten des Strafgesetzbuches zu zählen sind, Beeinträchtigungen zu Geheimdienstmaßnahmen nicht auszuschließen sind. Vielmehr sind Staatsschutz-(=Geheim)Polizei und Geheimdienst in den meisten Ländern eng verzahnt. Insoweit bietet die Anti-Folter-Konvention einen gewissen Schutz für potentielle Opfer. Soweit Geheimdienstverbrechen allerdings keinen Foltercharakter

157 Dazu etwa Kay Hailbronner, Die Grenzen des völkerrechtlichen Gewaltverbots, in: Dietrich Schindler/Kay Hailbronner (Hg.), Die Grenzen des völkerrechtlichen Gewaltverbots, 1986, S. 49 ff.

158 S. etwa Volker Epping, Das absolute Gewaltverbot – Ein Anachronismus? in: F. Zehetner (Hg.), FS f. Hans-Ernst Folz, Wien/Graz 2003, S. 31 ff. mit Beispielen für Öffnungen des Gewaltverbotprinzips.

159 Art. 53 S. 2 WVK. S. Herdegen a.a.O. S. 153 und Verweis auf die IGH-Entscheidung „Belgium vs. Senegal“ zum Folterverbot mit seiner Wirkung erga omnes, S. 154.

160 Herdegen a.a.O. S. 247.

161 Herdegen a.a.O. S. 269.

162 Konvention über Verhütung und Bestrafung des Völkermords vom 9.12.1948, BGBl. II S. 730/UNTS Vol. 78 p. 277.

163 Etwa wenn Sonderpolizeien im In- oder Ausland Jagd auf Minderheiten oder Insurgenten machen.

164 Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10.12.1984, BGBl. 1990 II S. 247 und GAOR, 39th Session, Res. Supp. No. 5 (UN-Doc. A/39/51) p. 197 mit Fakultativprotokoll vom 18.12.2002, A/RES/57/199; ILM 42 (2003) p. 26.

165 Genau: „... von einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft handelnden Person, auf deren Veranlassung oder mit deren ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis verursacht werden“. Hierunter sind auch die Geheimdienste- und Staatsschutz-Polizeien zu verstehen.

aufweisen (was häufig der Fall sein dürfte), bietet die Anti-Folter-Konvention keinen umfassenden Schutz.

Die allgemeinen internationalen und regionalen *Menschenrechtspakte* richten sich ausdrücklich an die Staaten (s. z.B. Abs. 4 der Präambel, Art. 2 des UN-Paktes von 1966) und verpflichten diese, die elementaren Rechte, wie Leben, Folter und unmenschliche Behandlung, Freiheit, Rechtsschutz zu achten¹⁶⁶. Auch sie bieten zumindest eine rechtliche Barriere gegenüber exzessiven, Menschenrechte verletzenden Geheimdienstmaßnahmen.

Das *Römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofs* von 1998 knüpft bei der Festlegung seiner Zuständigkeiten an die Anklagepunkte des Nürnberger Militärgerichtshofs an¹⁶⁷. So enthält Art. 5 Abs. 1 b) den Anklagepunkt „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“. In Art. 7 wird dieser Punkt näher präzisiert. Der Artikel 7 Abs. 1 listet in den Absätzen f) und i) mit den Punkten „Folter“ und „Verschwindenlassen“ auf und definiert sie zugleich in Abs. 2 e) bzw. i). Diese Tatbestände können ohne weiteres auf Geheimdienstverbrechen und Sonderpolizei-/Todeschwadronen-Verbrechen übertragen werden, sodass ihre Verfolgungspflicht bereits zum Völkergewohnheitsrecht zu zählen sein dürfte. Damit ist zumindest ein wichtiger Teil solcher „staatsterroristischer Verbrechen“ bereits jetzt völkerrechtlich strafbar.

Die oben (3.) aufgelistete Rechtsprechung zur Staatenimmunität stemmt sich somit dem Trend allgemeiner Menschenrechtsverbürgungen entgegen. Wie der Fall des OLG Koblenz zeigt, scheint hier jedoch ein Umdenken zu beginnen. Dies ergibt sich auch aus einem statement von I. J. Evans im Zusammenhang mit dem Fall *Al-Adsani v. Kuwait*¹⁶⁸:

“... since the intention of the State Immunity Act was to give effect to the European Convention of 1972, and more generally, to give effect to the rules of customary international law as was explained by Lord Diplock in the *Alcon* case (1984), then the argument will be that the reference to immunity in section I (i) of the Act is a reference to immunity in accordance with public of general international law and ... *there is at the very least a reluctance under public international law to give any legal status to acts of torture such as here alleged.*”¹⁶⁹ (Hervorh. d. Verf.)

Betrachtet man das übliche, weitgehend gewaltfreie Spionagewesen, das in der Regel aus Nachrichtensammeln und -auswerten besteht, und das es sei jeher gegeben hat, so wirkt dies fast wie ein Gewohnheitsbrauch der Staatenwelt (wenn nicht gar als „Gewohnheitsrecht“¹⁷⁰). Demgegenüber sollten die aufgelisteten schweren Straftaten einer völkerrechtlichen Ächtung unterfallen.

166 Bsp. v.a. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte der UN vom 19.12.1966, BGBl. 1973 II S. 1534, UNTS Vol. 999 p. 171, dort vor allem Art. 2, 6 I, 7, 9, 10, 12, 14.

167 A/Conf. 183/9 v. 17.7.1998, UNTS Bd. 2187 S. 90, s.a. BGBl. 2000 II S. 1394.

168 S. Fundstelle oben: High Court of Justice, 21 January 1994, No. FC3 93/6212/E.

169 Zit. aus ILA-66th-Report p. 468.

170 Wenngleich jeder Staat sog. Staatsschutzdelikte ahndet. Denkt man aber an den häufigen Austausch gefasster und verurteilter Spione, an die häufigen Formen von Retorsi-

3.5. Rechtfertigungsgründe des Staates im Völkerrecht

Rechtliche Möglichkeiten einer Gegenargumentation von staatlich-politischer Seite sind zahlreich. Zunächst einmal kann sich jeder Staat – wie vermerkt – auf seine nur bedingt einschränkbare Souveränität beziehen. Weitere Rechtfertigungslinien für – auch schwerwiegende – Geheimdienst- und Polizeimaßnahmen können aus Vorbringen wie dem „tu quoque“-Argument, dem Argument des „minus malum permittitur, ut evitetur maius“ oder dem Grundsatz des „do ut des“ (Nachrichtenhandel) abgeleitet werden. Die Notwendigkeit einer Waffengleichheit bei Geheimdienstaktivitäten folgt aus dem Selbstverteidigungsrecht¹⁷¹ des Staates, das selbst die UN-Charta anerkennt (Art.51)¹⁷². Weitere Argumente ergeben sich, wenn ein Staat vorbringt, ein Verzicht von Maßnahmen liefe auf eine Selbstblockade seines Verteidigungsrechts hinaus. Auch können Sachlagen wie Selbsthilfe¹⁷³, Notwehr, Nothilfe und Notstand¹⁷⁴, sowie die Abwehr der Gefahr einer Eskalation gegenseitiger Exekutiv-Maßnahmen als Argumente herangezogen werden. Schließlich gibt es den gefährlichen Graubereich des Rechts der „humanitären Intervention“¹⁷⁵.

Aus solchen Rechtspositionen können Rechtfertigungen für Aktionen staatlicher Exekutivorgane (seien sie direkt oder indirekt tätig) erwachsen, selbst wenn diese im Endeffekt gravierende „undercover“-Handlungen darstellen. Zumeist, ohne dafür international einstehen zu müssen; der Fall Khashoggi ist dafür das beste Beispiel.

3.6. Die Verantwortung des Staates im Völkerrecht

3.6.1. Zur Staatenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Deliktsrecht

3.6.1.1. Der weitgehend geklärte Vorbereich: die Haftung des Staates für Terrorakte von Privatpersonen

Ein erster Ansatz für die Verantwortlichkeit eines Staates für Akte des Internationalen Terrorismus oder vergleichbar schwerer Verbrechen bildet die völkerrechtliche Verantwortlichkeit des Staates bei der Haftung für Privatpersonen¹⁷⁶, die Ter-

on und Repressalie im Nachrichtenwesen (wechselseitige Ausweisung von Diplomaten) unter dem Aspekt des tu quoque-Aspekts, so kann man durchaus von Üblichkeiten des Staatenverkehrs unterhalb der Kriegsschwelle sprechen nach dem Motto „Ich liebe den Verrat, aber hasse den Verräter“ (Gaius Julius Caesar; es könnte aber auch zu Talleyrand und anderen modernen Staatsmännern passen).

171 Herdegen a.a.O. S. 249.

172 S. Herdegen a.a.O. S. 447, 5., ergänzt wird dieses Recht für die Fälle der höheren Gewalt und des Notstands.

173 Herdegen a.a.O. S. 261.

174 S. etwa Art. 4 UN-Menschenrechtspakt vom 19.12.1966, durch den aber die Notstandsmaßnahmen wiederum eingehegt sind. S. Herdegen a.a.O. S. 263.

175 Herdegen a.a.O. S. 263.

176 S. Kilian, NZWehrr a.a.O. S. 121 ff. und ders., Internationaler Terrorismus und völkerrechtliche Haftung des Staates a.a.O. 1977 sowie Oppermann a.a.O. S. 513 f.

rorakte begehen, welche von einem Staat in vorwerfbarer Weise (schuldhaft) nicht verhindert wurden¹⁷⁷. Daraus ergibt sich eine unmittelbare Staatenverantwortlichkeit, begründet aus dem völkerrechtlichen Deliktsrecht. Zwar geht haftet hier der Staat für solche Taten nur mittelbar, denn er hat sie nicht ausgeführt. Dadurch dass er sie aber schuldhaft nicht verhindern konnte oder wollte, haftet er direkt aus eigener Verantwortlichkeit. Denn er hat es unterlassen, Vorkehrungen zu treffen, die solche Taten Privater verhindert hätten, bzw. er hat solche Täter nicht zur Verantwortung gezogen. Die Taten werden ihm somit direkt zugerechnet. Es geht hier zwar um eine mittelbare, rechtsdogmatisch aber um eine unmittelbare Haftung für Akte privater Terrororganisationen. Eine Analogie zur – dann ohnehin unmittelbaren – Verantwortlichkeit für Taten der eigenen Geheimdienst-, Polizei- usw. Organe lässt sich daraus ohne weitere Probleme nach dem Prinzip des *a maiore ad minus* ableiten.

3.6.1.2. Zur Systematik des völkerrechtlichen Deliktsrechts

Das völkerrechtliche Deliktsrecht ahndet Taten, etwa durch die Verpflichtung zu Wiedergutmachung, Schadensersatz, Genugtuung oder Strafverfolgung, die ein Staat gegenüber einem anderen begeht. Freilich wird dadurch eine direkte Verantwortlichkeit der Geheimdienst- und Polizeiangehörigen (auch Diplomaten oder sonstigen Beamten) fremder Staaten selbst nicht begründet. Sie werden vielmehr durch die Staaten, die ihre Dienstnehmer sind, mediatisiert¹⁷⁸. Verletzt bleibt vielmehr nur der betreffende Staat selbst in Gestalt seiner Dienstnehmer.

Der betroffenen Amtsperson selbst kommt kein Haftungsanspruch gegen den verletzenden Staat zu. Eine Lücke besteht zudem bei Personen, soweit diese – wie der Journalist Khashoggi – keine fremden Staatsorgane sind, und ihre Verletzung den betreffenden Staat nicht selbst tangieren. Zudem wirkt das völkerrechtliche Deliktsrecht nur reaktiv, nicht präventiv. Dies bedeutet, dass es erst eingreift, wenn die Tat oder die Taten schon geschehen sind. Dass neben dem Staat ev. auch seine handelnden Organe als natürliche Personen für Straftaten persönlich einzustehen haben, wie es nach heutiger Völkerrechtslage bei Personen der Fall ist, die Kriegsverbrechen begangen haben, ändert daran nichts.

3.7. Die Konventionsentwürfe

3.7.1 *Der Entwurf einer Konvention zur Staatenverantwortlichkeit der International Law Commission (ILC) der UN*

Basis einer Ächtung und Verfolgung des staatlichen Terrorismus wäre eine allgemeine Konvention der Staatenverantwortlichkeit im Völkerrecht. Eine solche wurde zwar in langen Jahren von der ILC, einem Unterorgan der UN, ausgearbeitet.

177 S. Kilian, NZWehrr a.a.O. S. 121 ff. und ders., Internationaler Terrorismus und völkerrechtliche Haftung des Staates a.a.O. 1977.

178 S. grundsätzlich dazu v. Arnauld a.a.O. § 1 Rd. 51, § 5 Rd. 382.

Bisher ist ihr seit 2001 fertiger Entwurf aber nicht in Kraft getreten¹⁷⁹. Zu groß sind die Widerstände unterschiedlicher Staaten. So bleibt die Staatenverantwortlichkeit dem Völkergewohnheitsrecht überlassen, soweit sie nicht durch spezielle Konventionen, etwa die Anti-Folter-Konvention, vertraglich geregelt ist.

Der *ILC-Entwurf* regelt in Art. 1 die Verantwortlichkeit eines Staates für völkerrechtswidriges Handeln und nennt in Art. 2 die beiden Elemente der Verantwortlichkeit: die Zurechenbarkeit und die Begründung der Verletzung. Das Völkerrecht geht gleichnamigem nationalen Recht vor (Art. 3). *Der Staat haftet gem. Art. 4 ff. das Verhalten seiner Organe aller Staatsgewalten, seien sie natürliche oder juristische Personen*, und auch für das hoheitliche Handeln nicht-staatlicher Personen (Art. 4, 5). *Er haftet bei Organleihe, auch bei der Überschreitung zulässiger Befugnisse, bei von ihm geleitetem oder kontrolliertem Verhalten und sogar, wenn öffentliche Behörden abwesend sind* (Art. 6, 7, 8, 9). Art. 12 f. regelt die Verletzung, Art. 16 ff. die Zurechenbarkeit eines Handelns. Der Ausschluss rechtswidrigen Handelns wird in den Art. 20 ff. aufgelistet¹⁸⁰. Allerdings gibt es keine Rechtfertigung bei Verstoß gegen zwingende Völkerrechtsnormen (Art. 26). Der Inhalt der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit folgt aus den Art. 28 ff. Art. 40 f. regelt die schwere Verletzung zwingender Völkerrechtsnormen (= *ius cogens*), während die Art. 42 ff. die Durchführungsverordnungen enthalten. Zulässige Gegenmaßnahmen des Anspruchsgegners enthalten die Art. 49 ff., wobei hier fundamentale Menschenrechte zu beachten (Art. 50 I b)) und das Prinzip der Verhältnismäßigkeit zu wahren ist (Art. 51). Die individuelle Verantwortlichkeit wird von der Staatshaftung nicht berührt (Art. 58). (Hervorh. d. Verf.)

Bei einer Ächtung und Verfolgung völkerrechtswidriger Geheimdienst- und Polizeimaßnahmen würde der Entwurf der ILC insgesamt und recht passgenau den entsprechenden Schutz bieten.

3.7.2. *Der Entwurf einer UN-Antiterrorismus-Konvention und die Tatbestandsbegründung der Staatenverantwortlichkeit*

Nachdem seit 1963 eine ganze Reihe von regionalen und internationalen Anti-Terrorismus-Konventionen abgeschlossen wurden, die meisten davon zum Schutz des zivilen Luftverkehrs gegen Luftpiraterie, wurde im Jahr 2000 durch die indische Regierung der umfassende („comprehensive“) *Entwurf einer UN-Konvention über die Bekämpfung des internationalen Terrorismus* vorgelegt¹⁸¹. Neu an diesem Entwurf war, dass kein Unterschied zwischen nicht-staatlichen und staatlich

179 S. etwa Herdegen a.a.O. § 58 S. 442 ff. Artikelentwurf für: Die Verantwortlichkeit von Staaten für völkerrechtliches Handeln, 53. Sitzung der ILC (2001) z. K. der UN-GA 56. Sitzung (2001), Res. 56/83, 85. Si. v. 12.12.2001, Offic. Reports GA 56th sess., supp. No. 589 (A/56/589 a. corr. 1).

180 Einwilligung, Selbstverteidigung, Gegenmaßnahmen gegen völkerrechtswidriges Handeln des anderen Staates, Höhere Gewalt, Notlage, Notstand.

181 Draft comprehensive convention on international terrorism, GA 28 april 2002, A/C.6/55/1, Sixth Committee Ag. 166, means to eliminate international terrorism.

beauftragten Terroristen gemacht wurde. Dies geht bereits aus den Einleitungsthesen hervor, wo es heißt:

“Convinced that the suppression of acts of international terrorism, including those which are committed or supported by States, directly or indirectly, is an essential element in the maintenance of international peace and security and the sovereignty and territorial integrity of States...”. (Hervorh. d. Verf.)

Täter einer Terrorstraftat kann gemäß Art. 2 Nr. 1 des Entwurfs „any person“ sein, also unabhängig davon, ob sie in staatlichem Auftrag oder aus eigenem Entschluss oder im Auftrag einer privaten Terrororganisation handelt. Die einzige Einschränkung ist, dass es sich dabei um Taten handelt, die jenseits einer Staatsgrenze ausgeführt werden, nicht aber Taten, die ein Inländer innerhalb eines bestimmten Staates begeht:

“Article 3 This Convention shall not apply where the offence is committed within a single State, the alleged offender is a national of that State and is present in the territory of that State and no other State has a basis under article 6, paragraph 1, or article 6, paragraph 2, to exercise jurisdiction, except that the provisions of articles 10 to 22 shall, as appropriate, apply in those cases.” (Hervorh. d. Verf.)

Die Konvention ist bisher nicht in Kraft getreten. Auch sie wäre geeignet, Staatsverbrechen, namentlich Geheimdienst- oder Polizeiverbrechen, international zu ahnden, zumindest, wenn sie im Ausland oder im Inland an Ausländern begangen worden sind.

3.8. Vorschläge zur Völkerrechtslage

3.8.1. Möglichkeiten und Probleme einer Ächtung des Staatsterrorismus

Eine allgemeine, weltweite Ächtung in welcher rechtlichen Form auch immer würde zumindest hemmende, wenn nicht gar abschreckende Wirkung haben können. Besser noch wäre eine Selbstverpflichtung, staatliche Terrorakte zu unterlassen bis hin zum Erlass einer Art weltweit akzeptierter Ethik („Kodex“) bei der Ausführung von Geheimdienstmaßnahmen, die mindestens schwere Verbrechen ausschließt. Ergänzend hinzukommen könnte eine Vorbeugungs- und Verhinderungspflicht mit entsprechenden Schulungsmaßnahmen bis hin zu einer generellen Aufklärungs- und Verfolgungspflicht der Staaten und der Bestrafung nach dem Weltrechtsprinzip, wobei das Urteil des OLG Koblenz von 2020/21 Vorbild und Präzedenzfall sein kann.

Probleme gibt es auf diesem Weg freilich genug: zum einen die Abschottung, das Geheimhaltungsprinzip und die Eigendynamik sowie der Korpsgeist solcher Einrichtungen („omerta“, Staat im Staat etc.). Eine Rolle spielt immer auch die öffentliche Meinung. Weiter besteht das Problem der Nachweisbarkeit und die Frage, wer ist zuständig ist für die Verfolgung solcher Taten und Täter. Zu denken wäre an eine internationale Staatsanwaltschaft wie im Falle der UN-Strafgerichtshöfe und jetzt der EU.

3.8.2. Weitere völkerrechtsdogmatische Fragen

Beim völkerrechtlichen Deliktsrecht, einerlei, ob Terrorakte oder terror-adequate Akte i.w.S. von privaten Gruppen oder von staatlichen Einrichtungen ausgehen, spielen vor allem Fragen der Zurechnung¹⁸², des Verschuldens¹⁸³, des due diligence-Verhaltens¹⁸⁴ sowie des local remedy-Prinzips¹⁸⁵ eine Rolle, auf die hier nicht weiter eingegangen werden kann.

Im Falle des Staatsterrorismus wäre eindeutig festzustellen, dass Geheimdienstaktionen, die in Entführungen, Morden etc. münden oder diese gezielt beabsichtigen, unter einen Begriff fallen können, der dem (internationalen) „Terrorismus“ gleichgestellt ist. Dies hängt zunächst zum einen davon ab, (1) ob es eine allgemein anerkannte rechtliche Definition des Phänomens des Internationalen Terrorismus gibt. Und wenn ja, (2) inwieweit dieser bereits de lege lata völkerrechtlich strafbar ist. Selbst wenn dies nicht der Fall sein sollte, wäre zu (3) überlegen, ob man für derartige Fälle und Fallgruppen einen gesonderten Begriff prägt, der dann de lege ferenda in völkerrechtliche Abkommen etc. münden oder auch in Zukunft zum Völkergewohnheitsrecht erstarken könnte.

Damit stellen sich zunächst folgende Fragen:

- (1) Fällt Staatsterrorismus unter den Begriff des internationalen Terrorismus? Fallen somit Gewaltaktionen dieser Organe (oder deren Beauftragten) (überhaupt) unter den Begriff des (internationalen) Terrorismus?
- (2) Ist Staatsterrorismus völkerrechtlich implizit untersagt, etwa im Gewaltverbotspostulat der UN-Charta implizit vorhanden?
- (3) Werden eigene und fremde Staatsorgane (oder deren Beauftragten) von völkerrechtlichen Verboten bzw. Deliktshaftungsregelungen (überhaupt) erfasst?
- (4) Könnte – um alle Interpretationszweifel auszuschließen – für die vielfältigen Formen staatlichen Terrorismus, auch derjenige, der sich im Verborgenen abspielt, ein neuer Rechtsbegriff geschaffen werden: etwa „Staatsterrorismus in weiterem Sinne“, „Staatshandelns-Exzess“ oder „Exekutiv-, Geheimdienstverbrechen“?

Daraus folgt als Forschungsbedarf eine Reihe weiterer Fragen und Abgrenzungsprobleme, die im Rahmen dieser Abhandlung nicht sämtlich zu klären waren:

- (5) Was ist unter einem Geheimdienst bzw. einer Sonderpolizei im Sinne einer völkerrechtlichen Definition zu verstehen? Wie sind Exekutivkräfte voneinander abzugrenzen? Das strikte deutsche Trennungsprinzip von Polizei und Nachrichtendienst/Verfassungsschutz gilt nicht in jedem Staat.
- (6) Wie kann Staatsterrorismus in Abgrenzung zum herkömmlichen Internationalen Terrorismus neu und anders definiert werden?
- (7) Wie sind Kriegsmaßnahmen von terrorähnlichen Geheimdienstmaßnahmen abzugrenzen?

182 Kilian, NZWehrr a.a.O. S. 121.

183 Kilian, NZWehrr a.a.O. S. 122 ff.

184 Kilian, NZWehrr a.a.O. S. 129 ff.

185 Kilian, NZWehrr a.a.O. S. 133 f.

- (8) Wie sind Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Zusammenhang mit terroristischen Taten zu sehen?
- (9) Ist im heutigen Völkerrecht noch ein *arkanum*, d.i. ein absoluter, unantastbarer Kernbereich des Staates, generell anerkannt?
- (10) Wie ist Staatsterrorismus im Inland gegenüber demjenigen im Ausland abzugrenzen?

Selbst wenn man zu der Feststellung käme, dass Geheimdienst- und Polizeiaktionen, die schwere Verbrechen darstellen, als Form des „internationalen Terrorismus im weiteren Sinne“ völkerrechtlich untersagt und weltweit zu bestrafen wären, türmte sich eine Reihe von Hemmnissen auf. Denn die Staatenwelt wäre in der Lage, der Einhegung verbrecherischer Geheimdienst- und Polizeiaktivitäten – wie gezeigt – eine ganze Reihe rechtlicher Schutzwälle in Form von Rechtfertigungen entgegenzustellen. Die Völkerrechtswidrigkeit staatlicher Maßnahmen muss daher im Bereich des völkerrechtlichen Deliktsrechts immer erst dargetan werden, sie ergibt sich nicht schon aus dem Vorliegen einer Verletzungshandlung bzw. eines Schadens¹⁸⁶. Unumgänglich wäre daher die Bildung eines entsprechenden „griffigen“ Tatbestands des Geheimdienst-/Polizeiverbrechens, der bereits bekannte Straftatbestände wie Folter, Entführung, Totschlag, Mord u. dgl. mit einschließt.

4. Schlussfolgerungen

Jeder bestehende Staat der Weltgemeinschaft legt Wert darauf, „zivilisiert“¹⁸⁷, moralisch hochstehend¹⁸⁸, (möglichst) demokratisch¹⁸⁹ und (in Maßen) ein Rechtsstaat zu sein: das „Weltmodell des Verfassungsstaates“ (Peter Häberle). Der Staat hat in vielen Weltgegenden und in vielen Bereichen seine „arcania“ verloren. Überall bemüht man sich um „Transparenz“, erlässt Informationsfreiheitsgesetze¹⁹⁰ und gewährt (weitgehend) freien Zugang zu Archiven, Akten und Dokumenten. Dieses Idealbild streben auch die Bevölkerungen als Staatsvölker an. Nimmt man die These von der Volkssouveränität ernst (vgl. Art. 20 II GG), so ist es nicht im Sinne dieser Bürgerschaften, wenn der jeweilige Staat durch seine Organe, seien sie Polizei, Geheimdienste oder sonstige Exekutivkräfte, gegen elementare Rechtsgüter, die allen Staaten gemeinsam sind, in eklatanter Weise im In- oder Ausland verstößt¹⁹¹. Schon im vernunftrechtlichen System Kants von 1795¹⁹² heißt es, nach

186 Grundsätzlich neuerdings Christian Marxen, *Völkerrechtsordnung und Völkerrechtsbruch. Theorie und Praxis der Illegalität im ius contra bellum*, 2021.

187 S. Art. 38 IGH-Statut.

188 Dazu etwa Kant a.a.O. S. 244 ff.

189 Dazu jüngst grundsätzlich und aus deutscher Sicht der Sammelband von Friedrich Wilhelm Graf und Heinrich Meier (Hg.), *Die Zukunft der Demokratie. Kritik und Plädoyer*, 2018, mit Beiträgen u.a. von Horst Dreier, Egon Flaig, Herfried Münkler und Dietrich Murswiek.

190 Muster war der „freedom for information act“ (FOIA) von 1967 in den USA.

191 Dazu Marxen a.a.O. *Völkerrechtsordnung und Völkerrechtsbruch*.

dem „selbst ein Volk von Teufeln“ in der Lage wäre, einen Staat zu schaffen, wenn es nur Verstand hätte: jedoch dem Staat liegt daran, der inneren wie äußeren Frieden zu befördern und zu sichern, „die Natur will unwiderstehlich, dass das Recht zuletzt die Obergewalt erhalte“¹⁹³.

So ist es nur folgerichtig, dass die Staatenwelt mehr und mehr zu einer *Staatengemeinschaft* zusammenwächst, die gemeinsame, verrechtlichte Werte (besser: Rechtsgüter) als „geistige Wirklichkeit“ (Hegel) teilt¹⁹⁴. So kann die Ächtung menschenverachtender Taten im Staatenverkehr zu einer rechtsbildenden Kraft werden, in der kein Staat die „Grenzen der Gemeinverträglichkeit“ (Tomuschat) überschreiten darf. Denn diese verstoßen gegen die Interessen der „Internationalen Gemeinschaft“ insgesamt¹⁹⁵. Hierbei kann es offen bleiben, ob dieser Staatengemeinschaft bereits eine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt und sie so bereits als „Völkerrechtssubjekt“ apostrophiert werden kann¹⁹⁶.

Realistischerweise wird man Geheimdienstaktivitäten und Polizeimaßnahmen niemals unter einen Generalverdacht der Rechtswidrigkeit oder Unverhältnismäßigkeit stellen können. Dies wäre weltfremd. Aber ein Minimum an Fallgruppen (s. oben) und eine Begrenzung auf besonders schwere Delikte (vgl. oben) – ein Exempel und mahnendes Fanal mag der Fall Khashoggi in Istanbul ein – stünde zumindest zur ernsthaften Debatte. Allgemeine Empörung, die rasch verpufft, reicht nicht aus. Ebenso wenig Sanktionsdrohungen. Nötig wäre eine permanente völkerrechtliche Ächtung und weltweite Strafverfolgung.

Folgende Vorschläge könnten eine entsprechende Debatte der Verhinderung, Ächtung und Verfolgung solcher Delikte im Sinne einer generellen Sensibilisierung der Völkerrechtsgemeinschaft anstoßen:

- (1) Ausarbeitung einer allgemein akzeptierten und verbindlichen völkerrechtlichen Definition des Staatsterrorismus, z.B. als „Terrorismus im engeren Sinn“ o. dgl.
- (2) Aufnahme entsprechender Delikte nach dem Weltrechtsprinzip in die nationalen Strafgesetzbücher.
- (3) Eine Verpflichtung zur Selbstbeschränkung des Staates, möglicherweise sogar in der Verfassung verankert (vgl. etwa Art. 26 I und II GG).
- (4) Ausarbeitung eines internationalen „Komments“ von Geheimdienstaktivitäten in Gestalt von guidelines.
- (5) Erweiterung der Zuständigkeit internationaler Strafgerichte auf derartige Delikte,

192 Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf, 1795, z.B. in: Immanuel Kant, *Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie und Pädagogik* 1, Werkausgabe Bd. XI, hg. von Wilhelm Weischedel, stw Nr. 192, 1977, S. 195 ff.

193 Kant a.a.O. S. 224, 225.

194 S. Wolfgang Graf Vitzthum, IX. § 94 Staatengemeinschaft, in: *Leitgedanken des Rechts*. Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag, hg. von Kube/Mellinghoff/Morgenthaler/Palm/Puhl/Seiler, Bd. I, Heidelberg 2013. S. 1007 ff., Rd. 3, 6, 13 f.

195 Graf Vitzthum a.a.O. S. 1014, Rd. 21 mit Verweis auf Tomuschat Anm. 18 (Weltordnungsmodelle für das 21. Jahrhundert, 2009, S. 17).

196 Graf Vitzthum a.a.O. S. 1014/15, Rd. 22.

- (6) Ausarbeitung einer entsprechenden Deklaration der UN-Vollversammlung, etwa in Ergänzung der Friendly Relations Declaration der UN von 1970. Etwa eine Charta gegen solche Aktivitäten mit dem Charakter einer Selbstverpflichtung.
- (7) Dies könnte mit der Errichtung einer Monitoringstelle der UNO für entsprechende Vorkommnisse mit Datensammlungen, Reports nach dem Muster von Menschenrechtsbeobachtungsstellen verbunden werden.
- (8) Propagierung und Initiierung einer Internationalen Konvention zur Ächtung bestimmter schwerer Geheimdienst- und Polizeidelikte. In deren Rahmen könnte eine internationale Staatsanwaltschaft, vergleichbar der neuen EU-Korruptions-Staatsanwaltschaft, errichtet werden.

Bleibt der Mensch beim staatlichen Terrorismus im weiteren Sinne in den Fallstricken der Staatensouveränität und der Staatenimmunität hängen, so wäre es Aufgabe der Staatengemeinschaft, diese Schutzlücke im Zeitalter der Menschenrechte umgehend zu schließen.

Stellte aber eine solche Ächtung nicht lediglich einen Akt des „wishful thinking“ dar, analog etwa des radikalen Pazifismus? Würde dies der Fall sein, so hätte es im Völkerrecht der vergangenen dreihundert Jahre keinerlei Fortschritte gegeben: ewige Macht anstatt Recht. Keine Haager Landkriegsordnung, keine Kriegsächtung (Briand-Kellogg-Pakt), keine UNO, keinen Nürnberger Kriegsverbrecherprozess, keine Menschenrechtspakte, kein Ende der Ost-West-Konfrontation, keinen Internationalen Strafgerichtshof, keine europäische Einigung in Gestalt von EWG bzw. EU. Utopisches zu erhoffen und zu erwarten, liegt in der Natur des Völkerrechts, das auf weitgehendem Konsens und auf dem Prinzip *pacta sunt servanda* beruht. Es muss der Satz gelten: „Fiat iustitia, ne pereat res publica“ (Fritz Buchwald). Warum soll eine solche, konkret zu fassende Utopie nicht auch für die künftige Ächtung des Staatsterrorismus anzustreben sein gemäß des Satzes von Mahatma Gandhi: „Es gibt keinen Weg zum Frieden. Der Frieden ist der Weg“¹⁹⁷.

Anhang:

Aus der Pressemitteilung des OLG Koblenz vom 24.2.2021:

„Das OLG Koblenz hat gegen den 44 Jahre alten syrischen Staatsangehörigen Eyad A. wegen Beihilfe zu einem Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§§ 7 Abs. 1 Nr. 5, Nr. 9 VStGB, 27 StGB) eine Freiheitsstrafe von 4 Jahren 6 Monaten verhängt. Der Senat sah es nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme als erwiesen an, dass der Angeklagte Eyad A. im Rahmen eines ausgedehnten und systematischen Angriffs auf die Zivilbevölkerung anderen Hilfe dazu leistete, 30 Personen in schwerwiegender Weise der körperlichen Freiheit zu berauben und während der Ingewahrsamnahme zu foltern. Der Senat gelangte zu der Feststellung, dass spätestens seit Ende April 2011 seitens der syrischen Regierung ein ausgedehnter und systematischer Angriff auf die Zivilbevölkerung stattfand, um die im Rahmen des sogenannten Arabischen Frühlings entstandenen Protestbewegungen ge-

197 Sehr ähnlich schon Kant a.a.O. S. 251. Vgl. auch Hermann Hesse: „Um das Mögliche zu erreichen, muss man das Unmögliche anstreben“.

waltsam im Keim zu ersticken und eine Gefährdung der Stabilität der Regierung und deren etwaigen Sturz zu unterbinden. Es seien im gesamten Land tatsächliche oder vermeintliche Oppositionelle, Demonstranten und Regimekritiker verhaftet, misshandelt, gefoltert und getötet worden. Auch im Gefängnis der Abteilung 251 des Syrischen Allgemeinen Geheimdienstes seien Menschen ohne rechtsstaatliches Verfahren eingesperrt und gefoltert worden. Es sei hierbei zu massiven körperlichen Misshandlungen der Gefangenen, etwa durch Schläge, Tritte und Elektroschocks gekommen. Zum anderen seien sie gezielt erheblichem seelischen Leid ausgesetzt worden, etwa durch die Androhung, nahe Angehörige von ihnen zu misshandeln, wie auch durch die permanent hörbaren Schreie der Gefolterten bei fortwährend unsicherem eigenem Schicksal. Die brutalen physischen und psychischen Misshandlungen hätten dazu gedient, Geständnisse zu erzwingen, Informationen über die Oppositionsbewegung zu erlangen und die Gefangenen von weiteren Protesten gegen die Regierung abzuhalten. In dem Gefängnis hätten auch jenseits der genannten Misshandlungen unmenschliche und erniedrigende Haftbedingungen geherrscht. So sei den Häftlingen konsequent eine medizinische Versorgung und die Körperpflege verweigert worden, es habe nicht genug zu essen gegeben, oftmals seien die Nahrungsmittel schlichtweg ungenießbar gewesen. Des Weiteren seien Zellen stark überfüllt gewesen, so dass häufig ein Hinsetzen oder Hinlegen nicht möglich gewesen sei und Gefangene abwechselnd hätten schlafen müssen. Der Angeklagte Eyad A. habe im Rahmen dieses ausgedehnten und systematischen Angriffs auf die Zivilbevölkerung als Mitarbeiter des Syrischen Allgemeinen Geheimdienstes dazu Hilfe geleistet, im Gefängnis der Abteilung 251 insgesamt 30 Menschen in schwerwiegender Weise der körperlichen Freiheit zu berauben und sie während der dortigen Ingewahrsamnahme zu foltern, indem er als Angehöriger der Unterabteilung 40 des Syrischen Allgemeinen Geheimdienstes im September/Okttober 2011 nach der gewaltsamen Auflösung einer Demonstration in Douma mit Kollegen die Straßen nach fliehenden Demonstranten abgesucht und schließlich 30 Personen festgenommen und in das Gefängnis der Abteilung 251 verbracht habe. Der Angeklagte habe den Transport der Demonstranten in einem der Busse begleitet und hierbei gesehen, dass diese bereits auf der Fahrt zum Gefängnis, wie auch bei der Ankunft im Gefängnis geschlagen wurden. Im Gefängnis seien die Festgenommenen dann brutal misshandelt und systematisch gefoltert worden. Der Angeklagte Eyad A. habe bereits bei der Festnahme der Demonstranten um die regelmäßige und systematische Folter im Gefängnis der Abteilung 251 gewusst und die Folterung der Festgenommenen billigend in Kauf genommen. Ebenso habe er damit gerechnet, dass die Folterungen Teil eines planmäßigen, organisierten Vorgehens der Regierung zur Unterdrückung oppositioneller Kräfte waren. Diese Feststellungen des Senats stützen sich auf die Aussagen der zahlreichen vernommenen Zeugen, auf die Angaben der Sachverständigen, die erhobenen Urkunds- und Augenscheinsbeweise und maßgeblich auf die Angaben des Angeklagten Eyad A. selbst. Dieser hat sich zwar im gesamten Strafverfahren zum Tatvorwurf nicht geäußert. Er hatte jedoch im Mai 2018 in einer Anhörung im Asylverfahren seine Tätigkeit beim Geheimdienst offenbart, sich jedoch zunächst nur als „Augenzeuge“ gewaltsamer Übergriffe zu erkennen gegeben. Schließlich hatte er aber bei einer polizeilichen Vernehmung im August 2018 seine Beteiligung an der Verfolgung und Festnahme der Demonstranten in Douma, sowie deren Verbringung in das Gefängnis der Abteilung 251 offengelegt und hierbei auch eingeräumt, deren Misshandlung beobachtet und zum Zeitpunkt der Festnahme der Demonstranten bereits gewusst zu haben, dass in dem Gefängnis der Abteilung 251 Folterungen und Tötungen stattfanden. Der Senat hat mildernd (§ 7 Abs. 2 VStGB) berücksichtigt, dass der Angeklagte Eyad A. die Tat unter Einbindung in eine strikt hierarchische, keine Abweichung duldende Befehlsstruktur begangen, er als Gehilfe gehandelt und durch seine

Selbstbelastung maßgeblich zum Nachweis des Tatvorwurfes beigetragen hat. Unter weiterer Berücksichtigung, dass der Angeklagte im Rahmen seiner polizeilichen Vernehmung vom August 2018 zudem Aufklärungshilfe im Sinne von § 46b StGB geleistet habe, da er über seine eigene Beteiligung hinaus unter anderem Angaben gemacht habe, die – im Verbund mit weiteren Beweismitteln – einen dringenden Tatverdacht gegen den gesondert verfolgten Anwar R. begründet und zu dessen Anklage geführt hätten, hielt der Senat unter Abwägung aller Strafzumessungskriterien eine Freiheitsstrafe von 4 Jahren 6 Monaten für tat- und schuldangemessen. Bei der Strafzumessung hat der Senat zu Lasten des Angeklagten unter anderem berücksichtigt, dass dieser sich freiwillig und langjährig dem repressiven Sicherheitsapparat zur Verfügung gestellt hatte und sich zu einem Zeitpunkt, zu dem die Niederschlagung der Protestbewegung bereits lief, freiwillig von einer reinen Bürotätigkeit wieder in den operativen Bereich zurückgekehrt war. Auch wirkte sich die Zahl der Geschädigten und deren in besonderer Weise unmenschliche Behandlung strafscharfend aus. Zu Gunsten des Angeklagten ist unter anderem berücksichtigt worden, dass dieser die Tat aus freien Stücken offenbart und sich zu einem relativ frühen Zeitpunkt, nämlich Anfang des Jahres 2012, von dem Regime abgewandt hatte. Soweit die Verteidigung die Auffassung vertrat, der Angeklagte könne wegen entschuldigenden Notstands (§ 35 StGB) nicht für seine Tat zur Verantwortung gezogen werden, ist der Senat dem nicht gefolgt. Der Senat hat sich bereits keine Überzeugung dahin bilden können, dass der Angeklagte überhaupt eine Strategie gesucht hätte, mit der er sich dem Befehl zur Verfolgung und Festnahme der Demonstranten hätte entziehen können.“

In einem weiteren Verfahren hat das Gericht einen früheren Mitarbeiter des syrischen Geheimdienstes (Leiter eines Gefängnisses) wegen 27-fachen Mordes, Folter und anderer Verbrechen zu lebenslanger Haft verurteilt (s. *Kleine Zeitung Graz* v. 14. Jänner 2022, S. 15).

Literaturverzeichnis

- Anders, Peter, „Ich bin doch bitte unschuldig!“. Der Fall Vera Brühne, 2012.
- Arendt, Hannah, *Elemente und Ursprünge totalitärer Herrschaft*, 1951, dt. 1955, Serie Piper Nr. 1032, 1986 ff.
- Arnau, Andreas von, *Völkerrecht*, 2012.
- Artikel „Definition of terrorism“, wikipedia v. 4.6.2021.
- Artikel „OMON (Rußland)“, wikipedia Std. 9.2.2021.
- Artikel „State terrorism“, wikipedia v. 24.5.2021.
- Artikel „State-sponsored terrorism“ wikipedia v. 28.6.2021.
- Augustinus von Hippo, Aurelius, *De civitate Dei*, 413–426.
- Barth, Olivia, *Zivilpersonen im modernen Luftkrieg. Herausforderungen des Rechts des bewaffneten Konflikts im Hinblick auf den Schutz von Zivilpersonen im Rahmen von Luftoperationen* (Diss. 2019 Frankfurt/Oder), Berlin 2020.
- Bassiouni, Mahmoud Cherif, *International Extradition and World Public Order*, Leiden 1974, p. 123/124.
- Bischof, Burkhard, *Von Trotzki bis Khashoggi, Wenn Regime töten lassen*, DIE PRESSE Wien, v. 15.2.2021, S. 22/23.
- Bothe, Michael, in: Vitzthum/Proelß (Hg.), *Völkerrecht*, 8. A. Berlin 2019, VIII.

- Bovery, Margret, *Der Verrat im XX. Jahrhundert*, Bd. I-IV, Rowohlt's Deutsche Enzyklopädie (rde), rororo Nrn. 23, 24, 58, 105–106, 1956 ff.
- Bruha, Thomas, *Neuer Internationaler Terrorismus: Völkerrecht im Wandel?* in: Koch (Hg.), *Terrorismus – Rechtsfragen der äußeren und inneren Sicherheit*, 2002, S. 51 ff.
- Burckhardt, Jacob, *Weltgeschichtliche Betrachtungen* (1905 aus dem Nachlass herausgegeben), zit. nach Ullstein-TB Nr. 79, 1969.
- Calic, Marie-Janine, Tito. *Der ewige Partisan*, 2020.
- Camus, Albert, *Der Mensch in der Revolte*, 1951, dt. 1953, Rowohlt-TB Nr. 1216, 1969 ff.
- Christopeit, Vera/Heinrich Amadeus Wolff, *Die Reformgesetze zur parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste*, ZG 2010, S. 77 ff.
- Cremer, Hans-Joachim, John Rawls' „The Law of Peoples“ – Ein tauglicher Ansatz für eine Philosophie der internationalen Beziehungen? in: H.-J. Cremer/Th. Giegerich/D. Richter/A. Zimmermann (Hg.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts*, FS f. Helmut Steinberger, Heidelberg 2002, S. 97 ff.
- Del Ponte, Carla, „Ich bin keine Heldin“. *Mein langer Kampf für Gerechtigkeit*, 2021.
- Doehring, Karl, *Völkerrecht*, 2. A. 2004.
- Dörr, Oliver (Hg.), *Staatshaftung in Europa. Nationales und Unionsrecht*, Berlin 2014.
- Dürig, Günter, *Kommentierung zu Art. 1 I GG* in: Maunz-Dürig-Herzog, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 1 Rd. 34 f.
- Epping, Volker, *Das absolute Gewaltverbot – Ein Anachronismus?* in: F. Zehetner (Hg.), FS f. Hans-Ernst Folz, Wien/Graz 2003, S. 31 ff.
- Flückinger, Paul, *Der mysteriöse Tod des Vitali Schischow*, *Die Presse* Wien v. 4.8.2021, S. 3.
- Gieseke, Jens, *Die Stasi 1945–1990*, 3. A. 2011, S. 194 ff.
- Glucksmann, André, *Die Meisterdenker „Les Maîtres Penseurs“*, 1977, dt. 1978 f.
- Graf, Friedrich Wilhelm und Heinrich Meier (Hg.), *Die Zukunft der Demokratie. Kritik und Plädoyer*, 2018, mit Beiträgen u.a. von Horst Dreier, Egon Flaig, Herfried Münkler und Dietrich Murswiek.
- Gray, John, *Raubtier Mensch. Die Illusion des Fortschritts*, 2013, dt. 2015.
- Greber, Wolfgang, *Das geheime Instrument der Macht*, *Die Presse am Sonntag* Wien v. 22.8.2021, S. 34.
- Güsten, Susanne, *Verfolgung ohne Grenzen: Die Türkei entführt im Ausland*, *Die Presse am Sonntag* Wien v. 22.8.2021, S. 34.
- Hailbronner, Kay, *Die Autorität der Völkerrechtsordnung*, in: Torsten Stein (Hg.), *Die Autorität des Rechts. Verfassungsrecht, Völkerrecht, Europarecht, Referate anlässlich des 65. Geburtstags von Karl Doehring*, 1984, Heidelberg 1985, S. 35 ff.
- Hailbronner, Kay, *Die Grenzen des völkerrechtlichen Gewaltverbots*, in: Dietrich Schindler/Kay Hailbronner (Hg.), *Die Grenzen des völkerrechtlichen Gewaltverbots*, 1986, S. 49 ff.
- Heinegg, Heintschel von, in: Knut Ipsen, *Völkerrecht*, 5. A. München 2004, § 15, S. 186 f.
- Herdegen, Matthias, *Völkerrecht*, 13. A. München 2014.
- Hermann, Rainer, *Die Achse des Scheiterns. Wie sich die arabischen Staaten zugrunde richten*, Klett-Cotta, Stuttgart 2021.
- Höland, Armin, *Rechts- und Moralbildung in Europa durch die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, in: Joachim Renzikowski (Hg.), *Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentlichen Recht*, 2004, S. 9 ff.
- Horstmann, Ulrich, *Das Untier. Konturen einer Philosophie der Menschenflucht*, st Nr. 1172, 1984.
- ILA-59th-Report, Belgrade 1980.

- ILA-60th-Report, Montreal 1982.
- ILA-61st-Report, Paris 1984.
- ILA-64th-Report, Broadbeach 1990.
- ILA-66th-Report, Buenos Aires 1994.
- Isensee, Josef, Die alte Frage nach der Rechtfertigung des Staates. Stationen in einem laufenden Prozeß, JZ 1999, S. 265 ff.
- Kant, Immanuel, Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf, 1795, in: Immanuel Kant, Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie und Pädagogik 1, Werkausgabe Bd. XI, hg. von Wilhelm Weischedel, stw Nr. 192, 1977.
- Kau, Marcel, in: Vitzthum/Proelß (Hg.), Völkerrecht, 8. A. Berlin 2019, III.
- Kempen, Bernhard, Der Fall Distomo: griechische Reparationsforderungen gegen die Bundesrepublik Deutschland, in: Cremer/Giegerich/Richter/Zimmermann (Hg.), Tradition und Weltoffenheit des Rechts, FS Steinberger, Heidelberg 2002, S. 179.
- Kempen, Bernhard/Christian Hillgruber, Völkerrecht, 2. A. München 2021.
- Kilian, Michael, Internationaler Terrorismus und völkerrechtliche Haftung des Staates, unv. paper 1977.
- Kilian, Michael, Zur völkerrechtlichen Verantwortlichkeit des Staates bei Akten des Internationalen Terrorismus, NZWehr 1982, S. 121 ff.
- Kirchheimer, Otto, Politische Justiz, 1961, dt. 1965/1981.
- Kokott, Juliane, Der Begriff „politisch“ im Normenzusammenhang nationalen und internationalen Rechts, ZaöRV Bd. 51 (1991), S. 603 ff.
- König, Doris, Stichwort „Terrorismus“, in: Rüdiger Wolfrum (Hg.), Handbuch Vereinte Nationen, 2. A., München 1991, S. 847 f.
- Marxen, Christian, Völkerrechtsordnung und Völkerrechtsbruch. Theorie und Praxis der Illegalität im ius contra bellum, 2021.
- Meßerschmidt, Manfred, Europäisches Umweltrecht, München 2011.
- Nietzsche, Friedrich, Also sprach Zarathustra. Ein Buch für alle und keinen, 1883/85, Erster Teil. Die Reden Zarathustras, 1883.
- Nonnenmacher, Peter, Wird Assange jetzt an die USA ausgeliefert?, Kleine Zeitung Graz v. 11.12.2021, S. 14 f.
- Oeter, Stefan, Souveränität – ein überholtes Konzept? in: H-J Cremer/Th Giegerich/D. Richter/A. Zimmermann (Hg.), Tradition und Weltoffenheit des Rechts a.a.O. S. 259 ff.
- Oppermann, Th./C.D. Classen/M. Nettesheim, Europarecht, 6. A. München 2014.
- Oppermann, Thomas, Der Beitrag des Internationalen Rechts zur Bekämpfung des Internationalen Terrorismus, in: Ingo von Münch (Hg.), Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht, FS für Hans-Joachim Schlochauer, Berlin/New York 1981, S. 496 ff.
- Oppermann, Thomas, Menschenrechte in Europa und in der Welt – die juristische Gewährleistung heute, in: B. von Behr/L. Huber/A. Kimmi/M. Wolff (Hg.), Perspektiven der Menschenrechte. Beiträge zum fünfzigsten Jubiläum der UN-Erklärung, 1999, S. 51 ff. (64).
- Oppermann, Thomas, Nichteinmischung in innere Angelegenheiten. Zur Abgrenzung von Nichteinmischung gegenüber Intervention und Interzession, ArchVR 14 (1970), S. 321 ff.
- Oppermann, Thomas, The Part Played by International Law in Combating International Terrorism, Law and State, Vol. 25, 1982, p. 116 ff.
- Reibenwein, Michaela, Lebenslange Haft nach Mord an Blogger, Kurier Wien v. 7.8.2021, S. 20.
- Reporter ohne Grenzen, Jahresbilanz der Pressefreiheit 2020, Teil 1, RSF.pdf.
- Ruperez, Javier, The United Nations in the Fight Against Terrorism, Counter Terrorism Committee, Executive Directorate, o. J.

- Schenkkan, Nate/Isabel Linzer, Out of Sight, Not Out of Reach. The Global Scale and Scope of Transnational Repression, February 2021.
- Schmahl, Stefanie, in: Vitzthum/Proelß (Hg.), Völkerrecht, 8. A. Berlin 2019, IV.
- Schmitt, Carl, Glossarium. Aufzeichnungen aus den Jahren 1947 bis 1958, hg. von G. Giesler/M. Tielke, Berlin 2015.
- Schneider, Wieland, Deutsches Gericht zieht Assads Schergen zur Rechenschaft, Die Presse Wien, v. 25.2.2021, S. 6 f.
- Scholl, Stefan, „An Bord war ein Terrorist“, Kleine Zeitung Graz v. 27.5.2021, S. 12/13.
- Schulze, Ralph, Ex-Geliebte klagt den König im Ruhestand, Kleine Zeitung Graz v. 2.8.2021, S. 8/9.
- Seeger, Chris, Die unilaterale humanitäre Intervention im System des Völkerrechts (Diss. Halle 2008), Baden-Baden 2009.
- Škvorecký, Josef, Der Seeleningenieur, 1977, dt. 1998 bei Franz Deuticke, Wien.
- Stein, Torsten/Christian von Buttlar, Völkerrecht, 13. A. 2012.
- Steiner-Gashi, Ingrid, Lukaschenkos langer Arm? Aktivist im Exil tot aufgefunden, Kurier Wien v. 4.8.2021, S. 8.
- Stender-Vorwachs, Jutta, Terrorismusbekämpfung, UN-Sicherheitsrat und Selbstverteidigungsrecht, in: F. Zehetner (Hg.), FS für Hans-Ernst Folz, Wien-Graz 2003, S. 329 ff.
- Taylor, Telford, Die Nürnberger Prozesse, Heyne-TB Nr. 390, dt. 3. A. 1994.
- Tozzer, Kurt/Günther Kallinger, Todesfalle Politik: Vom OPEC-Überfall bis zum Sekyra-Selbstmord, Wien 1999.
- Verdross, Alfred/Bruno Simma, Universelles Völkerrecht, 3. A. Berlin 1984.
- Vieregge, Thomas, Bidens Bittgang zum saudischen „Ölprinzen“, Die Presse Wien v. 4.6.2022, S. 8.
- Vitzthum, Wolfgang Graf, IX. § 94 Staatengemeinschaft, in: Leitgedanken des Rechts. Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag, hg. von Kube/Mellinghoff/Morgenthaler/Palm/Puhl/Seiler, Bd. I, Heidelberg 2013. S. 1007 ff.
- Watzlawik, Paul, Wie wirklich ist die Wirklichkeit?, SP-Nr. 174, 1978 ff.
- Weiner, Tim, CIA: Die ganze Geschichte, Fischer, Frankfurt/M. 2009.
- Zotter, Christoph Zotter, Der Sudan liefert Omar al-Bashir ans Weltgericht aus. Die Presse Wien v. 12.8.2021, S. 3.

Ach wie gut, dass niemand weiß... oder Das Märchen vom Recht auf anonyme Meinungsäußerung

Frank Fechner

Abstract Deutsch

Der Bundesgerichtshof postuliert ein grundrechtlich geschütztes „Recht auf Anonymität“. So einleuchtend dieses Postulat auf den ersten Blick erscheint, ist doch fraglich, ob die anonyme Meinungsäußerung Teil des Schutzbereichs der Meinungsfreiheit ist. Darüber hinaus kann in der Praxis eine Anonymität im Internet nicht in allen Fällen gewährleistet werden. Verfassungsrechtliche Gegenrechte – vor allem das allgemeine Persönlichkeitsrecht – setzen ihr zumindest in bestimmten Sachverhaltskonstellationen Grenzen. Wenn dem so ist, fragt sich, ob die Behauptung, es gebe ein Recht auf Anonymität, nicht eine Irreführung der Internetnutzer darstellt. Klarer und realitätsnäher wäre daher von einem „Zwei-Ebenen-System“ auszugehen, ähnlich wie bei der Autokennzeichennummer, bei dem klar ist, dass es für „Problemfälle“ keine Anonymität gibt.

Abstract English

The German highest Court of justice for civil law cases (Bundesgerichtshof) declares, that there is a right to use the internet anonymously. The Bundesgerichtshof derives this right from the fundamental right of liberty of speech. This conclusion is doubtful. Beyond this question it must be stated, that there are counter rights, guaranteed by the German constitution, the Grundgesetz, that might at least limit a right of anonymity. The most important limiting right is the right of the personality. If such limits exist, the notion of a “right of anonymity” might be a deception of the public. Closer to reality would be to construct a “two level system”, comparable to this of the number plates for cars. Every driver who violates the rules or causes damages knows, that he is not anonymous.

1. Einleitung

Die eigene Meinung ist etwas Höchstpersönliches. Die Zuordnung der Meinung zu einer Person kann dem Argument Gewicht verleihen oder es relativieren. Letzteres, wenn es sich z.B. um einen Lobbyisten handelt. Seine Meinung nicht äußern zu dürfen, wäre nicht nur mit der Meinungsfreiheit, sondern auch mit der Menschenwürde nicht vereinbar. Doch wie sieht es mit der umgekehrten Sachverhaltskonstellation aus? Was ist, wenn der Äußernde gerade seine Identität nicht preisgeben möchte?

Der Bundesgerichtshof hält auch anonyme Meinungsäußerungen für vom Grundrecht der Meinungsfreiheit geschützt. Ein „Recht auf Anonymität“ erscheint auf den ersten Blick in verschiedenen Konstellationen einleuchtend, etwa im Verhältnis des Schülers zu seinem Lehrer, des Patienten zu seinem Arzt. Der seine Identi-

tät auf einem Bewertungsportal preisgebende Schüler muss mit Restriktionen in der Schule rechnen, der Patient mit einer bestenfalls unfreundlichen Behandlung durch den Arzt, sofern er diesen wieder aufsuchen muss. Demgegenüber stehen die Interessen des Betroffenen, der, ohne Kenntnis des konkreten Falles, kaum zu den erhobenen Vorwürfen Stellung nehmen können. Ein ganz anderes Verhältnis ist das des Bürgers gegenüber dem Staat. In Diktaturen sind anonyme Meinungsäußerung im Internet oftmals der einzige Weg, kritische Stellungnahmen zu verbreiten. Ist daher die anonyme Meinungsäußerung Teil des Schutzbereichs der Meinungsfreiheit? Kann die Anonymität in allen Fällen gewährleistet werden oder gibt es verfassungsrechtliche Grenzen oder besteht die Notwendigkeit zu differenzieren? Diesen grundsätzlichen Fragen wird in diesem Beitrag kurz nachgegangen.

Das Thema soll einen verfassungsrechtlichen und medienrechtlichen Aspekt in eine Festschrift für den so vielseitig interessierten Jubilar und hochgeschätzten Kollegen Gilbert Gornig einbringen. Immer wieder haben sich unsere Wege gekreuzt und anregenden Austausch ermöglicht, so schon bei der facettenreichen Fachtagung über Kulturgüterschutz 2005 in Stuttgart-Hohenheim, die noch in lebendiger Erinnerung ist.

2. Von der Bedeutung des Namens

Selbstverständlich ist uns bei einer wissenschaftlichen Tagung, dass sich die Beteiligten mit Namen kennen und mit Namen nennen. Der Bezug der Äußerung zu einer Person ist hier, wenn nicht für das Gewicht des Arguments, so doch für dessen Einordnung von großer Relevanz. Das zeigt sich etwa am Rat eines älteren Kollegen an einen jüngeren: „Ihr Name muss umlaufen wie eine Münze“.

Die Bedeutung des Namens ist schon immer umstritten und oszilliert zwischen „nomen est omen“ und „Name ist Schall und Rauch“. Beispiel für dieses Oszillieren ist das Zurücktreten der Künstlerpersönlichkeit hinter die eigene Hervorbringung oder in umgekehrter Weise deren Hervortreten über das Kunstwerk hinaus. Während insbesondere in der religiösen Kunst des Mittelalters der Künstler oftmals hinter die Sache, hinter eine Glaubensäußerung zurücktritt und uns sein Name unbekannt bleibt, ist insbesondere seit der Renaissance der Künstler sich seiner Fähigkeiten bewusst und signiert sein Werk mit seinem Namen. Allerdings gilt das auch schon für andere Epochen, wie die Statuen des Phidias oder die von Euphronios bemalten und signierten Vasen belegen. Heute ist der Name des Künstlers ein wesentliches Kriterium für den materiellen wie ideellen Wert seiner Werke.

Oftmals ist es nicht opportun, seinen Namen zu nennen. Viele Literaten haben unter Pseudonym veröffentlicht, etwa weil sie politischer Verfolgung entgehen wollten oder die von ihnen gewählte Thematik mit ihrer gesellschaftlichen Stellung nicht vereinbar war.¹ Die Verwendung von Pseudonymen reicht weit in die

1 Zahlreiche Beispiele bei Astrid Mayerle: Die Lizenz zur Lüge; https://www.deutscheslandfunkkultur.de/schriftsteller-und-ihre-pseudonyme-die-lizenz-zur-luege.974.de.html?dram:article_id=406257.

Geschichte zurück. Ein frühes Beispiel findet sich bei Homer. Eine der Listen des Odysseus besteht darin, dem Kyklopen Polyphem, der ihn und seine Gefährten gefangen hält, nicht seinen wahren Namen zu nennen. Anonym kann er nicht bleiben, so wählt er ein Pseudonym. Er gibt seinen Namen mit „Niemand“ an („Niemand ist mein Name, denn Niemand nennen mich alle“²). Wozu das Pseudonym diente, zeigte sich, als der von Odysseus geblendete Riese die anderen Kyklopen um Hilfe ruft und klagt, „Niemand“ habe ihn geblendet. Die herbeigeeilten anderen Kyklopen helfen ihrem Genossen natürlich nicht, hatte ihm doch nach seiner eigenen Aussage „niemand“ etwas angetan. Und Odysseus dazu: „Mir lachte die Seele vor Freude, dass sie mein falscher Name getäuscht und mein trefflicher Einfall“.³

Als Odysseus, aus dem Machtbereich Polyphems geflohen, ihm doch seinen Namen nennt, hat er damit die Rache des Poseidon, Polyphems Vater, beschworen. Es wird daher als elementarer Fehler des Odysseus bezeichnet, dass er seinen Namen genannt hat. Diese Interpretation wird indes dem Epos Homers nicht gerecht. Es war kein zufälliger Fehler, der Odysseus im Überschwang des Siegesgefühls unterlaufen wäre. Die Selbstverleugnung des Odysseus passt nicht zu dem Helden, der seinen Namen zu einem „Markenzeichen“ gemacht hat und unter diesem Namen Anerkennung bei Freund und Feind erfährt. Doch die vorübergehende Wahl eines Pseudonyms war Mittel zum Zweck, seinen Gefährten und sich das Leben zu retten. Danach muss er, seinem Charakter entsprechend, seinen Namen mit dieser weiteren „List des Odysseus“ verbinden. Die Verbindung der List mit seinem Namen ist ihm so wichtig, dass er der Rache Poseidons spottet.

Die Bedeutung des Namens legt Thomas Mann seinem Protagonisten Sumantra in der Erzählung „Die vertauschten Köpfe“ in den Mund, als dieser den Namen des von ihm verehrten Mädchens erfährt. Sogleich empfindet er die Kenntnis des Namens als „Wohltat“, „denn so hatte und wußte ich doch etwas von dem, was mehr ist als ihr Bild, da ja der Name ein Stück des Seins und der Seele ist.“⁴

In Richard Wagners Oper Lohengrin nimmt die Frage nach dem Namen des Helden die zentrale Rolle ein. Als er Elsa von Brabant seine Liebe gesteht, stellt er ihre Zukunft unter die Bedingung, ihn nicht nach seinem Namen zu fragen. Zweimal fordert er von ihr, das Folgende zu geloben: „Nie sollst du mich befragen, noch Wissens Sorge tragen, woher ich kam der Fahrt, noch wie mein Nam’ und Art!“. Erst viel später, in der berühmten Gralserzählung wird die Ursache für seine Bedingung geklärt. Als Gralsritter ist er mit überirdischer Macht ausgestattet, um „für der Tugend Recht“ zu kämpfen. Wird er erkannt, muss er „des Laien Auge fliehn“, mithin die ihm mittlerweile Angetraute verlassen. Wagner greift damit auf das Motiv des Mythos der Semele in Ovids Metamorphosen zurück. Zeus hat

2 Homer, Odyssee, 9. Gesang, Vers 365; <https://www.gottwein.de/Grie/hom/od09de.php?>

3 Homer, Odyssee, 9. Gesang, Vers 410; <https://www.gottwein.de/Grie/hom/od09de.php?>

4 Thomas Mann, Die vertauschten Köpfe, 3, Die Erzählungen, 2. Bd., 1976, S. 563.

sich ihr als als scheinbar Sterblicher genähert und als sich ihr Liebhaber auf ihr Drängen hin als Gott zu erkennen gibt, muss Semele sterben.

Und noch eine vierte „literarische Figur“ soll uns zum Nachdenken über Name oder Anonymität anregen, das Rumpelstilzchen der Gebrüder Grimm. Rumpelstilzchen im Zeitalter des Internets wäre wohl so zu deuten: Rumpelstilzchen ist anonym im Netz unterwegs. Es ist sich seiner Anonymität absolut sicher, da der BGH ihm ja ein „Recht auf Anonymität“ zugesichert hat: „Ach wie gut ist, dass niemand weiß, dass ich Rumpelstilzchen heiß“. Allerdings verfügt der Staat in Gestalt der Königin über eine Netzpolicie, der es zwar nicht sofort, aber nach drei Tagen gelingt, den Äußerungen im Netz einen Namen zuzuordnen. Das Ende seiner Anonymität ist auch das Ende der Machenschaften Rumpelstilzchens. Die staatliche Ordnung hat über die anarchische Namenlosigkeit gesiegt.

3. Das Postulat des BGH

3.1. Ausgangspunkt: die „Spickmich-Entscheidung“

Ausgangspunkt der Überlegungen ist die Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2009 über die Zulässigkeit der Bewertung von Lehrern in einem Schülerportal, die dem damaligen Bewertungsforum entsprechend als „Spickmich-Entscheidung“ bezeichnet wird. Im Kern ging es in diesem Fall um die Frage, ob Schüler ihre Lehrer in einem Forum anonym bewerten dürfen. Der BGH bejahte dies.⁵

Auf Seiten der damals klagenden Lehrerin sieht der BGH das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.⁶ Dieses stelle sich als Befugnis des Einzelnen dar, grundsätzlich selbst darüber zu entscheiden, ob und wann sowie innerhalb welcher Grenzen seine persönlichen Daten in die Öffentlichkeit gegeben werden.⁷ Auf die verfassungsrechtliche Verankerung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geht das Gericht nicht ein. Die Möglichkeit einer Ehrverletzung wird nur beiläufig erwähnt. Sodann geht der BGH auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht als eines „Rahmenrechts“ ein, dessen Reichweite nicht absolut feststehe und daher nach Maßgabe einer abgestuften Schutzwürdigkeit bestimmter Sphären, in denen sich die Persönlichkeit verwirkliche, bestimmt werden müsse. Problematisch ist, was mit dem Begriff des Rahmenrechts gewonnen sein sollte. Ist das Persönlichkeitsrecht betroffen, so ist stets eine Abwägung erforderlich. Das Persönlichkeitsrecht ist kein offener Tatbestand, der erst durch die gegenläufigen Interessen bestimmt werden müsste.⁸ Problema-

5 BGH U.v. 23.6.2009, ZUM 2009, S. 753 ff. „Spickmich“, Zusammenfassung bei Fechner, Entscheidungen zum Medienrecht, 3. Aufl. 2018, S. 561 ff.

6 Dem entspreche § 27 Abs. 1 Nr. 1 BDSG, wie er zum Zeitpunkt der Entscheidung vor Inkrafttreten der DSGVO noch bestand.

7 BGH ZUM 2009, S. 753, 757, „Spickmich“.

8 Im Einzelnen dazu Fechner, Der Begriff des Rahmenrechts und anderes Wunderliche aus der Rechtsprechung des BGH zum Persönlichkeitsrecht, Festschrift für Dieter Dörr, S. 537 ff., erscheint demnächst.

tisch ist sodann der Ansatz des BGH, sich im Rahmen der Abwägung auf „Sphären“ festzulegen, zumindest dann, wenn an das Vorliegen einer bestimmten Sphäre feste Rechtsfolgen geknüpft werden, etwa die Intimsphäre dürfe nie, die Sozial-sphäre dagegen regelmäßig beeinträchtigt werden. Eine Abwägung ist auch dann erforderlich, wenn Intimes, Privates und Geheimes betroffen sind, mithin der höchstpersönliche Lebensbereich berührt ist.⁹ Jedenfalls müsse – so wieder der BGH – der Betroffene Einschränkungen seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung hinnehmen, wenn solche Beschränkungen von hinreichenden Gründen des Gemeinwohls oder überwiegenden Rechtsinteressen Dritter getragen werden und bei einer Gesamtabwägung die Grenze des Zumutbaren noch gewahrt sei.¹⁰

Der BGH ordnet die Bewertungen als Werturteile ein, bei denen Tatsachen und Meinungen vermengt seien, die aber insgesamt durch Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt wurden. Diese würden die Sozialsphäre der Lehrerin tangieren, sie indes darüber hinaus nicht in ihrer Privatsphäre beeinträchtigen. Sie stellten auch keine Schmähkritik oder Formalbeleidigung dar.

Diese Einordnung durch den BGH könnte allemal hinterfragt werden. Gerade weil es nur um den schulischen Bereich geht, ist die Frage, ob jeder Außenstehende auf der ganzen Welt und für alle Zeiten wissen muss, wie sich der Lehrer in der Schule einmal verhalten hat oder was ihm ein einzelner Schüler vorzuhalten hat. Anzumerken ist zudem, dass es sich im Zweifel nicht um ein objektives Bild des bewerteten Lehrers handeln wird. Die „zufriedenen“ Schüler werden sich vermutlich im Bewertungsportal gar nicht äußern, während Schüler, die sich zu Recht oder auch zu Unrecht ungerecht behandelt fühlen, negative Urteile abgeben werden, sich möglicherweise auch gegen gerechte Bewertungen oder sinnvolle Erziehungsmaßnahmen „Luft machen“ möchten oder sich aus Verärgerung „rächen“. Nicht zu Unrecht wurde in diesem Zusammenhang auf eine „Prangerwirkung“ der Bewertungsportale hingewiesen. Diese können Fehler von Lehrern aufzeigen, indes auch aus Furcht vor dem Hass der Allgemeinheit, zur Vermeidung sinnvoller pädagogischer Maßnahmen führen. Die „Prangerwirkung“ kann dann auch auf Seiten der Beurteilten einen „chilling effect“ haben. Dieser Effekt wird oftmals beschworen, wenn es um die Freiheit der Äußerungen im Netz geht. Bei kritischen Äußerungen über konkrete Personen müsste indes auch die Wirkung der Äußerungen auf das Verhalten der Beurteilten untersucht werden und auch auf Dritte, die befürchten müssen, zur Zielscheibe solcher Beurteilungen zu werden, wenn sie „unpopuläre“ Maßnahmen ergreifen.

Zu vorschnell hat der BGH eine mögliche Beeinträchtigung der Ehre und damit eine genauere Prüfung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG überspielt. Der französische Sinnspruch: «Calomniez, calomniez, il en restera toujours quelque chose»¹¹, behält seinen Sinn auch und gerade im Zeitalter des Internets, keine noch so wohl erdachte medienrechtliche

9 Fechner, Medienrecht, 22. Aufl. 2023 (erscheint demnächst), 4. Kap., Rdnr. 20 und der Beitrag in der FS Dörr aaO.

10 BGH ZUM 2009, S. 753, 757, „Spickmich“.

11 Die Aussage geht wohl auf Sir Francis Bacon zurück.

Rechtsfolge kann eine einmal eingetretene Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts in den Köpfen der Rezipienten vollkommen auslöschen. Es wird immer etwas zurückbleiben...

Als Gegenrecht, mit dem das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Lehrerin abgewogen werden muss, hatte das Gericht schon zuvor das „Recht auf Kommunikationsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG“ herausgearbeitet.¹² Hier nun ist die Anonymität der Bewertungen zu beurteilen. Das Gericht stellt zunächst darauf ab, die Datenerhebung sei „auch nicht deshalb unzulässig, weil sie wegen der begrenzten Anzahl der anonymen Bewertungen ungeeignet wäre, das Interesse der Nutzer zu befriedigen“.¹³ Diese Formulierung verwundert in doppelter Hinsicht. Zunächst ist die Zulässigkeit einer Meinungsäußerung als Individualgrundrecht doch aus Sicht des Äußernden zu beurteilen. Zwar kann sich aus Form und Inhalt ergeben, dass der Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit für eine Meinungsäußerung dieser Art nicht eröffnet ist, z.B. weil es sich um eine reine Schmähkritik handelt, die Frage, ob ein „Interesse der Nutzer“ gegeben ist, kann jedoch auf Schutzbereichsebene kein Kriterium sein. Die Bedeutung der Meinungsfreiheit liegt gerade auch darin, dass Meinungen unabhängig von ihrem „Wert“ oder von der Akzeptanz durch Dritte geschützt werden. Zweitens ist von der Sachverhaltsfeststellung her verwunderlich, dass auf die Manipulationsmöglichkeiten der Plattform nicht eingegangen wird. Möglich war z.B., dass ein Schüler mehrere Bewertungen abgab, dass auch Dritte, die gar nicht von diesem Lehrer oder dieser Lehrerin unterrichtet wurden, sich äußern konnten und dass schließlich sich auch die Lehrer selbst bewerten konnten.¹⁴ Auf diese Weise kann ein ganz einseitiges Bild des Lehrers entstehen, ohne dass der Betroffene die Möglichkeit hat, dieses zurückzurufen oder auch nur seine Sicht der Dinge wiederzugeben. Da es sich nicht um ein journalistisch-redaktionelles Medium handelt, das nach MStV zu beurteilen wäre, ist das TMG anzuwenden. Das TMG kennt indes keinen Anspruch auf Gegendarstellung, wie es aus den anderen Bereichen des Medienrechts bekannt ist.¹⁵

Die anonyme Nutzung sei dem Internet „immanent“, stellt das Gericht nun fest und baut offenbar auf dieser empirischen Feststellung seine Konsequenzen im Hinblick auf die anonyme Meinungsäußerung auf. Es könnte hier der Eindruck entstehen, das Internet forme die Rechtsregeln, wohingegen doch umgekehrt zu fragen ist, ob nicht zunächst die bestehenden Regeln auch auf das Internet anzuwenden sind. Das Gericht stellt jedenfalls fest, eine Beschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit auf Äußerungen, die einem bestimmten Individuum zugeordnet werden könnten, sei mit Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG „nicht vereinbar“. „Die Verpflichtung, sich namentlich zu einer bestimmten Meinung zu bekennen“ würde nicht nur im schulischen Bereich die Gefahr begründen, „dass der Einzelne aus Furcht vor Repressalien oder sonstigen negativen Auswirkungen sich dahingehend ent-

12 BGH ZUM 2009, S. 753, 757, „Spickmich“.

13 BGH ZUM 2009, S. 753, 758, „Spickmich“.

14 Wikipedia unter dem Stichwort „Spickmich“.

15 Fechner, Medienrecht, 21. Aufl. 2021, 12. Kap., Rdnr. 58.

scheidet, seine Meinung nicht zu äußern. Dieser Gefahr der Selbstzensur soll durch das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung entgegengewirkt werden.“¹⁶

Zudem gewährleisteten die (damals gültigen) §§ 12 ff. TMG das Recht des Internetnutzers auf Anonymität.¹⁷ Hier wird eine einfachgesetzliche Norm im Rahmen einer Schutzbereichsbestimmung herangezogen, was in methodischer Hinsicht aufgrund der Normenhierarchie grundsätzlich nicht möglich ist. Zwar kann eine einfachgesetzliche Norm als Auslegungshilfe für eine Norm der Verfassung herangezogen werden, eine verbindliche Interpretation der übergeordneten Norm kann daraus jedoch nicht abgeleitet werden.

Genau genommen wird ein „Recht auf Anonymität“ in der „Spickmich-Entscheidung“ des BGH nur rudimentär begründet mit dem Hinweis auf mögliche Repressalien im Falle einer namentlichen Äußerung und der Gefahr einer Selbstzensur. Ein Vergleich mit Meinungsäußerungen außerhalb des Internets stellt der BGH nicht an.

3.2. Vorausgehende Entscheidung: „Meinungsäußerung im Internetforum“

Die vorausgehende Entscheidung „Meinungsäußerung im Internetforum“, auf die in der „Spickmich-Entscheidung“ verwiesen wird, enthält für unsere Fragen kaum mehr als die Feststellung einer Tatsache, und zwar, dass im Internet auch anonyme oder pseudonyme Stellungnahmen möglich sind. Aus dieser Feststellung der tatsächlichen Gegebenheiten rechtliche Folgerungen abzuleiten, erscheint gewagt, die Folgerung, anonyme Meinungsäußerungen müssten der Meinungsfreiheit unterfallen, lässt sich damit jedenfalls nicht begründen.

In der Entscheidung „Meinungsäußerung im Internetforum“ wird, genau genommen, die Seite der in ihrem Persönlichkeitsrecht Betroffenen gestärkt. Die Besonderheit der Entscheidung war, dass der Betroffene hier selbst unter Pseudonym gehandelt hatte. Auch wenn der Teilnehmer eines Forums Äußerungen unter Pseudonym in ein Forum eingestellt habe und er damit rechnen muss, dass er dort von anonym bleibenden Personen angegriffen und in seinem Persönlichkeitsrecht verletzt wird, so verzichte er dennoch nicht auf Unterlassungsansprüche oder auf Abwehransprüche hinsichtlich künftiger Ehrverletzungen.¹⁸ Der Entscheidung ist zuzustimmen, eine Begründung des „Rechts auf Anonymität“ enthält sie hingegen nicht.

3.3. Nachfolgende Entscheidungen: „Ärztewertungsportal I-III“

In nachfolgenden Entscheidungen relativiert der BGH seine Aussage hinsichtlich der Anonymität nicht. Er erläutert diese aber auch nicht weiter, sondern führt allenfalls zusätzliche Argumente an. Wieder heißt es unter Verweis auf die §§ 12 ff. TMG, die anonyme Nutzung sei dem Internet immanent. Eine Beschränkung der

16 BGH ZUM 2009, S. 753, 758, „Spickmich“.

17 BGH ZUM 2009, S. 753, 759, „Spickmich“.

18 BGH MMR 2007, S. 518, 519 „Meinungsäußerung im Internetforum“.

Meinungsäußerungsfreiheit auf Äußerungen, die einem bestimmten Individuum zugeordnet werden können, sei mit Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG nicht vereinbar. Die Möglichkeit, Bewertungen auch anonym abgeben zu können, erlange im Fall eines Ärztebewertungsportals ganz besonderes Gewicht: „Denn häufig wird die Bewertung eines Arztes mit der Mitteilung sensibler Gesundheitsinformationen, etwa über den Grund der Behandlung oder die Art der Therapie, verbunden sein. Wäre die Abgabe einer Bewertung nur unter Offenlegung der Identität möglich, bestünde deshalb hier ganz besonders die Gefahr, dass eigentlich bewertungswillige Patienten im Hinblick darauf von der Abgabe einer Bewertung absehen.“¹⁹

So sehr die Argumentation einleuchtet, so hätte doch auch die Position der bewerteten Ärzte stärker in den Blick genommen werden müssen. Diese können in verschiedenen Aspekten ihres Persönlichkeitsrechts beeinträchtigt sein, wie etwa dem Recht der Ehre, z.B. im Hinblick auf angeblich begangene Straftaten wie Körperverletzung oder dem Recht am gesprochenen Wort. Darüber hinaus kann ihre Berufsausübungsfreiheit beeinträchtigt sein, für die aus Art. 12 GG eine staatliche Schutzpflicht abgeleitet werden kann.

In der Entscheidung „Ärztebewertungsportal III“ war dann der Sachverhalt so, dass der Arzt behauptete, es sei gar kein Behandlungskontakt zwischen dem Portalbenutzer und ihm vorhanden gewesen. Der BGH erkennt in diesem Zusammenhang an, dass die Missbrauchsgefahren dadurch verstärkt würden, dass die Bewertungen verdeckt abgegeben werden können, dies sei aber rechtlich zulässig: „vergl. § 13 VI TMG“. Ausdrücklich verneint der BGH einen Auskunftsanspruch des betroffenen Arztes gegen den Portalbetreiber auch dann, wenn diesem Informationen über den betreffenden Portalnutzer vorliegen. Allerdings sei „eine gewissenhafte Prüfung der Beanstandungen von betroffenen Ärzten durch den Portalbetreiber [...] deshalb die entscheidende Voraussetzung dafür, dass die Persönlichkeitsrechte der (anonym oder pseudonym) bewerteten Ärzten [sic.] beim Portalbetrieb hinreichend geschützt sind“.²⁰

Ob die Portalbetreiber geeignet sind, als Gralshüter des Persönlichkeitsrechts zu fungieren, steht dahin. Einerseits mag dies der Idee einer Selbstregulierung entsprechen – wenn auch nicht einer regulierten Selbstregulierung, in der die Letztverantwortung bei einer staatlichen Stelle verbleibt – andererseits entspricht es der problematischen Tendenz des Gesetzgebers, staatliche Verantwortung auf private Anbieter zu übertragen, wie dies auch im NetzDG deutlich wird. Das „Recht auf Anonymität“ schlägt mithin auf den Auskunftsanspruch des in seinem Persönlichkeitsrecht Betroffenen durch. Hierin liegt das Hauptproblem in der Rechtsprechung des BGH zur anonymen Meinungsäußerung. Zu Recht wurde hiergegen Kritik laut. Die anonyme Nutzung wird für das Interesse an einem effektiven Rechtsschutz auch im Internet als „fatal“ bezeichnet, da dann eine Rechtsverfolgung gegenüber dem Primärschädiger „faktisch ausgeschlossen“ erscheint.²¹

19 BGH NJW 2015, S. 489, 493, Rn. 41, „Ärztebewertungsportal II“.

20 BGHZ 209, S. 139, 154 „Ärztebewertungsportal III“.

21 Gerhard Wagner, Haftung von Plattformen für Rechtsverletzungen, GRUR 2020, S. 329, 337.

Setzt sich der Betroffene mit den Mitteln des Rechts zur Wehr, kann das, selbst wenn es von Erfolg gekrönt wäre, zu einer Verschlimmerung der Lage führen. Anstatt die Persönlichkeitsbeeinträchtigung zu beenden, wird die mediale Aufmerksamkeit durch ein solches Verfahren erst recht erregt. Dieses Phänomen wird nach der Schauspielerin Barbara Streisand, die sich gegen die Veröffentlichung eines Luftbildes zur Wehr setzte, auf dem ihr Grundstück zu sehen war, auch als „Streisand-Effekt“ bezeichnet. Erst durch die Wahrnehmung ihrer Rechte lenkte Frau Streisand die Aufmerksamkeit der Medien und der Allgemeinheit auf ihr Anwesen. Er erklärt, warum Firmen oftmals auf die Geltendmachung von Richtigstellungsansprüchen in fehlerhaften journalistischen Darstellungen verzichten. Der Name der Firma würde dann doch wieder im Zusammenhang mit dem Vorwurf gegen sie genannt, was trotz der Umstände rufschädigend sein kann.

Von Seiten des BGH bleibt es bei dem Argument, ohne die Möglichkeit anonymer Meinungsäußerung könne in bestimmten Fällen keine Kritik geübt werden.

4. Anonymität in anderen Rechtsgebieten

Hinsichtlich der Bewertung der Anonymität im Recht können Vergleiche mit speziellen rechtlichen Regelungen sinnvoll sein. Hierbei ist der Anonymität die Verwendung von Pseudonymen an die Seite zu stellen.

4.1. Handeln unter fremdem Namen

Jedem Studierenden der Rechtswissenschaft ist der Unterschied zwischen Handeln in fremdem Namen und Handeln unter fremdem Namen bekannt. Letzteres ist, für unseren Zusammenhang gedeutet, ein Handeln unter Pseudonym bzw. anonym mit einem vorgeschobenen Namen. Im Fall des Lehrbuchbeispiels, in dem der Hotelgast unerkannt übernachten möchte, ist es für den Hotelier ohne Belang, wie der Name des Gastes lautet, sofern dieser seine Schulden bezahlt. Der Name ist hier kein Bestandteil des Vertrags, er ist, von Gründen des Melderechts abgesehen, unerheblich. Das Recht kann dieses Verhalten dulden, da niemandem ein Schaden entsteht.

4.2. Datenschutzrecht

Selbstverständlich ist der Name als personenbezogenes Datum gem. Art. 4 Nr. 1 DSGVO vom Schutz der Datenschutz-Grundverordnung umfasst. Es gilt der Grundsatz des Verbots der Verarbeitung personenbezogener Daten gem. Art. 6 Abs. 1 DSGVO. Die Ausnahmen sind nachfolgend ebenfalls in diesem Artikel normiert. Durch die DSGVO erfährt der Name Schutz, da sie Vorschriften zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Verkehr solcher Daten enthält (Art. 1 Abs. 1 DSGVO). Eine Gewährleistung, ohne Namensnennung im Internet unterwegs sein zu können, ergibt sich aus diesen

Regeln nicht. Allenfalls lässt sich das Gebot des jetzigen § 19 Abs. 2 Satz 1 TTDSG (§ 13 Abs. 6 TMG a.F.) als Ausgestaltung des Prinzips der Datenvermeidung verstehen.²² Im Zusammenhang mit dem Datenschutzrecht wird zudem auf den verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz rekurriert, der u.a. die Möglichkeit einer anonymen Nutzung verlange.²³ Insgesamt wird die Regelung des § 13 Abs. 6 TMG als „praktisch inhaltsloser Datenschutz-Programmsatz“ bezeichnet.²⁴ Da der Inhalt der Norm durch die Überführung in § 19 Abs. 2 Satz 1 TTDSG nicht verändert wurde, ist diese Einschätzung weiterhin zutreffend und erstaunlich, dass die Gelegenheit zur Neufassung vom Gesetzgeber nicht zu einer Änderung der bestehenden Rechtslage genutzt wurde.

4.3. Urheberrecht

Das Urheberrecht gilt auch dann, wenn der Künstler ein Pseudonym verwendet. Selbst anonym erschienene Werke sind geschützt, wie § 66 Abs. 2 UrhG bei der Festlegung der Dauer des Urheberrechts selbstverständlich voraussetzt. Abs. 2 dieser Norm erfasst sogar die Möglichkeit, dass der Urheber sich später zu seinem anonym oder unter Pseudonym erschienenen Werk bekennt, wodurch sich die Dauer seines Urheberrechts verlängert. Ein Schutz Dritter erscheint auch hier nicht erforderlich.

4.4. Pflichten zur Namensangabe

Anders gelagert sind Fälle, in denen Dritte durch die Anonymität oder eine falsche Namensangabe gefährdet werden könnten. Ein Beispiel ist die Verwendung von Fantasienamen in Zeiten der Pandemie, um sich einer Angabe von Daten zu entziehen. Dies ist zugleich ein Beispiel für eine Ahndung von Anonymität außerhalb des Internets, macht sich doch – mit landesrechtlichen Abweichungen – der Anwesende einer Veranstaltung, der unzutreffende Angaben zu seinen Kontaktdaten macht, einer bußgeldbewehrten Ordnungswidrigkeit schuldig.²⁵

Ganz allgemein wird die falsche Namensangabe, wenn sie gegenüber einer zuständigen Behörde, einem zuständigen Amtsträger o.ä. erfolgt, gem. § 111 OWiG als Ordnungswidrigkeit geahndet. Zu denken ist etwa an die Sistierung nach Polizeirecht, um die Identität einer Person festzustellen.

4.5. Abschaffung des Bargeldes

In den Zusammenhang anonymer Lebensgestaltung lässt sich auch die Diskussion um die Abschaffung des Bargeldes einfügen. Bargeld ermöglicht die Abwicklung

22 Schmitz, in: Spindler/Schmitz, TMG, 2. Aufl. 2018, § 13 Rdnr. 61.

23 Schiedermaier, in: Dörr/Kreile/Cole, Handbuch Medienrecht. Recht der elektronischen Massenmedien, 2. Aufl. 2011, I Rdnr. 73.

24 Schmitz, in: Spindler/Schmitz, TMG, 2. Aufl. 2018, § 13 Rdnr. 62.

25 So z.B. § 21 Nr. 6 der Coronaverordnung des Landes Baden-Württemberg in der Fassung vom 23. Juli 2021 im Hinblick auf die Pflichten des § 6 Nr. 3 dieser Verordnung und unter Verweis auf § 73 Abs. 1a Nr. 24 IfSG, der eine Geldbuße bis 25000 € vorsieht.

von Alltagsgeschäften in Anonymität. Die insbesondere von Seiten der EU vorangetriebene Abschaffung des Bargeldes²⁶ soll Geldwäsche verhindern, konterkariert damit jedoch auch die Möglichkeiten eines Lebens außerhalb staatlicher Beobachtung und den Datenschutz, da jede Bewegung und jede Transaktion für staatliche Stellen, private Firmen und Hacker nachvollziehbar wird. Hier steht sich eine Gefahr für die Allgemeinheit einer generellen Gefahr staatlicher Überwachung des Lebens gegenüber. Die Festlegung von Bargeldobergrenzen erscheint als Kompromiss, dessen Sinnhaftigkeit indes bezweifelt werden kann.

4.6. Anonyme Strafanzeige

Ein weiterer Hinweis findet sich in einer Entscheidung des BAG zu einer anonymen Strafanzeige. Eine solche Anzeige wird ausdrücklich aus dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG ausgenommen: „Ihr fehlt es gerade an dem konstituierenden Element der Subjektivität [...]. Ohne die deutlich erkennbare persönliche Zuordnung kann eine anonyme Äußerung nicht an der geistigen Auseinandersetzung teilnehmen.“²⁷

4.7. Anonyme Veröffentlichungen in der Presse

Noch näher an unserem Thema liegt die Frage anonymer Veröffentlichungen in der Presse. Bei der Presse sorgt allerdings die Impressumspflicht in den Landespressesetzen und die Pflicht zur Offenlegung der Inhaber- und Beteiligungsverhältnisse für Transparenz (§§ 7, 11 PresseG²⁸). Zudem dient die Impressumspflicht gerade dazu, in ihren Persönlichkeitsrechten Betroffenen die Möglichkeit zu geben, ihre Ansprüche effektiv gegen die Presse durchzusetzen. Neben Gegen darstellungsansprüchen handelt es sich um Berichtigungs-, aber auch um Schadensersatz- und Geldentschädigungsansprüche. Warum dies im Internet gänzlich anders sein sollte, leuchtet nicht ein.

4.8. Vermummungsverbot

Ein Beispiel in direktem Zusammenhang unserer Thematik ist das sog. Vermummungsverbot. Gem. § 17a VersG ist es u.a. verboten, an Versammlungen in einer Aufmachung teilzunehmen, „die geeignet und den Umständen nach darauf gerichtet ist, die Feststellung der Identität zu verhindern“. Im Interesse der Sicherheit Dritter wird hier eine kollektive anonyme Meinungsäußerung verboten, um die Begehung von Straftaten aus der Anonymität heraus zu verhindern. Auch wenn Mei-

26 Vergl. https://ec.europa.eu/germany/news/20210720-kampf-gegen-geldwaesche_de.

27 BAG U.v. 3.7.2003, – 2 AZR 235/02; [https://datenbank.nwb.de/Dokument/207216/mit Verweis auf ErfK/Dieterich 3. Aufl. Art. 5 GG Rn. 5 mwN](https://datenbank.nwb.de/Dokument/207216/mit%20Verweis%20auf%20ErfK/Dieterich%203.%20Aufl.%20Art.%205%20GG%20Rn.%205%20mwN).

28 MusterPresseG in: Fechner/Mayer (Hrsg.), Medienrecht. Vorschriftenammlung, 17. Aufl. 2022, S. 611, 613 mit abweichenden Regelungen in einzelnen Bundesländern.

nungs- und Versammlungsfreiheit sich ergänzen,²⁹ sind anonyme Meinungsäußerungen gerade nicht geschützt. Ausnahmen gibt es lediglich aus anderen Gründen, etwa, wenn eine aus künstlerischen oder politischen Motiven gewählte Bekleidung – sozusagen zufällig – die Identitätsfeststellung verhindert, wie das etwa beim Tragen von Strahlenschutzanzügen bei einer Anti-Atomkraft-Demonstration der Fall ist.³⁰ Die faktische Lage im Internet nähert sich diesem Sachverhalt an, da die Anonymität des Netzes häufig dazu missbraucht wird, aus der Masse heraus andere Personen zu beleidigen.

5. Garantie der Anonymität im TTDSG

Die einschlägige Norm im Hinblick auf eine anonyme Nutzung des Internets, ist § 19 Abs. 2 Satz 1 TTDSG, der inhaltlich mit § 13 Abs. 6 TMG übereinstimmt und diesen 2021 abgelöst hat. Die Norm regelt die Pflichten des Anbieters von Telemedien. Der Diensteanbieter hat die Nutzung von Telemedien und ihre Bezahlung anonym oder unter Pseudonym zu ermöglichen. Der Gesetzgeber formuliert mithin gerade kein Recht des Internetnutzers, das Internet anonym benutzen zu können. Vielmehr verpflichtet er den Diensteanbieter, anonyme Nutzungsmöglichkeiten vorzuhalten. Der Wortlaut verlangt noch nicht einmal zwingend, dass alle Angebote die Anonymität zulassen müssen, es reicht wohl, dass es solche Möglichkeiten gibt. Für diese Interpretation spricht auch die Einschränkung des Gesetzes, „soweit dies technisch möglich und zumutbar ist“. Diese Einschränkung verdeutlicht, dass es Dienste oder Konstellationen geben kann, in denen Angebote nicht anonym wahrgenommen werden können. Ein umfassendes „Recht auf Anonymität“ lässt sich somit aus § 19 Abs. 2 Satz 1 TTDSG nicht ableiten.

Hinzu kommen Bedenken an der Wirksamkeit des § 19 Abs. 2 Satz 1 TTDSG wie dem früheren § 13 Abs. 6 TMG aus technischer und praktischer Sicht. So werden die Vorschriften zur „angeblichen“ anonymen Nutzungsmöglichkeit von Telemediendiensten als „technisch und rechtlich überholt und in der Praxis wertlos“ eingestuft.³¹ Dies habe auch schon für die beiden vorausgegangenen Normen im TDDSG 1997 und 2001 gegolten.³²

Tatsächlich wird von vielen Portalen eine Klarnamenpflicht von den Nutzern verlangt, die andernfalls ausgeschlossen werden können. Würde § 19 Abs. 2 Satz 1 TTDSG auf diese Fälle angewandt, würde diese Norm einen erheblichen Eingriff in die Vertragsfreiheit mit sich bringen.

An diesem Ergebnis ändert auch die Einbeziehung der europarechtlichen Rechtsvorgaben nichts. Der Gesetzgeber des TMG ist mit der Normierung des § 13 Abs. 6 TMG bzw. des jetzt gültigen § 19 Abs. 2 Satz 1 TTDSG über das hinausgegangen, was nach den europäischen Rechtsvorgaben erforderlich war. Deutlich wird

29 Kniesel, in: Dietel/Gintzel/Kniesel, Versammlungsgesetz, 18. Aufl. 2019, Rdnr. 337.

30 Kniesel, in: Dietel/Gintzel/Kniesel, Versammlungsgesetz, 18. Aufl. 2019, Rdnr. 33.

31 Schmitz, in: Spindler/Schmitz, TMG, 2. Aufl. 2018, § 13 Rdnr. 62.

32 Schmitz, a.a.O.

das durch den Erwägungsgrund 14 der E-Commerce-Richtlinie in dem noch „re-signierend bekräftigt“³³ wird, die Richtlinie könne die anonyme Nutzung offener Netze wie des Internets „nicht unterbinden“.³⁴ Anonyme Nutzungen sind in der Richtlinie trotzdem nicht geregelt. Ein „Recht auf Anonymität“ lässt sich mithin aus dem Europarecht nicht ableiten.

Die Feststellung, dass auch das TTDSG kein umfassendes „Recht auf Anonymität“ gewährt, ist für die Frage bedeutsam, wie man die zunehmende „Verrohung der Kommunikation“ im Internet bekämpfen kann, deren Ursache in der in § 19 Abs. 2 Satz 1 TTDSG „manifestierten Anonymität“ zu liegen scheine.³⁵

Wie löchrig die Garantie der Anonymität in § 19 Abs. 2 Satz 1 TTDSG gegenüber staatlichen Behörden ist, wird deutlich, wenn man die Auskunftspflichten von Diensteanbietern im TTDSG betrachtet. Diensteanbieter haben in umfassender Weise über Bestands- und Nutzungsdaten Auskünfte zu erteilen, wie sich aus §§ 21 ff. TTDSG ergibt. Die Auskunft darf allerdings nur bestimmten Behörden gegenüber erteilt werden und ist auf bestimmte Zwecke beschränkt. Der Wortlaut des § 22 Abs. 3 Nr. 1 TTDSG zeigt indes, dass hier neben Straftaten auch die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten eine Auskunftspflicht auslösen kann und auch so allgemeine Zwecke wie die „Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung“. Die Problematik des allzu unbestimmten Begriffs der öffentlichen Ordnung ist bekannt.³⁶ Hinzu kommen Auskunftspflichten für Passwörter und andere Zugangsdaten in § 23 TTDSG.³⁷ Anbieter von Telekommunikationsdiensten treffen Speicher- und Auskunftspflichten gegenüber Behörden in Bezug auf Bestandsdaten, Verkehrsdaten und Standortdaten gem. §§ 172 f., 176 f. TKG.

Angesichts der Formulierungen in den genannten Gesetzen bleibt von einem „Recht auf Anonymität“ wenig übrig, nicht einmal der Käse zwischen den Löchern, allenfalls noch die Käserinde. Damit besteht die Gefahr, dass der Nutzer sich dem trügerischen Glauben hingibt, in seiner Anonymität geschützt zu sein. Eine „halbe Anonymität“ ist letztlich keine Anonymität. Ehrlicher wäre es, § 19 Abs. 2 Satz 1 TTDSG anders oder zumindest unmissverständlich zu fassen. Bei der Gesetzesnovelle 2021 wurde die Chance zu einer Änderung nicht genutzt.

33 So Gerhard Wagner. Haftung von Plattformen für Rechtsverletzungen, GRUR 2020, S. 329, 337.

34 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl. Nr. L 178 vom 17/07/2000, S. 1 ff. „E-Commerce-Richtlinie“.

35 Marc Bohlen, Der zivilrechtliche Auskunftsanspruch bei der Bekämpfung von Hass im Internet, NJW 2020, S. 1999, Rdnr. 1–3 noch zu § 13 Abs. 6 TMG.

36 Vergl. schon Fechner, „Öffentliche Ordnung“ – Renaissance eines Begriffs?, JuS 2003, S. 734 ff.

37 Der Anonymität entgegenwirken können auch Pflichten zur Vorratsdatenspeicherung, wobei die Rechtslage weiterhin unklar ist; vergl.: Schmitz, in: Spindler/Schmitz, TMG, 2. Aufl. 2018, § 13 Rdnr. 62.

6. Anonymität und NetzDG

Die Durchbrechung der Anonymität in sozialen Netzwerken wird auch durch die Entwicklung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes deutlich. Über die Pflicht zur Sperrung von rechtswidrigen Inhalten in § 3 NetzDG hinaus, sind die Anbieter sozialer Netzwerke i.S.d. § 1 NetzDG nach der Novellierung vom November 2020 verpflichtet, dem Bundeskriminalamt von sich aus im Falle des Verdachts bestimmter Straftaten über solche Meinungsäußerungen Mitteilung zu machen. Sie haben neben dem Inhalt, sofern vorhanden, die IP-Adresse einschließlich der Portnummer, die dem Nutzer zugeteilt war, zu übermitteln (§ 3a Abs. 2, 4 NetzDG). Ist diese Regelung hinsichtlich der Zwecke und auch bezüglich der zu informierenden Stelle wesentlich enger gefasst als das TTDSG, so darf sich doch auch hier der Nutzer letztlich nicht in Sicherheit wiegen. Dies gilt umso mehr, als es beim NetzDG keiner Anfrage einer staatlichen Stelle bedarf, sondern sich die Informationspflicht direkt aus dem Gesetz ergibt.

Hinsichtlich der Anonymität dürfte es faktisch auch bei anderen Anbietern von Diskussionsplattformen nicht anders aussehen, die nicht unter das NetzDG fallen. Verschiedentlich wird dort dem Grundsatz „Verfolgen statt Löschen“ gefolgt, wie dies offenbar auch von Landesmedienanstalten oder öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten praktiziert wird.³⁸ Bei dieser Vorgehensweise werden Beiträge in Blogs auf Straftatbestände hin geprüft. Soweit solche erkennbar sind, wird das Material der Staatsanwaltschaft weitergegeben. Diese ermittelt mit den polizeilichen Mitteln des BKA die Identität des Äußernden. Erhärtet sich der Verdacht, wird das Verfahren vor dem Strafgericht fortgesetzt.

7. Social Bots

In eine Betrachtung über anonyme Meinungsäußerungen im Netz müssen auch Social Bots mit einbezogen werden. Social Bots sind auf den ersten Blick nicht anonym, da sie in sozialen Netzwerken vorspiegeln, ein oder häufiger zahlreiche einzelne Individuen zu sein. Tatsächlich verbleibt jedoch der Verwender der Bots selbst in der Anonymität. Aus der Anonymität heraus versucht er, die Meinung im Forum zu beeinflussen, indem seine Bots z.B. einseitig Meinungen generieren, die nur scheinbar von realen Teilnehmern stammen und vorspiegeln, die Meinung existierender Individuen wiederzugeben. Hierdurch wird das Meinungsspektrum verändert, indem durch zahlreiche Bot-Mitteilungen andere Meinungsäußerungen zahlenmäßig und inhaltlich an den Rand gedrängt werden. Bots sind daher ein gutes Beispiel für eine Veränderung der Debattenkultur durch die Anonymität.

Dieses Problem wurde im Medienstaatsvertrag aufgegriffen. Da ein Verbot von Bots auch sinnvolle Anwendungen unmöglich machen würde, haben sich die Länder für eine Transparenzpflicht entschieden. Gem. § 18 Abs. 3 MStV sind Anbie-

38 <https://www.mdr.de/mdr-rundfunkrat/aufgaben/ergebnisse-sitzung-mdr-rundfunkrat-november-zweitausendneunzehn-100.html>.

ter von Telemedien in sozialen Netzwerken verpflichtet, bei „mittels eines Computerprogramms automatisiert erstellten Inhalten oder Mitteilungen“ den Umstand der Automatisierung kenntlich zu machen. Diese Pflicht gilt jedenfalls dann, wenn das Nutzerkonto seinem äußeren Erscheinungsbild nach für die Nutzung durch natürliche Personen bereitgestellt wurde. Dem Inhalt oder der Mitteilung ist der Hinweis gut lesbar bei- oder voranzustellen, dass dieser oder diese unter Einsatz eines das Nutzerkonto steuernden Computerprogramms automatisiert erstellt und versandt wurde. Die Pflicht gilt auch dann, wenn auf einen vorgefertigten Inhalt oder eine vorprogrammierte Mitteilung zurückgegriffen wird.³⁹

Inwieweit diese Regelung auch einen Schutz der Nutzer gegen Social Bots auf ausländischen Plattformen bieten kann, bleibt abzuwarten. Andere Arten der Manipulation – etwa durch gekaufte „Meinungsmacher“, die auf Bewertungsplattformen mit wirtschaftlichem Bezug häufig tätig sind – werden allenfalls wettbewerbsrechtlich durch die Regeln der Nr. 23b und c des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG und durch § 5b Abs. 3 UWG erfasst. Die Idee, der Staat könne die Bürger vor Manipulationen ihrer Meinung schützen, ist in den Bereich der Märchen und Legenden zu verweisen. Letztlich bleibt nur, an die Aufmerksamkeit und Kritikfähigkeit des Einzelnen zu appellieren.

8. Grundrecht auf anonyme Meinungsäußerung?

Hinsichtlich der Anonymität im Internet ist das einfache Gesetzesrecht vom Verfassungsrecht zu unterscheiden. Der BGH begnügt sich nicht mit einer Ableitung eines Rechts auf Anonymität aus dem TMG, sondern erklärt die anonyme Meinungsäußerung als von der Meinungsfreiheit gedeckt. Das ist das Hauptproblem der „Spickmich-Entscheidung“. Erfordert die Meinungsfreiheit tatsächlich, Meinungen anonym äußern zu können?

Die Ansichten hierzu sind offenbar nicht einheitlich und interessanterweise bleiben auch hier die Begründungen eher knapp. In der Kommentarliteratur wird die anonyme Meinungsäußerung als eine Form der Meinungsäußerung („auch anonymer Art“) mit erfasst angesehen, meist mit Verweis auf die Spickmich-Entscheidung und ohne nähere Begründung.⁴⁰ Charakteristisch ist etwa die Auffassung, es sei „klar“, dass anonyme Meinungsäußerungen „tatbestandlich von der Meinungsfreiheit erfasst sind“.⁴¹ Allerdings wird auch von diesen Auffassungen das Gewicht des Grundrechts dann aber bei Abwägungsvorgängen unterschiedlich eingestuft. Vor allem wird durch die anonyme Äußerung von vorneherein „eine Asymmetrie in der Kommunikationssituation“ beklagt, sodass dieser jedenfalls auf Abwägungsebene nicht derselbe Schutz zukommen könne.⁴²

39 Für Anbieter von Medienintermediären, die soziale Netzwerke anbieten, gibt es eine entsprechende Pflicht in § 93 Abs. 4 MStV.

40 Jarass, in: Jarass/Pieroth, 16. Aufl. 2020, Art. 5, Rdnr. 13, 110.

41 Jürgen Kühling, Im Dauerlicht der Öffentlichkeit – Freifahrt für personenbezogene Bewertungsportale!?, NJW 2015, S. 447 f.

42 Ibid.

Wenn in den Lehrbüchern des Staats- und Verwaltungsrechts sowie des Medienrechts offenbar kein Recht auf Anonymität auffindbar ist,⁴³ so ist schon das eine nicht zufällige Erkenntnis. Interessant ist weiterhin, wenn in – den wenigen – einschlägigen Abhandlungen über die verfassungsrechtliche Verortung eines solchen Rechts nachgedacht wird und auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht rekurriert wird, indes nicht auf die Meinungsfreiheit selbst.⁴⁴ Beispielsweise wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht als verfassungsrechtliche Grundlage des Rechts auf Anonymität herangezogen, da weder im GG noch in der EMRK ausdrückliche Anhaltspunkte für ein subjektiv-öffentliches Recht auf Anonymität zu finden seien.⁴⁵ Allerdings geht es bei dem aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleiteten Aspekt vor allem darum, im Internet „insgesamt unerkannt“ zu bleiben.⁴⁶ Zudem lässt sich daraus nur ein „klassisches Abwehrrecht“,⁴⁷ nicht aber ein bürgerlich-rechtlicher Gehalt ableiten.⁴⁸

Ganz offensichtlich lässt sich die Anonymität nicht einfach als umgekehrter Fall eines Rechts auf Nennung des Namens einordnen. Es ist entscheidend, nicht nur irgendeine Meinung verbreiten zu dürfen, vielmehr ist es Teil der Meinungsfreiheit, eine geäußerte Meinung mit der eigenen Identität zu verknüpfen. Die Nennung des Namens ist somit Teil des Schutzbereichs der Meinungsfreiheit, zumal sie die Bedeutung des Arguments verstärken kann.⁴⁹ Aufgrund der medialen Reaktionen ist heute die Meinungsäußerung unter Namensnennung oftmals ein größeres Problem für die Meinungsfreiheit als die Frage nach der anonymen Meinungsäußerung. Charakteristisch hierfür sind Intoleranz gegenüber abweichenden Meinungen, Angriffe auf die Person anstelle einer Auseinandersetzung mit den Argumenten und nicht-staatliche Folgen im wirtschaftlichen oder beruflichen Bereich des Äußernden, etwa Boykott eines Geschäfts oder Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

Teilweise wird in der juristischen Literatur jedoch bereits auf Schutzbereichsebene differenziert. Eine Zuordnung zum Schutzbereich sei dort zu bejahen, wo durch übersteigerte staatliche Offenlegungspflichten ein „chilling effekt“ dergestalt entstehe, dass durch die Verhinderung von anonymen Meinungskundgaben ein Klima erzeugt wird, in dem die Meinungsäußerung letztlich unterdrückt würde.⁵⁰ Angenommen wird das beispielsweise, wenn eine Verpflichtung zur Preisgabe des Namens von Leserbriefschreibern bestünde oder auch die Offenlegung des

43 Albert von Mutius, Anonymität als Element des allgemeinen Persönlichkeitsrechts – terminologische, rechtssystematische und normstrukturelle Grundfragen, in: Helmut Bäumler/Albert von Mutius (Hrsg.), Anonymität im Internet. Grundlagen, Methoden und Tools zur Realisierung eines Grundrechts, Wiesbaden 2003, S. 12.

44 Dazu von Mutius a.a.O. sowie auch die anderen Beiträge des genannten Sammelbandes.

45 von Mutius, a.a.O., S. 13.

46 von Mutius, a.a.O., S. 14.

47 von Mutius, a.a.O., S. 22.

48 So offenbar auch von Mutius, a.a.O., S. 22.

49 Näher dazu Grabenwarter, in: Maunz/Dürig, 94. EL, Jan 2021, Art. 5 Abs. 2, Rdnr. 86.

50 Grabenwarter, in: Maunz/Dürig, 94. EL, Jan 2021, Art. 5 Abs. 2, Rdnr. 86.

Klarnamens bei der Teilnahme an Online-Foren.⁵¹ Hinsichtlich der anonymen Leserbriefe ist allerdings zu beachten, dass diese zum einen hinsichtlich beleidigender oder strafbarer Inhalte einer „Filterung“ durch die Redaktion unterliegen, die keine Zensur gem. Art. 5 Abs. 1 Satz 3 GG darstellt, da es sich hier nicht um eine staatliche Stelle handelt. Zum anderen ist hinsichtlich des Abdrucks anonymer Leserbriefe auf Seiten des Presseorgans der Schutzbereich der Pressefreiheit eröffnet.⁵²

Differenzierungen der hier angedeuteten Art leuchten jedenfalls sehr viel mehr ein als eine apodiktische Zuweisung der anonymen Meinungsäußerung in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit. Wenn bewusst wahrheitswidrige Meinungsäußerungen und Schmähkritik der Rechtsprechung des BVerfG zufolge nicht in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fallen,⁵³ dann können solche Meinungsäußerungen, nur weil sie anonym geäußert wurden, nicht lediglich aus diesem Grund plötzlich in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 1, 1. Var. GG einzuordnen sein, zumal sie zweifellos weniger schutzwürdig sind. Insoweit kommt man allerdings noch gar nicht zu einer Abwägung auf Schrankenebene.

Für eine ganz exakte Grenzziehung des Schutzbereichs der Meinungsfreiheit im Hinblick auf anonyme Meinungsäußerungen bedürfte es sicherlich noch einer vertieften Diskussion. Jedenfalls kann es wohl nicht sein, dass die Anonymität als Deckung für Beleidigungen oder zur Begehung anderer Straftaten genutzt wird.

Selbst wenn anonyme Meinungsäußerungen unter den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fallen würden, hieße das – hilfsweise argumentiert – noch lange nicht, dass sie gegenüber allen anderen Rechten Vorrang hätten. Insbes. das allgemeine Persönlichkeitsrecht, nicht zuletzt in der Ausprägung des Rechts der persönlichen Ehre, muss nicht vor jeder Form der Meinungsäußerung zurücktreten. Einen absoluten Vorrang gegenüber dem Persönlichkeitsrecht gibt es nicht einmal in den Fällen, in denen die schrankenlos gewährte Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG anwendbar ist. Bezüglich der in Abs. 1 geregelten Meinungsfreiheit greift die Schranke des allgemeinen Gesetzes in Art. 5 Abs. 2 GG. Sie zeigt, dass der Gesetzgeber einen Spielraum selbst dann hätte, wenn die anonyme Meinungsäußerung in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 1, 1. Var. GG fallen würde. Das BVerfG hat in einer Entscheidung vom Dezember 2021 in einer typischen Sachverhaltskonstellation, in der sich Persönlichkeitsrecht und Anonymität der Nutzer gegenüberstanden, das Persönlichkeitsrecht deutlich gestärkt.⁵⁴ Von einem „Recht auf Anonymität“ geht es allerdings interessanter Weise nicht aus, es wird lediglich auf die Meinungsfreiheit als solche rekurriert. Mithin spricht diese Entscheidung ebenfalls dagegen, ein „Recht auf Anonymität“ aus der Meinungsfreiheit direkt ableiten zu können und daher als verfassungsrechtlich geschützt anzusehen.

51 Ibid.

52 BVerfGE 95, S. 28, 35 f.; dazu auch Clemens in: Umbach/Clemens, GG, 2002, Art. 5 Rdnr. 72, da für den Schutzzumfang der Pressefreiheit auf die Herstellungs- und Vielfältigungsmethode unabhängig vom Inhalt des Druckerzeugnisses zu bestimmen sei.

53 Siehe z.B. BVerfGE 90, S. 241, 247 „Auschwitzlüge“.

54 BVerfG NJW 2022, S. 680 ff. „Künast“.

9. Rechtspolitische Überlegungen

Da es für andere Medienformen keine dem § 19 Abs. 2 Satz 1 TTDSG entsprechenden Regelungen gibt und anonyme Meinungsäußerungen nicht als solche in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG fallen, handelt es sich um eine rechtspolitische Entscheidung des Gesetzgebers, wie weit er Anonymität im Netz gewährt, weshalb eine Regelung auch anders ausfallen könnte. Eine Änderung der bestehenden Rechtslage ist daher möglich.

Bei der Abwägung hätte der Gesetzgeber verschiedene Interessen und Rechtspositionen zu berücksichtigen.

Für den Schutz anonymer Meinungsäußerungen spricht:

- Im Verhältnis des Bürgers zum Staat muss es möglich sein, Kritik zu üben, ohne mit Sanktionen rechnen zu müssen. (Im freiheitlichen Rechtsstaat darf das kein Problem sein.)
- Staatliche Sanktionen können sich auch auf die Meinungsäußerungen Dritter auswirken und daher auch gegenüber nicht direkt Betroffenen einen „chilling effect“ ausüben.⁵⁵
- In Bewertungsportalen kann es sinnvoll sein, Kritik ohne Furcht vor negativen Folgen zu äußern. Dies etwa in einem Ärztebewertungsportal, jedenfalls ohne Details zu seinem Gesundheitszustand offenbaren zu müssen.

Demgegenüber lässt sich anführen:

- Anonymität der Nutzer von sozialen Netzwerken befördert die Verletzung von Persönlichkeitsrechten und verhindert eine Rechtsdurchsetzung durch die Betroffenen.⁵⁶
- Anonyme Meinungsäußerungen können leicht „gefaked“ werden. In wirtschaftlich relevanten Bewertungsportalen finden sich oftmals berufsmäßig erstellte, gekaufte Stellungnahmen, in politischen Diskussionen lässt sich durch zahlreiche Posts der Eindruck erwecken, eine Mindermeinung sei die Meinung der Mehrheit.
- Eine Manipulation kann im Rahmen anonymer Äußerungen dergestalt erfolgen, dass sich der Nutzer als Anhänger des von ihm bekämpften Lagers ausgibt, um diesen diskreditierende oder extremistische Ansichten anzuhängen.
- Die Möglichkeit, sich anonym zu äußern, führt zu einem Sinken der Hemmschwelle hinsichtlich beleidigender Inhalte.
- Die Anonymität fördert kollektive Angriffe auf konkrete Personen, sog. „Hate-Storms“ oder „Shitstorms“.⁵⁷
- Kollektive Meinungsbekundungen aus der Anonymität haben einen Peepshow-Effekt, der auch mit einer Prangerwirkung verglichen wird.

55 Vergl. Grabenwarter, in: Maunz/Dürig, 94. EL, Jan 2021, Art. 5, Rdnr. 103.

56 Aus diesem Grund sei eine grundlegende Diskussion über die Anonymität erforderlich; vergl. Gerald Spindler, Rechtsdurchsetzung von Persönlichkeitsrechten, GRUR 2018, S. 365.

57 Berit Völzmann, Freiheit und Grenzen digitaler Kommunikation, MMR 2021, S. 619.

- Solche „Hate-Storms“, die auch zentral gesteuert sein können, sind oftmals mit schweren psychischen Belastungen für die Betroffenen verbunden und können bis zum Suizid führen. Insoweit ist auch das Recht auf körperliche und seelische Unversehrtheit des Art. 2 Abs. 2 GG vom Gesetzgeber mit zu beachten.
- Auf unbeteiligte Dritte haben solche Hate-Storms oftmals einen „chilling effect“. Die „Bestrafung“ einer Auffassung durch das Kollektiv kann dazu führen, die entsprechende Meinung nicht auch selbst zu äußern oder zu „liken“.⁵⁸ Die Meinungsbeeinflussung durch medial getragene selbsternannte Tugendwächter ist die derzeit wohl stärkste Gefahr für eine freie Meinungsäußerung.

Im vorliegenden Zusammenhang erschiene es sinnvoll, wenn der Gesetzgeber die Formulierung des § 19 Abs. 2 Satz 1 TTDSG überarbeiten würde. Sicherlich gibt es verschiedene Ausgestaltungsmöglichkeiten. Beispielsweise ermöglicht die Verwendung von Autonummern grundsätzlich ein „anonymes“ Autofahren. Doch ist sich jeder Autofahrer bewusst, dass ihm das keinen Schutz vor der Ahndung von Ordnungswidrigkeiten und Straftaten bietet und zur Durchsetzung von Rechtsansprüchen die Halterdaten unter den Voraussetzungen des § 39 Abs. 2 StVG auch an Privatpersonen zu übermitteln sind. Solch ein Zwei-Ebenen-System könnte man sich auch für Meinungsäußerungen im Internet vorstellen. Eine Klarnamenpflicht wäre zumindest gegenüber dem Portalbetreiber denkbar. Gegenüber Betroffenen müsste dann geprüft werden, ob im Einzelfall die Anonymität der Äußerung gegenüber den Interessen des in seinem Persönlichkeitsrecht Betroffenen überwiegt. Zu überlegen wäre zudem, ob es Abstufungen hinsichtlich verschiedener Arten von Foren geben sollte, etwa ein Ärztebewertungsportal nach anderen Regeln abzulaufen hat als ein Portal über die Brauchbarkeit von Küchengeräten.

10. Fazit

In einem abschließenden Fazit ist zunächst zu erwähnen, dass es sehr unterschiedliche Bereiche gibt, in denen die Anonymität von Bedeutung ist. Die Frage anonymer Meinungsäußerung im Internet deckt nur einen Aspekt ab. Unter ganz anderen Voraussetzungen stehen beispielsweise zivilrechtliche Verträge des alltäglichen Lebens, weshalb die Differenzierung zwischen den verschiedenen Sachverhalten der erste wichtige Schritt im Hinblick auf rechtliche Lösungen sein dürfte.

Die Auffassung des BGH zum Schutz der anonymen Meinungsäußerung durch die Meinungsfreiheit erscheint zu undifferenziert. Voreilig wird ein verfassungsrechtlicher Schutz anonymer Meinungsäußerungen behauptet. In dieser generellen Weise trifft das nicht zu. Lediglich in bestimmten Konstellationen ist eine Meinungsäußerung außerhalb der Anonymität faktisch unmöglich. Wegen dieser Offenheit der verfassungsrechtlichen Vorgaben ist es Sache des Gesetzgebers, zu

58 Mit empirischer Untersuchung bei Elisa Hoven und Alexandra Witting, Das Beleidigungsrecht im digitalen Zeitalter, NJW 2021, S. 2397, Rdnr. 10 ff.

bestimmen, in welcher Weise Anonymität im Netz gewährleistet wird. Ganz offensichtlich ist die derzeitige Regelung zu weit gefasst. Sie ist weder verfassungsrechtlich noch europarechtlich determiniert. Vielmehr ist der Gesetzgeber den technischen Gegebenheiten vorausgeeilt. Die mühsamen „Reparaturversuche“ des Gesetzgebers am NetzDG zeigen, dass offensichtlich ein falscher Weg eingeschlagen wurde. Die Diskussion um die Anonymität im Netz steht erst am Anfang. Das Diktum des BGH macht uns indes glauben, dass es keine Alternative gebe.

Ein „Recht auf Anonymität“ findet sich weder im einfachen Recht noch lässt es sich verfassungsrechtlich aus den Grundrechten ableiten. Zu differenzieren sind Garantien des einfachen Rechts, die es ermöglichen, die eigene Meinung kund zu tun, ohne dass Dritte auf Anhieb die Identität des Äußernden erfahren. Vor allem im Hinblick auf die Möglichkeiten strafrechtlicher Verfolgung wird deutlich, dass auch diese Garantien vor allem gegenüber staatlichen Stellen letztlich keinen Schutz gewähren. Wer dies glaubt, lebt im Märchen und ist in Gefahr, wie Rumpelstilzchen zu enden.

Literaturverzeichnis

- Bäumler/Mutius von, Anonymität im Internet. Grundlagen, Methoden und Tools zur Realisierung eines Grundrechts, 2003.
- Bohlen M., Der zivilrechtliche Auskunftsanspruch bei der Bekämpfung von Hass im Internet, in: NJW 2020, S. 1999 ff.
- Dietel/Gintzel/Kniesel, Versammlungsgesetz. 18. Aufl. 2019.
- Dörr/Kreile/Cole, Handbuch Medienrecht. Recht der elektronischen Massenmedien, 2. Aufl. 2011.
- Fechner/Mayer, Medienrecht. Vorschriftenammlung. 17. Aufl. 2022.
- Fechner, „Öffentliche Ordnung“ – Renaissance eines Begriffs?, in: JuS 2003, S. 734 ff.
- Hoven/Witting, Das Beleidigungsunrecht im digitalen Zeitalter, in: NJW 2021, S. 2397 ff.
- Kühling, J., Im Dauerlicht der Öffentlichkeit – Freifahrt für personenbezogene Bewertungsportale!?, in: NJW 2015, S. 447 f.
- Spindler/Schmitz, TMG, 2. Aufl. 2018.
- Spindler, Rechtsdurchsetzung von Persönlichkeitsrechten, in: GRUR 2018, S. 365 ff.
- Völmann, Freiheit und Grenzen digitaler Kommunikation, in: MMR 2021, S. 619 ff.
- Wagner, Haftung von Plattformen für Rechtsverletzungen, in: GRUR 2020, S. 329 ff.

Verletzung von Art. 1 des ersten Zusatzprotokolls zur EMRK bei Versagung strafrechtlicher Rehabilitierung von Strafverfolgungsmaßnahmen durch Repressionskommissionen in Sachsen unter sowjetischer Besatzungshoheit

Johannes Wasmuth

Abstract Deutsch

Mit Vermögensschiebungen, die oft krass rechtsmissbräuchlich auf individuelle, gegen Naziverbrecher, aktivistische Nazis und Kriegsinteressenten gerichtete Schuld tatbestände der von der Landesverwaltung Sachsen, dem Block der antifaschistischen Parteien und dem FDGB erlassenen Richtlinien zum Gesetz über die Übergabe von Betrieben von Kriegs- und Naziverbrechern in das Eigentum des Volkes gestützt waren, hat die sog. Wirtschaftsreform in der ehemaligen sowjetischen Besatzungszone ihren Anfang genommen. Die dazu bislang ergangene Rechtsprechung sächsischer strafrechtlicher Rehabilitierungsgerichte verletzt die Eigentumsgewährleistung in Art. 1 des ersten Zusatzprotokolls zur EMRK, weil sie der Begründung bestehender vermögensrechtlicher Ansprüche auf Rückgabe und Erlösherausgabe entgegensteht und allein auf Annahmen gestützt ist, die in offenem Widerspruch zur ständigen bundesdeutschen Rechtsprechung zum Strafcharakter staatlicher Maßnahmen stehen.

Abstract English

In the former Soviet occupation zone of Germany the so-called economic reform began with asset confiscations, which were often blatantly abusive of the law on individual offenses directed against Nazi criminals, activist Nazis and persons interested in war, based on the guidelines to the law on the transfer of enterprises from war and Nazi criminals to public property, issued by the state administration of Saxony, the block of anti-fascist parties and the Free German trade union federation (FDGB). The jurisprudence issued so far by Saxon criminal rehabilitation courts violates the guarantee of property in Art. 1 of the first additional protocol to the ECHR because it conflicts with the justification of existing pecuniary claims for restitution and surrender of proceeds and because it is based solely on assumptions that openly contradict the established federal German jurisprudence on the punitive nature of state measures.

1. Gegenstand der Untersuchung

Zu den zentralen Unrechtsakten in der Phase der kommunistischen Machtusurpation und -sicherung in der Sowjetischen Besatzungszone gehören neben der „Demokratischen Bodenreform“ die mit dem harmlos klingenden Begriff der „Wirtschaftsreform“¹ umschriebenen Aktionen. Ebenso wie die Bodenreform stellt auch

1 Bisweilen wird die „Wirtschaftsreform“ auch als „Industriereform“ bezeichnet.

sie eine besonders krasse Form wesentlich rechtsstaatswidrigen Unrechts dar, das der Errichtung einer „Diktatur des Proletariats“ auf deutschem Boden gedient hat.

In der Bundesrepublik Deutschland war der konkrete Unrechtscharakter der Maßnahmen lange Zeit unklar. Im Bodenreformurteil des BVerfG vom 23.4.1991² wurden sie noch als entschädigungslose Enteignungen bezeichnet, die der Umgestaltung der gesellschaftlichen Ordnung gedient hätten. Später hat das BVerwG angenommen, es habe sich um verwaltungsrechtliche Maßnahmen der politischen Verfolgung gehandelt.³

Für beide Formen des Unrechts soll den Betroffenen nach bundesdeutscher Rechtsprechung nur ein entschädigungsrechtlicher Ausgleichsanspruch nach Maßgabe des Ausgleichsleistungsgesetzes⁴ zustehen, der wegen einer geringen Bemessungsgrundlage⁵ und einer Degressionsregelung⁶ für größere Vermögenswerte wirtschaftlich einem Anteil von durchschnittlich nur 3 bis 10 vom Hundert des aktuellen Verkehrswertes der mit den Maßnahmen entzogenen Vermögenswerte ausmacht. Nur geschädigte bewegliche Vermögenswerte werden danach auch in natura zurückgegeben.⁷

Diese Entscheidungen werden damit begründet, dass das Vermögensgesetz⁸ in § 1 Abs. 8 lit. a, 1. Halbs. VermG eine Restitution von besatzungsbezogenen Vermögenswerten ausschließe.⁹ Eine verwaltungsrechtliche Rehabilitierung der als Maßnahmen der politischen Verfolgung erkannten Maßnahmen der Wirtschafts- und Bodenreform nach Maßgabe des Verwaltungsrechtlichen Rehabilitierungsgesetzes¹⁰, die als Folgeansprüche die Rückgabe der entzogenen Vermögenswerte nach Maßgabe des Vermögensgesetzes nach sich zieht,¹¹ lehnt das BVerwG dagegen unter Berufung auf die Ausschlussklausel des § 1 Abs. 1 S. 3 VwRehaG stets auch dann ab, wenn es sich um einen auf politischer Verfolgung beruhenden Vermögenszugriff gehandelt hat,¹² obgleich die Norm eine verwaltungsrechtliche Rehabilitierung nur für rein objektbezogene, die Persönlichkeitssphäre des Betroffenen nicht tangierende Enteignungen auf besatzungsrechtlicher und besat-

2 BVerfGE 84, 90 (101 ff.) ebenso auch einige Fachgerichte: etwa OLG Dresden, VIZ 2004, 550 (551); KG, ZOV 2010, 308 (309).

3 BVerwGE 116, 42 (44) = VIZ 2002, 272 f.

4 Gesetz über staatliche Ausgleichsleistungen für Enteignungen auf besatzungsrechtlicher und besatzungshoheitlicher Grundlage, die nicht mehr rückgängig gemacht werden können (Ausgleichsleistungsgesetz) vom 27.9.1994 (BGBl. I S. 2624).

5 § 2 Abs. 1 AusglLeistG i.V.m. § 2 Abs. 1, §§ 3–5a Gesetz über die Entschädigung nach dem Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen (Entschädigungsgesetz – EntschG) vom 27.9.1994 (BGBl. I S. 2624).

6 § 2 Abs. 1 AusglLeistG i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 4, § 7 EntschG.

7 Vgl. § 5 Abs. 1 AusglLeistG.

8 Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen vom 23.9.1990 (BGBl. II S. 885, 1159).

9 U.a. BVerwGE 96, 8 ff.; 98, 1 (2 f.).

10 Gesetz über die Aufhebung rechtsstaatswidriger Verwaltungsentscheidungen im Beitrittsgebiet und die daran anknüpfenden Folgeansprüche (Verwaltungsrechtliches Rehabilitierungsgesetz) vom 23.6.1994 (BGBl. I S. 1311).

11 § 7 Abs. 1 S. 1 VwRehaG.

12 BVerwGE 116, 42 (44) = VIZ 2002, 272 f.; BeckRS 2013, 52998.

zungshoheitlicher Grundlage ausschließt. Dies wird u. a. damit begründet, das Rückgabeverbot des § 1 Abs. 8 lit. a, 1. Halbs. VermG dürfe nicht im Wege des verwaltungsrechtlichen Rehabilitierungsgesetzes umgangen werden.¹³ Die fachgerichtliche Rechtsprechung zur Nichtanwendbarkeit des Vermögensgesetzes auf Enteignungen auf besatzungsrechtlicher und besatzungshoheitlicher Grundlage gemäß § 1 Abs. 8 lit. a, 1. Halbs. VermG¹⁴ und zur Reichweite des Ausschlussstatbestandes von § 1 Abs. 1 S. 3 VwRehaG für die verwaltungsrechtliche Rehabilitierung¹⁵ hat das BVerfG als mit dem Grundgesetz vereinbar beurteilt. Auch der EGMR hat beide Linien der bundesdeutschen Rechtsprechung als mit Art. 1 des ersten Zusatzprotokolls zur EMRK (1. ZP EMRK) vereinbar eingestuft.¹⁶

Inzwischen wurde aber ermittelt, dass es sich bei den Maßnahmen der Wirtschaftsreform in Sachsen um kein einheitliches Unrechtsgeschehen gehandelt hat. Vielmehr lassen sich drei unterschiedliche Unrechtsformen auseinanderhalten:¹⁷

Zunächst hat es in erheblichem Umfang rein objektbezogene, die Persönlichkeitsphäre des Betroffenen nicht tangierende entschädigungslose Enteignungen gegeben. Sie betreffen Zugriffe insbesondere auf in Sowjetische Aktiengesellschaften überführte Betriebe der Schwerindustrie¹⁸ sowie Unternehmen der Daseinsfürsorge.¹⁹

Daneben sind Unternehmer aufgrund kollektiver Schuldzuweisungen als Kriegs- und Naziverbrecher zumeist²⁰ auf der Grundlage einer Beschlagnahme nach Maßgabe des SMAD-Befehls Nr. 124 vom 30.10.1945²¹ als Kriegs- und Naziverbrecher politisch verfolgt und mit Eingriffen wie der vollständigen Entziehung ihres betrieblichen und privaten Vermögens, einem weitgehenden Berufsverbot sowie Wahlverboten belegt worden.

In Sachsen²² sind Unternehmer aber auch auf der Grundlage spezifischer Strafgesetze, nämlich der Richtlinien zum sächsischen Gesetz über die Übergabe von

13 BVerwGE 116, 42 (44) = VIZ 2002, 272 f.

14 BVerfGE 94, 12 ff.; 112, 1 ff.

15 BVerfGE 1, 227 ff.

16 EGMR, NJW 2005, 2520 ff. – Maltzan u.a. ./.. Deutschland; Beschl. v. 16.10.2006 – Nr. 2725/04 – Bars ./.. Deutschland.

17 Vgl. dazu nur die kurze Zusammenstellung bei Wasmuth, NJ 2017, 235 f.

18 In Sachsen wurden diese Betriebe zunächst auf eine Liste C gesetzt, die dann in Sowjetische Aktiengesellschaften umgewandelt wurden. Mit Ausnahme der Wismuth SAG sind diese Aktiengesellschaften später der DDR zur Begründung von Volkseigentum übergeben worden.

19 Betroffen davon waren neben Banken und Versicherungen insbesondere Energieunternehmen, Bergwerke und Bodenschätze sowie private Eisenbahnunternehmen.

20 Dies gilt für die Länder Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen-Anhalt und Thüringen. In Sachsen und Ostberlin sind Unternehmen nur in diversen Einzelfällen allein aufgrund einer Beschlagnahme nach Maßgabe des SMAD-Befehls Nr. 124 auf Enteignungslisten gesetzt und deshalb enteignet worden.

21 Befehl der SMAD Nr. 124 über die Beschlagnahme und provisorische Übernahme einiger Eigentumskategorien in der sowjetischen Besatzungszone vom 30.10.1945.

22 Entsprechendes gilt für Ostberlin. Dort war die Strafverfolgung auf Bestimmungen der KRd Nr. 38 und das dazu erlassene Gesetz über die Einziehung von Vermögenswerten der Kriegsverbrecher und Naziaktivisten vom 8.2.1946 (VOBl. für Groß-Berlin I S. 33) gestützt.

Betrieben von Kriegs- und Naziverbrechern in das Eigentum des Volkes vom 21.5.1946²³ wegen individueller Handlungen schuldig gesprochen und u.a. mit der Sanktion der vollständigen Vermögenseinziehung verfolgt worden.²⁴ Dies ist zwar in reinen Willkürverfahren nach dem Vorbild der Repressionsverfahren des in der UdSSR praktizierten großen Terrors²⁵ erfolgt. Da es sich bei den angewandten Normen aber um spezifische Strafgesetze gehandelt hat, sind diese Unrechtsakte als Strafverfolgungsmaßnahmen zu qualifizieren.

Während die Rechtsprechung zu den rein objektbezogenen Enteignungen namentlich der Schwerindustrie und der Betriebe der Daseinsvorsorge, die schon wegen ihres nicht die Persönlichkeitssphäre tangierenden Charakters das mildere Unrecht der Wirtschaftsreform darstellten, weiterhin keinen grundlegenden Bedenken ausgesetzt ist, gibt es inzwischen mehrere juristische Untersuchungen, mit denen nachgewiesen wird, dass sich das Vermögensgesetz und damit auch die Ausschlussregelung des § 1 Abs. 8 lit. a, 1. Halbs. VermG ausschließlich auf rein objektbezogene Enteignungen beziehen. Deshalb greift auch die verwaltungsrechtliche Rehabilitierung durch die Ausschlussregelung des § 1 Abs. 1 S. 3 VwRehaG nur für rein objektbezogene, vermögensschädigende Willkürakte,²⁶ nicht aber für

23 Verabschiedet vom damaligen Gesetzgeber in Sachsen, der Landesverwaltung Sachsen, dem Block der antifaschistischen Parteien und dem FDGB, seinerzeit unveröffentlicht.

24 Dies erfolgte in Sachsen nach Art. 1 Gesetz über die Übergabe von Betrieben von Kriegs- und Naziverbrechern in das Eigentum des Volkes vom 30.6.1946 (GBl. Sachs. S. 305), in Ostberlin nach Abschn. II Art. VIII II. lit. b, Art. IX 2. KRD Nr. 38; dafür, daß in Ostberlin jeweils das gesamte Vermögen der Betroffenen eingezogen wurde, beriefen sich die Kommissionen auf die von der Berliner Stadtverordnetenversammlung am 27.3.1947 beschlossenen, von den westlichen Alliierten allerdings nicht genehmigten Verordnung über die Einziehung von Vermögenswerten der Kriegsverbrecher und Naziaktivisten, die erst nach der sog. Berlin-Blockade mit geringfügigen redaktionellen Änderungen vom Ostberliner Magistrat am 8.2.1949 erlassen wurde (VOBl. für Groß-Berlin I S. 33).

25 Der Große Terror, auch nach dem Chef des NKWD Nicolai Jeschow „Jeschowtschina“ genannt, wurde vom sowjetischen NKWD ab 1936 durch Einsetzung von Repressionskommissionen inszeniert, die nach Planvorgaben in willkürlichen Schnellverfahren, insbesondere auf der Grundlage von Straftatbeständen in Art. 58 StGB-RSFSR, Hunderttausende Personen zum Tode oder zu 2–5 bzw. 10 Arbeitslager sowie zur Vermögenseinziehung verurteilt haben. Eingeleitet wurden die Verfahren durch die Vorlage willkürlich zusammengetragenen Belastungsmaterials, das die Kommissionen (sog. Troikas und Dwoikas) nicht überprüft haben. Die Troikas entschieden endgültig. Entscheidungen der Dwoikas wurden in ein Album eingetragen, die dann durch die Unterschrift Stalins, die Unterschriften des NKWD-Chefs Jeschow und des sowjetischen Generalstaatsanwalts Wyschinskij oder die Entscheidung einer „Großen Dwoika“ bestätigt und damit rechtswirksam wurden. Vgl. dazu nur: J. Binner/M. Junge, Wie der Terror „groß“ wurde, in: Cahiers du monde russe, Jg. 42 (2001), S. 557 ff.; J. Binner/B. Bonwetsch/M. Junge, Massenmord und Lagerhaft. Die andere Geschichte des Großen Terrors, 2009.

26 Die grundsätzliche Geltung des Verwaltungsrechtlichen Rehabilitierungsgesetzes nicht nur für Maßnahmen der politischen Verfolgung, sondern zusätzlich für nicht verfolgungsbedingte Willkürakte ergibt sich aus § 1 Abs. 2 VwRehaG.

verfolgungsbedingte Vermögenszugriffe. Die Untersuchungen belegen weiter, dass die abweichende bundesdeutsche Rechtsprechung sowohl gegen die Denkgesetze der Logik als auch offensichtlich gegen Wortlaut, Zweck und Gesetzesmaterialien des § 1 Abs. 1 S. 3 VwRehaG verstößt, was darauf zurückzuführen ist, dass die Rechtsprechung die zentralen gesetzlichen Vorgaben grundlegend außer Acht gelassen und ihre Rechtssätze auf eine Kette logischer Trugschlüsse gestützt hat.²⁷

Es ließe sich daher untersuchen, inwieweit die Rechtsprechung zu den verwaltungsrechtlichen Verfolgungsmaßnahmen im Rahmen der Wirtschaftsreform einer Revision unterzogen werden muss und welche Konsequenzen für die Eigentumsgarantie aus Art. 1 des ersten Zusatzprotokolls zur EMRK (1. ZP zur EMRK) daraus gezogen werden müssen. Diese Untersuchung soll hier jedoch ausgeklammert werden.

Vielmehr soll der von der Rechtsprechung des EGMR noch nicht entschiedenen Frage nachgegangen werden, ob und inwieweit Rückübertragungsansprüche wegen der in Sachsen²⁸ auf strafrechtliche Rechtsgrundlagen gestützten Vermögensentziehungen, die nach Maßgabe des Strafrechtlichen Rehabilitierungsgesetzes²⁹ (§ 3 Abs. 2 StrRehaG) Folge einer strafrechtlichen Rehabilitierung sind, auch unter Berücksichtigung der dazu in jüngster Zeit ergangenen Rechtsprechung einzelner strafrechtlicher Rehabilitierungsgerichte unter den Schutz der Eigentumsgewährleistung des Art. 1 1. ZP zur EMRK fallen.

Dazu ist zunächst ein kurzer Überblick über die zwischen 1946 und 1949 in Sachsen verübten Strafmaßnahmen gegen Unternehmer durch speziell dafür eingesetzte Repressionskommissionen zu geben. Danach ist die zu diesen Verfolgungsvorgängen in jüngster Zeit ergangene Rechtsprechung der strafrechtlichen Rehabilitierungsgerichte zu referieren. Auf dieser Grundlage kann in einem dritten Schritt der Frage nachgegangen werden, ob und inwieweit sich seinerzeit strafrechtlich verfolgte Unternehmer oder deren Rechtsnachfolger wegen ihrer deshalb eingetretenen Vermögensentziehungen und dazu nach bundesdeutschem Recht und Rechtspraxis bestehender Rückübertragungsansprüche auf die Eigentumsgarantie des Art. 1 1. ZP zur EMRK berufen können.

27 Vgl. dazu nur: J. Wasmuth, ZOV 2014, 204 ff.; R. Humburg, ZOV 2020, 100 ff.; W. Frenz, DVBl. 2021, 1585 ff.

28 Auch in Ostberlin hat es durch Kommissionsentscheidungen auf der Grundlage der KRD Nr. 38, die in SBZ, DDR und Ostberlin stets als Strafgesetz angewandt worden ist, angeordnete Vermögensentziehungen gegenüber Unternehmern gegeben. Dazu liegt bislang aber noch keine Entscheidung des Rehabilitierungssenats des KG vor. Ein dort anhängig gemachtes Verfahren, in dem eine Rehabilitierung wegen der auf die KRD Nr. 38 gestützten Verfolgung eines Unternehmers begehrt wird, ist bei dem Rehabilitierungssenat inzwischen seit mehr als 5 Jahren anhängig.

29 Gesetz über die Rehabilitierung und Entschädigung von Opfern rechtsstaatswidriger Strafverfolgungsmaßnahmen im Beitrittsgebiet (Strafrechtliches Rehabilitierungsgesetz) vom 29.10.1992 (BGBl. I S. 1814).

2. Strafrechtliche Verfolgung von Unternehmern durch Landes- und Präsidialkommissionen in Sachsen

In Sachsen nahm die systematisch betriebene Wirtschaftsreform, die zuvor am 6.2.1946 in Moskau zwischen Stalin und Ulbricht als durch einen Volksentscheid abgesegnete „Säuberung“, also als repressive Verfolgung der Unternehmer nach sowjetischem Vorbild, besprochen worden war,³⁰ ihren Anfang. Die Aktion wurde daraufhin in den ersten Tagen des März 1946 in der KPD erörtert. Diese Vorbesprechungen führten zum Entwurf einer „Verordnung über die Enteignung von Naziverbrechern“, deren einziger Artikel lauten sollte: „Zugunsten des Bundeslandes Sachsen werden entschädigungslos enteignet: a) Betriebe und Unternehmungen, die als Kriegsinteressenten anzusehen sind, oder die Kriegsverbrechern, aktivistischen Nazis oder Kriegsinteressenten gehören oder am 6.5.1946 gehörten; b) Rechte, Beteiligungen und sonstige Ansprüche an Betrieben und Unternehmungen, sowie sie Naziverbrechern, aktivistischen Nazis oder Kriegsinteressenten gehören oder am 6.5.1945 gehörten“.

Im Block der antifaschistischen Parteien wollten dann aber die bürgerlichen Parteien diesem Gesetzentwurf, der lediglich eine pauschale Beschuldigung von Unternehmern als Kriegs- und Naziverbrecher vorsah, nicht zustimmen, weil sie befürchteten, dass damit eine weitgehende Sozialisierung der Wirtschaft erfolge. Sie waren aber bereit, Unternehmer, die sich wegen individueller Handlungen schuldig gemacht hatten, mit der Sanktion der Enteignung zu bestrafen.³¹ Daraufhin einigten sich die sächsischen Blockparteien am 30.4.1946 auf diverse individuelle Schuldtatbestände, die zu drei unterschiedlichen Gruppen unter den Begriffen Naziverbrecher, aktivistische Nazis und Kriegsinteressenten zusammengefasst wurden. Sie hatten folgenden Wortlaut:

„1. Naziverbrecher:

- a) alle Personen, die Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Sinne des Gesetzes Nr. 10 des Alliierten Kontrollrats begangen oder dies unterstützt haben;
- b) alle Personen, die unter Ausnutzung der ihnen infolge ihrer Anhängerschaft an das nationalsozialistische Regime zugekommenen politischen und wirtschaftlichen Machtbefugnisse sich Vorteile verschafft oder andere benachteiligt haben;
- c) alle Personen, die durch Denunziation anderer deren Verfolgung durch das Naziregime veranlasst haben,

30 R. Badstübner/W. Loth (Hrsg.), Wilhelm Pieck – Aufzeichnungen zur Deutschlandpolitik 1945 – 1953, 1994, S. 68 f.; soweit in der zeithistorischen Literatur (vgl. S. Creuzberger, Klassenkampf in Sachsen. Die Sowjetische Militäradministration in Deutschland (SMAD) und der Volksentscheid am 30. Juni 1946, in: Konrad-Adenauer-Stiftung (Hrsg.), Historisch-politische Mitteilungen, Archiv für Christlich-Demokratische Politik Nr. 2, 1995, S. 119, 120) berichtet wird, es sei nur über eine „Enteignungsproblematik“ gesprochen worden, stimmt dies mit den Aufzeichnungen Ulbrichts nicht überein.

31 Dazu näher: J. Wasmuth, ZOV 2019, 46 ff.; ders., in: Rechtshandbuch Vermögen und Investitionen in der ehemaligen DDR (RVI), Loseblatt, B 100, Einf. VermG, Rn. 301 ff.

2. Aktivistische Nazis:

ehemalige Angehörige

- a) der SS – mit Ausnahme solcher Angehöriger der Waffen-SS, die zwangsweise in sie eingereiht worden sind und sich nicht als aktivistische Faschisten betätigt haben –, des Sicherheitsdienstes (SD) und der Geheimen Staatspolizei (Gestapo) und ihrer Agenten;
- b) der Nationalsozialistischen Arbeiterpartei vom Ortsgruppenleiter an aufwärts;
- c) der Nationalsozialistischen Frauenschaft von der Ortsfrauenschaftsleiterin an aufwärts;
- d) der SA, des Nationalsozialistischen Kraftfahrkorps (NSKK) und des Nationalsozialistischen Fliegerkorps (NSFK) vom Truppführer oder Funktionär gleichen Ranges an aufwärts;
- e) der Hitlerjugend vom Gefolgschaftsführer an aufwärts;
- f) des Bundes deutscher Mädchen (BDM) von der Gruppenführerin an aufwärts;
- g) sowie sonstigen Aktivisten des Faschismus, die durch den Block der antifaschistisch-demokratischen Parteien als solche festgestellt werden.

3. Kriegsinteressenten:

- a) alle Personen, die in der Zeit vom 1.9.1939 bis zum 8.5.1945 eine führende Stellung in kriegswichtigen Wirtschaftsorganisationen der deutschen Wirtschaft oder in den Verwaltungsorganisationen der von der deutschen Wehrmacht besetzte Länder innegehabt haben;
- b) alle natürlichen oder juristischen Personen, die vor Ausbruch des Krieges aus Gewinnsucht an der Aufrüstung der deutschen Wehrmacht aktiv teilgenommen;
- c) alle natürlichen oder juristischen Personen, die während des Krieges sich in besonderem Maße um die Ausführung von Rüstungsaufträgen bemüht und sich für die Steigerung der Produktion von Kriegsmaterialien eingesetzt haben;
- d) alle natürlichen oder juristischen Personen, die während des Krieges sich an der wirtschaftlichen Ausbeutung der von der deutschen Wehrmacht besetzten außerdeutschen Länder beteiligt haben, insbesondere durch die Unterhaltung von wirtschaftlichen Unternehmungen in diesen Ländern, durch die gewinnsüchtige Wegführung von Rohstoffen, Fertigwaren und Maschinen aus diesen Ländern, oder durch die Vernichtung von wirtschaftlichen Werten in den von der deutschen Wehrmacht besetzten außerdeutschen Gebieten;
- e) alle natürlichen oder juristischen Personen, die sich während des Krieges in besonderem Maße um die Zuweisung von ausländischen Arbeitskräften für Rüstungszwecke, die den von der deutschen Wehrmacht besetzten außerdeutschen Ländern angehörten, bemüht und sie in erheblichem Umfange in der Rüstungsproduktion beschäftigt haben, oder sich einer menschenunwürdigen Behandlung von ausländischen Arbeitskräften, die aus der von der deutschen Wehrmacht besetzten, außerdeutschen Gebieten deportiert wurden, schuldig gemacht haben.“

Am 21.5.1946 wurden die Schuldattbestände mit den Unterschriften des Präsidenten der Landesverwaltung, der Vorsitzenden der Blockparteien und des FDGB-Vorsitzenden als Richtlinien verabschiedet. Dabei wurden auch die damit verfolgten Zwecke explizit aufgeführt. Dazu heißt es in den Richtlinien wörtlich: „Der Volksentscheid richtet sich also ausschließlich gegen Naziverbrecher, aktivistische Nazis und Kriegsinteressenten. Das sind diejenigen, die das deutsche Volk ins Unglück gestürzt haben und denen ein für alle Mal die Möglichkeit genommen werden muss, erneut Unheil über das deutsche Volk und die Welt zu bringen. Der

beabsichtigte Volksentscheid ist also keine wirtschaftliche Maßnahme; er ist ein bedeutender Schritt zur Sicherung des Friedens.“

Der mit großem Propagandaaufwand durchgeführte Volksentscheid vom 30.6.1946 hat zudem den Entwurf eines Gesetzes über die Übergabe von Betrieben von Kriegs- und Naziverbrechern in das Eigentum des Volkes³² in Kraft gesetzt, das als Sanktion für die als nach den Richtlinien vom 21.5.1946 schuldig gesprochenen Unternehmer eine „Enteignung“ vorsah.

Nach den Richtlinien vom 21.5.1946 sind zunächst 10 Landeskommissionen eingesetzt worden, die auf der Grundlage von ihnen gegen Unternehmer zusammengetragenen Belastungsmaterials über deren Schuld nach Maßgabe der Schuld tatbestände der Richtlinien entschieden haben. Soweit sie die Schuld bestätigt haben, wurden die Unternehmer auf eine Liste A, die nicht für schuldig gesprochenen Unternehmer auf eine Liste B gesetzt. Diese Entscheidungen wurden durch den Volksentscheid pauschal bestätigt. Nachdem sich die Bestätigung von Enteignungsentscheidungen durch den Volksentscheid nur auf weniger als die Hälfte der zuvor beschlagnahmten Betriebe bezogen hatte, hat die SED eine weitere Aktion gestartet. Dabei haben SED-Betriebsräte weiteres vermeintliches Belastungsmaterial gegen Unternehmer zusammengetragen. Dies führte zu erneuten Schuldsprüchen durch die nunmehr eingesetzte Präsidialkommission und zu ergänzenden A-Listen, die nunmehr durch das sächsische Gesamtministerium³³ bestätigt wurden.

3. Innerdeutsche Rechtslage

3.1. Gesetzliche Vorgaben

Eine im Beitrittsgebiet in der Zeit vom 8.5.1945 bis zum 2.10.1990 ergangene strafrechtliche Entscheidung eines staatlichen Gerichts ist nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 StrRehaG aufzuheben und zu rehabilitieren, wenn „sie mit wesentlichen Grundsätzen einer freiheitlichen rechtsstaatlichen Ordnung unvereinbar ist, insbesondere weil sie politischer Verfolgung gedient hat“. Das Strafrechtliche Rehabilitierungsgesetz ist darüber hinaus nach § 1 Abs. 5 StrRehaG auf andere strafrechtliche Maßnahmen anwendbar, die keine gerichtlichen Entscheidungen waren.

Hat die Strafverfolgung auch zu einer Vermögensschädigung geführt, sieht das Strafrechtliche Rehabilitierungsgesetz als Folge der Rehabilitierung in § 3 Abs. 2 StrRehaG vermögensrechtliche Ansprüche nach Maßgabe des Vermögensgesetzes vor. Danach kann der Verfolgte etwa die Rückgabe des eingezogenen Vermögenswertes³⁴ oder dann, wenn zwischenzeitlich darüber verfügt worden ist, die Herausgabe des Verkaufserlöses³⁵ beanspruchen.

32 Veröffentlicht in: GBl. Sachs. 1946, S. 305.

33 So wurde seinerzeit das sächsische Regierungskabinett bezeichnet.

34 § 3 Abs. 1 S. 1, § 6 Abs. 1 S. 1 VermG.

35 § 3 Abs. 4 S. 3, § 6 Abs. 6a S. 2 und 3 VermG.

3.2. Rechtsprechung der sächsischen strafrechtlichen Rehabilitierungsgerichte

Da seinerzeit gegen die Betroffenen willkürliche Geheimverfahren durchgeführt worden sind und die Dokumente des Verfolgungsgeschehens lange Zeit nicht aufgearbeitet waren, sind die Umstände des strafrechtlichen Charakters der Maßnahmen im Zusammenhang mit dem sächsischen Volksentscheid erst sehr spät bekannt geworden. Daher musste sich die Rechtsprechung der sächsischen strafrechtlichen Rehabilitierungsgerichte auch erst Jahrzehnte nach Herstellung der Einheit Deutschlands damit befassen. So liegen bislang nur einige wenige Entscheidungen dazu vor.³⁶

Entgegen der beschriebenen Rechtslage haben die Gerichte die strafrechtliche Rehabilitierung ausnahmslos abgelehnt, weil sie angenommen haben, den Maßnahmen fehle der strafrechtliche Charakter. Dies haben sie insbesondere wie folgt begründet:

3.2.1. Rechtsnormcharakter der Richtlinien

Mit Beschluss vom 18.9.2020³⁷ hat das OLG Dresden angenommen, die Richtlinien hätten „der Lenkung des staatlichen Handelns im Zusammenhang mit den nach dem Gesetz (Volksentscheid) erfolgten Enteignungsmaßnahme“ gedient. „Die Richtlinien stellen insoweit Anleitungen für die die Enteignungen Durchführenden dar. Sie enthalten neben organisatorischen und verfahrenstechnischen Regelungen Anleitungen zur Anwendung des oben genannten Gesetzes über die Übergabe von Betrieben von Kriegs- und Naziverbrechern in das Eigentum des Volkes [...]. Sie haben damit nicht den Charakter von Rechtsnormen, sondern sind Verwaltungsvorschriften“.

36 Bislang liegen nur folgende Entscheidungen vor, die sich mit der Frage der Strafbarkeit der auf die Richtlinien zum Gesetz über die Übergabe von Betrieben von Kriegs- und Naziverbrechern in das Eigentum des Volkes auseinandergesetzt haben: OLG Dresden, BeckRS 2014, 02724; ZOV 2020, 166 ff. mit krit. Anm. J. Wasmuth; LG Dresden, ZOV 2019, 74 ff. mit krit. Bespr. J. Wasmuth, ZOV 2019, 46 ff.; LG Chemnitz, Beschl. v. 20.5.2021 – BSRH 76/18; in der Entscheidung des LG Dresden, ZOV 2009, 245 f. wurde dagegen noch die Behauptung aufgestellt, die Maßnahmen seien auf den SMAD-Befehl Nr. 124 gestützt worden, obgleich der Rehabilitierungskammer bereits die Nachweise vorlagen, daß Rechtsgrundlage für die Maßnahmen die Richtlinien waren. Nur die zuvor erfolgten Beschlagnahmungen sind nach Maßgabe des SMAD-Befehls Nr. 124 erfolgt. Infolge der ablehnenden Rehabilitierungsbeschlüsse LG Dresden, ZOV 2009, 245 f. und OLG Dresden, BeckRS 2014, 02724 hat der EGMR die Bundesrepublik Deutschland wegen der Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK (unterlassene öffentliche Gerichtsverhandlung) verurteilt (EGMR, ZOV 2016, 68 ff. – *Madaus ./. Deutschland*; dazu: S. v. Raumer, ZOV 2016, 50 ff.; J. Wasmuth, ZOV 2016, 60 ff.).

37 OLG Dresden, ZOV 2020, 166 (167).

3.2.2. Individuelle Schuldfeststellungen

Individuelle Schuldvorwürfe, die dem Betroffenen zur Last gelegt worden waren, bestreitet das OLG Dresden³⁸ mit der Aussage, das vom sächsischen Wirtschaftsministerium vorgelegte Belastungsmaterial habe keinen Vorwurf enthalten, der nach dem damals geltenden Recht strafbar gewesen sei. Dass aber die Präsidialkommission dennoch nach mehreren individuellen Tatbeständen der Richtlinien vom 21.5.1946 schuldig gesprochen hatte, lässt der Senat unerwähnt.

Dagegen haben das LG Dresden³⁹ und ihm folgend das LG Chemnitz⁴⁰ die Behauptung aufgestellt, der Betroffene sei nicht individuell beschuldigt, sondern lediglich den Begriffen der Naziverbrecher, aktivistischen Nazis und Kriegsinteressenten zugeordnet und damit an der „Teilzugehörigkeit im politischen Unrecht festgemacht“.

3.2.3. Spezifischer Strafzweck

Schließlich haben sächsische Rehabilitierungsgerichte auch den mit den Richtlinien verfolgten Strafzweck verneint. Dazu hat das OLG Dresden schon in seinem Beschluss vom 26.11.2010⁴¹ ausgeführt, mit der in amtlichen Dokumenten, die anlässlich des Volksentscheides verbreitet worden seien, sei nur „plakativ“ von einer Bestrafung die Rede gewesen. Das LG Dresden hat ergänzend dazu ausgeführt, ein Strafzweck sei zwar von Teilen der Blockparteien befürwortet worden. Es habe aber keine entsprechende Einigung gegeben, weil nicht nur schuldige Unternehmer verfolgt worden seien.⁴²

In seinem Beschluss vom 18.9.2020 hat das OLG Dresden darüber hinaus dargelegt, aus mehreren Dokumenten, die das Verfolgungsverfahren dokumentieren, ergebe sich, dass es den Verfolgungsorganen um die Nutzung des Betriebes des Betroffenen gegangen sei, nicht aber um dessen Bestrafung. Demgegenüber hat das LG Chemnitz⁴³ die Behauptung aufgestellt, der historische Gesetzgeber habe „lediglich der avisierten Verstaatlichung Tür und Tor“ öffnen wollen. Die Entscheidung zur Verstaatlichung der Industrie sei am 6.2.1946 anlässlich einer Besprechung zwischen Stalin und Ulbricht gefallen. Dabei seien die beiden Politiker auf die „Enteignungsproblematik zu sprechen“ gekommen. Auf dieser Grundlage seien die Maßnahmen durchgeführt worden und hätten nach der politischen Überzeugung der Besatzungsmacht und der SED durch ein Plebiszit legitimiert werden müssen. Der Volksentscheid sei ein Propagandainstrumentarium gewesen, um die SED populärer zu machen. Es habe sich daher um eine „politische Entscheidung zur Vorbereitung der Machtergreifung und Sozialisierung“ gehandelt.

38 OLG Dresden, ZOV 2020, 166 (167); im identischen Fall vor der Wiederaufnahme des Rehabilitierungsverfahrens hatte das OLG Dresden, BeckRS 2014, 02724 den erhobenen individuellen Schuldvorwurf noch nicht bestritten.

39 LG Dresden, ZOV 2019, 74 (75).

40 LG Chemnitz, Beschl. v. 20.5.2021 – BSRH 76/18.

41 OLG Dresden, BeckRS 2014, 02724.

42 LG Dresden, ZOV 2019, 74 (75).

43 LG Chemnitz, Beschl. v. 20.5.2021 – BSRH 76/18.

Darüber hinaus haben OLG Dresden⁴⁴ und LG Dresden⁴⁵ die Behauptung aufgestellt, mit der Angabe in den Richtlinien, sie dienten der Friedenssicherung, komme nur ein allgemeinpoltischer Zweck zum Ausdruck.

4. Verletzung von Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK

Die nationale Rechtslage in Deutschland bietet für von den sächsischen Landeskommisionen oder von der Präsidialkommission auf der Grundlage der Richtlinien zum Gesetz über die Übergabe von Betrieben von Kriegs- und Naziverbrechern in das Eigentum des Volkes schuldig gesprochenen Betroffenen, denen deshalb das Vermögen auf der Grundlage dieses Gesetzes entzogen wurde, folgendes Bild: Das Strafrechtliche Rehabilitierungsgesetz gewährt nach § 1 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 StrRehaG einen Anspruch auf strafrechtliche Rehabilitierung. Damit sind die strafrechtlichen Verfolgungsmaßnahmen, also die Schuldsprüche und die daraufhin vorgenommenen Vermögensschädigungen, aufzuheben und für rechtsstaatswidrig zu erklären. Die Rehabilitierungsentscheidung löst ihrerseits nach § 3 Abs. 2 StrRehaG vermögensrechtliche Folgeansprüche nach dem Vermögensgesetz aus.

Diesen Folgeansprüchen steht weder der besatzungsbezogene Charakter der Maßnahmen noch der Zeitablauf seit Herstellung der deutschen Einheit entgegen. Zum einen enthält das wesentlich rechtsstaatswidrige, im Zeitraum vom 8.5.1945 bis zum 2.10.1990 verübte Strafverfolgungsmaßnahmen erfassende Strafrechtliche Rehabilitierungsgesetz keinen Ausschlussstatbestand für besatzungsbezogene Unrechtsakte. Zum anderen stellt § 1 Abs. 8 lit. a, 2. Halbs. VermG ausdrücklich klar, dass der für Enteignungen auf besatzungsrechtlicher oder besatzungshoheitlicher Grundlage geltende Ausschlussstatbestand des § 1 Abs. 8 lit. a, 1. Halbs. VermG für rehabilitierte strafrechtliche Vermögensschädigungen nicht gilt. Daher findet das Vermögensgesetz auf sie uneingeschränkt Anwendung.

Wenn demgegenüber die sächsische Rechtsprechung bestehende strafrechtliche Rehabilitierungsansprüche ablehnt und damit auch vermögensrechtliche Folgeansprüche einschließlich der Rückgabe und der Erlösherausgabe ausschließt und sich zur Begründung allein auf Umstände bezieht, die ausnahmslos dem tatsächlichen Verfolgungsgeschehen widersprechen, stellt sich unmittelbar die Frage, ob sie damit die Garantie des Eigentumsschutzes aus Art. 1, 1. ZP EMRK verletzt. Danach hat jede natürliche oder juristische Person das Recht auf Achtung ihres Eigentums.⁴⁶ Außerdem darf niemandem sein Eigentum entzogen werden, sofern dies nicht vom öffentlichen Interesse verlangt wird und unter Bedingungen geschieht, die vom Gesetz und durch die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts vorgesehen sind.⁴⁷

44 OLG Dresden, BeckRS 2014, 02724; LG Dresden, ZOV 2019, 74 (75).

45 So auch: LG Dresden, ZOV 2019, 74 (75).

46 Art. 1 Abs. 1 S. 1 1. ZP EMRK.

47 Art. 1 Abs. 1 S. 2 1. ZP EMRK.

4.1. Strafrechtliche Vermögensentziehung in Sachsen

Mit den Maßnahmen sind den Betroffenen in den Jahren 1946 bis 1949 in ihrem Eigentum stehende betriebliche und private Vermögenswerte entzogen worden. Deshalb ist im bundesdeutschen Schrifttum⁴⁸ bisweilen angenommen worden, dass damit ihr verfassungsrechtlich geschütztes Eigentumsrecht verletzt worden sei.

Nach der Rechtsprechung des EGMR setzt eine Verletzung der Konvention allerdings voraus, dass der in Rede stehende Staatsakt sowohl zeitlich als auch räumlich in ihren Anwendungsbereich fällt.⁴⁹ Staatliche Maßnahmen, die bewirkt worden waren, bevor der jeweilige Staat der Konvention beigetreten ist, werden daher von ihren Garantien nicht erfasst. Das erste Zusatzprotokoll zur EMRK datiert erst vom 20.3.1952, als die Vermögensentziehungen bereits seit mehreren Jahren bewirkt waren. Außerdem sind weder das damalige Sachsen noch später die DDR der EMRK beigetreten. Die Verfolgungsakte bezogen sich damit auf ein Hoheitsgebiet, das vor der Herstellung der Einheit Deutschlands nicht im Anwendungsbereich der Konvention lag. Sie haben damit zugleich die seinerzeit betroffenen Personen noch nicht vor einem Eigentumsverlust geschützt. Deshalb hat der EGMR wegen der Vermögensverluste unter kommunistischer Herrschaft in SBZ und DDR⁵⁰ sowie in anderen Staaten des ehemaligen Ostblocks⁵¹ seine Zuständigkeit, über eine Verletzung der Eigentumsgarantie aus Art. 1, 1. ZP EMRK zu entscheiden, *causa temporis* und *causa personae* verneint⁵².

Dies gilt auch, obgleich der in den Jahren 1946 bis 1949 bewirkte Eigentumsentzug aktuell noch fortwirkt und die Bundesrepublik Deutschland mit Herstellung der deutschen Einheit die Rechtsnachfolge der DDR angetreten hat. Der Gerichtshof beurteilt die Eigentumsentziehung insofern als einmaligen Akt, dem keine Dauerwirkung im Rechtssinne zukommt.⁵³ Soweit er die Eigentumsgarantie aus Art. 1 1. ZP EMRK nicht nur auf bereits nach nationalem Recht bestehende Eigentumsrechte (*existing positions*) bezieht, sondern sie auch auf erworbene An-

48 Vgl. etwa: W. Leisner, NJW 1991, 1569 ff.; ders., DÖV 1992, 432 ff.; H. Maurer, JZ 1992, 183 ff.; O. Kimminich, Die Eigentumsgarantie im Prozeß der Wiedervereinigung, 1990, S. 69 ff.; ders., in: J. Ipsen/H.-W. Rengeling/J.M. Mössner (Hrsg.), Verfassungsrecht im Wandel, S. 75 (80 ff.); A. Hiester, Verfassungsrechtliche Grundlagen und Bestandsschutz des Immobilienrestitutionsanspruchs, 1997, S. 77 ff., 128 ff., 141 ff.; auch im Verfahren des Bodenreformurteils des BVerfG ist eine Verletzung der Eigentumsgarantie aus Art. 14 Abs. 1 GG geltend gemacht worden (vgl. BVerfGE 84, 90, 104).

49 EGMR, NJW 2003, 649 (650) – Prinz Hans-Adam II von Liechtenstein gegen Deutschland; NJW 2005, 2035, Rn. 81 – v. Maltzahn u. a. gegen Deutschland.

50 EGMR, NJW 2003, 649 (650) – Prinz Hans-Adam II von Liechtenstein gegen Deutschland; NJW 2005, 2035, Rn. 81 – v. Maltzahn u. a. gegen Deutschland.

51 Beschl. v. 12.7.2001, Nr. 33 071/96 – Malhous gegen Tschechische Republik; Urt. v. 4.3.2003, Nr. 39 050/97, Rn. 34 – Janter gegen Slowakei; Urt. v. 10.7.2002, Nr. 39 794/98, Rn. 69 – Gratzinger und Gratzingerova gegen Tschechische Republik; Beschl. v. 28.9.2004, Nr. 44 912/98, Rn. 35 – Kopecky gegen Slowakei; Urt. v. 12.10.2010, Nr. 30 767/05, 33 800/06, Rn. 135 – Anastasiu u. a. gegen Rumänien.

52 Dazu näher auch: Wasmuth, Acta Uni. Sapientiae, Legal Studies, 4, 1 (2015), p. 139 ff.

53 EGMR, NJW 2003, 649 (650) – Prinz Hans-Adam II von Liechtenstein gegen Deutschland.

sprüche, auf deren Realisierung der Anspruchsteller berechtigterweise vertrauen durfte (legitimate expectations)⁵⁴ erstreckt, bestanden nach der Rechtsordnung von SBZ und DDR keine Ansprüche, die die Bundesrepublik Deutschland als Nachfolgestaat hätte übernehmen können. Daher sind allein durch den Beitritt der DDR zum Bundesgebiet keine berechtigten Erwartungen begründet worden, die in den Schutzbereich von Art. 1 1. ZP EMRK hätten fallen können. Erwartungen ohne eine rechtlich verbindliche Fundierung im jeweiligen nationalen Recht begründen selbst dann keine „legitimate expectations“ i.S.v. Art. 1 Abs. 1 1. ZP EMRK, wenn sie nach Grundsätzen der Gerechtigkeit noch so berechtigt erscheinen mögen.

4.2. Rehabilitierungsansprüche mit der Folge vermögensrechtliche Ansprüche nach dem Vermögensgesetz

4.2.1. Bestehendes Eigentumsrecht

Aufgrund der in den Jahren 1946 bis 1949 verübten Vermögenseinziehungen in Sachsen stand den davon Betroffenen auch mit der Herstellung der deutschen Einheit kein Eigentumsrecht an den entzogenen Vermögenswerten zu, das von der Gewährleistung in Art. 1 Abs. 1 1. ZP EMRK erfasst sein könnte. Vielmehr hat die Bundesrepublik Deutschland schon aufgrund des völkerrechtlichen Territorialitätsprinzips⁵⁵ die in SBZ und DDR geschaffene Eigentumsordnung grundsätzlich anerkannt.⁵⁶

4.2.2. Durch endgültige und verbindliche Gerichtsentscheidung festgestellter Anspruch

Nach ständiger Rechtsprechung des EGMR gilt die Eigentumsgarantie des Art. 1 Abs. 1 1. ZP EMRK aber auch für einen erworbenen vermögensrechtlichen Anspruch. Davon ist stets auszugehen, wenn sich der Anspruchsteller auf eine endgültige und verbindliche Entscheidung der nationalen Gerichte berufen kann und der Anspruch demzufolge als durchsetzbar angesehen werden muss.⁵⁷

Zwar hat der bundesdeutsche Gesetzgeber mit Erlass des Strafrechtlichen Rehabilitierungsgesetzes und des Vermögensgesetzes vermögensrechtliche Ansprüche begründet, die auf einen vermögensrechtlichen Ausgleich wegen in SBZ und

54 Vgl. zu diesem Verständnis des EGMR von Art. 1 1. ZP EMRK: EGMR, Urt. v. 10.7.2002, Nr. 39 794/98, Rn. 69 – Gratzinger gegen Tschechische Republik; Urt. v. 4.3.2003, Nr. 40 057/98, Rn. 2 – Walderode gegen Tschechische Republik; Urt. v. 12.10.2010, Nr. 30 767/05, 33 800/06, Rn. 134 – Anastasiu u. a. gegen Rumänien.

55 Vgl. dazu: BVerfGE 84, 90, 90 (123); BGHZ 20, 4 (12); 25, 134 (140, 143); 31, 168 (171); 30, 220 (227); G.Kegel/J.Seidl-Hohenveldern, in: FS Murad Ferid, 1978, S. 233 ff.; U. Haltern, in: K. Ipsen, Völkerrecht, 6. Aufl., 2014; § 34, Rn. 41 ff., 63; M. Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, 13. Aufl., 2022, § 22, Rn. 4.

56 Vgl. BVerfGE 84, 90 (123 f.); 112, 1 (31 ff.).

57 EGMR, Urt. v. 9.12.1994 – Nr. 13427/87, Rn. 59 ff. – Stran Greek Refineries gegen Griechenland; Urt. v. 3.4.2008 – 773/03, Rn. 61 f. – Regent Company gegen Ukraine.

DDR wesentlich rechtsstaatswidriger strafrechtlich verübter Vermögenseinziehungen abzielen. Danach hat die strafrechtliche Rehabilitierung wegen solcher Unrechtsakte zur Folge, dass der Betroffene vermögensrechtliche Ansprüche nach Maßgabe des Vermögensgesetzes geltend machen kann.⁵⁸ Dies gilt auch dann, wenn sich die Vermögenseinziehung unter Besatzungshoheit ereignet hat.⁵⁹ Vermögensrechtliche Ansprüche sind dabei insbesondere auf die Rückgabe des entzogenen Vermögenswertes⁶⁰ oder auf die Herausgabe des erzielten Erlöses oder Verkehrswertes⁶¹ gerichtet.

Aufgrund dieser gesetzlichen Regelungen haben die nationalen Rehabilitierungsgerichte wiederholt zwar in der SBZ unter sowjetischer Besatzungshoheit Verurteilte auch wegen der ihnen gegenüber verhängten Strafen der Vermögenseinziehungen rehabilitiert, die etwa in Wirtschaftsstrafverfahren oder in Entnazifizierungsverfahren auf der Grundlage der KRD Nr. 38 von durch den SMAD-Befehl Nr. 201 eingesetzten Sonderstrafgerichten⁶² verhängt worden waren. Dagegen haben sie es bislang ausnahmslos abgelehnt, Personen wegen der ihnen gegenüber im Rahmen des sächsischen Volksentscheides festgestellten individuellen Schuld sprüche und der deshalb verhängten Vermögenseinziehungen zu rehabilitieren. Dies haben sie damit begründet, die Maßnahmen seien auf den SMAD-Befehl Nr. 124 gestützt gewesen, der kein Strafgesetz dargestellt habe,⁶³ oder sie haben den Strafcharakter der Richtlinien zum sächsischen Gesetz über die Übergabe von Betrieben von Kriegs- und Naziverbrechern in das Eigentum des Volkes verneint.⁶⁴

Angesichts dieser Rechtsprechung der nationalen Gerichte können sich die Betroffenen daher auch nicht darauf berufen, ihnen stehe eine durch eine endgültige und verbindliche Gerichtsentscheidung festgestellte Anspruchsposition als Eigentum i.S.v. Art. 1 Abs. 1 ZP EMRK zu.

4.2.3. *Berechtigte Erwartungen*

4.2.3.1. *Anforderungen des EGMR*

Sofern sich ein Anspruchsteller auf keine nationale Gerichtsentscheidung berufen kann, die seinen Anspruch auf Rückgabe oder Erlösherausgabe nach Maßgabe des Vermögensgesetzes endgültig und verbindlich festgestellt, nimmt der EGMR ein darauf bezogenes Eigentumsrecht i.S.v. Art. 1 Abs. 1 1. ZP EMRK aber auch an, wenn er berechtigterweise auf deren Durchsetzung vertrauen kann.⁶⁵ Dies be-

58 § 1 Abs. 1 und 5, § 3 Abs. 2 StrRehaG, § 1 Abs. 7 VermG.

59 Vgl. dazu die ausdrückliche gesetzliche Klarstellung in § 1 Abs. 8 lit. a, 2. Halbs. VermG.

60 § 3 Abs. 1 S. 1, § 6 Abs. 1 S. 1 VermG.

61 § 3 Abs. 4 S. 3, § 6 Abs. 6a S. 2 und 3 VermG.

62 Vgl. etwa: OLG Brandenburg, VIZ 1994 564 (566); BezG Dresden, NSTz 1992, 137 (138).

63 So etwa: OLG Dresden, Beschl. v. Beschl. v. 9.5.2007 – 1 Reha WS 32/06.

64 Siehe dazu näher oben 3.2.

65 EGMR, Urt. v. 25.10.2001 – Nr. 41879/98, Rn. 24 – Saggio gegen Italien; Urt. v. 10.7.2002, Nr. 39 794/98, Rn. 69 – Gratzinger gegen Tschechische Republik; Urt. v. 4.3.

jaht der Gerichtshof, wenn der Anspruch im Mitgliedsstaat als Vermögen (asset) behandelt wird, weil dazu eine ausreichende Rechtsgrundlage im nationalen Recht besteht. Das hat er insbesondere in Fällen bejaht, in denen der nationale Gesetzgeber Regelungen erlassen hat, welche die vollständige oder teilweise Rückübertragung unter kommunistischer Herrschaft entzogener Vermögenswerte vorsieht und ein entsprechender Anspruch notfalls im Klagewege durchsetzbar ist.⁶⁶ Dann behandelt der Gerichtshof diesen gesetzlichen Anspruch grundsätzlich als neues Eigentum i. S. v. Art. 1 I 1. ZP zur EMRK.⁶⁷

Aber auch dabei sieht er es nicht als seine Aufgabe an, das nationale Recht selbst auszulegen und anzuwenden. Vielmehr betrachtet er nicht nur das Gesetzesrecht des Mitgliedstaates, sondern auch eine dort bestehende Rechtspraxis. Insofern reichen Behauptungen des Anspruchstellers nicht aus, ein entsprechender Anspruch stehe im Mitgliedstaat tatsächlich im Streit oder nach den gesetzlichen Regelungen sei die Annahme eines Anspruchs vertretbar, nicht aus.⁶⁸ Nicht ausreichend ist auch die bloße Hoffnung, ein Anspruch könne in einem anhängigen Verfahren noch anerkannt werden.⁶⁹ Gibt es in der Rechtsprechung des Mitgliedsstaats unterschiedliche Auffassungen über das Bestehen eines Rückgabeanspruchs, sieht es der Gerichtshof ebenfalls nicht als seine Aufgabe an zu entscheiden, ob das nationale Recht einen solchen Anspruch aufweist oder nicht. Besteht dagegen eine Rechtsprechung, die den Anspruch auf Rückgabe bejaht, akzeptiert dies der EGMR als hinreichende Basis für die Annahme eines Eigentumsrechts i. S. v. Art. 1 I 1. ZP EMRK an.⁷⁰ Ausreichend ist erst recht eine im Mitgliedstaat bestehende ständige Rechtsprechung⁷¹ oder eine einheitliche Rechtsprechungslinie⁷² der nationalen Gerichte, wenn sich die Rechtslage nicht geändert hat. Sind in diesem Sinne hinreichende Anhaltspunkte für einen nach nationalem Recht bestehenden Anspruch gegeben, ist es unschädlich, wenn nationale Gerichte im Einzelfall bereits ablehnend über den geltend gemachten Anspruch entschieden haben.⁷³

Die bislang zu Verfolgungsmaßnahmen auf der Grundlage der Richtlinien zum Gesetz über die Übergabe von Betrieben von Kriegs- und Naziverbrechern in das Eigentum des Volkes ergangenen rehabilitierungsrechtlichen Entscheidungen des OLG Dresden⁷⁴, des LG Dresden⁷⁵ und des LG Chemnitz⁷⁶ belegen als solche

2003, Nr. 40 057/98, Rn. 2 – Walderode gegen Tschechische Republik; Urt. v. 12.10.2010, Nr. 30 767/05, 33 800/06, Rn. 134 – Anastasiu u. a. gegen Rumänien.

66 EGMR, Urt. v. 13.12.2005 – Nr. 17129/04 – Bergauer u.a. gegen Tschechien; Urt. v. 7.10.2008 – Nr. 47550/06 – Preussische Treuhand GmbH gegen Polen.

67 EGMR, Urt. v. 28.9.2004, Nr. 44 912/98, Rn. 35 – Kopecky gegen Slowakei; Urt. v. 12.10.2010, Nr. 30 767/05, 33 800/06, Rn. 136 – Anastasiu u. a. gegen Rumänien.

68 EGMR, Urt. v. 6.10.2005 – Nr. 11810/03, Rn. 63 ff. – Maurice gegen Frankreich.

69 EGMR, Urt. v. 13.12.2000 – Nr. 33071/96 – Malhous gegen Tschechien.

70 EGMR, Beschl. v. 28.9.2004 – Nr. 44 912/98, Rn. 54 – Kopecky v. Slowakei; Urt. v. 12.10.2010, Nr. 30 767/05, 33 800/06, Rn. 137 – Anastasiu u. a. gegen Rumänien.

71 EGMR, Urt. v. 6.10.2005 – Nr. 11810/03, Rn. 63 ff. – Maurice gegen Frankreich.

72 EGMR, Urt. v. 6.10.2005 – Nr. 1513/03, Rn. 65, 68 – Draon gegen Frankreich.

73 EGMR, NVwZ 2012, 1455 – Althoff gegen Deutschland.

74 OLG Dresden, BeckRS 2014 02724; ZOV 2020, 166 ff.

75 LG Dresden, ZOV 2019, 74 ff.

noch nicht, dass trotz der in Deutschland bestehenden gesetzlichen Regelungen in § 1 Abs. 1 und 5, § 3 Abs. 2 StrRehaG, § 1 Abs. 7 und 8 lit. a, 2. Halbs., § 3 Abs. 1 und Abs. 4 S. 3, § 6 Abs. 1 und Abs. 6a S. 2 und 3 VermG vermögensrechtliche Ansprüche auf Rückgabe oder Erlösherausgabe wegen der seinerzeit entzogenen Vermögenswerte bestehen. Dies gilt schon deshalb, weil sie derartige Ansprüche abgelehnt haben.

Sie haben die Ansprüche aber jeweils nur abgelehnt, weil sie angenommen haben, die zur Rehabilitierung gestellten Verfolgungsakte seien nicht strafrechtlicher Natur gewesen. Da sie jedoch nicht festgestellt haben, dass sich die Betroffenen wegen der ihnen seinerseits zur Last gelegten Handlungen strafbar gemacht haben,⁷⁷ gibt es keine weiteren gesetzlichen Voraussetzungen, die streitig sein und dem Bestehen von Rückgabe- oder Erlösherausgabeansprüchen entgegenstehen könnten. Dass die damaligen Maßnahmen schon wegen der krass willkürlichen Verfahrensgestaltung mit wesentlichen Grundsätzen einer rechtsstaatlichen Ordnung unvereinbar waren, steht vielmehr außer Frage und ist in der bundesdeutschen Rechtspraxis auch nicht in Zweifel gezogen worden.

4.2.3.2. *Ständige bundesdeutsche Rechtsprechungslinien zum Strafcharakter staatlicher Maßnahmen*

Indes haben die strafrechtlichen Rehabilitierungsgerichte⁷⁸ in ständiger Rechtsprechung zunächst entschieden, dass sich der in § 1 Abs. 1 und 5 StrRehaG gesetzlich vorausgesetzte Strafcharakter der Verfolgungsmaßnahme nicht nach bundesdeutschem Recht beurteilt. Vielmehr ist zu ermitteln, ob ein inhaltlicher oder thematischer Zusammenhang einer staatlichen Zwangsmaßnahme mit dem Vorwurf einer nach DDR-Recht oder DDR-Rechtspraxis strafbaren Handlung bestand.⁷⁹ Ob eine Strafmaßnahme vorlag, beurteilt sich daher danach, ob sie auf rechtliche Normen gestützt war, die eine Straftat und ihre Rechtsfolgen bestimmen.⁸⁰

Mit dieser Formel beschreiben die Rehabilitierungsgerichte aber noch nicht die Umstände, die den Strafcharakter einer staatlichen Maßnahme begründen. Dazu gibt es aber ständige Rechtsprechungslinien von BVerfG und BGH, die dafür drei Voraussetzungen benennen. Danach muss sie auf Rechtsnormen gestützt sein, die einen individuellen Schuld tatbestand mit sozial-ethisch verwerflichen Handlungen

76 LG Chemnitz, Beschl. v. 20.5.2021 – BSRH 76/18.

77 Das OLG Dresden (ZOV 2019, 74, 75) hat gar im Gegenteil ausgeführt, daß selbst nach dem gegen den Betroffenen seinerzeit vom Wirtschaftsministerium zusammengefaßten Belastungsmaterial eine Strafbarkeit nicht festgestellt werden kann.

78 KG, VIZ 1993, 88; ZOV 2010, 308, 309; OLG Dresden, VIZ 2004, 550; VIZ 2004, 551; OLG Rostock, OLG-NL 1996, 288; OLG Brandenburg, VIZ 1995, 254; VIZ 1995, 255; VIZ 1995, 679; OLG-NL 1996, 20.

79 KG, VIZ 1993, 88; ZOV 2010, 308, 309; OLG Dresden, VIZ 2004, 550; VIZ 2004, 551; OLG Rostock, OLG-NL 1996, 288; OLG Brandenburg, VIZ 1995, 254; VIZ 1995, 255; VIZ 1995, 679; OLG-NL 1996, 20, jeweils im Anschluss an M. Schröder, in: M. Bruns/M. Schröder/W. Tappert, StrRehaG, 1993, § 1, Rn. 185 und M. Bruns, ebd., § 7, Rn. 38.

80 C Roxin/L. Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Aufl., 2020, § 1, Rn. 1.

gen enthalten⁸¹ und als Reaktion darauf ein empfindliches Übel als Sanktion vorsehen,⁸² die der Vergeltung für das beschriebene, sozial-ethisch verwerfliche Handeln dient und in diesem Sinn einen spezifischen Strafzweck verfolgt.⁸³ Als weiterer Strafzweck ist in der Rechtsprechung aber auch die allgemeine Generalprävention anerkannt, nach der es Ziel des Strafens ist, „die Gesellschaft vor sozialschädlichem Verhalten zu bewahren und die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen.“⁸⁴ In diesem Sinne dient das Strafrecht auch dem Zweck, einer Störung des Rechtsfriedens zu begegnen.⁸⁵

Diese Voraussetzungen zum Strafcharakter staatlicher Maßnahmen erfüllen die Schuld tatbestände der Richtlinien zum Gesetz über die Übergabe von Betrieben von Kriegs- und Naziverbrechern in das Eigentum des Volkes vom 21.5.1946 und die im Fall des Schuldspruchs in Art. 1 Gesetz über die Übergabe von Betrieben von Kriegs- und Naziverbrechern in das Eigentum des Volkes vom 30.6.1946 vorgesehene Sanktion der Enteignung. Die Schuld tatbestände beschreiben jeweils individuelle Handlungen, die der damalige sächsische Gesetzgeber als sozial-ethisch verwerflich eingestuft hat. Die Enteignung des Betriebsvermögens stellt daneben ein empfindliches Übel dar, mit dem durch Beschluss des Volksentscheides vom 30.6.1946 auf das zuvor festgestellte Unrecht reagiert worden ist.

Dass mit den Maßnahmen auch eine Bestrafung beabsichtigt war, ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Richtlinien. Danach sollte sich die mit dem geplanten Volksentscheid vorgesehene Sanktion der Enteignung ausschließlich gegen (zuvor durch individuelle Handlungen beschriebene) Naziverbrecher, aktivistische Nazis und Kriegsinteressenten richten. Diesen machten die Richtlinien zum Vorwurf, mit ihren Handlungen das deutsche Volk und die Welt ins Unglück gestürzt zu haben. Damit bringen sie zum Ausdruck, dass die geplante Sanktion der Vergeltung für verübte rechtswidrige Handlungen dienen sollte. Dieser mit den Richtlinien verfolgte Zweck erklärt sich aus der Forderung der bürgerlichen Parteien CDU und LPD, die Aktion des Volksentscheides auf die Bestrafung von tatsächlich als Kriegs- und Naziverbrecher individuell schuldige Unternehmer zu beschränken. Dementsprechend haben auch mehrere amtliche Dokumente der Landesverwaltung Sachsen und der antifaschistischen Parteien, die anlässlich des Volksentscheides verbreitet wurden, den Zweck, die wirklich schuldigen Unternehmer zu bestrafen, unterstrichen.

Daneben beschrieben die Richtlinien den Strafzweck der allgemeinen Generalprävention, wenn sie darlegten, sie stellten einen bedeutenden Schritt zur Sicherung des Friedens dar. Schließlich haben sie auch eine strafrechtliche Spezial-

81 BVerfGE 9, 167 (171); 22, 49 (79 f.); 95, 96 (140); 96, 10 (25); BVerfG, NJW 2004, 2073 (2074); BVerfGE 7, 305 (319); 9, 167 (169); 20, 232 (331); 25, 269 (285 f.); 54, 100 (108); 91, 1 (27); 105, 135 (153); 109, 133 (173); BGHSt 43, 129 (138 ff., 141); BGH, NSStZ 1997, 435; NJW 2000, 1427; NJW 2003, 1261; NJW 2003, 3620.

82 BVerfGE 22, 49, 80; 22, 125, 132; 27, 18, 29; 27, 36, 40; 90, 145, 172; 105, 135, 153; 109, 133, 168; 109, 190, 212; BVerfG, NJW 2004, 739, 744; BGH, NJW 2003, 3602.

83 BVerfGE 109, 133, 168; 109, 190, 212; NJW 2004, 739, 744; BGH NJW 2003, 3062.

84 BVerfGE 45, 287 (254).

85 BGHSt 20, 203 (204); 39, 128 (138).

prävention vorgesehen, weil sie bestimmten, dass den nach den Richtlinien zu verfolgenden Naziverbrechern, aktivistischen Nazis und Kriegsinteressenten die Möglichkeit genommen werden müsse, erneut Unheil über das deutsche Volk und die Welt zu bringen.

4.2.3.3. *Ständigen Rechtsprechungslinien widersprechende Rechtsprechung der sächsischen Rehabilitierungsgerichte*

4.2.3.3.1. Notwendigkeit einer Rechtsnorm

Voraussetzung einer Strafmaßnahme ist damit zunächst, dass die staatliche Maßnahme auf eine Rechtsnorm gestützt war. Schon diese Voraussetzung hat das OLG Dresden⁸⁶ zwar mit der Behauptung verneint, es habe sich bei den Richtlinien zum Gesetz über die Übergabe von Betrieben von Kriegs- und Naziverbrechern in das Eigentum des Volkes um Verwaltungsvorschriften und um keine Rechtsnorm gehandelt. Nach bundesdeutschem Recht müssen Verwaltungsvorschriften aber von der Verwaltung erlassen worden sein und sie regeln ausschließlich den Innenbereich der Verwaltung und nicht den Außenbereich.⁸⁷ Dieser bundesdeutschen Rechtslage widerspricht die Aussage des OLG Dresden offenkundig, bei den Richtlinien vom 21.5.1946 habe es sich um Verwaltungsvorschriften gehandelt. Zum einen sind sie nicht von der Verwaltung, sondern vom damaligen Gesetzgeber⁸⁸ erlassen worden. Da sie zudem Schuldtatbestände gegen Unternehmer und Bestimmungen zur Einsetzung von Landeskommisionen, die Verfahren gegen Unternehmer durchführen sollten, enthielten, waren sie erkennbar auch nicht auf den Innenbereich der Verwaltung beschränkt. Vielmehr kam ihnen Außenwirkung gegenüber sächsischen Unternehmern zu, gegen deren Handeln die Schuldtatbestände gerichtet waren.

Damit nicht genug: Da es für die Beurteilung des Strafcharakters nach ständiger Rechtsprechung der strafrechtlichen Rehabilitierungsgerichte auf das in SBZ und DDR geltende Recht ankommt, ist bundesdeutsches Recht, auf das sich das OLG Dresden bezogen hat, für die Beurteilung des Normcharakters unerheblich. Nach dem Recht in SBZ und DDR gab es die Rechtsquelle der Verwaltungsvorschrift aber nicht. Statt dessen galt in der DDR die Ansicht als Allgemeinut, „derzufolge alle von Staatsorganen gegebenen Bestimmungen in gleicher Weise verbindlich sind und deshalb eine Unterscheidung nach Rechtsnormen mit dem

86 OLG Dresden, ZOV 2020, 166 (167); am Rechtsnormcharakter der Richtlinien nicht gezweifelt aber haben OLG Dresden, BeckRS 2014 02724; LG Dresden, ZOV 2019, 74 ff.; LG Chemnitz, Beschl. v. 20.5. 2021 – BSRH 76/18.

87 Zum Erlass von Verwaltungsvorschriften allein durch die Verwaltung: BVerfGE 26, 338 (396); BVerwGE 67, 292 (296); H. Schmitz, in: P. Stelkens/H. J. Bonk/M. Sachs, VwVfG, 9. Aufl., 2018, § 1, Rn. 212; H. Maurer/C. Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., 2020, § 24, Rn. 1; Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., 2022, Rn. 863.

88 Vor den Wahlen zum sächsischen Landtag im Oktober 1946 fungierte die Landesverwaltung Sachsen gemeinsam mit dem Block der antifaschistischen Parteien als Gesetzgeber.

Charakter der Verbindlichkeit und der Verwaltungsanweisung, an der der Staat kein Interesse an der Unverbrüchlichkeit habe, nicht möglich ist.“⁸⁹ Dies war die notwendige Folge des in der DDR geltenden Grundsatzes des sog. demokratischen Zentralismus⁹⁰ und des Umstandes, dass es dort keinen gerichtlichen Rechtsschutz gab. Mit diesen allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen steht die Behauptung des OLG Dresden in klarem Widerspruch, die Richtlinien seien Verwaltungsvorschriften und keine Rechtsnormen gewesen, auf die Strafmaßnahmen nicht gestützt werden könnten.

4.2.3.3.2. Erforderlicher Strafcharakter

Den Strafcharakter haben die sächsischen Rehabilitierungsgerichte verneint, weil sie angenommen haben, mit den zur Rehabilitierung gestellten Maßnahmen sei den Betroffenen kein individueller Schuldvorwurf unterbreitet und mit ihnen sei kein spezifischer Strafzweck verfolgt worden. Beide Aussagen sind freilich nicht mit den ständigen Rechtsprechungslinien von BVerfG und BGH vereinbar, mit denen diese Voraussetzungen des Strafcharakters bestimmt werden. Einerseits prüfen die Gerichte davon abweichende Gesichtspunkte, andererseits widersprechen ihre Aussagen den tatsächlichen Umständen, die zum Erlass der Richtlinien geführt haben. Dies gilt es nun näher zu belegen:

4.2.3.3.2.1. Individuelle Schuldvorwürfe

Das OLG Dresden⁹¹ verneint die individuellen Schuldvorwürfe, die seinerzeit von den Kommissionen auf der Grundlage der Richtlinien vom 21.5.1946 erhoben worden sind, mit der Angabe, das dazu vom sächsischen Ministerium für Wirtschaft vorgelegte Belastungsmaterial begründe keine seinerzeit strafbare Handlung. Damit widerspricht seine Prüfung der ständigen Rechtsprechung von BVerfG und BGH, nach der zu prüfen ist, ob staatliche Organe einer Person eine individuelle Schuld zur Last gelegt haben, die in einer gesetzlichen Norm als sozial-ethisch verwerfliche Handlung beschrieben ist. Dagegen beurteilt sich die individuell zur Last gelegte Schuld nicht danach, ob das dem Betroffenen zur Last gelegte Beweismaterial tatsächlich eine gesetzlich missbilligte Handlung darstellt. Vielmehr begründet der fehlende Nachweis, dass der Betroffene die ihm von einem staatlichen Organe zur Last gelegte Handlung begangen hat, die wesentliche Rechtsstaatswidrigkeit der Verfolgungsmaßnahme.

Die Behauptung des LG Dresden⁹² und des LG Chemnitz,⁹³ der Betroffene sei lediglich bestimmten Begriffen zugeordnet worden, steht dagegen in offenem Wi-

89 S. Mampel, Die sozialistische Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik, 1972, Art. 87, Anm. II. 4.

90 S. Mampel, Die sozialistische Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik, 1972, Art. 5, Anm II.; D. Hösel, in: Akademie für Rechts- und Staatswissenschaft der DDR (Hrsg.), Staatsrecht der DDR, 2. Aufl., 1984, S. 252 ff., 255 ff.

91 OLG Dresden, ZOV 2020, 166 (167).

92 LG Dresden, ZOV 2019, 74 (75).

93 LG Chemnitz, Beschl. v. 20.5.2021 – BSRH 76/18.

derspruch zu dem Umstand, dass die Kommissionen den Betroffenen jeweils konkrete, individuelle Handlungen, die tatbestandlich in den Richtlinien beschrieben worden sind, zur Last gelegt haben. Die in den Richtlinien aufgeführten individuellen Schuld tatbestände waren zwar jeweils den Begriffen Naziverbrecher, aktivistische Nazis und Kriegsinteressenten zugeordnet. Darauf aber haben sich die Kommissionen nicht bezogen. Vielmehr haben sie ausdrücklich einzelne Schuld tatbestände konkret bezeichnet.

4.2.3.3.2.2. Strafzweck

Auch die Annahme der sächsischen Rehabilitierungsgerichte, die Richtlinien hätten keinen Strafzweck verfolgt, steht im Widerspruch zur ständigen Rechtsprechung von BVerfG und BGH. Dies gilt zunächst für die Darlegung des OLG Dresden,⁹⁴ der in den Richtlinien benannte Zweck der Friedenssicherung sei lediglich allgemeiner politischer Natur. Tatsächlich aber hat der damalige Gesetzgeber mit dieser Angabe zum Ausdruck gebracht, die Richtlinien sollten eine künftige Störung des Rechtsfriedens durch als Naziverbrecher, aktivistische Nazis oder Kriegsinteressenten schuldige Unternehmer verhindern. Damit aber wird der Zweck der Generalprävention beschrieben, der nach ständiger Rechtsprechung von BVerfG und BGH einen spezifischen Strafzweck darstellt.⁹⁵ Dazu steht die Angabe des OLG Dresden, es handle sich dabei um einen allgemeiner politischen Zweck, in offenem Widerspruch.

Soweit in mehreren amtlichen Dokumenten der Landesverwaltung Sachsen, der antifaschistischen Parteien und der SED angegeben worden ist, die Aktion diene der Bestrafung der tatsächlich Schuldigen, steht die Aussage des OLG Dresden,⁹⁶ dabei handle es sich lediglich um die Angabe einer plakativen Bestrafung in Widerspruch zu der Tatsache, dass sich die Dokumente auf die zuvor verabschiedeten Richtlinien bezogen haben, die keine nur pauschale Verfolgung auf der Grundlage unbestimmter Rechtsbegriffe, sondern die Bestrafung wegen tatbestandlich umschriebener, individueller Handlungen vorgesehen haben. Deshalb bestätigen die Dokumente keine nur plakative, sondern eine auf individuelle Schuld tatbestände gestützte Bestrafung.

Wenn das OLG Dresden⁹⁷ den Strafzweck der Maßnahmen darüber hinaus mit der Angabe in Zweifel zieht, den Verfolgungsorganen sei es eigentlich nicht um die Bestrafung des Betroffenen, sondern um dessen Enteignung gegangen, steht auch diese Prüfung im Widerspruch zur Bestimmung des Strafcharakters durch BVerfG und BGH. Danach ist bei der Prüfung des Strafcharakters einer Maßnahme nicht auf Angaben der Verfolgungsorgane, sondern auf die Norm abzustellen, auf welche die Maßnahme gestützt war. Insofern belegen Angaben der Verfolgungsorgane zu einer beabsichtigten Enteignung nur den rechtsstaatswidrigen Missbrauch des zur Anwendung gebrachten Strafinstrumentariums, stehen aber dem Strafzweck der verübten Maßnahme nicht entgegen.

94 OLG Dresden, BeckRS 2014, 02724.

95 BVerfGE 45, 287 (254); BGHSt 20, 203 (204); 39, 128 (138).

96 OLG Dresden, BeckRS 2014, 02724.

97 OLG Dresden, ZOV 2020, 166 (167).

Die Behauptung des LG Dresden,⁹⁸ eine Einigung der antifaschistischen Parteien über den Strafzweck lasse sich nicht nachweisen, widerspricht im Übrigen der Tatsache, dass diese Parteien die Schuld tatbestände der Richtlinien einvernehmlich zunächst am 30.4.1946 verabschiedet und sämtliche Parteivorsitzenden die Richtlinien einschließlich der dort enthaltenen Strafzweckbestimmungen am 21.5.1946 unterschrieben und damit vereinbart haben.

Mit den Richtlinien sollte entgegen der Annahme des LG Chemnitz⁹⁹ auch nicht der Enteignung „Tür und Tor geöffnet“ werden. Vielmehr sind sie auf Betreiben der bürgerlichen Parteien CDU und LPD im Gegenteil erlassen worden, um einer allgemeinen Sozialisierung einen Riegel vorzuschieben. Dies wurde durch die Richtlinien selbst hervorgehoben, weil dort betont worden ist, sie stellten keine wirtschaftliche Maßnahme dar. Nichts anderes ergibt sich aus der vom LG Chemnitz erwähnten Unterredung zwischen Stalin und Ulbricht vom 6.2.1946. Dabei war keine Rede von einer Enteignungsproblematik.¹⁰⁰ Aus dem von Ulbricht erstellten Protokoll der Unterredung ergibt sich vielmehr, dass der Auftrag „Säuberung“ lautete, die nach sowjetischem Rechtsverständnis eine Repression gegen unliebsame Elemente bedeutete.¹⁰¹ Daher unterstreicht die Unterredung vom 6.2.1946 vielmehr den gewollten Strafcharakter der Maßnahmen und stellt ihn nicht ansatzweise in Frage.

Schließlich behauptet das LG Chemnitz in offenem Widerspruch zur Entscheidung der damaligen Landeskommision, dieser hätten die Richtlinien nicht vorgelegen. Vielmehr hatte sie sich mit ihrer Entscheidung ausdrücklich auf einen Tatbestand der Richtlinien bezogen. Dies wäre nicht möglich gewesen, wenn sie ihr nicht vorgelegen hätten. Dem steht auch die Aussage des LPD-Vorsitzenden Kastner in einem Schreiben an den sächsischen Ministerpräsidenten vom 15.5.1946 nicht entgegen, den Kommissionen hätten die bereits von den Parteien am 30.4.1946 beschlossenen Schuld tatbestände nicht vorgelegen. Diese Aussage kann sich nur auf die Tätigkeit der allein vor dem 21.5.1946 eingesetzten Sequesterkommissionen bezogen haben. Die Richtlinien sind dagegen erst am 21.5.1946 erlassen worden. Erst ab diesem Zeitpunkt wurden auch die Landeskommisionen tätig, die allein auf der Grundlage der Richtlinien zu entscheiden hatten. Auf diese seit dem 21.5.1946 geltende Rechtslage und Rechtspraxis konnten sich die am 15.5.1946 mitgeteilten Beobachtungen des LPD-Vorsitzenden also noch gar nicht bezogen haben.

4.2.3.4. *Notwendige Schlussfolgerung: Verletzung von Art. 1 I. ZP EMRK*

Nachdem es in Deutschland eine ständige Rechtsprechung gibt, der die Bestimmung des Strafcharakters einer staatlichen Maßnahme zu entnehmen ist, besteht

⁹⁸ LG Dresden, ZOV 2019, 74 (75).

⁹⁹ LG Chemnitz, Beschl. v. 20.5.2021 – BSRH 76/18.

¹⁰⁰ So unrichtig aber: S. Creuzberger, Klassenkampf in Sachsen. Die Sowjetische Militäradministration in Deutschland (SMAD) und der Volksentscheid am 30. Juni 1946, in: Konrad-Adenauer-Stiftung (Hrsg.), Historisch-politische Mitteilungen, Archiv für Christlich-Demokratische Politik, Nr. 2, 1995, S. 119 (120).

¹⁰¹ Abdruck des Protokolls Ulbrichts in: K. Badstübner/W. Loth (Hrsg.), Wilhelm Pieck – Aufzeichnungen zur Deutschlandpolitik 1945 – 1953, 1994, S. 68 f.

eine hinreichende rechtliche Grundlage für die Erwartung der durch individuelle, wesentlich rechtsstaatswidrige Schuldsprüche der Landeskommissionen und Vermögensentziehungen verfolgten Betroffenen, daß ihnen nach § 1 Abs. 1 und 5 StrRehaG ein Anspruch auf strafrechtliche Rehabilitation zusteht. Sie löst zwingend vermögensrechtliche Folgeansprüche auf Rückgabe oder Erlösherausgabe nach § 3 Abs. 2 StrRehaG, § 1 Abs. 7, § 3 Abs. 1 und 4 S. 3, § 6 Abs. 1 und 6a S. 2 und 3 VermG aus.

Von dieser ständigen Rechtsprechung weichen die sächsischen Rehabilitierungsgerichte grundlegend ab, weil sie einerseits ihr widersprechende Prüfungsmaßstäbe herangezogen und andererseits die Fakten, die das Verfolgungsgeschehen in Sachsen bestimmt haben, nicht oder offenkundig unrichtig berücksichtigt haben. Gründe für diese Abweichungen haben die Rehabilitierungsgerichte nicht genannt. Deshalb bieten die Entscheidungen des OLG Dresden, des LG Dresden und des LG Chemnitz keinen Anhaltspunkt dafür, mit dem die in Deutschland geltende, durch eine ständige Rechtsprechung von BVerfG und BGH gestützte Rechtslage zur Bestimmung des Strafcharakters staatlicher Maßnahmen in Frage gestellt werden könnte. Die ständigen Rechtsprechungslinien sind damit auch maßgeblich für die Beurteilung des Strafcharakters einer von § 1 Abs. 1 und Abs. 5 StrRehaG erfassten Maßnahmen.

Da die nicht begründeten Widersprüche der Entscheidungen der sächsischen Rehabilitierungsgerichte zur in Deutschland rechtlich maßgeblichen Bestimmung des Strafcharakters staatlicher Maßnahmen auch zur Folge haben, dass den Betroffenen Ansprüche auf Rückgabe oder Erlösherausgabe vorenthalten werden, verletzen die ablehnenden Rehabilitierungsbeschlüsse die berechnete Erwartung der Betroffenen auf Erfüllung bestehender eigentumsrechtlicher Ansprüche. Andernfalls könnte sich ein Mitgliedstaat der Pflichten aus der Eigentumsgewährleistung aus Art. 1 Abs. 1, 1. ZP EMRK durch einzelne Gerichtsentscheidungen entziehen, die im Einzelfall willkürlich und grundlos von der ständigen Rechtsprechung eines Mitgliedstaates abweichen und danach bestehende vermögensrechtliche Ansprüche in Abrede stellen. Deshalb stehen Entscheidungen einzelner Gerichte, die grundlos von einer ständigen Rechtsprechungslinie abweichen, aus der sich die berechnete Erwartung ergibt, dem Betroffenen stehe nach nationalem Recht ein vermögensrechtlicher Anspruch zu, der sich aus Art. 1 Abs. 1 1. ZP EMRK ergebenden Eigentumsgewährleistung nicht entgegen.¹⁰²

Literaturverzeichnis

- Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft der DDR (Hrsg.), Staatsrecht der DDR, 2. Aufl., Berlin, Staatsverlag der DDR, 1984.
- R. Badstübner/W. Loth (Hrsg.), Wilhelm Pieck – Aufzeichnungen zur Deutschlandpolitik 1945 – 1953, Berlin, Akademie Verlag, 1994.
- J. Binner/B. Bonwetsch/M. Junge, Massenmord und Lagerhaft. Die andere Geschichte des Großen Terrors, Berlin, Akademie Verlag, 2009.

102 Vgl. EGMR, NVwZ 2012, 1455 – Althoff gegen Deutschland.

- J. Binner/M. Junge, Wie der Terror „groß“ wurde, in: *Cahiers du monde russe*, Jg. 42 (2001), S. 557 ff.
- M. Bruns/M. Schröder/W. Tappert, *StrRehaG*, Kommentar zum Strafrechtlichen Rehabilitierungsgesetz, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 1993.
- S. Creuzberger, Klassenkampf in Sachsen. Die Sowjetische Militäradministration in Deutschland (SMAD) und der Volksentscheid am 30. Juni 1946, in: Konrad-Adenauer-Stiftung (Hrsg.), *Historisch-politische Mitteilungen*, Archiv für Christlich-Demokratische Politik, Nr. 2, 1995, S. 119 ff.
- W. Frenz, BVerwG-Judikatur zur Rehabilitierung von Verfolgungsmaßnahmen der Boden- und Industriereform in der SBZ, DVBl. 2021, 1585 ff.
- C. Grabenwarter, *European Convention on Human Rights: ECHR*, München, Verlag C. H. Beck, 2014.
- C. Grabenwarter/K. Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 7. Aufl., München, Verlag C.H.Beck, 2021.
- M. Herdegen, *Internationales Wirtschaftsrecht*, 13. Aufl., München, Verlag C. H. Beck, 2022.
- A. Hiester, *Verfassungsrechtliche Grundlagen und Bestandsschutz des Immobilienrestitutionsanspruchs*, München, Verlag C. H. Beck, 1997.
- R. Humburg, Abgrenzung von Recht der offenen Vermögensfragen und verwaltungsrechtlichem Rehabilitierungsrecht, ZOV 2020, 100 ff.
- K. Ipsen, *Völkerrecht*, 6. Aufl., München, Verlag C. H. Beck, 2014.
- U. Karpenstein/F. Mayer (Hrsg.), *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, 3. Aufl., München, Verlag C. H. Beck, 2022.
- G. Kegel/J. Seidl-Hohenveldern, Zum Territorialitätsprinzip im internationalen öffentlichen Recht, in: M. Ferid/A. Heldrich (Hrsg.), *Konflikt und Ordnung FS Murad Ferid*, München, Verlag C. H. Beck, 1978, S. 233 ff.
- O. Kimminich, *Die Eigentumsgarantie im Prozeß der Wiedervereinigung. Zur Bestandskraft der agrarischen Bodenrechtsordnung der DDR*, Frankfurt a. M., Verlag Landwirtschaftliche Rentenbank, 1990.
- O. Kimminich, in: Ipsen, Jörn/Rengeling, Hans-Werner/Mössner, Jörg M. (Hrsg.), *Verfassungsrecht im Wandel, Wiedervereinigung Deutschlands, Deutschland in der Europäischen Union, Verfassungsstaat und Föderalismus. Zum 180jährigen Bestehen der Carl Heymann Verlag KG*, Köln, Carl Heymann Verlag, 1995, S. 75 ff.
- W. Leisner, Das Bodenreformurteil des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1991, 1569 ff.
- W. Leisner, DÖV 1992, 432 ff.
- H. Maurer, Die Eigentumsregelung im Einigungsvertrag. Zugleich eine Besprechung von BVerfG, Urteil vom 23.4.1991 – 1 BvR 1170/90 u. a., JZ 1992, 183 ff.
- H. Maurer/C. Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 20. Aufl., München, Verlag C. H. Beck, 2020.
- S. Mampel, *Die sozialistische Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik*, Frankfurt a. M., Metzner Verlag, 1972.
- S. v. Raumer, Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in der Sache Madaus gegen Bundesrepublik Deutschland vom 9. Juni 2016 – Verletzung des Rechts auf öffentliche mündliche Verhandlung im Strafrechtlichen Rehabilitierungsverfahren, ZOV 2016, 50 ff.
- C. Roxin, Claus/L. Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Aufl., München, Verlag C. H. Beck, 2020.
- P. Stelkens/H.J. Bonk/M. Sachs, *VwVfG*, 9. Aufl., München, Verlag C. H. Beck, 2018.

- J. Wasmuth, Fortwirkende stalinistische Repression der „Wirtschafts- und Bodenreform“ infolge einer Kette krasser Fehlentscheidungen des BVerwG bei der Abgrenzung von Rehabilitierungsrecht und Recht der offenen Vermögensfragen, ZOV 2014, 204 ff.
- J. Wasmuth, Requirements of the International Public Law and the European Convention on the Protection of Human rights for the Restitution of Confiscated Ecclesiastical Property in Romania, *Acta Uni. Sapientiae, Legal Studies*, 4, 1 (2015), p. 139 ff.
- J. Wasmuth, Verletzte Garantie der öffentlichen Gerichtsverhandlung im strafrechtlichen Rehabilitierungsverfahren: Die Entscheidung des EGMR im Verfahren Madaus gegen Deutschland, ZOV 2016, 60 ff.
- J. Wasmuth, Aktueller Stand der Möglichkeiten zur rechtlichen Aufarbeitung von Maßnahmen im Rahmen der Boden- und Wirtschaftsreform in der SBZ, NJ 2017, 235 ff.
- J. Wasmuth, Zum Strafcharakter der Verfolgung im Rahmen des sächsischen Volksentscheides und der anschließend erfolgten Nacherfassungen. Zugleich eine Besprechung des Beschlusses des LG Dresden vom 18. Juni 2019 – BSRH 13/17 –, ZOV 2019, 46 ff.
- J. Wasmuth, Anmerkung zum Beschluss des OLG Dresden vom 25. November 2020 – 1 Reha Ws 26/19 –, ZOV 2020, 169 ff.
- J. Wasmuth, in: *Rechtshandbuch Vermögen und Investitionen in der ehemaligen DDR (RVI)*, Loseblatt, B 100, Einf. VermG, München, Verlag C. H. Beck, 2021.

Die zwei Schutzgüter des Rechts auf Leben

Über Abwägungsfehler bei der Anwendung des Rechts auf Leben am Beispiel der Corona-Politik

Dietrich Murswiek

Abstract Deutsch

Das Recht auf Leben (Art. 2 Abs. 2 GG) hat bei genauer Betrachtung zwei Schutzgüter: das Leben und das Freisein von Risiken für das Leben – das gegenständliche Schutzgut der physischen Existenz des Menschen und die individuelle Autonomie bezüglich der Entscheidung, welchen Risiken für das Leben man sich aussetzen will. Das Leben hat wegen seiner Fundamentalität im Vergleich zu den Schutzgütern aller anderen Freiheitsrechte eine verfassungsrechtliche Sonderstellung. Das Recht auf Freisein von Risiken für das Leben ist hingegen ein Freiheitsrecht wie andere Freiheitsrechte auch: Es ist nicht fundamental, und es ist skalierbar – es kann mit unterschiedlicher Intensität beeinträchtigt werden. Während gezielte Eingriffe in das Schutzgut Leben (also Tötungen) nur in Notwehrsituationen und nie zur Verfolgung irgendwelcher Gemeinwohlziele gerechtfertigt werden können, lässt sich die Verursachung von Risiken für das Leben anhand von Gemeinwohlzielen (und wenn sie durch Private verursacht werden, anhand des Freiheitsprinzips) rechtfertigen, wenn sie mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vereinbar ist.

Aus Art. 2 Abs. 2 GG folgt eine Pflicht des Staates, den Einzelnen vor Gefahren für sein Leben zu schützen, nicht aber, Lebensrisiken unterhalb der Gefahrenschwelle zu minimieren. Der Gemeinwohlnutzen, den eine der Abwehr von Lebensgefahren dienende Freiheitseinschränkung hat, ist dadurch zu bestimmen, in welchem Maße sie das Risiko senkt. Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Freiheitseinschränkung ist nur der Beitrag zu berücksichtigen, den sie zur Absenkung des Risikos leistet.

Abstract English

The right to life (Article 2 (2) of the Basic Law) has, on closer examination, two protected interests: life and freedom from risks to life – the tangible protected interest of the physical existence of individuals and individual autonomy with regard to the decision as to which risks to life one wishes to expose oneself to. Because of its fundamental nature, life has a special constitutional status in comparison with the protected interests of all other constitutional liberties. The right to be free from risks to life, on the other hand, is a constitutional freedom like other constitutional freedoms: it is not fundamental, and it is scalable – it can be impaired with varying degrees of intensity. While targeted interventions in the protected good of life (i.e. killings) can only be justified in self-defense situations and never in pursuit of any public welfare goals, the causation of risks to life can be justified on the basis of public welfare goals (and if caused by private individuals, on the basis of the principle of freedom) if it is compatible with the principle of proportionality.

Article 2 (2) of the Basic Law imposes a duty on the state to protect individuals from dangers to their lives, but not to minimize risks to life below the danger threshold. The benefit to the common good of a restriction of freedom that serves to avert dangers to

life is to be determined by the extent to which it reduces the risk. When examining the proportionality of the restriction of liberty, only the contribution it makes to reducing the risk is to be taken into account.

Während der Corona-Pandemie haben Politiker immer wieder geäußert, der Schutz des Lebens sei wichtiger als jede Freiheit. Darin steckte ein Körnchen Wahrheit. Und doch war es eine Fehlleitung der Pandemiebekämpfung. Die Diskussion um den Lebensschutz und um die Frage, wie weit die Freiheit zum Schutz des Lebens zurücktreten muss, hat während der Corona-Krise einige Missverständnisse, ja Misskonzeptionen des Rechts auf Leben offenbart, denen in diesem Beitrag entgegengetreten werden soll. Der zentrale Fehler, der in Literatur und Rechtsprechung zum Grundrecht auf Leben immer wieder gemacht wird, besteht darin, dass zwischen Wahrung der Integrität des Schutzguts Leben und Minderung der Risiken für dieses Schutzgut nicht unterschieden wird. Diese Unterscheidung ist aber – wie ich zeigen werde – für das Verständnis von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG grundlegend.

1. Die Fundamentalität des Lebens und die fehlende Skalierbarkeit seiner Beeinträchtigungen

Das Leben ist die Voraussetzung aller menschlichen Tätigkeit. Also ist das Recht auf Leben das fundamentalste Grundrecht. Wer nicht mehr lebt, kann nicht mehr demonstrieren, kann keinen Beruf mehr ausüben und nicht mehr in die Kirche gehen. Alle Freiheitsrechte setzen voraus, dass ihr Subjekt lebt. Wer nicht lebt, kann nicht Subjekt von Grundrechten sein.

Insofern hat das Recht auf Leben eine Sonderstellung unter allen Grundrechten. Da es ohne das Leben des Subjekts kein Grundrecht für das Subjekt gibt, muss das Leben besser geschützt sein als die Schutzgüter aller anderen Grundrechte – mit Ausnahme der Menschenwürde, die nach der Rechtsprechung absolut geschützt ist, also Einschränkungen unter keinen Umständen zulässt.¹ „Das Leben ist der Güter höchstes nicht“ – nach dem Grundgesetz ist die Menschenwürde das höchste aller Güter. Allerdings: Die staatliche Verfügung über das Leben berührt in aller Regel die Menschenwürde. Schon deswegen lassen sich Eingriffe hier nur unter ganz besonderen Voraussetzungen rechtfertigen.

Andererseits war in der Corona-Diskussion immer wieder zu lesen: Der Staat sei zum absoluten Schutz des Lebens vor SARS-CoV-2 nicht verpflichtet, weil ja das Recht auf Leben nicht absolut geschützt sei, sondern sogar unter einem einfachen Gesetzesvorbehalt stehe – also grundrechtsdogmatisch weniger Schutz ge-

1 Auf die dieser Rechtsprechung zugrunde liegende Dogmatik kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden. Ohne Abwägung lässt sich auch Art. 1 Abs. 1 GG nicht sinnvoll anwenden – nur dass die notwendigen Abwägungen sich in der Konkretisierung des Menschenwürdebegriffs verstecken.

nieße als die mit einem qualifizierten Gesetzesvorbehalt (z.B. Art. 5 Abs. 1 oder Art. 11 GG) geschützten oder nur auf der Basis verfassungsimmanenter Schranken einschränkbarer Freiheiten (z.B. Art. 5 Abs. 3 GG). Ist das Leben also schlechter geschützt als die Meinungs- oder die Kunstfreiheit, weil es nur unter einfachem Gesetzesvorbehalt geschützt ist? Natürlich nicht, schon wegen des Zusammenhangs mit der Menschenwürde, vor allem aber wegen der Fundamentalität des Lebens für alle anderen Freiheitsrechte. Wegen dieser Fundamentalität muss der Schutz, den das Grundrecht auf Leben bietet, stärker sein als der Schutz jeder von anderen Freiheitsrechten geschützten Freiheit. Der Umstand, dass manche Freiheiten durch spezielle Rechtfertigungsanforderungen – durch einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt oder dadurch, dass sie ohne Gesetzesvorbehalt garantiert sind und daher nur auf der Basis verfassungsimmanenter Schranken eingeschränkt werden dürfen – dem Wortlaut des Grundgesetzes nach besser geschützt zu sein scheinen als das Leben, sagt überhaupt nichts darüber aus, welches Gewicht das Leben in der Abwägung mit Gemeinwohlzielen beziehungsweise mit anderen individuellen Schutzgütern hat. Die Fundamentalität des Lebens gibt diesem Schutzgut zwingend ein die Schutzgüter aller anderen Freiheitsrechte überragendes Gewicht.

2. Das Freisein von Lebensgefahren als zweites Schutzgut des Rechts auf Leben

Fundamental ist das Recht auf Leben allerdings nur, soweit es gegen gezielte Tötungen schützt. Hierin erschöpft sich dieses Grundrecht aber nicht. Es schützt das Leben auch vor Risiken – allerdings nur vor solchen, die sich nicht rechtfertigen lassen. Das heißt, so könnte man das betrachten, das Rechtsgut Leben genießt – obwohl Voraussetzung und Fundament jeder Freiheitsausübung – keineswegs absoluten, sondern nur relativen Schutz. Der Staat ist nicht verpflichtet, jedes Lebensrisiko von uns zu nehmen. Das menschliche Leben ist unausweichlich Risiken ausgesetzt, überspitzt gesagt: Das Leben ist lebensgefährlich. Daran kann der Staat nichts ändern, und er darf es nicht einmal versuchen. Denn das müsste in einen totalitären Zwangsstaat führen. Wer ohne Risiko von Krankheit, Blitz und Unwetter leben will, sollte nicht vom Staat das Heil erwarten. Er mag zu Gott beten, aber ich bin sicher: auch dort wird er nicht erhört werden. Die Endlichkeit und Risikiertheit des Lebens gehören zur *Conditio humana*, und es ist kein Zufall, dass es die Transhumanisten sind, die dem Menschen darüber hinweghelfen wollen. Sie helfen ihm dann aber vielleicht auch über seine Würde hinweg, doch das ist ein anderes Thema.

Risiken ab einer gewissen Größe bezeichnen wir als Gefahren, und der Staat darf grundsätzlich durch seine Aktivitäten das Leben des Einzelnen nicht gefährden und muss Lebensgefährdungen durch Dritte unterbinden.² Demgegenüber sind Risiken unterhalb der Gefahrenschwelle grundsätzlich gerechtfertigt, weil ohne

2 Vgl. *Dietrich Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 127 ff.

die Verursachung geringfügiger Risiken menschliches Zusammenleben nicht möglich ist. Nahezu jede Freiheitsausübung ist mit der Verursachung irgendwelcher Risiken verbunden, und auch der Staat wäre funktionsunfähig, wenn die Verfassung ihm die Verursachung jedes Risikos verböte.³

Das Bundesverfassungsgericht hat in ständiger Rechtsprechung gesagt, dass der Schutz, den das Grundrecht auf Leben bietet, sich auf den Schutz vor Gefahren für das Leben erstrecke. Dabei verwendet es allerdings die schwammige Formel, dass „Grundrechtsgefährdungen“ „unter besonderen Voraussetzungen Grundrechtsverletzungen gleichzuachten“ seien.⁴ Diese Formel beruht darauf, dass das Bundesverfassungsgericht mit dem Begriff der „Gefährdung“ nicht klar zwischen der Erzeugung von Gefahren und von Risiken unterhalb der Gefahrenschwelle unterscheidet und außerdem von Grundrechtsverletzungen und nicht von Grundrechtseingriffen spricht. Eine Grundrechtsverletzung liegt immer nur „unter besonderen Voraussetzungen“ vor, nämlich dann, wenn der Eingriff sich nicht rechtfertigen lässt.

Soweit die Grundrechte nicht nur vor finalen, sondern auch vor nicht intendierten Schutzgutbeeinträchtigungen schützen – was nach heute in Rechtsprechung und Literatur allgemein akzeptierter Auffassung jedenfalls für gegenständliche Schutzgüter wie Leben und körperliche Unversehrtheit der Fall ist –, muss auch die Erzeugung von Risiken als Eingriff in das betreffende Grundrecht angesehen werden, zumindest soweit das Risiko die Gefahrenschwelle überschreitet.⁵

Damit es nicht zur Verletzung des Schutzguts Leben kommt, schützt das *Recht* auf Leben nicht nur vor Tötungen, sondern auch vor Gefährdungen des Lebens. Deshalb ist es rechtfertigungsbedürftig, Risiken für das Leben zu verursachen.

Wenn aber das Recht auf Leben sich auf den Vorfeldschutz erstreckt und Schutz gegen Risiken bietet, dann müssen wir dies grundrechtsdogmatisch so verstehen, dass Schutzgut dieses Grundrechts nicht nur das Leben – also die physische Existenz des Menschen – ist, sondern darüber hinaus auch das Freisein von Risiken beziehungsweise Gefahren für das Leben. Denn durch Lebensgefahren ist das Leben selbst überhaupt nicht berührt, wohl aber die individuelle Autonomie, zu

3 Vgl. Murswiek (Fn. 2), S. 127 ff., insb. 131 ff., 143 f.; Murswiek/Rixen, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 161.

4 Vgl. BVerfGE 51, 324 (346 f.); 52, 214 (220); 66, 39 (57 f.); vgl. auch 49, 89 (141 f.); 53, 30 (51, 57); 56, 54 (76); BVerfG (K) NJW 1997, 2509; dazu kritisch Murswiek Die Verwaltung 33 (2000), S. 241 (251 f.).

5 M. E. ist die Verursachung eines Risikos für das grundrechtlich geschützte Rechtsgut immer ein Eingriff, der allerdings grundsätzlich gerechtfertigt ist, wenn das Risiko unterhalb der Gefahrenschwelle liegt, näher dazu Murswiek (Fn. 2), S. 133; Murswiek/Rixen, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 176. Nach anderer Ansicht ist dogmatisch nur die Verursachung einer Gefahr als Eingriff zu werten. Auf diese unterschiedlichen dogmatischen Positionen soll hier nicht näher eingegangen werden. Im Ergebnis sind nach beiden Auffassungen Risiken unterhalb der Gefahrenschwelle grundrechtlich irrelevant. (Ausnahme: „Ingerenzrisiken“, die aus einer Beeinträchtigung des gegenständlichen Schutzguts – insbesondere der körperlichen Unversehrtheit – resultieren, vgl. dazu Murswiek [Fn. 2], S. 190 ff., insb. 198 f.; Murswiek/Rixen, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 201).

der es gehört, nicht durch das Verhalten des Staates oder Dritter gegen seinen Willen Lebensgefahren ausgesetzt zu werden.

Dies bedeutet auch: Schutzgut des Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ist auch das Freisein von Gefahren für Leben und körperliche Unversehrtheit. Damit die gegenständlichen Schutzgüter Leben und körperliche Unversehrtheit *effektiv* geschützt sind – und das bedeutet auch, dass sie nicht nur gegen finale, sondern auch gegen nichtintendierte Schädigungen geschützt sind –, ist ihnen der Schutz gegen die Gefahr der Schutzgutverletzung vorgelagert. Das Freisein von Gefahren für Leben und körperliche Unversehrtheit ist also Teil des jeweiligen Schutzguts des Rechts auf Leben und des Rechts auf körperliche Unversehrtheit. Man kann auch sagen: Diese Grundrechte haben jeweils zwei Schutzgüter: zum einen das gegenständliche Schutzgut (Leben beziehungsweise körperliche Unversehrtheit), zum anderen und vorgelagert das Freisein von Risiken für das gegenständliche Schutzgut.

3. Keine Skalierbarkeit der Beeinträchtigung des Lebens und keine Fundamentalität des Freiseins von Lebensgefahren

3.1. Gefahren für das Leben als individuelles Schutzgut

Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG schützt also gleichermaßen das menschliche Leben und das Freisein von Lebensgefahren – letzteres als Bedingung für den effektiven Schutz des ersteren. Auch wenn beides einheitlich mit dem Begriff „Recht auf Leben“ erfasst wird, ist es für die Anwendung des Grundrechts wichtig, beide Aspekte zu unterscheiden – gleichgültig, ob man terminologisch von zwei Schutzgütern oder von zwei Schutzfunktionen des Grundrechts bezüglich des Schutzguts Leben spricht.

Die Unterscheidung ist zwingend notwendig, weil die oben (I.) dargestellte Fundamentalität des Rechts auf Leben nur in bezug auf das Leben, nicht aber in bezug auf das Freisein von Lebensgefahren gegeben ist. Das außerordentlich große Gewicht, welches das Leben bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Abwägung mit Gemeinwohlzielen oder mit anderen grundrechtlichen Schutzgütern hat, kommt dem Freisein von Lebensgefahren nicht ohne weiteres zu, dem Freisein von Risiken für das Leben unterhalb der Gefahrenschwelle ohnehin nicht.

Freilich sind das Recht auf Freisein von Lebensgefahren und das Recht auf Leben eng miteinander verknüpft: Dadurch, dass das Leben als solches fundamental ist, hat das Freisein von Gefahren für das Leben besonderes Gewicht. Dieses Gewicht wird dogmatisch im Gefahrenbegriff verarbeitet: Eine Gefahr ist ja nach der gefahrenabwehrrechtlichen Definition eine Lage, die bei ungehindertem Geschehensablauf mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zur Schädigung des Schutzguts führen wird. Welche Wahrscheinlichkeit „hinreichend“ groß ist, hängt von der Größe des Schadens ab: Je größer der potentielle Schaden, desto geringer die erforder-

derliche Wahrscheinlichkeit. Da der Tod des Menschen der größtmögliche individualbezogene Schaden ist, reicht schon eine geringe Wahrscheinlichkeit aus, eine Lebensgefahr zu begründen.⁶

Unter dem Aspekt der Fundamentalität des Lebens bleibt zunächst festzuhalten: Das Freisein von Lebensgefahren erhält sein besonderes Gewicht aus der Fundamentalität des Lebens, ist aber als solches nicht fundamental. Die anderen Freiheitsrechte können auch dann noch ausgeübt werden, wenn für den Betroffenen eine Lebensgefahr besteht. Allerdings kann die Ausübung der anderen Freiheitsrechte durch diese Bedrohung erheblich beeinträchtigt werden, wenn sie im Schatten der Lebensgefahr stattfindet. Auch dies ist gegebenenfalls bei der Abwägung zu berücksichtigen.

Für die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist noch ein weiterer struktureller Unterschied zwischen dem Leben und dem Freisein von Lebensgefahren als Schutzgütern wichtig: Das Leben als solches ist das einzige grundrechtliche Schutzgut, dessen Beeinträchtigung nicht skalierbar ist. Alle anderen Schutzgüter – körperliche Unversehrtheit, Eigentum, Freiheit (in ihren verschiedenen Ausprägungen als Berufs-, Kunst-, Meinungsfreiheit usw.) – können in mehr oder weniger starkem Maße beeinträchtigt werden, von ganz leichten Bagatellbeeinträchtigungen bis zu sehr schwerwiegenden Beeinträchtigungen des Schutzguts. Beim Leben gibt es keine Skala möglicher Beeinträchtigungsintensitäten. Das Rechtsgut Leben ist mit seiner Beeinträchtigung vernichtet. Man lebt oder man ist tot. Solange man nicht tot ist, ist das Leben noch nicht verletzt. Auch die Absolutheit der Beeinträchtigung, die immer auch die Vernichtung des Schutzguts ist, gibt dem Leben ein so großes Gewicht, dass finale staatliche Eingriffe trotz des einfachen Gesetzesvorbehalts nur in Betracht kommen, wenn der Eingriff durch das Verhalten des Betroffenen ausgelöst wird, indem dieser das Leben anderer oder andere individuelle Rechtsgüter oder Gemeinschaftsgüter von großer Bedeutung zu verletzen droht. Ein gezielter Eingriff in das Leben – also die gezielte Tötung eines Menschen – lässt sich nie zur Verfolgung irgendwelcher Gemeinwohlziele rechtfertigen, sondern nur in Notwehrsituationen.⁷

Der präventive grundrechtliche Schutz des Lebens gegen die unbeabsichtigte Verletzung dieses Schutzguts durch Verhaltensweisen, die ein Risiko für das Leben mit sich bringen, hat eine völlig andere Struktur. Die Verursachung eines Risikos für das Leben lässt das Rechtsgut Leben als solches unberührt. Betroffen ist hier das Schutzgut (beziehungsweise die Schutzfunktion) Freisein von Lebensrisiken. Das Freisein von Risiken für das Leben kann in sehr unterschiedlich inten-

6 Während es im Normalfall für den Einzelnen unzumutbar ist, durch staatliches Handeln Lebensgefahren ausgesetzt zu werden und der Staat im Normalfall verpflichtet ist, den Einzelnen davor zu schützen, dass Dritte ihn einer konkreten Lebensgefahr aussetzen, lässt sich für gefahrgeneigte Berufe (z.B. Soldaten, Polizeibeamte oder Feuerwehrleute) oder für Notstandssituationen unter Umständen auch die Pflicht, sich einer Gefahr auszusetzen, rechtfertigen.

7 Ob darüber hinaus auch als Reaktion auf schwerwiegende Verbrechen, soll hier nicht diskutiert werden. Nach dem gegenwärtigen Grundgesetz ist die Todesstrafe jedenfalls verboten (Art. 102).

siver Weise beeinträchtigt werden. Hier gibt es kein Entweder-oder wie beim Leben, kein Entweder-tot-oder-lebendig, sondern es gibt ein breites Spektrum sehr unterschiedlicher Beeinträchtigungsintensitäten, von minimalen Risiken bis zu allergrößten Gefahren für das Leben – je nachdem, wie groß die Wahrscheinlichkeit ist, dass die zu beurteilende Verhaltensweise den Tod eines Menschen verursacht.

Im Unterschied zum Leben hat das Freisein von Lebensrisiken beziehungsweise Lebensgefahren in der Verhältnismäßigkeitsprüfung die gleiche Struktur wie die Schutzgüter aller anderen Freiheitsrechte: Es kommt bei der Abwägung auf die Intensität der Beeinträchtigung an, und diese hängt beim Recht auf Leben davon ab, wie groß die Wahrscheinlichkeit ist, dass das zu beurteilende Verhalten zum Tode führt.

Das Recht auf Leben ist ein Freiheitsrecht. Es schützt die individuelle Autonomie im Hinblick auf die Verfügung über das Schutzgut Leben, und es schützt sie im Hinblick auf die autonome Entscheidung darüber, welchen Lebensrisiken man sich aussetzt. Das Schutzgut Freisein von Risiken wird bereits durch die Bedrohung des Lebens mit Risiken beeinträchtigt. Die Beeinträchtigung *dieses* Schutzguts ist skalierbar. Das Schutzgut Freisein von Risiken wird durch kleine Risiken geringfügig und durch große Risiken, also durch eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass ein Risiko zum Tode führt, sehr schwerwiegend beeinträchtigt.

3.2. Das Bevölkerungsrisiko

Art. 2 Abs. 2 GG schützt das Leben als individuelles Rechtsgut. Wenn es nicht um die Abwehr einer konkreten Gefahr geht, die einem bestimmten Menschen durch eine bestimmte Gefahrenquelle droht, sondern der Staat bestrebt ist, die Zahl der Todesfälle zu vermindern, die aus einer bestimmten Ursache oder aus diffusen Ursachen zu resultieren drohen, dann geht es nicht um individuellen Grundrechtsschutz, sondern um den Schutz der Allgemeinheit. Beispiele sind Maßnahmen zur Unfallverhütung oder zur Bekämpfung der Gewaltkriminalität. Einen subjektiven Anspruch auf Schutz durch solche Maßnahmen hat der Einzelne grundsätzlich nicht,⁸ obwohl nicht nur eine gewisse Wahrscheinlichkeit, sondern die annähernde Gewissheit besteht, dass Menschen durch Unfälle oder durch Gewaltverbrechen sterben werden. Aus Sicht jedes Einzelnen ist nämlich das Risiko, einem – nicht selbst verursachten – Unfall oder einem Gewaltverbrechen zum Opfer zu fallen, so gering, dass es weit unter der Gefahrenschwelle liegt und daher zu den allgemeinen Lebensrisiken gehört.

Individualrisiko und Bevölkerungsrisiko müssen also unterschieden werden.⁹ Das Bevölkerungsrisiko (das Kollektivrisiko) kann viel größer als das Individualrisiko sein, weil es die Individualrisiken summiert. Während die Wahrscheinlichkeit, dass der Einzelne z.B. durch einen Verkehrsunfall ums Leben kommt, sehr

8 Zur Klarstellung: Ein subjektiver Schutzanspruch und eine objektive Schutzpflicht besteht aber dann, wenn ein konkreter Mensch durch einen Gewalttäter bedroht wird, wenn also für ihn eine konkrete Individualgefahr besteht.

9 Zu diesen Begriffen ausführlich *Murswiek* (Fn. 2), S. 151 ff.

gering ist und daher nicht als Gefahr eingestuft wird, entspricht es der statistischen Erwartung, dass es in Deutschland jährlich mehrere tausend Verkehrstote gibt. Obwohl eine solche Zahl von Toten mit annähernder Gewissheit zu erwarten ist, gilt der Straßenverkehr als solcher nicht als gefährlich, sondern nur bestimmte Verhaltensweisen – wie überhöhte Geschwindigkeit, Überholen in unübersichtlichen Kurven – sind als abstrakte Gefahren verboten. Art. 2 Abs. 2 GG steht dem nicht entgegen. Denn der Umstand, dass aus einer Vielzahl individueller Verhaltensweisen, die mit einem abstrakten Begriff – hier: Straßenverkehr – zusammengefasst werden, mit statistischer Gewissheit tödliche Unfälle resultieren werden, begründet keine Lebensgefahr im rechtlichen Sinne. Die Zahl der jährlich zu erwartenden Verkehrstoten ist nur ein anderer Ausdruck für das Risiko, dem der Einzelne als Verkehrsteilnehmer ausgesetzt ist. Er kann sein individuelles Risiko berechnen, indem er diese Zahl durch die Zahl der Verkehrsteilnehmer dividiert und wird dann erkennen, dass sein eigenes Risiko verschwindend gering ist.

Auch berührt ein so beschriebenes Bevölkerungsrisiko nicht die oben beschriebene Fundamentalität des Lebens. Denn der Einzelne wird durch ein Bevölkerungsrisiko nicht dem gewissen Tode ausgesetzt. Auch wenn durch eine abstrakt beschriebene Ursache eine Vielzahl von Todesfällen zu erwarten ist, wird damit nicht einem konkreten Individuum das Leben und damit die Möglichkeit seiner Freiheitsausübung genommen.¹⁰ Auf das Leben bezogene Bevölkerungsrisiken sind ebenso wie Individualrisiken skalierbar. Während das individuelle Lebensrisiko durch die Größe der Sterbewahrscheinlichkeit bestimmt wird, ist das kollektive Lebensrisiko durch die Zahl der innerhalb eines bestimmten Zeitraums zu erwartenden Todesfälle definiert. Auch dieses Risiko ist also quantifizierbar und daher prinzipiell abwägbar.

4. Grundrechtliche Unterlassungs- und Schutzpflichten

Die Freiheitsrechte sind zunächst Abwehrrechte gegen staatliche Eingriffe. Aus ihnen ergeben sich aber nach etablierter Rechtsprechung auch Schutzpflichten, nämlich die Pflicht des Staates zum Schutz gegen Eingriffe Dritter. Der Staat ist objektiv verpflichtet, ungerechtfertigte Eingriffe in die Freiheit zu unterlassen, und er ist objektiv verpflichtet, den Einzelnen vor ungerechtfertigten Eingriffen Dritter zu schützen. Der Einzelne hat einen grundrechtlichen Anspruch auf Unterlassung ungerechtfertigter staatlicher Eingriffe und einen Anspruch auf staatlichen Schutz gegen ungerechtfertigte Eingriffe Dritter.

Hinsichtlich des Rechts auf Leben heißt dies: Der Staat darf grundsätzlich nicht töten und muss die Verursachung von Gefahren für das Leben des Einzelnen

10 Eine andere Frage ist, ob *einem bestimmten Verursacher* eines großes Bevölkerungsrisikos – beispielsweise dem Betreiber eines Atomkraftwerks hinsichtlich des Risikos eines Berstunfalls mit Freisetzung großer Mengen an Radioaktivität – entsprechend höhere Sicherheitsanforderungen auferlegt werden dürfen uns müssen als bei Erzeugung nur eines Individualrisikos. Diese Frage ist zu bejahen, vgl. *Murswiek* (Fn. 2), S. 119 ff.

unterlassen, und er muss den Einzelnen nicht nur vor der gezielten Tötung durch Dritte, sondern auch vor der Verursachung von Lebensgefahren durch Dritte schützen. Diesen Verpflichtungen des Staates entsprechen grundrechtliche Ansprüche des Einzelnen gegen den Staat.

Literatur und Rechtsprechung neigen dazu, die Funktion der Freiheitsrechte ausufern zu lassen, indem sie eine Verpflichtung des Staates zum Schutz des Lebens nicht nur gegen Eingriffe Dritter, sondern auch gegen Naturkatastrophen und andere – nicht aus dem Verhalten von Menschen resultierende – Ursachen bejahen.¹¹ Eine von menschlichen Eingriffen unabhängige Schutzpflicht mag in Kombination mit dem Sozialstaatsprinzip und der Menschenwürdegarantie begründbar sein. Freiheitsrechtlich begründbar ist sie nicht. Dies soll an dieser Stelle nicht vertieft werden. Ich habe meine These an anderer Stelle näher begründet.¹²

Auf jeden Fall ergibt sich aus dem Grundrecht auf Leben keine Verpflichtung des Staates, die Zahl der aus einer diffusen Risikoquelle statistisch oder beispielsweise epidemiologisch zu erwartenden Todesfälle zu minimieren. Eine Schutzpflicht, verbunden mit einem subjektiven Schutzanspruch, besteht erst bei Gefahr für ein konkretes Individuum (und natürlich auch bei Risiken für eine Vielzahl von Individuen, für welche das Risiko jeweils die Schwelle zur Individualgefahr überschreitet). Außerdem lässt sich – mit Blick auf die Gefahrenquelle – eine objektive Schutzpflicht dann bejahen, wenn das Verhalten eines konkreten Subjekts – des Risikoverursachers – mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zum Tode eines oder mehrerer Menschen führen wird.¹³

5. Der Schutz des Lebens als Rechtfertigung für Freiheitseinschränkungen

5.1. Corona-Maßnahmen als Beispiel für dem Lebensschutz dienende Maßnahmen gegen Nichtstörer

Die Corona-Politik hat mit den diversen Lockdowns Freiheitseinschränkungen vorgenommen, wie es sie in diesem Umfang zu Friedenszeiten noch nie in einem Rechtsstaat gegeben hat. Die Freiheit im Schutzbereich fast aller Grundrechte wurde für die gesamte Bevölkerung mehr oder weniger eingeschränkt; die Geltung mancher Grundrechte wurde – nicht de jure, aber de facto – suspendiert, weil ihre Ausübung vollständig unmöglich gemacht wurde. Gerechtfertigt wurde dies vor allem mit dem Schutz des Lebens vor dem neuartigen Corona-Virus SARS-CoV-2. Für die Corona-Politik spielte das Recht auf Leben als Grundrecht – als Freiheits-

11 Vgl. z.B. *BVerfG*, Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21 – Bundesnotbremse I, Rn. 167 ff., 171, 176, 274, insb. 174.

12 *Dietrich Murswiek*, Schutz – Freiheit – COVID. Zum Verhältnis von Schutzpflicht und Abwehrrechten in der Pandemie, *DÖV* 2021, S. 505 ff.; *Murswiek/Rixen*, in: *Sachs*, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 213 f.

13 Näher zum objektiven im Unterschied zum subjektiven Individualrisiko und der Reichweite der diesbezüglichen Schutzpflicht *Murswiek* (Fn. 2), S. 156 ff.

recht – keine Rolle. Der Schutz des Lebens wurde vielmehr zur Rechtfertigung von Freiheitseinschränkungen in Stellung gebracht – zur Rechtfertigung der insgesamt schwerwiegendsten Freiheitseinschränkungen in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland.

Dass das Ziel, Leben, körperliche Unversehrtheit oder andere grundrechtliche Schutzgüter vor ihrer Verletzung zu schützen, Freiheitseinschränkungen rechtfertigen kann, ist nichts Neues, sondern eine Selbstverständlichkeit. Es ist zunächst Ausdruck des kategorischen Imperativs beziehungsweise des Grundsatzes *neminem laedere*. Der Staat darf nicht nur, sondern er muss, um die Freiheitlichkeit des Gemeinwesens zu wahren, die Freiheit so einschränken, dass sie mit den Freiheitsausübungsmöglichkeiten aller anderen verträglich ist. Mit anderen Worten: Jede Anwendung von Gewalt und Zwang gegen andere, jede Verletzung, Zerstörung oder Beschädigung von Leben, Körper oder Eigentum anderer muss verboten sein, ebenso jede Gewaltanwendung und jede Nötigung, und der Staat muss diese Eingriffsverbote effektiv durchsetzen. Und – wie oben erwähnt – gehört zum effektiven Schutz der grundrechtlichen Schutzgüter auch, dass der Staat nicht nur vor der gezielten Schädigung dieser Schutzgüter schützt, sondern auch vor ihrer Gefährdung.

Hierum ging es aber in der Corona-Politik jedenfalls dort nicht, wo der allgemeinen Bevölkerung oder später allen Ungeimpften bestimmte Freiheitseinschränkungen auferlegt wurden. Denn gesunde Menschen sind keine Gefährder. Wer nicht selbst mit dem Corona-Virus infiziert ist, kann nicht andere damit anstecken. Der nichtinfektiöse Mensch gefährdet niemanden. Er ist nicht „Störer“ im gefahrenabwehrrechtlichen Sinne, sondern „Nichtstörer“. Die Einschränkung seiner Freiheit lässt sich also nicht unter dem oben genannten Aspekt rechtfertigen, dass sie notwendig ist, um die Kompatibilität der Freiheit des einen mit der Freiheit aller anderen herzustellen. Sie lässt sich nur unter Notstandsaspekten rechtfertigen. Eine solche Rechtfertigung ist prinzipiell möglich, allerdings nur unter besonderen, streng zu beachtenden Voraussetzungen.

Dass ein Nichtstörer im „polizeilichen Notstand“ mit Freiheitseinschränkungen zur Abwehr einer gegenwärtigen beziehungsweise unmittelbar bevorstehenden Gefahr in Anspruch genommen werden darf, entspricht dem geltenden Gefahrenabwehrrecht, das die Voraussetzungen und Grenzen dieser Inanspruchnahme regelt.¹⁴ Darauf ist hier nicht näher einzugehen. Vielmehr geht es im Folgenden darum, anhand des Beispiels der Corona-Maßnahmen darzulegen, welche Funktion der Schutz des Lebens bei der Rechtfertigung von an die Allgemeinheit adressierten Freiheitseinschränkungen haben kann und dass eine Verabsolutierung des Lebensschutzes nicht nur durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG nicht geboten, sondern mit der Grundrechtskonzeption und dem Freiheitsverständnis des Grundgesetzes völlig unvereinbar ist.

14 Im Gefahrenabwehrrecht spricht man vom „polizeilichen Notstand“, wenn es um die Rechtmäßigkeit der Inanspruchnahme eines Nichtstörers geht, vgl. z.B. § 9 PolG Baden-Württemberg; *Wolf-Rüdiger Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl. 2021, Rn. 382 ff.

Jede Freiheitseinschränkung bedarf der Rechtfertigung anhand eines legitimen Gemeinwohlziels, zu dessen Verwirklichung sie geeignet, erforderlich und im engen Sinne verhältnismäßig sein muss. Selbstverständlich ist der Schutz des menschlichen Lebens – gleichgültig, ob es um den Schutz eines bestimmten Individuums oder um den Schutz einer unbestimmten Vielzahl von Menschen geht – ein legitimes Gemeinwohlziel.

Als geeignet sieht die Rechtsprechung freiheitseinschränkende Maßnahmen schon dann an, wenn sie zur Verwirklichung des Ziels auch nur geringfügig beitragen. Besteht das Ziel darin, die Bevölkerung davor zu schützen, an COVID-19 zu sterben, dann sind die Maßnahmen schon dann geeignet, wenn sie die Zahl der „Corona-Toten“ verringern. Und die Erforderlichkeit ist nach der allgemeinen Grundrechtsdogmatik schon dann zu bejahen, wenn Alternativmaßnahmen, die die Freiheit weniger einschränken, nicht den gleichen Erfolg erzielen, im Fall der Corona-Politik also die Zahl der „Corona-Toten“ nur in geringerem Maße vermindern, auch wenn der Minderungserfolg nur geringfügig schlechter ist. Sind die Maßnahmen in diesem Sinne geeignet und erforderlich, hängt ihre Vereinbarkeit mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip davon ab, ob sie angemessen, also im engen Sinne verhältnismäßig sind. Dieses Kriterium entscheidet regelmäßig über die Verfassungsmäßigkeit der Maßnahmen.

5.2. Lebensrisiken in der Abwägung mit Freiheitseinschränkungen

Alle Corona-Maßnahmen (Lockdowns, Zugangsbeschränkungen zu Restaurants, Veranstaltungen nach den 2G- oder 3G-Regeln¹⁵ usw.) dienen dem präventiven Schutz des Lebens durch Reduktion der Ansteckungsrisiken. Ihr Zweck besteht also (neben dem Zweck, die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems aufrechtzuerhalten) darin, das allgemeine Risiko, durch COVID-19 zu sterben, zu verringern. Aus der Verbreitung von SARS-CoV-2 in der Bevölkerung resultiert für jeden Einzelnen das Risiko, sich zu infizieren, an COVID-19 zu erkranken, einen schweren Krankheitsverlauf zu erleiden und daran zu sterben. Wie groß für den Einzelnen dieses Risiko ist, hängt von der epidemischen Lage ab sowie von vielen weiteren Umständen, zu denen persönliche Risikofaktoren wie Alter und Vorerkrankungen zählen und zu denen soziale und persönliche Umstände wie Lebensweise, Ernährung, Fähigkeit und Interesse zur Aufnahme und Verarbeitung von Gesundheitsinformationen oder die Art der Kontakte zu anderen Menschen, die der Betreffende pflegt, gehören. Dies bedarf hier keiner näheren Erörterung. Mir geht es um die Klarstellung, dass die Verbreitung des Virus als solche nicht das Rechtsgut Leben konkreter Menschen tangiert, sondern „lediglich“ ein Risiko verursacht. Deshalb dienen die Corona-Maßnahmen nicht dazu, das Leben in seiner für jeden Einzelnen gegebenen Fundamentalität zu schützen, sondern sie reduzieren (soweit sie wirksam sind) das individuelle Freisein von Lebensrisiken und zugleich das Kollektivrisiko.

15 Zugang nur für Geimpfte und Genesene (= 2G) oder auch für negativ Getestete (3G).

Anders als bei der Abwehr gezielter Tötungen geht es bei der präventiven Bekämpfung von Lebensrisiken nicht um den Schutz des Lebens in seiner den höchstmöglichen, nahezu absoluten Schutz erfordernden Fundamentalität, nicht um die Abwehr eines Eingriffs, der jede Freiheitsausübungsmöglichkeit vernichtet, sondern es geht, wie auch bei allen anderen Freiheitsrechten, um die Abwehr einer mehr oder weniger großen – relativen und abwägbaren – Beeinträchtigung der individuellen Autonomie, hier in Form des Freiseins von Risiken für das Leben.

Dies wird in der coronapolitischen Diskussion immer wieder verkannt. Es geht nicht um die Abwehr von Tötungen, sondern um die Minderung von Lebensrisiken. Durch die Corona-Maßnahmen soll das Risiko, an COVID-19 mit tödlicher Folge zu erkranken, gemindert werden. In die Abwägung mit den Freiheitsbelangen der durch die Corona-Maßnahmen betroffenen Menschen sowie mit den Kollateralschäden ist der Beitrag einzustellen, den die Maßnahmen zur Minderung dieses Risikos leisten. Man muss also abschätzen, wie groß das Risiko ohne die Maßnahmen ist, und man muss abschätzen wie groß das Risiko trotz der Maßnahmen noch sein wird. Die Differenz ist das, was in der Verhältnismäßigkeitsprüfung auf die Waagschale gehört.¹⁶

Eines der Abwägungsprobleme ist die Inkommensurabilität der Rechtsgüter. Wie soll man Leben gegen Freiheitseinbußen abwägen? So wird immer wieder gefragt – mit dem Ergebnis, das gehe gar nicht: Der Verlust des Lebens und der Verlust von Freiheitsausübungsmöglichkeiten seien nicht vergleichbar und könnten nicht, wie das in den USA bei umweltrechtlichen Kosten-Nutzen-Analysen praktiziert wird,¹⁷ zur Herstellung der Vergleichbarkeit in Geldeinheiten umgerechnet werden. Schon wegen seiner Fundamentalität wiege das Leben auf jeden Fall schwerer. Aber dieser Abwägungsverzicht und die daraus folgende Verabsolutierung des Lebensschutzes resultieren, wie gesagt, aus einer Kategorienverwechslung. Hier steht in Wirklichkeit gar nicht Leben gegen Freiheit, sondern Freiheit gegen Freiheit. Auch das ist nicht so leicht abzuwägen wie in Fällen, in denen wir monetär bewertbare Güter abwägen. Aber es gibt Hilfsüberlegungen, die die Abwägung erleichtern.

Eine Hilfsüberlegung sind Risikovergleiche. Man kann sich fragen, welche Lebensrisiken wir im Alltag ohne weiteres hinzunehmen bereit sind. Das ist natürlich individuell sehr verschieden, aber als Gesellschaft können wir fragen: Welche Risiken nehmen wir als in unserem Staat demokratisch organisierte Gesellschaft üblicherweise hin, ohne dass der Staat zur Risikominderung mit freiheitseinschränkenden Maßnahmen interveniert? Wenn der Staat bei Corona-Risiken mit drastischen Freiheitseinschränkungen für Nichtstörer interveniert, während er bei anderen gleich großen oder größeren Risiken nichts tut, obwohl es Möglichkeiten gäbe, diese Risiken mit staatlicher Regulierung zu senken, ist das ein starkes Indiz für die Unverhältnismäßigkeit der Corona-Politik.

16 Ausführlich zu den Abwägungsfragen: *Dietrich Murswiek*, Die Corona-Waage – Kriterien für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Corona-Maßnahmen, NVwZ-Extra 5/2021, S. 1 (6 ff.), https://content.beck.de/NVwZ/Extra_5-2021.pdf.

17 Dazu *Dietrich Murswiek*, Umwelttrisiken im amerikanischen Recht: Höhere Rationalität der Standardsetzung durch Kosten-Nutzen-Analyse?, in: Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2003 (UTR 71), S. 127–184.

Eine andere Hilfsüberlegung ist folgende: Es ist ja nicht nur der Staat, der mit Corona-Maßnahmen die Lebensrisiken mindern kann. Jeder Einzelne kann sich gegen diese Risiken schützen, wenn er will. Er kann sich impfen lassen, sobald ihm die Impfung angeboten wird. Aber schon vor der Impfmöglichkeit und seit Beginn der Pandemie gab und gibt es Möglichkeiten der Risikominderung, die jeder selbst ergreifen kann. Jeder kann zum Beispiel sein Immunsystem stärken, indem er sich gesund ernährt, sich an der frischen Luft bewegt und indem er regelmäßig Vitamin D zu sich nimmt. Außerdem hat jeder die Möglichkeit, freiwillig Kontakte zu meiden oder zu reduzieren, den Besuch von Massenveranstaltungen und anderen typischen Corona-Hotspots zu unterlassen. Je nach Kombination der in Betracht kommenden Möglichkeiten lässt sich das individuelle COVID-19-Risiko mehr oder minder stark reduzieren; wer nicht für seinen Lebensunterhalt auf persönliche Kontakte angewiesen ist, kann durch Selbstisolation fast ein Null-Risiko erreichen.

Wovon der Staat den Einzelnen mit den Corona-Maßnahmen schützt, ist – so betrachtet – nicht der Tod durch COVID-19, sondern es ist die Notwendigkeit, sich eigenverantwortlich vor COVID-19 zu schützen. In dem Umfang, in dem der Staat mit den Corona-Maßnahmen das individuelle Corona-Risiko mindert, nimmt er dem Einzelnen die Last ab, selbst durch eigenes Verhalten das persönliche Risiko zu mindern.

Der Staat legt also der gesamten Bevölkerung Freiheitseinschränkungen auf, damit die Freiheit des Einzelnen, sich Corona-Risiken auszusetzen, erhalten bleibt. Diese Freiheit bleibt natürlich nur teilweise erhalten, weil die Freiheit jedes Einzelnen ja durch die staatlichen Corona-Maßnahmen begrenzt wird. Die Corona-Maßnahmen bewirken also eine Umverteilung von Freiheit: Die Freiheit der Menschen mit hohem persönlichem Corona-Risiko und/oder hoher Risikoaversion wird erweitert zulasten der großen Mehrheit der Menschen mit geringem persönlichem Corona-Risiko und/oder geringer Risikoaversion. Was auf den ersten Blick aussieht wie Schutz von Leben und Gesundheit ist auf den zweiten Blick Umverteilung von Risiken und Freiheitsausübungsmöglichkeiten.

Dies heißt nicht notwendig, dass das, was der Staat tut, falsch ist, aber dies heißt, dass wir das Abwägungsmaterial anders zusammenstellen müssen als bisher üblich.

Und wenn die hier vorgeschlagene Abwägungskonstellation zu dem Ergebnis führt, dass die Corona-Maßnahmen sich zur Minderung des individuellen Corona-Risikos nicht rechtfertigen lassen, heißt dies noch nicht, dass die Corona-Maßnahmen sich nicht unter dem Aspekt der Wahrung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems rechtfertigen lassen. Dies war ja auch von Anfang an der Zweck, auf den der Staat die Corona-Maßnahmen in erster Linie gestützt hat und bis heute stützt – ob zu Recht, ist nicht Gegenstand dieses Beitrags.

5.3. Die Freiheit des Störers und die Freiheit des Nichtstörers

Im allgemeinen Gefahrenabwehrrecht gilt der Grundsatz, dass der Störer mit Gefahrenabwehrmaßnahmen in Anspruch genommen werden kann. Der Störer ist der Verursacher einer Gefahr für andere. Seine Freiheit ist durch das allgemeine

Schadigungsverbot begrenzt. Die Menschen begegnen sich im Rechtsstaat auf der Basis von Freiheit und rechtlicher Gleichheit. Niemand darf den anderen zu etwas zwingen, Gewalt gegen ihn ausüben oder seine Rechtsgüter schädigen. Der Staat setzt dieses Schädigungsverbot in seiner Rechtsordnung durch.

Wenn jemand andere Menschen nicht absichtlich schädigt, sondern mit seinem Verhalten Risiken für die Rechtsgüter anderer erzeugt, weiß man noch nicht von vornherein, ob dieses Verhalten zu einem Schaden führen wird. Würde man ihm die Verursachung jedes Risikos für andere verbieten, wäre seine Freiheit auf Verhaltensweisen reduziert, die sich im sozialen Raum nicht auswirken. Fast die gesamte Wirtschaftstätigkeit käme zum Erliegen. Die Rechtsordnung verbietet daher grundsätzlich nur die Verursachung von solchen Risiken, die so groß sind, dass sie als Gefahren qualifiziert werden, während die Verursachung von Risiken unterhalb der Gefahrenschwelle erlaubt ist. Der Begriff der Gefahr stellt eine „praktische Konkordanz“ zwischen Rechtsgüterschutz auf der einen und Freiheitsausübung auf der anderen Seite her. In den Gefahrenbegriff ist die Verhältnismäßigkeit der dem Rechtsgüterschutz dienenden Gefahrenabwehr eingebaut. Die relationale Zuordnung von Größe des Schadens und erforderlicher Eintrittswahrscheinlichkeit sorgt für die Angemessenheit der mit Gefahrenabwehrmaßnahmen durchsetzbaren Pflicht, die Gefährdung von Rechtsgütern anderer Personen zu unterlassen.¹⁸

Wird hingegen die Freiheit von Nichtstörern zum Zwecke der Gefahrenabwehr eingeschränkt, gibt es in ihrem Verhalten keinen Anknüpfungspunkt. Maßnahmen, die gegen Störer verhältnismäßig sind, sind gegen Nichtstörer in der Regel unverhältnismäßig. Die Heranziehung von Nichtstörern kommt daher nur in einem Notstandsfall in Betracht, also dann, wenn es keine andere Möglichkeit gibt, den drohenden Schaden zu vermeiden, und nur solange, wie die Gefahr nicht mit anderen Mitteln abgewehrt werden kann. Alles andere ist unverhältnismäßig.

Die Corona-Politik hat diesen Notstand zum Normalfall gemacht. Das Bundesverfassungsgericht zieht überhaupt nicht in Betracht, dass alle Lockdown-Maßnahmen sich gegen Nichtstörer richten. Die Begriffe „Störer“ und „Nichtstörer“ tauchen in den Notbremse-Beschlüssen¹⁹ ebenso wenig auf wie der Begriff des Notstands. Bezeichnend für diese Entwicklung ist, dass ein bekannter Staatsrechtler und ehemaliger Verfassungsrichter gesunde und nichtinfektiöse Menschen als „Gefährder“ ansieht und Nichtgeimpfte sogar als „Intensivgefährder“.²⁰ In der als „Dauerbedrohung“²¹ verstandenen Pandemie ist für ihn der Mensch kraft seines Menschseins „Gefährder“.

An diesem Punkt sind wir mit unserem Rechtsstaat angekommen. Der Rechtsstaatszug ist entgleist. Wer hebt ihn wieder auf die Schienen? Für Bundeskanzler

18 Vgl. Murswiek (Fn. 2), S. 140 ff.

19 BVerfG – Bundesnotbremse I (Fn. 11); BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 971/21 u.a. – Bundesnotbremse II.

20 So Paul Kirchhof, Grundrechtsschutz in der Pandemie, FAZ-Einspruch 1.12.2021, <https://www.faz.net/-irf-aijyb>.

21 Kirchhof (Fn. 20).

Olaf Scholz kennt die Corona-Politik „keine roten Linien mehr“.²² Bisher waren wir der Auffassung, die roten Linien für die Politik ergäben sich aus dem Grundgesetz. Daran möchte ich hier erinnern.

Literaturverzeichnis

- Kirchhof, P., Grundrechtsschutz in der Pandemie, FAZ-Einspruch 1.12.2021, <https://www.faz.net/-irf-aijyb>.
- Murswiek, D., Die Corona-Waage – Kriterien für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Corona-Maßnahmen, NVwZ-Extra 5/2021, S. 1–15, https://content.beck.de/NVwZ/Extra_5-2021.pdf.
- Murswiek, D., Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik. Verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Ausformung, Duncker & Humblot: Berlin 1985.
- Murswiek, D., Rechtsprechungsanalyse: Umweltrecht und Grundgesetz, in: Die Verwaltung 33 (2000), S.241–283.
- Murswiek, D., Schutz – Freiheit – COVID. Zum Verhältnis von Schutzpflicht und Abwehrrechten in der Pandemie, DÖV 2021, S. 505–510.
- Murswiek, D., Umweltrisiken im amerikanischen Recht: Höhere Rationalität der Standardsetzung durch Kosten-Nutzen-Analyse?, in: Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2003 (UTR 71), Erich Schmidt Verlag: Berlin 2003, S. 127–184.
- Murswiek, D./Rixen, S., Artikel 2 GG, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, C.H. Beck: München, 8. Aufl. 2018.
- Schenke, W.-R., Polizei- und Ordnungsrecht, C.F. Müller: Heidelberg et al., 11. Aufl. 2021.

22 Tagesspiegel 1.12.2021, <https://www.tagesspiegel.de/politik/die-ungewoehnliche-kaminrunde-wie-der-kuenftige-kanzler-seinen-corona-coup-eingefaedelt-und-einige-veraergert-hat/27852052.html>.

Androhung und Anwendung von *Gewalt* und *bewaffneter Angriff* – zwei Typusbegriffe der völkerrechtlichen Friedenssicherung vor den Herausforderungen des Cyberwars

Burkhard Schöbener

Abstract Deutsch

Die Einordnung der einzelnen Erscheinungsformen des Cyberwars in das System des völkerrechtlichen Friedenssicherungsrechts ist mit einer Vielzahl komplexer Rechtsfragen verbunden. Erörtert wird im vorliegenden Beitrag ein neuer methodologischer Ansatz zur Qualifizierung von Cyberangriffen als Anwendung von *Gewalt* i. S. d. Art. 2 Nr. 4 UN-Ch. und als *bewaffneter Angriff* nach Art. 51 S. 1 UN-Ch. In einem ersten Schritt werden zunächst die in diesem Zusammenhang bisher diskutierten Ansätze anhand ihrer wesentlichen inhaltlichen Maßgaben kurz dargestellt, jedoch letztlich nur als Ausgangspunkt für eine weitergehende methodische Differenzierung verstanden.

Nach der hier vertretenen Auffassung kann der Vielgestaltigkeit potenzieller Angriffe im Cyberwar nur ein Begriffsverständnis gerecht werden, das eine Gesamtwürdigung aller wesentlichen Einzelaspekte zulässt. Aus diesem Grund wird vorgeschlagen, die Begriffe *Gewalt* und *bewaffneter Angriff* methodologisch als Typusbegriffe zu verstehen – als konkret-allgemeine Begriffe, die keine tatbestandlich zwingenden Anforderungen stellen, sondern die Einordnung einer Maßnahme auf einer Skala zwischen zwei sich idealtypisch gegenüberstehenden Polen erlauben und somit die Möglichkeit einer Abstufung eröffnen. Ein solches Verständnis ermöglicht ein flexibles Reagieren auf neue Bedrohungsszenarien, ohne dass es neuer rechtlicher Regelungen bedarf.

Abstract English

The classification of different manifestations of cyberwar under the existing system of international peace and security law entails a variety of complex legal questions. This article discusses a new methodological approach to the qualification of cyber attacks as a *use of force* within the meaning of Art. 2 No. 4 UN-Ch. and as an *armed attack* according to Art. 51 S. 1 UN-Ch. In a first step, the approaches currently under discussion in this context will be presented briefly by reference to their essential substantive requirements, yet they will ultimately only be understood as a starting point for a more extensive methodological differentiation.

According to the view expressed here, only a conceptual understanding, allowing for an overall assessment of all essential individual aspects, can do justice to the multifaceted nature of potential attacks in cyberwar. It is therefore proposed to understand the concepts of *use of force* and *armed attack* methodologically as type concepts (“Typusbegriffe”) – as concrete-general concepts that do not impose any mandatory requirements, but allow for a gradual classification of a measure on a scale between two ideally opposed poles. Such an understanding enables a flexible reaction to new threat scenarios without the need for new legal regulations.

1. Einleitung

Neue technologische Entwicklungen erweisen sich immer wieder als fundamentale Herausforderungen an bereits bestehende Rechtsordnungen, basieren letztere doch auf den Erfahrungen aus der Vergangenheit, während die technischen Neuerungen in höchst innovativer Weise zukunftsgerichtet sind. Die neuen Techniken und Methoden gewinnen dadurch immer wieder Vorsprung gegenüber den zur inhaltlichen Erstarrung neigenden rechtlichen Regelungen. Mehr noch als im innerstaatlichen Recht gilt diese Feststellung für die Völkerrechtsordnung, ist letztere angesichts ihrer generellen konsensualen Ausrichtung in ihrer substanziellen Anpassungsfähigkeit an sich höchst dynamisch wandelnde Regelungsgegenstände doch mit besonderen Hürden versehen.

Der vorliegende Beitrag widmet sich einem Themenbereich, der wie kaum ein zweiter in den letzten Jahrzehnten zentrale Fragen des völkerrechtlichen Friedenssicherungssystems aufwirft: dem Cyberwar. Durch die mit diesem neuen Begriff veranschaulichten massiven Änderungen der Kriegsführung werden aber nicht nur die völkerrechtlichen Regeln des *ius in bello* in Frage gestellt;¹ auch das grundsätzliche völkerrechtliche Verbot des *ius ad bellum*² sieht sich im Zeitalter der digitalen Revolution mit einer gänzlich neuen technologischen Situation konfrontiert. Die sich daraus ergebenden normativen Unsicherheiten darzustellen, zugleich aber auch neue Ansätze für interpretatorische Lösungen anhand der zentralen Begriffe der „Gewalt“ (Art. 2 Nr. 4 UN-Ch.) und des „bewaffneten Angriffs“ (Art. 51 S. 1 UN-Ch.) aufzuzeigen, ist der zentrale Zweck dieses Festschriftbeitrages zu Ehren meines lieben Freundes und Kollegen *Gilbert H. Gornig*. Durch das Verständnis von *Gewaltanwendung/-androhung* sowie *bewaffnetem Angriff* als sog. Typusbegriffe soll ein neuer methodischer Zugang zu deren inhaltlicher Erschließung aufgezeigt werden.

2. Insbesondere: der Cyberangriff (Computer Network Attack, CNA)

Gerade vor dem Hintergrund einer Analyse des Cyberwars am Maßstab des völkerrechtlichen Friedenssicherungsrechts kommt dem *Cyberangriff* eine ganz besondere Rolle zu, geht es bei ihm doch um die Handlung, die angesichts ihrer konkreten Auswirkungen mit den konventionellen Kriegsergebnissen die meisten

1 S. dazu etwa *Michael N. Schmitt*, *Cyber Operations and the Jus in Bello: Key Issues*, in: Raul (Pete) Pedrozo/Daria P. Wollschlaeger (Hrsg.), *International Law and the Changing Character of War*, *International Law Studies* 87 (2011), 89 ff.

2 Teilweise nach wie vor als *ius ad bellum* bezeichnet (ohne vorangestelltes *Verbot*). Angesichts des heute geltenden universellen Gewaltverbots dürfte dies kaum noch haltbar sein; s. dazu die unterschiedlichen Positionen von *Theodor Schweisfurth*, *Völkerrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2006, 479 (Rn. 5) (*ius contra bellum*); *Thomas Bruha*, *Ein Recht zum Krieg gibt es nicht mehr*, in: Dieter S. Lutz/Hans J. Gießmann (Hrsg.), *Stärke des Rechts gegen Recht des Stärkeren*, Baden-Baden: Nomos 2003, 289 ff.

Überschneidungsbereiche aufweist. Die *Joint Chiefs of Staff* definieren die CNAs mit “*Operations to disrupt, deny, degrade, or destroy information resident in computers and computer networks, or the computers and networks themselves*”³.

Allerdings beschränkt sich ein solcher Angriff oftmals nicht auf die Einschränkungen und Beeinträchtigung (Hervorrufung von Störungen oder sogar Zerstörung) der Informationen eines Computernetzwerkes, sondern kann auch weitere Schäden und Funktionsbeeinträchtigungen außerhalb des Netzwerkes hervorrufen (z. B. den Absturz eines Flugzeuges herbeiführen, das Entgleisen eines Zuges verursachen). Aufgeworfen ist damit eine der wichtigsten Fragen im vorliegenden Kontext: Stellt bereits die Einschränkung oder Beeinträchtigung der Informationen des Zielnetzwerkes eine Anwendung von *Gewalt* und/oder einen *bewaffneten Angriff* dar, oder bedarf es dafür auch der Verursachung weiterer Schäden an Leib und Leben von Menschen sowie von Sachschäden?

3. Grundpfeiler des UN-Systems: Verbot der „Androhung oder Anwendung von Gewalt“

In Art. 2 Nr. 4 UN-Ch., dem *corner stone of peace in the charter*⁴, ist zwar ganz allgemein von *Gewalt* (*force*) die Rede, doch werden zugleich zwei Handlungsvarianten unterschieden: die *Androhung* und die *Anwendung* (*threat* or *use of* ...). Allgemein anerkannt ist heute, dass die Vorschrift im Wesentlichen inhaltlich deckungsgleich ist mit der entsprechenden Vorschrift des Völkergewohnheitsrechts⁵ und insoweit auch zum *ius cogens* gehört⁶. Zugleich steht sie in einem Verhältnis der normativen Ergänzung und Vervollständigung zu Art. 51 UN-Ch. (Selbstverteidigungsrecht), für dessen inhaltliches Verständnis das universelle Gewaltverbot von maßgeblicher Bedeutung ist.

3.1. Militärische Gewalt bzw. Waffengewalt als Kerninhalt des universellen Gewaltverbotes

Trotz – vielleicht auch gerade wegen – seiner zentralen Bedeutung für das durch die Vereinten Nationen 1945 geschaffene Friedenssicherungssystem ist der Wortlaut des Art. 2 Nr. 4 UN-Ch. im Hinblick auf den dort verwendeten Gewaltbegriff nur bedingt aussagekräftig. Abgesehen von den drei Zweckklauseln (dazu sogleich

3 Joint Chiefs of Staff, Joint Publication 3–13, Department Of Defense Dictionary of Military and Associated Terms (31 January 2011), 92.

4 *Humphrey Waldock*, The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law, RdC 81 (1952/II), 451 (492).

5 *Burkhard Schöbener*, Gewaltverbot, universelles, in: Burkhard Schöbener (Hrsg.), Völkerrecht, Lexikon zentraler Begriffe und Themen, Heidelberg: C.F. Müller 2014, 126 (127).

6 IGH, *Nicaragua Case (Nicaragua v. United States of America)*, Urteil v. 27.6.1986, ICJ Reports 1986, 14 (Rn. 190); zuvor bereits die ILC in ILCYB 1966 Vol. II, 248 (Abschn. (3) zu Art. 50 des Entwurfs über das Recht der Verträge).

noch unter 3.1.1. enthält die Vorschrift folgende Regelung: „Alle Mitglieder [der Vereinten Nationen] unterlassen in ihren zwischenstaatlichen Beziehungen jede [...] Androhung oder Anwendung von Gewalt.“ Weitere Erläuterungen zum Gewaltbegriff sind in der UN-Charta nicht vorgesehen, was schon immer zu Diskussionen über den möglichen Begriffsinhalt geführt hat, insbesondere in Ermangelung einer ausdrücklichen Beschränkung auf Waffengewalt (3.1.2.). Letztlich ist die Vorschrift deshalb offen für ein inhaltlich dynamisches Verständnis zugunsten eines modernen Begriffs der militärischen bzw. bewaffneten Gewalt (3.1.3.).

3.1.1. Frühe Diskussionen über den Gewaltbegriff in Art. 2 Nr. 4 UN-Ch.

In den ersten Jahrzehnten des Bestehens der neuen Friedensorganisation waren einzelne Staaten – zumal aus dem sozialistischen Interessenblock und im Gesamtkontext des Kalten Krieges – noch sehr daran interessiert, den Gewaltbegriff der Charta umfassend zu interpretieren. *Gewalt* war danach ein Synonym für jede Art von Zwangsmaßnahme in den zwischenstaatlichen Beziehungen, insbesondere also (auch) die Anwendung politischer und wirtschaftlicher Zwangsmaßnahmen. Doch war bereits während der San Francisco-Konferenz der Antrag Brasiliens abgelehnt worden, dass auch „die Drohung oder der Gebrauch wirtschaftlicher Maßnahmen“ vom Gewaltverbot der Charta erfasst sein sollte.⁷ Hinter dem Antrag stand – über die politisch-strategischen Überlegungen hinaus – die dogmatische Konzeption, dass der Gewaltbegriff sich nach dem Erfolg bzw. Resultat der staatlichen Einwirkung bemessen sollte, nicht hingegen nach dem dazu verwendeten konkreten Mittel bzw. Instrument. Die Anhänger eines weiten Gewaltbegriffs beriefen sich zum einen auf das Argument der Waffengleichheit, da üblicherweise ökonomisch starke Staaten Wirtschaftssanktionen nur gegenüber insoweit schwächeren Staaten verwendeten, sowie auf das Argument der identischen Gefährdungslage, da Wirtschaftssanktionen in ihren Auswirkungen auf die betroffenen Staaten einer militärischen Intervention entsprechen könnten. Die große Mehrheit der Staaten wie auch der Völkerrechtswissenschaft lehnte diese Sichtweise – nicht zuletzt auch unter Bezugnahme auf den seinerzeit verworfenen Antrag Brasiliens – jedoch ab.⁸ Maßgeblich sollte das eingesetzte (Gewalt-)Mittel sein, das man ausschließlich im Gebrauch von militärischer Gewalt bzw. Waffengewalt verortete.⁹ Darauf ist

7 Ausführlich dazu *Albrecht Randelzhofer/Oliver Dörr*, in: Bruno Simma (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 3. Aufl., Oxford: Oxford University Press 2012, Art. 2 (4), Rn. 17 ff., insb. Rn. 18.

8 S. nur *Randelzhofer/Dörr* (Fn. 7), Art. 2 (4), Rn. 17 f., m. w. N.; *Torsten Stein/Christian v. Buttlar/Markus Kotzur*, *Völkerrecht*, 14. Aufl., München: Vahlen 2017, Rn. 775; zur Diskussion um den Gewaltbegriff s. auch *Ian Brownlie*, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford: Oxford University Press 1963, 362.

9 *Burkhard Schöbener/Jochen Herbst/Markus Perkams*, *Internationales Wirtschaftsrecht*, Heidelberg: C.F. Müller 2010, Kap. 2 Rn. 107 f. m. w. N.; s. auch *Wolff Heintschel von Heinegg*, *Informationskrieg und Völkerrecht*, in: Volker Epping/Horst Fischer/Wolff Heintschel von Heinegg (Hrsg.), *FS für Knut Ipsen zum 65. Geburtstag*, Etschberg: Kuschel 2000, 129 (138).

im Zusammenhang mit den Maßnahmen der digitalen Kriegsführung zurückzukommen.

Irrelevant für die Feststellung eines Verstoßes gegen das universelle Gewaltverbot sind die in Art. 2 Nr. 4 UN-Ch. genannten – auf den ersten Blick als Restriktionen des Normtatbestandes erscheinenden – Zwecksetzungen, wonach die Gewaltandrohung oder -anwendung „gegen die territoriale Unversehrtheit oder die politische Unabhängigkeit“ des angegriffenen Staates gerichtet sein muss oder „sonst mit den Zielen der Vereinten Nationen unvereinbar“ ist.¹⁰ Die Entstehungsgeschichte der Zweckklausel offenbart, dass mit ihrer Einfügung eine Einschränkung des Normtatbestandes gerade nicht beabsichtigt war: Vor allem kleinere Staaten drängten – zur Vermeidung einer argumentativen Umgehung des Gewaltverbotes durch militärisch mächtige Staaten – darauf, die Zweckklausel mit ihren drei Alternativen in den Wortlaut der Vorschrift zu implementieren¹¹, um auf diese Weise besonders intensive Formen der verbotenen Gewaltanwendung hervorzuheben,¹² ohne zugleich den Normtatbestand einengen zu wollen.¹³ Gleichwohl ist die Zweckklausel für das Gesamtverständnis der Vorschrift auch heute durchaus noch von Bedeutung, drückt sie doch in ihren beiden ersten Alternativen (Verletzung der territorialen Unversehrtheit oder Verletzung der politischen Unabhängigkeit) – sofern mit militärischer Gewalt vorgenommen – das traditionelle Kriegsverständnis aus, das auch heute noch – insoweit unbestritten – den Kerninhalt des universellen Gewaltverbotes bildet.

3.1.2. *Fehlende adjektivische Präzisierung der Gewalt*

Wenn heute ganz überwiegend die Auffassung vertreten wird, der in Art. 2 Nr. 4 UN-Ch. ohne jegliche adjektivische Präzisierung verwendete Rechtsbegriff „Gewalt“ sei ausschließlich als *militärische* Gewalt bzw. *Waffengewalt* zu verstehen, dann findet dies jedenfalls keine direkte Grundlage im Normtext des universellen Gewaltverbotes¹⁴. Auch aus einer rein sprachwissenschaftlichen Sicht ist der Begriff der *Gewalt* durchaus einem weiten Verständnis zugänglich.¹⁵ Mehr noch: Gerade die explizit formulierte Abhängigkeit einer rechtmäßigen Selbstverteidigung (Art. 51 UN-Ch.) von einem „bewaffneten Angriff“ (*armed attack*) belegt,

10 Zu einer aus dem Wortlaut abgeleiteten *These von der tatbestandlichen Restriktion des universellen Gewaltverbotes* vgl. ablehnend bereits Burkhard Schöbener, Schutz der Menschenrechte mit militärischer Gewalt: die humanitäre Intervention zwischen Völkerrecht und internationaler Politik, *Zeitschrift für Politik* 47 (2000), 293 (299 ff.), m. N. auch zu den Vertretern des vorgenannten Argumentationsansatzes.

11 Zusammenfassend Schöbener, Menschenrechte (Fn. 10), 301, m. w. N.

12 Schöbener, Gewaltverbot (Fn. 5), 132.

13 Brownlie (Fn. 8), 267; Falko Dittmar, *Angriffe auf Computernetzwerke*, Berlin: Duncker & Humblot 2005, 65; Schöbener, Menschenrechte (Fn. 10), 301.

14 Zur Diskussion vgl. Russell Buchan, *Cyber Attacks: Unlawful Uses of Force or Prohibited Interventions?*, *Journal of Conflict and Security Law* 17 (2012), 211 (215).

15 Marco Benatar, *The Use of Cyber Force: Need for Legal Justification?*, *Goettingen Journal of International Law* 1 (2009), 375 (381), um dies dann jedoch nach Maßgabe der völkerrechtlichen Auslegungsmaßgaben deutlich einzuschränken (382 ff.).

dass man bei der Schaffung der UN-Charta durchaus den inhaltlichen Mehrwert adjektivischer Präzisierungen kannte und sinnvoll zu verwenden wusste.¹⁶ Gleichwohl bedeutet das keineswegs, dass der Gewaltbegriff damit – im Rahmen eines vor-rechtlichen, linguistischen Verständnisses – einer generellen Determinierung durch die jeweils betroffenen Staaten zugänglich werden sollte. Zumindest eine gewisse inhaltliche Entwicklungsoffenheit des Gewaltbegriffs war damit aber fraglos konzediert.

In der Staatenpraxis sind die beiden Handlungsalternativen (Androhung, Anwendung) von unterschiedlicher Relevanz. Im Mittelpunkt steht üblicherweise die Anwendung von Gewalt, ist diese doch bei konventionellen Waffen (z. B. Artilleriesysteme, Kampfpanzer und -hubschrauber) ohne weiteres objektiv identifizierbar. Überdies ist die generelle und konkrete Eignung solcher „Waffen“ zur Herbeiführung massiver Verletzungen der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens einer Vielzahl von Menschen sowie von Sachschäden (allg.: Folgeschäden) klar ersichtlich, ohne dass es auf die tatsächliche Verursachung solcher Folgeschäden aber letztlich ankommt. Denn auch der Einmarsch mit Panzern etc. in einen fremden Staat gegen dessen Willen ist schon für sich genommen ein Einsatz von (Waffen-)Gewalt, ohne dass auch nur ein einziger Schuss abgegeben worden sein muss. Selbst wenn man darin keine Anwendung von Gewalt sehen will, so ist doch jedenfalls ihre Androhung offensichtlich.

Für das heute vorherrschende einschränkende Verständnis dürfte vor allem die historisch-waffentechnische Situation am Ende des Zweiten Weltkrieges als reale Vorlage gedient haben, ein Verständnis, das auch in den Jahrzehnten danach angesichts der weithin gleichbleibenden Funktionsweisen der Waffentechnik – abgesehen von ABC-Waffen – keiner grundsätzlichen Revision bedurfte. Und der Waffen-Charakter von ABC-Waffen stand angesichts ihrer konkreten Einsatzszenarien und ihres spezifischen Schädigungspotentials niemals in Zweifel. Gleichwohl wird eine andere Dimension erreicht, wenn man – eher unreflektiert – auch die generelle Verwendung von Viren, Würmern etc. im Cyberraum als solche bereits dem Begriff der (Androhung oder Anwendung von) Gewalt zuordnen wollte. Insoweit bedarf es einer weiteren Aufklärung des Begriffs der militärischen Gewalt bzw. Waffengewalt.

3.1.3. *Dynamisches Begriffsverständnis von militärischer/bewaffneter Gewalt*

Während der klassische Waffenbegriff allerdings durch das Kriterium der Freisetzung kinetischer Energie¹⁷ gekennzeichnet ist, knüpft der moderne Begriff – wie schon bei der Einbeziehung von biologischen und chemischen Waffen¹⁸ – vor al-

16 S. auch *Matthew C. Waxman*, *Cyber Attacks as “Force” under UN Charter Article 2 (4)*, *International Law Studies* 87 (2011), 43 (46), dass eine gewollte Beschränkung des Art. 2 Nr. 4 UN-Ch. auf die Verwendung von Waffengewalt im Text auch ihren Ausdruck gefunden hätte.

17 Vgl. *Dittmar* (Fn. 13), 203.

18 *Torsten Stein/Thilo Marauhn*, *Völkerrechtliche Aspekte von Informationsoperationen*, *ZaöRV* 60 (2000), 1 (6); *Heintschel von Heinegg* (Fn. 9), 138: „Der Grund dafür ist so

lem an die Auswirkungen des Einsatzes des Instrumentes (Mittels) an, insbesondere dessen generelle Fähigkeit zur Herbeiführung von massiven physischen Schäden, sei es an der körperlichen Unversehrtheit und dem Leben von Menschen als auch durch die Verursachung bedeutsamer Sachschäden, ggf. – aber nicht notwendig¹⁹ – einschließlich deren Zerstörung.

Auch der IGH²⁰ hat 1996 in seinem Gutachten zu Nuklearwaffen ausdrücklich betont, dass der Begriff der „Waffe“ keinen instrumentenspezifischen Beschränkungen unterliegt:

“These provisions do not refer to specific weapons. They apply to any use of force, regardless of the weapons employed. The Charter neither expressly prohibits, nor permits, the use of any specific weapon, including nuclear weapons.”

Was seinerzeit noch ohne weiteres für ABC-Waffen umfassende Geltung beanspruchen konnte, ist durch die technologische Entwicklung der letzten 30 Jahre jedoch mit neuen Fragezeichen versehen worden: Heute geht es darum, ob es – wiederum gemessen an der Gemeinsamkeit der bisher als Waffen bekannten Instrumente – eines „physischen Elementes“ zur Erfüllung der Waffeneigenschaft (Art. 51 UN-Ch.) bedarf, oder ob auch „rein elektronische oder virtuelle Waffen“ erfasst werden.²¹ Angesichts der Aussage des IGH im Nuklearwaffen-Gutachten und vor dem Hintergrund der Einbettung der einschlägigen Vorschriften (Art. 2 Nr. 4, Art. 51 UN-Ch., Artt. 39, 41, 42 UN-Ch.) in ein normatives Gesamtkonzept zur Erhaltung des Weltfriedens gebietet eine an Ziel und Zweck orientierte Auslegung (Art. 31 Abs. 1 WVK) die chartabasierte dynamische Weiterentwicklung dieser Konzeption.²² Der offene Wortlaut der genannten Vorschriften erlaubt eine solche systemimmanente Weiterentwicklung nicht nur, sondern gebietet sie sogar. Denn nur auf diese Weise lässt sich der waffentechnologischen Weiterentwicklung auf hinreichend rechtssicherem Grund begegnen.

einfach wie offensichtlich: Der Einsatz von biologischen und chemischen Waffen hat unmittelbar Gesundheitsbeeinträchtigungen oder gar den Tod zur Folge. Ist er einem Staat zurechenbar und gegen einen anderen Staat gerichtet, handelt es sich daher um verbotene Gewaltanwendung i.S. der Charta der Vereinten Nationen.“

- 19 Zur Maßgeblichkeit der Auswirkung des Instrumenteneinsatzes: *Stein/Marauhn* (Fn. 18), 6.
- 20 IGH, *Gutachten über die Legalität von Nuklearwaffen*, Gutachten v. 8.7.1996, ICJ Reports 1996, 226 (Rn. 39). Die Aussage bezieht sich auf Art. 2 Nr. 4, Art. 39 und Art. 51 UN-Ch.
- 21 So *Stephan Hobe*, Das Selbstverteidigungsrecht im Cyberspace (Vortrag auf einer Akademietagung für Offiziere der Bundeswehr am 16./17.11.2021 in Bensberg, Manuskript), 14 (B.II.1.), der aber eine analoge Anwendung des Art. 51 UN-Ch. befürwortet, „da die Anwendung des naturgegebenen Selbstverteidigungsrechts nicht davon abhängen kann, wie ein möglicher Angriff verursacht bzw. ein entstandener Schaden vermittelt wurde.“ Eine Betonung des physischen Zwanges findet sich vor allem im Schrifttum der 1950er Jahre; s. nur *Waldock* (Fn. 4), 492.
- 22 Im Ergebnis ebenso *Yoram Dinstein*, Computer Network Attacks and Self-Defense, *International Law Studies* 76 (2002), 99 (103); *Albrecht Randelzhofer/Georg Nolte*, in: *Simma* (Fn. 7), Art. 51, Rn. 43, m. w. N.

3.1.4. Zwischenergebnis

Festzuhalten bleibt somit, dass der nach wie vor aktuelle Gewaltbegriff grundsätzlich auf das verwendete Mittel (Instrument) rekurriert, das traditionell an die Inanspruchnahme kinetischer Energie anknüpft, um dann – im Hinblick auf die Besonderheiten neuartiger Waffentechnik – auch die nicht kinetisch betriebenen Instrumente im Hinblick auf ihr enormes Schädigungspotential erfassen zu können. Dies gibt bereits einen ersten Hinweis darauf, dass ein moderner Gewaltbegriff vor dem Hintergrund der technischen Entwicklungen der letzten Jahrzehnte nicht mehr bei der Qualifizierung des Mittels als „Waffe“ bzw. als Einsatz von „Waffengewalt“ stehen bleiben kann, sondern auch die (potentiellen) Folgen zu berücksichtigen hat. Erforderlich ist mithin eine *Gesamtbetrachtung*,²³ wie sie bislang typischerweise bei der Frage nach der *Androhung* von (Waffen-)Gewalt²⁴ von Interesse ist, angesichts der zunehmenden *Komplexität* der *Handlungs-Wirkungs-Zusammenhänge* aber auch bei der Frage nach der *Anwendung* von Gewalt zunehmend in den Fokus tritt. Hier wie dort bedarf es einer Gesamtbetrachtung bzw. Gesamtbewertung (dazu unter 5.–7.).

3.2. Anwendungsszenarien des Cyberwars – Konkrete Folgenbetrachtung am Beispiel kritischer Infrastrukturen

Für den Instrumentenkasten des Cyberwars hat dies zur Folge, dass sich die völkerrechtlich zutreffende Erfassung der unterschiedlichen Mittel digitaler Kriegsführung nicht nach formalen Kriterien (z. B. die technischen Begriffe „Waffe“ oder „militärische Gewalt“) bestimmt, sondern insoweit vor allem auf die spezifische Wirkungsweise jedes einzelnen Instrumentes abzustellen ist (3.2.1.). Hinzu kommen weitere Überlegungen zu etwaigen physischen Folgeschäden (3.2.2.) und zur Intensität der Einwirkung (3.2.3.). Verdeutlicht wird dies nachfolgend am Beispiel der Einwirkung auf kritische Infrastrukturen.

3.2.1. (Drohende) Einwirkung auf Systeme kritischer Infrastruktur

Die Einordnung einer Cyberattacke als Verstoß gegen das universelle Gewaltverbot (Art. 2 Nr. 4 UN-Ch.) – dasselbe gilt auch für den *bewaffneten Angriff* gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 UN-Ch. – ist jedenfalls dann ohne größere Schwierigkeiten zu leisten, wenn die vorgenannten Folgen (Verletzung von Leib und Leben und/oder Herbeiführung erheblicher Sachschäden) *unmittelbar* (direkt) verursacht werden.²⁵ In diesen Fällen erweist sich das eingesetzte Mittel schon allein angesichts

23 S. die Zusammenstellung einzelner Beispiele bei *Dinstein*, *Computer Network Attacks* (Fn. 22), 105; außerdem *Heather Harrison Dinniss*, *Cyber Warfare and the Laws of War*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, 80.

24 Zur Gesamtbewertung im Hinblick auf die Androhung von Gewalt s. IGH, *Gutachten über die Legalität von Nuklearwaffen* (Fn. 20), Rn. 47: Ob eine Androhung von Gewalt vorliege, „depends upon various factors“.

25 *Dittmar* (Fn. 13), 90 f.; *Christopher C. Joyner/Catherine Lotrionte*, *Information Warfare as International Coercion*, EJIL 12 (2001), 825 (849 f.); *Stein/Marauhn* (Fn. 18), 7.

der von ihm bewirkten Folgen, soweit sie denen einer klassischen militärischen Maßnahme nicht nachstehen, als Anwendung von (militärischer bzw. Waffen-) Gewalt.

Nichts anderes gilt auch für die Einwirkung auf Systeme kritischer Infrastrukturen. Dahinter steht die Überlegung, dass es zur Aufrechterhaltung eines ordnungsgemäßen und effizienten Staatswesens besonderer, auf moderner Technik basierender Systeme bedarf. Werden diese Systeme und Einrichtungen ganz oder teilweise zerstört oder auf andere Weise um ihre Funktionsfähigkeit gebracht, dann kann dies – u. a. in Abhängigkeit von dem Grad der Funktionsbeeinträchtigung – durchaus als „Gewalt“ im Sinne des völkerrechtlichen Friedenssicherungsrechts zu qualifizieren sein. Derartige Systeme und Einrichtungen lassen sich aber nicht abschließend aufführen; sie sind in ihrer Art und Gewichtung geprägt vom jeweiligen Entwicklungsstand von Staat, Verwaltung, Ökonomie und Gesellschaft. Soweit es vorliegend um Eingriffe im Zusammenhang mit dem universellen Gewaltverbot geht, erscheint eine generelle Charakterisierung des Eingriffsobjektes deshalb nicht zielführend. Vielmehr ist die kritische Infrastruktur inhaltlich in einer Weise zu präzisieren, dass der zentrale Zweck des universellen Gewaltverbotes dabei seine (auch begrenzende) Funktion zur Geltung bringen kann.

Die Qualifizierung von Cyberangriffen ist – über die rechtlichen Schwierigkeiten bei der inhaltlichen Präzisierung der einschlägigen völkerrechtlichen Begriffe hinaus – vor allem auch deshalb mit besonderen Unsicherheiten behaftet, weil solche Angriffe höchst unterschiedliche Auswirkungen mit sich bringen können: von bloßen „Infektionen“ des gegnerischen Netzwerks und dessen Ausspähung, über Ärgernisse angesichts der Schädigung von Sachen (z. B. Gebäuden, Infrastruktureinrichtungen und -systemen) bis hin zur Vernichtung einer mehr oder weniger großen Anzahl von Menschenleben, ggf. aber auch „nur“ der Verletzung der Gesundheit.²⁶ So wird im Kontext der Gesamtheit kritischer Infrastrukturen teilweise dahingehend differenziert, Angriffe auf Banken- und Finanzsysteme sowie auf Telekommunikationssysteme stellten keine bewaffneten Angriffe (Art. 51 UN-Ch.) dar;²⁷ verbunden ist diese Feststellung jedoch mit einer Reihe von Vorannahmen, die in der Lebenswirklichkeit allenfalls zu einer generellen, graduell abstufbaren Systematisierung führen, nicht aber zu abschließenden Feststellungen kategorialer Art.²⁸

Zu den im vorliegenden Zusammenhang relevanten Systemen kritischer Infrastruktur gehören vor allem militärische und militärisch genutzte Anlagen und Einrichtungen, aber auch die typischen Versorgungsnetzwerke (insb. Strom, Öl, Gas, Wasser), die Verkehrswege und das Transportwesen, das Gesundheitswesen usw. Irrelevant ist insoweit, ob diese Aufgaben vom Staat und seinen Organisations-

26 S. dazu nur *Michael N. Schmitt*, *Computer Network Attack and the Use of Force in International Law*, Colum. J. Transnat'l L. 37 (1999), 885 (912); *Dittmar* (Fn. 13), 151.

27 So *Dittmar* (Fn. 13), 156.

28 Zutreffend *Dittmar* (Fn. 13), 156, indem er seine Auffassung mit der zutreffenden Einschränkung verbindet, dass sich „Grauzonen“ nicht vermeiden lassen und daß u. U. nur kleine Veränderungen zu einer anderen rechtlichen Bewertung führen“; *Dinstein*, *Computer Network Attacks* (Fn. 22), 105, mit differenzierten Beispielen.

einheiten selbst oder von Privaten (aus der Mitte der Gesellschaft) wahrgenommen werden. Maßgeblich ist allein, dass sie aufgrund des Eingriffs von außen nicht mehr ihre zentrale Aufgabe erfüllen können.

3.2.2. *Erforderlichkeit der Verursachung physischer Folgeschäden?*

Ob es insoweit auch zwingend der zusätzlichen Herbeiführung physischer Folgeschäden bedarf, um eine Qualifizierung als militärische Gewalt i.S.d. Art. 2 Nr. 4 UN-Ch. zu erlauben, ist äußerst umstritten.²⁹ Zur Abgrenzung gewaltsamer und gewaltfreier Maßnahmen greift ein Teil der Literatur erkenntnisleitend auf die Abgrenzung von Art. 41 und Art. 42 UN-Ch. zurück.³⁰

Vor diesem Hintergrund stellt eine Meinungsgruppe³¹ (*consequentiality approach*)³² darauf ab, dass es – wie im Regelfall beim Einsatz kinetischer Waffen und von ABC-Waffen – zu entsprechenden Schäden an Leib und Leben von Menschen sowie zu Sachschäden größeren Ausmaßes kommen müsse. Das führt in der Konsequenz dazu, dass z. B. bei einer Cyberattacke danach differenziert wird, ob es sich um einen Angriff auf ein Telekommunikationssystem oder auf Banken- und Finanzsysteme handelt, die beide allein schon mangels Zerstörung größerer Sachwerte oder einer gewissen Anzahl der Verletzung von Leib und Leben nicht als Anwendung von (Waffen-)Gewalt zu qualifizieren sind.³³ In diesen Bereichen kritischer Infrastruktur ist auch nicht ohne weiteres ersichtlich, unter welchen konkreten Umständen solche Virenangriffe zur Vorbereitung von Militärschlägen dienen können. Anders ist dies zweifellos bei sicherheitsrelevanten Systemen (z. B. militärischen oder polizeilichen Anlagen und Einrichtungen). Ein auf solche Systeme gerichteter Virenangriff wird häufig der gezielten Vorbereitung militärisch relevanter Operationen dienen, ohne dass aber zum konkreten Zeitpunkt solche bereits objektiv ersichtlich sind. Auch Vertreter der Ansicht, die grundsätzlich den Eintritt entsprechender Schadensfolgen verlangen, machen durchaus Zugeständnisse insoweit, dass sie bereits diese Vorbereitungshandlung als Angriffsbeginn qualifizieren.³⁴

Idealtypisch gegenübergestellt ist diesem auf die Wirkung abstellenden Interpretationsansatz derjenige Ansatz, der beim Mittel bzw. Instrument der militärischen Operation ansetzt (*instrumentality approach*)³⁵. Vor dem Hintergrund des funktionsbezogenen Waffenbegriffs, von dem auch der IGH ausgeht (s. o.), wird die *Cyberwaffe* dann so weit präzisiert, dass jedes diese Definition erfüllende In-

29 S. Katharina Ziolkowski, Computernetzwerkoperationen und die Zusatzprotokolle zu den Genfer Abkommen, HuV-I 21 (2008), 202 (208 f.).

30 So etwa Schmitt (Fn. 26), 912 f., 924.

31 Grundlegend bereits Brownlie (Fn. 8), 362; vgl. auch Dinstein, Computer Network Attacks (Fn. 22), 103; Stein/Marauhn (Fn. 18), 7: Verursachung „vergleichbarer Schäden“; bestätigend und zusammenfassend: Dittmar (Fn. 13), 155 ff.

32 So die Bezeichnung durch Benatar (Fn. 15), 389.

33 Überzeugend Dittmar (Fn. 13), 156, m.w.N.

34 So Dittmar (Fn. 13), 156 f., m.w.N.

35 So die Bezeichnung durch Benatar (Fn. 15), 389.

strument, sofern tatsächlich betätigt, als Anwendung von (Waffen-)Gewalt gilt: "Any capability, device, or combination of capabilities and techniques, which if used for its intended purpose, is likely to impair the integrity or availability of data, a program, or information located on a computer or information processing system."³⁶

Diese Beispiele ließen sich in vielfältiger Ausdifferenzierung weiter fortführen.³⁷ Aber schon so ist erkennbar, dass es keine stringente und konsequente Anwendungslinie gibt – und geben kann. Legt man nämlich den *consequentiality approach* zugrunde, dann ist es schlicht inkonsequent, den Beginn eines Angriffs auf ein sicherheitsrelevantes System bereits in der Einnistung oder sogar der Beeinträchtigung des Computernetzwerks zu verorten, während für alle anderen Fälle die massive Verletzung von Leib und Leben sowie Hervorrufung von Sachschäden verlangt wird. Der *instrumentality approach* kommt völlig ohne jegliche tatsächliche Schadenszufügung aus und stellt vielmehr – allein oder zusammen mit anderen Kriterien – auf die generelle Fähigkeit und konkrete Wahrscheinlichkeit der Schadenszufügung ab. Eine Qualifizierung als (Waffen-)Gewalt allein aufgrund dieses Kriteriums würde den Begriff der Gewalt in Art. 2 Nr. 4 UN-Ch. der Grenzenlosigkeit anheimgeben.

3.2.3. Art und Intensität der Einwirkung?

Welcher Art die Einwirkung sein muss und ob es insoweit einer bestimmten Intensität bedarf, ist ebenfalls umstritten. Gefordert wird teilweise ein „massives Stören“ solcher Infrastruktursysteme;³⁸ andere Stimmen verlangen, dass über die Störung hinaus auch physische Folgeschäden außerhalb des Systems eintreten müssen³⁹; wiederum andere begnügen sich hingegen – zur Gewährleistung einer Vergleichbarkeit mit kinetisch betriebenen Waffen – damit, dass die massive Störung „eine ähnliche Wirkung der Friedensstörung bzw. der Störung des öffentlichen Lebens haben kann wie ein Bombardement“⁴⁰. Der IGH hat sich bisher mit dieser Frage noch nicht befassen müssen, gleichwohl aber in seinem Nicaragua-Urteil (1986) die Gelegenheit genutzt, den Gewaltbegriff des Art. 2 Nr. 4 UN-Ch. abzugrenzen vom Begriff des „bewaffneten Angriffs“ (Art. 51 S. 1 UN-Ch.). Deshalb wird die Frage nach Art und Intensität der Einwirkung nachfolgend im Kontext des Selbstverteidigungsrechts erörtert. Es sei aber bereits vorweggenommen, dass der Gerichtshof im Rahmen des universellen Gewaltverbotes bislang keine besonderen Anforderungen an Art und Intensität des grenzüberschreitenden Einsatzes von (Waffen-)Gewalt stellt, die Hürden hinsichtlich der Intensität der Gewaltanwendung bei einem „bewaffneten Angriff“ hingegen deutlich höher gelegt hat.

36 Graham H. Todd, Armed Attack in Cyberspace: Deterring Asymmetric Warfare with an Asymmetric Definition, Air Force Law Review 64 (2009), 65 (83).

37 S. nur Ziolkowski (Fn. 29), 207 ff.

38 S. Ziolkowski (Fn. 29), 208 f.

39 So Schmitt (Fn. 26), 912 f., 924, unter Hinweis auf die Abgrenzung von Art. 41 und Art. 42 UN-Ch.

40 Ziolkowski (Fn. 29), 208; ebenso Stein/Marauhn (Fn. 18), 7.

4. Selbstverteidigungsrecht, Art. 51 UN-Ch.

Neben dem System kollektiver Sicherheit (VII. Kapitel, Art. 39 ff. UN-Ch.) bildet das Selbstverteidigungsrecht (Art. 51 UN-Ch.) die zweite in der Charta ausdrücklich aufgeführte Ausnahmeregelung zum universellen Gewaltverbot.⁴¹ Gegenmaßnahmen des von einem Cyberangriff betroffenen Staates sind mit der Frage konfrontiert, ob sie als Selbstverteidigungsmaßnahme gegen einen „bewaffneten Angriff“ auch die Anwendung militärischer Gewalt einschließen dürfen und welche Maßnahmen ggf. davon umfasst sind.

4.1. Systematische Einordnung des Selbstverteidigungsrechts

Unter systematischen Gesichtspunkten ist beachtenswert, dass das Selbstverteidigungsrecht in Art. 51 UN-Ch. geregelt wurde – und damit im Kapitel über das System kollektiver Sicherheit (VII. Kapitel; Art. 39–51 UN-Ch.). Ging man ursprünglich noch davon aus, dass das Selbstverteidigungsrecht gar keiner expliziten Regelung in der Gründungsurkunde der Vereinten Nationen bedurfte, so war Art. 51 UN-Ch. nun allein schon durch diese Einordnung – zumindest im äußeren Erscheinungsbild – auf den rechtlichen Wirkungszusammenhang der kollektiven Sicherheit beschränkt. Sinn macht dies fraglos angesichts der in Art. 51 S. 1 UN-Ch. eingefügten sog. Subsidiaritätsklausel („bis der Sicherheitsrat [...] die erforderlichen Maßnahmen getroffen hat“; in Art. 51 S. 2 UN-Ch. finden sich Maßgaben für die weitere Ausgestaltung und Präzisierung der Rechtsstellung des Sicherheitsrates). Zugleich betont die Vorschrift aber auch die besondere Herkunft („das naturgegebene Recht“/„the inherent right“) und die aktuelle Ausprägung (neben der individuellen auch die „kollektive Selbstverteidigung“/„collective self-defence“)⁴² dieses Rechtes. In der Konsequenz bedeutet das zwar, dass – nach Auffassung des IGH⁴³ – jedenfalls 1945 neben der neu geschaffenen Norm des Vertragsrechts auch eine solche des Gewohnheitsrechts bestand. Inhaltliche Unter-

41 Eine dritte Ausnahme, die Vorschriften über die sog. Feindstaatenklauseln (Art. 107 i. V. m. Art. 53 UN-Ch.), wird bereits seit Jahrzehnten als obsolet angesehen; vgl. Schöbener (Fn. 5), 132.

42 Im Völkergewohnheitsrecht war das kollektive Selbstverteidigungsrecht zu diesem Zeitpunkt noch sehr umstritten; vgl. Nico Krisch, *Selbstverteidigung und kollektive Sicherheit*, Berlin: Springer 2001, 235.

43 In seiner Nicaragua-Entscheidung hat der IGH dann 1986 ausdrücklich hervorgehoben (IGH, *Nicaragua Case* [Fn. 6], Rn. 176): “The court therefore finds that Art. 51 of the charter is only meaningful on the basis that there is a ‘natural’ or ‘inherent’ right of self-defence, and it is hard to see that this can be other than of a customary nature, even if its present content has been confirmed and influenced by the charter.” Weiter heißt es: “It cannot [...] be held that Article 51 is a provision which ‘subsumes and supervenes’ customary international law. It rather demonstrates that in the field in question, the importance of which for the present dispute need hardly be stressed, customary international law continues to exist alongside treaty law. The areas governed by the two sources of law thus do not overlap exactly, and the rules do not have the same content. This could also be demonstrated for other subjects, in particular for the principle of non-intervention.”

schiede beider Normen waren damit seinerzeit nicht ausgeschlossen, dürften sich angesichts der generellen Ausrichtung an Art. 51 UN-Ch. in den letzten Jahrzehnten aber weithin egalisiert haben.

4.2. Wortlaut: „bewaffneter Angriff“

Diese inhaltliche Angleichung des Selbstverteidigungsrechts im Vertrags- und Gewohnheitsrecht erfasst nicht zuletzt auch die maßgebliche Voraussetzung für das Selbstverteidigungsrecht, dass sich nämlich ein „bewaffneter Angriff“ („armed attack“) ereignet („occurs“). Bedeutsam ist das vor allem deshalb, weil in den ersten Jahren nach Gründung der Vereinten Nationen teilweise die Ansicht vertreten wurde, das gewohnheitsrechtliche und das chartabasierte Selbstverteidigungsrecht stünden mehr oder weniger isoliert nebeneinander, und die gewohnheitsrechtliche Norm setze keineswegs notwendig einen „bewaffneten Angriff“ voraus, sondern könne auch eingreifen im Falle gewaltsamer Angriffe auf wichtige Interessen des Staates im Ausland, z. B. von Leib und Leben der sich außerhalb des eigenen Staatsgebietes aufhaltenden eigenen Staatsangehörigen.⁴⁴ Mittlerweile dürfte die inhaltliche Identität des Selbstverteidigungsrechts nach Maßgabe beider Rechtsquellen aber nicht mehr in Zweifel stehen.

4.2.1. Abgrenzung zum Gewaltbegriff aus Art. 2 Nr. 4 UN-Ch.: Spürbarkeitskriterium (IGH)

Auch wenn das Adjektiv „bewaffnet“ im Vergleich zum Begriff der Gewalt dem erforderlichen „Angriff“ ein – vergleichsweise – konkretes Anforderungsprofil verleiht, so ist die damit verbundene inhaltliche Präzisierung doch nicht mehr als eine erste Annäherung: Denn – wie gesehen – setzt auch der Begriff der Gewalt den Einsatz von Waffen voraus, hat sich insoweit aber auch – dynamisch und entwicklungs offen – den modernen Waffenbegriff (s. o.) zu Eigen gemacht.

Dennoch hat der IGH in seiner Nicaragua-Entscheidung daraus nicht die – eigentlich naheliegende – Konsequenz gezogen, der Anwendung der Rechtsbegriffe „(Waffen-)Gewalt“ (Art. 2 Nr. 4 UN-Ch.) und „bewaffneter Angriff“ (Art. 51 S. 1 UN-Ch.) ein identisches Verständnis zuzusprechen. Vielmehr differenziert er beide Begriffe danach aus, dass der „bewaffnete Angriff“ der engere Begriff sei, während der Gewaltbegriff darüber hinausgehe und zusätzlich auch solche weiteren Handlungen erfasse, die ebenfalls mit Waffengewalt ausgeführt werden, aber einen gewissen Schweregrad nicht überschreiten:

“[The Court] has primarily to consider whether a State has a right to respond to intervention with intervention going so far as to justify a use of force in reaction to measures which do not constitute an armed attack but may nevertheless involve a use of force.”⁴⁵

44 So etwa *Derek William Bowett*, *Self-Defence in International Law*, Manchester: Manchester University Press 1958, 184 ff.; s. auch *Julius Stone*, *Aggression and World Order*, Berkeley: University of California Press 1958, 97 ff.

45 IGH, *Nicaragua Case* (Fn. 6), Rn. 210.

Zur Abgrenzung stellt der Gerichtshof⁴⁶ darauf ab, dass es notwendig sei, “to distinguish the most grave forms of the use of force (those constituting an armed attack) from other less grave forms.” Als Abgrenzungsmaßgaben verweist der IGH in diesem Zusammenhang auf die *Friendly Relations*-Deklaration der UN-Generalversammlung (1970), die er als Ausdruck der Rechtsüberzeugung (*opinio iuris*) der Staatengemeinschaft im Hinblick auf die einschlägigen Normen des Völkergewohnheitsrechts begreift; für das vertragliche Selbstverteidigungsrecht dürfte nichts anderes gelten.

Maßgeblich ist für den Gerichtshof⁴⁷ zunächst abstrakt, ob eine solche Operation aufgrund ihres Umfangs und ihrer Auswirkungen (*because of its scale and effects*) als bewaffneter Angriff eingestuft worden wäre, nicht nur als bloßer Grenzvorfall (*a mere frontier incident*). Dass solche Grenzscharmützel unter Einsatz militärischer Gewalt vorgenommen werden, führt nach seiner Auffassung zwar zu einer Qualifizierung als Gewalt i. S. d. einschlägigen Gewohnheitsrechts sowie des Art. 2 Nr. 4 UN-Ch.; gleichwohl stellten solche punktuellen und vorübergehenden Grenzkonflikte aber (noch) keinen bewaffneten Angriff i. S. d. gewohnheitsrechtlichen sowie des vertragsbasierten Selbstverteidigungsrechts dar. Als Reaktionsmöglichkeit bleiben dem davon betroffenen Staat dann allein solche Maßnahmen, wie sie auch bei anderweitigen Verstößen gegen das Interventionsverbot erlaubt sind. Im Nicaragua-Fall qualifizierte der IGH die US-Lieferung von Waffen und Logistik an die Contras zwar als illegale Gewaltanwendung, setzte diese Gewaltanwendung jedoch nicht mit einem bewaffneten Angriff gleich.⁴⁸ Im Jahr 2003 legte der Gerichtshof die rechtlichen Maßgaben der Nicaragua-Rechtsprechung dann auch dem Oil Platforms-Fall⁴⁹ zugrunde und kam zu dem Ergebnis, dass die dortige konkrete Konstellation nicht dem Nicaragua-Standard entsprach, wonach nur die „schwersten/schwerwiegendsten“ (*most grave*) Formen der Gewalt einen bewaffneten Angriff darstellen.

Gleichwohl ist der Nicaragua-Standard keineswegs allgemein akzeptiert. Im Schrifttum⁵⁰ wird teilweise jeglicher grenzüberschreitenden Anwendung von militärischer Gewalt die Qualität eines bewaffneten Angriffs zugesprochen: “An armed attack means any use of armed force, and does not need to cross some threshold of intensity.” Verbunden ist damit aber auch der Hinweis auf die inhaltlichen Ausdifferenzierungen des Art. 51 UN-Ch., d. h. dass – neben dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – mit einer Geringfügigkeit der Gewaltanwendung auch ein Anscheinsbeweis (*prima facie evidence*) verbunden sein könne für einen Irrtum oder für die fehlende Absicht zu einer Angriffshandlung. Ein zunehmender Teil der Li-

46 IGH, *Nicaragua Case* (Fn. 6), Rn. 191.

47 IGH, *Nicaragua Case* (Fn. 6), Rn. 195.

48 IGH, *Nicaragua Case* (Fn. 6), Rn. 195.

49 IGH, *Oil Platforms Case (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Urteil v. 6.11.2003, ICJ Reports 2003, 161 (Rn. 51; 63 f.; 72).

50 *Elizabeth Wilmshurst*, Principles of International Law on the Use of Force by States in Self-Defence, Chatham House, International Law Programme WP 05/01 (2005), 1 (6).

teratur⁵¹ vertritt diese Ansicht ebenfalls und spricht sich damit für eine einheitliche Handhabung der (Waffen-)Gewalt und des *bewaffneten Angriffs* aus.

Die h. M.⁵² folgt hingegen dem IGH, indem sie den „bewaffneten Angriff“ bereits mit einer *Spürbarkeitsschwelle* (*de minimis*-Schwelle) ausstattet, die es – je nach Gewichtung der einzelnen Kriterien – erlaubt, das tatsächliche Geschehen im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu bewerten. Erfasst werden dann nur die *schwersten/schwerwiegendsten* (*most grave*) Formen der Gewaltanwendung. Letztlich kann es sich dabei immer nur um eine Frage der *Intensität* der *Gewaltanwendung* handeln.

4.2.2. Tallin-Manual (2013)

Aufgegriffen wurde die Abgrenzungsformel des IGH, in der es darum geht, die “most grave forms of the use of force (those constituting an armed attack)” zu unterscheiden “from other less grave forms” (s. o.) im Jahr 2013 vom *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare* (nachfolgend: Tallin-Handbuch)⁵³. Bei dem Handbuch handelt es sich um eine Darstellung der völkerrechtlichen Regeln für den Bereich des Cyberwars, die von einer internationalen Expertengruppe ausgearbeitet wurden.⁵⁴ Die dort getroffenen Festlegungen sind rechtlich nicht verbindlich, vermögen aber dennoch wichtige Hinweise zum aktuellen Stand aktueller Völkerrechtsfragen zu geben. Dem Abschnitt über die Selbstverteidigung (Rule 13) wird ein Leitsatz vorangestellt, der die wesentlichen Erkenntnisse unter Rückgriff auf die *scale-and-effects*-Klausel folgendermaßen zusammenfasst:

- 51 Bernhard Kempen/Christian Hillgruber/Christoph Grabenwarter, Völkerrecht, 3. Aufl., München: Vahlen 2021, § 38 Rn. 102; Christian Hillgruber, Interventions- und Gewaltverbot, Kriegerrecht, in: Jörg Menzel/Tobias Pierlings/Jeanine Hoffmann (Hrsg.), Völkerrechtsprechung, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, 812 (818); kritisch auch Yoram Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, 6. Aufl., Cambridge: Cambridge University Press 2017, 209: “The assumption that ‘a mere frontier incident’ can have no ‘scale and effects’ is quite bothersome”; allgemein zur Diskussion: Randelzhofer/Nolte (Fn. 22), Art. 51, Rn. 6 ff., m. w. N.
- 52 S. nur Dieter Blumenwitz, Das universelle Gewaltanwendungsverbot und die Bekämpfung des grenzüberschreitenden Terrorismus, BayVBl. 1986, 373 (379): „militärische Angriffshandlung, die eine gewisse Intensität erreicht“; Jonas Bens, Cyberwar und grenzüberschreitendes Selbstverteidigungsrecht, Bonner Rechtsjournal 2011, 149 (151); Benatar (Fn. 15), 393: “Figuring out when a cyber force is sufficiently severe to rise to the level of an armed attack is crucial.” Zurückhaltender Wolff Heintschel von Heinegg, in: Knut Ipsen, Völkerrecht, 7. Aufl., München: C.H. Beck 2019, § 56 Rn. 11: De minimis-Ausnahme nur bei „minimalen Beeinträchtigungen“.
- 53 Veröffentlicht durch Michael N. Schmitt (Hrsg.), Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare, Prepared by the International Group of Experts at the Invitation of the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, 2013.
- 54 Dem Handbuch von 2013 folgte vier Jahre später noch ein zweites Handbuch, diesmal zu den völkerrechtlichen Regeln für Cyberattacken in Friedenszeiten: Michael N. Schmitt (Hrsg.), Tallinn Manual 2.0. on the International Law Applicable to Cyber Operations, Prepared by the International Groups of Experts at the Invitation of the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, 2017.

“A state that is the target of a cyber operation that rises to the level of an armed attack may exercise its inherent right of self-defence. Whether a cyber operation constitutes an armed attack depends on its scale and effects.”

Und unter Ziff. 3 dieses Abschnitts heißt es ergänzend:

“The International Group of Experts unanimously concluded that some cyber operations may be sufficiently grave to warrant classifying them as an ‘armed attack’ within the meaning of the charter. [...] For example, it is universally accepted that chemical, biological and radiological attacks of the requisite scale and effects to constitute armed attacks trigger the right of self-defence. This is so, despite their non-kinetic nature, because the ensuing consequences can include serious suffering or death. Identical reasoning would apply to cyber operations.”

4.2.3. Anwendung militärischer Gewalt unterhalb des Spürbarkeitskriteriums

Nicht beantwortet hat der IGH bisher allerdings die Frage, ob auch bei einem Nichterreichen der Erheblichkeitsschwelle der angegriffene Staat – oder ein dritter Staat, ähnlich einer kollektiven Selbstverteidigung – sich dagegen seinerseits mit Gewalt wehren darf:

“[I]f one State acts towards another State in breach of the principle of non-intervention, may a third State lawfully take such action by way of counter-measures against the first State as would otherwise constitute an intervention in its internal affairs? A right to act in this way in the case of intervention would be analogous to the right of collective self-defence in the case of an armed attack, but both the act which gives rise to the reaction, and that reaction itself, would in principle be less grave.”⁵⁵

Letztlich hat der Gerichtshof die Frage offengelassen, welche Gegenmaßnahmen (*countermeasures*) dem von einer solchen, unter geringer Gewaltanwendung vorgenommenen Intervention betroffenen Staat grundsätzlich zur Verfügung stehen – und der Rechtsanwendung in diesem Bereich damit Steine statt Brot geliefert. Seinen Grund dürfte dieses Vorgehen vor allem darin finden, dass die normative Interaktion von Art. 2 Nr. 4 und Art. 51 UN-Ch. unter gleichzeitiger Berücksichtigung ihrer ungeklärten völkergewohnheitsrechtlichen Ausdruckspotentiale in abstrakter Form gar nicht generell erfassbar ist. Dafür sind die insoweit vorstellbaren Konstellationen zu vielgestaltig und entwicklungs offen. Besonders deutlich wird dies angesichts der Cyberwar-Problematik, die ein Anknüpfen an strikte Entweder-oder-Lösungen gar nicht erst zulässt. Nach allgemeinen Regeln dürfen solche Gegenmaßnahmen aber ausschließlich friedlicher (gewaltfreier) Natur sein.⁵⁶ Vor dem Hintergrund der damit aber sichtbar werdenden Regelungslücke wird in Bezug auf diese Gegenmaßnahmen von einzelnen Stimmen auch die Zulässigkeit von “*forcible countermeasures*” befürwortet⁵⁷ als einer Art *kleines Selbstverteidigungsrecht*.

55 IGH, *Nicaragua Case* (Fn. 6), Rn. 210.

56 *Andreas v. Arnould*, Völkerrecht, 4. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2019, Rn. 421, 1087.

57 So Bruno Simma, Sondervotum zu IGH, *Oil Platforms Case (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Urteil v. 6.11.2003, ICJ Reports 2003, 324 (Rn. 12 ff.). Kritisch Hobe (Fn. 21), 13 (B.II.1.).

5. „Bewaffneter Angriff“ als Anwendungsfall typologischer Rechtserkenntnis

Die bisherigen Versuche zur Einordnung von Cyberangriffen in das völkerrechtliche Friedenssicherungssystem verdeutlichen, dass die potentielle Vielgestaltigkeit solcher Angriffe mit einer Vielgestaltigkeit der Lösungsansätze einhergeht. Nicht zuletzt das Tallin-Handbuch führt eine Vielzahl von Einzelkriterien an (*severity, immediacy, directness, invasiveness, measurability of effects, military character, state involvement, presumptive legality*)⁵⁸, die erst im Rahmen einer Gesamtbetrachtung die Frage beantworten, ob ein bewaffneter Angriff vorliegt. Methodischer Anknüpfungspunkt einer Gesamtbetrachtung ist ein Verständnis des bewaffneten Angriffs als *Typusbegriff*, wodurch ein alle wesentlichen Aspekte des Einzelfalles berücksichtigender Ansatz zur Verfügung steht, der sich von dem klassischen Entweder-oder-Ansatz von Gattungsbegriffen grundlegend unterscheidet.

5.1. Lehre vom Typusbegriff – methodischer Türöffner für ein modernes Begriffsverständnis

Im Völkerrecht generell, im Friedenssicherungsrecht im Besonderen wird bislang noch keine Unterscheidung vorgenommen zwischen abstrakt-allgemeinen Rechtsbegriffen (auch Klassen- oder Gattungsbegriffe genannt) einerseits und Typusbegriffen andererseits. Erstere sind üblicherweise einer Definition zugänglich – und ist auch nur eines der Definitionsmerkmale nicht erfüllt, dann ist der Normtatbestand zwingend nicht gegeben. Für das Denken in abstrakt-allgemeinen Begriffen gibt es deshalb nur ein Entweder-oder: Der Rechtsanwender muss stringente inhaltliche Abgrenzungen vornehmen, für die er einer Formulierung im Normtext bedarf, die jeden Einzelfall – positiv oder negativ – erfasst.

Das *typologische* Denken nimmt seinen Ausgangspunkt in der Abgrenzung zum abstrakt-allgemeinen Begriff und in der Erkenntnis, dass es weitere Rechtsbegriffe gibt, die sich inhaltlich gerade nicht durch Definition und Subsumtion erfassen lassen; sie sind deshalb nicht als abstrakt-allgemeine Begriffe zu qualifizieren, sondern als konkret-allgemeine Begriffe, auch Typusbegriffe genannt. Deren Anwendung passt nicht in das Entweder-oder-Schema; vielmehr sind sie geprägt durch ihre konkrete Funktionsbestimmung und ein damit verbundenes Mehr-oder-weniger der inhaltlichen Zuordnung.

Für den Typusbegriff ist kennzeichnend, dass er „nicht als eine Addition isoliert gedachter Merkmale“ erscheint, sondern sich „als ein Ganzes sinnvoll aufeinander bezogener ‚Momente‘ dar[stellt], die nur in dieser ihrer wechselseitigen Verbundenheit den Begriff ausmachen.“⁵⁹ Seine inhaltliche Erkenntnis ist dann aber

58 Tallin-Manual von 2013 (Fn. 53), Rule 11 Nr. 9 (49 ff.). Dazu auch *Schmitt* (Fn. 26), 914 f., der diese Kriterien zum Teil bereits vorwegnimmt.

59 *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Berlin: Springer 1983, 441. Zur berechtigten generellen Kritik an Larenz' Typuslehre angesichts ihrer ideologischen Vorprägung s. nur *Horst Ehmann*, Vom logischen Begriff zum Typus, in:

nicht das Resultat der gedanklichen Isolierung einzelner Besonderheiten, sondern einer *Gesamtbetrachtung*: „Der Typus [...] ist ein ‚Gefüge‘, ein sinnvoll strukturiertes Ganzes, in dem jedes ‚Moment‘ auf ein ‚Sinnzentrum‘, einen ‚geistigen Kern‘ bezogen und dadurch in seiner Funktion, in seiner Bedeutung vom Ganzen her bestimmt ist.“⁶⁰ Bezeichnet wird der Typus deshalb im gleichen Sinn auch als „elastisches“ oder „interdependentes Merkmalsgefüge“.⁶¹

In der Rechtsanwendung zeigt sich die Besonderheit des typologischen Denkens darin, dass grundsätzlich nicht von bestimmten, abstrakt formulierten Abgrenzungskriterien ausgegangen wird, sondern von zwei sich idealtypisch gegenüberstehenden gedanklichen Polen, die für den Typusbegriff damit die Möglichkeit der Abstufbarkeit eröffnen. Zwischen den beiden entgegengesetzten Polen sind jeweils beliebig viele Zwischenstufen denkbar, so dass nicht das „Entweder-oder“ klassenlogischer Begriffe zum Zug kommt, sondern ein „Mehr-oder-weniger“ der Zuordnung zu den beiden Endpunkten.⁶² Mit anderen Worten: „Typologische Zuordnung ist Vergleich eines Einzelfalles mit dem Typus unter bestimmten Wertgesichtspunkten mit dem Ergebnis der [...] Einordnung eines konkreten Falles in den Kreis der durch den gesetzlichen Tatbestand gemeinten Fälle aufgrund einer Gleichsetzung mit typischen unter diesen Tatbestand gehörigen Fällen.“⁶³ Ein Typusbegriff in diesem Sinne ist z. B. der Begriff der *Bedrohung des Friedens* (Art. 39 UN-Ch.).⁶⁴

Dass auch die Begriffe der (*Waffen-*)*Gewalt* und des *bewaffneten Angriffs* als Typusbegriffe zu begreifen sind, wird deutlich, wenn man sich im Tallin-Handbuch anschaut, wie die einzelnen der dort genannten Kriterien (s. o.) interagieren:

“These factors are not exhaustive. Depending on the attendant circumstances, States may look to others, such as the prevailing political environment, whether the operation portends the future use of military force, the identity of the attacker, any record of cyber operations by the attacker, and the nature of the target (such as critical infrastructure). Moreover, the factors operate in concert. As an example, a highly invasive operation that causes only inconvenience such as temporary denial of service is unlikely to be classified as a use of force. By contrast, some may categorize massive cyber operations that cripple an economy as a use of force even though economic coercion is presumptively lawful.”⁶⁵

Peter Hanau (Hrsg.), FS für Klaus Adomeit, Köln: Luchterhand 2008, 131 (138 f., mit Fn. 26 ff.) m. w. N. Unabhängig davon ist der Begriff des Typus jedoch keine „Erfindung“ von Larenz, sondern auch im Übrigen allgemein anerkannt. S. dazu nur die Definition des Typus bei *Ehmann*, 131 (139 f.), die mit dem hiesigen Verständnis übereinstimmt.

60 *Detlef Leenen*, Typus und Rechtsfindung, Berlin: Duncker & Humblot 1971, 46 f.

61 *Leenen* (Fn. 60), 34, 47.

62 *Leenen* (Fn. 60), 40 f.

63 *Leenen* (Fn. 60), 39 f.

64 Dazu näher *Burkhard Schöbener*, Verfassungsstaatliche Verantwortung für eine internationale Friedensordnung, in: Horst Dreier/Hans Forkel/Klaus Laubenthal (Hrsg.), Raum und Recht, FS 600 Jahre Würzburger Juristenfakultät, Berlin: Duncker & Humblot 2002, 407 (455 ff.); dort auch (457 f.) zu einzelnen faktischen und normativen Kriterien des „interdependenten Merkmalsgefüges“ (Typus) der *Friedensbedrohung*.

65 Tallin-Manual von 2013 (Fn. 53), Rule 11 Nr. 10 (52).

Gerade in dieser Umschreibung wird die besondere Art der Inhaltserfassung im konkreten Fall als *elastisches* bzw. *interdependentes Merkmalsgefüge* mehr als deutlich. Maßgeblich ist eine Gesamtbetrachtung aller zur Verfügung stehenden Informationen und völkerrechtlichen Bewertungsmaßstäbe. Das bedeutet hingegen nicht, dass alle der im Tallin-Handbuch genannten Kriterien im Einzelfall tatsächlich in die holistische Analyse einzubeziehen sind.

5.2. Ansätze zu einer typologischen Rechtsanwendung:

Gewährleistung des Friedens in den zwischenstaatlichen Beziehungen

Um der Gewaltanwendung und dem bewaffneten Angriff noch zusätzliche rechtliche Konturen zu verleihen, bedarf es zur näheren Bestimmung des Typus auch einer konkreteren *Funktionszuordnung*. Mittlerweile gibt es hinsichtlich der sehr unterschiedlichen Erscheinungsformen und vielgestaltigen Intensität von Cyberangriffen zwar eine Reihe von Systematisierungsversuchen, denen es darum geht, die Vielzahl der Differenzierungsargumente zu ordnen und zu strukturieren.⁶⁶ Es fehlt aber regelmäßig an einer normativen Einbindung dieser Problematik in den Gesamtkontext des völkerrechtlichen Friedenssicherungssystems. Zu diesem Zweck ist das gemeinsame *Sinnzentrum* bzw. die gemeinsame *Funktion* beider Begriffe – (Waffen-)Gewalt und bewaffneter Angriff – herauszustellen, um auf dieser Grundlage dann einzelne Merkmale dieses Typus in ihrer *Bedeutung vom Ganzen her* näher bestimmen zu können.

Die nähere Bestimmung des Gewaltbegriffs und der Voraussetzungen des Selbstverteidigungsrechts kann ohne eine inhaltliche Präzisierung des *Friedensbegriffs* – als dem interpolaren Gegenbegriff zum *bewaffneten Angriff* – nicht gelingen. Nach dem traditionellen *negativen Friedensbegriff* besteht immer dann Frieden im völkerrechtlichen Sinn, wenn es im zwischenstaatlichen Bereich zu keiner Anwendung militärischer Gewalt kommt. Mit anderen Worten: Jeder Verstoß gegen Art. 2 Nr. 4 UN-Ch. ist zugleich eine Verletzung des internationalen Friedens. Hinzu tritt nach dem *positiven Friedensbegriff* auch die Verpflichtung der Staaten zur Gewährleistung eines menschenrechtlichen Mindeststandards auf dem von ihnen beherrschten Staatsgebiet. Mit anderen Worten: Jeder Staat, der gegen diesen Mindeststandard (*ius cogens*, *erga omnes*-Wirkung) verstößt, verletzt zugleich auch seine Verpflichtung zur Gewährleistung des internationalen Friedens.⁶⁷ Zur Wiederherstellung des Friedens stehen zwei Wege offen: ein Eingreifen des UN-Sicherheitsrates (VII. Kapitel der UN-Charta) und – subsidiär – das Selbstverteidigungsrecht des angegriffenen Staates; und zwar sowohl als individuell als auch als kollektiv ausgeübtes Recht (s. o.). Für die nachfolgenden Überlegungen ist davon aus-

66 S. nur *Bens* (Fn. 52), 151 ff.: Folgentheorie, Domänentheorie, Instrumententheorie; *Benatar* (Fn. 15), 387 ff.: Instrumentality Approach, Consequentiality Approach.

67 Zur grundsätzlichen Unterscheidung des inneren und des äußeren (zwischenstaatlichen) Friedens vgl. *Schöbener*, Verfassungsstaatliche Verantwortung (Fn. 64), 408 f., 449 ff., m. w. N.; zur Differenzierung von negativem und positivem Friedensbegriff s. auch *Schöbener/Herbst/Perkams* (Fn. 9), Kap. 2 Rn. 2 ff.; *Burkhard Schöbener/Matthias Knauff*, Allgemeine Staatslehre, 4. Aufl., München: C.H. Beck 2019, § 7 Rn. 90 ff.

zugehen, dass der Sicherheitsrat seiner „Hauptverantwortung für die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit“ (Art. 24 Abs. 1 UN-Ch.; s. auch Art. 39 UN-Ch.) nicht nachkommt, weil nur unter dieser Bedingung das Selbstverteidigungsrecht aktiviert werden darf (Art. 51 S. 1 UN-Ch.).

Nähert man sich vor dem Hintergrund des – hier allein maßgeblichen – negativen Friedensbegriffs der Frage nach dem konkreten Schutzzweck von Gewaltverbot und Selbstverteidigungsrecht, nach deren gemeinsamen „Sinnzentrum“, dann findet sich dieses – in einem obersten Ableitungszusammenhang – in der staatlichen Souveränität des angegriffenen Staates. Angesichts des schillernden Charakters des Souveränitätsverständnisses sind daraus – in einem zweiten Ableitungszusammenhang – dann die konkreten Ausprägungen der *territorialen Unversehrtheit* und der *politischen Unabhängigkeit* zu extrahieren, die – unabhängig von ihrer Inbezugnahme in Art. 2 Nr. 4 UN-Ch. – als prägende Kriterien sowohl der staatlichen Souveränität⁶⁸ als auch des negativen Friedensbegriffs aufzufassen sind. Die Beeinträchtigung (schon) eines der beiden im Verhältnis der Alternativität stehenden Tatbestände mit militärischer Gewalt (von einiger Intensität) kann dann sowohl als militärische Gewalt i. S. v. Art. 2 Nr. 4 UN-Ch. als auch als bewaffneter Angriff gem. Art. 51 UN-Ch. aufgefasst werden.

6. Beeinträchtigung der territorialen Unversehrtheit oder der politischen Unabhängigkeit

In einem letzten Gedankenschritt sollen nun einzelne Kriterien isoliert werden, die in ihrer Gesamtheit sowohl für den Begriff der (verbotenen) *Gewaltanwendung* als auch des *bewaffneten Angriffs* signifikant sein können. Da es sich bei beiden um Typusbegriffe handelt (s. o.), muss nicht jeder Einzelaspekt additiv erfüllt sein; maßgeblich ist vielmehr eine *Gesamtbetrachtung*, in welche diese Einzelaspekte kumulativ einfließen, ohne dass aber jeder Aspekt sich in der konkreten Lebenswirklichkeit notwendig wiederfinden muss. Gerade dieses *elastische* bzw. *interdependente Merkmalsgefüge* macht den Typusbegriff aus.

Ausgangspunkt ist zunächst ein objektiver Ansatz, bei dem es darum geht, einzelne relevante Kriterien herauszuarbeiten. Dazu gehören neben den Kriterien der sog. Aggressionsdefinition (6.1.) insbesondere die Fragen nach der Maßgeblichkeit des eingesetzten Instrumentes und/oder dessen Auswirkungen (6.2.), des erforderlichen Intensitätsgrades etwaiger Wirkungen (6.3.) sowie nach der Absicht zur Durchführung des bewaffneten Angriffs (6.4.).

6.1. Aggressionsdefinition

Allgemein anerkannt ist, dass die Resolution der UN-Generalversammlung vom 14.12.1974 zur „Definition der Aggression“⁶⁹ von grundlegender Bedeutung ist.

68 Schöbener, Gewaltverbot (Fn. 5), 132.

69 UN, GV Resolution 29/3314, 14.12.1974, A/RES/29/3314, Anhang.

Äußerst umstritten ist hingegen, welche Voraussetzungen insoweit erfüllt sein müssen, insbesondere ob vorrangig auf die Art des eingesetzten Mittels (*Instrumentes*) abzustellen ist oder auf die dadurch letztlich herbeigeführten Wirkungen bzw. Folgen (s. bereits unter 3.2.2.).

Dieser Grunddissens ergibt sich unmittelbar aus den Eigenarten und Spezifika waffentechnologischer Neuerungen im Kontext des Cyberwars: Über Computer verbreitete Viren, Würmer etc. werden im Netz in vielfältiger Weise eingesetzt, sind mithin gerade nicht in einem spezifisch technischen Sinn als Waffen zu begreifen, sondern in einem funktionalen Sinn. Ihr Einsatz bedarf keiner physischen Grenzüberschreitung durch militärische Einheiten und/oder Waffen und Geschosse im klassischen Verständnis. Die Auswirkungen sind häufig nicht sofort ersichtlich, geschweige denn mit der direkten Vernichtung von Leib und Leben oder massiven Sachschäden verbunden. Gleichwohl sind die „eingenisteten“ Viren jederzeit in der Lage, aktiv zu werden, um dann – zeitlich verzögert – massive Schäden auch außerhalb des Netzwerkes herbeizuführen, wie sie üblicherweise auch von konventionellen Waffen hervorgerufen werden.

Noch stark vom klassischen Verständnis geprägt ist der Ansatz, der im Schwerpunkt auf die Auswirkungen (Folgen) abstellt (*consequentiality approach*). Erst der tatsächlich eingetretene Schaden, vergleicht man ihn mit demjenigen eines unter Verwendung kinetischer Waffen herbeigeführten Schadens, erlaubt die Einordnung als hinreichend intensive Gewaltanwendung. Das ist immer dann nicht gegeben, wenn “the act (whether merely unfriendly or a transgression of international law) does not entail sufficiently grave consequences”⁷⁵. Diese Ansicht ist ersichtlich noch vom klassischen Begriff der (Waffen-)Gewalt und des *bewaffneten Angriffs* geprägt. Hinzu tritt bei einzelnen Autoren eine nähere Eingrenzung und Spezifizierung der Zielobjekte, um jedenfalls für Angriffe auf Computer, die ihrerseits für die Aufrechterhaltung bestimmter Infrastrukturen oder Einrichtungen der nationalen Sicherheit verantwortlich sind, von vornherein eine Überschreitung der Grenze zum bewaffneten Angriff anzunehmen.⁷⁶

Ein zweiter Ansatz stellt (vor allem) auf das Mittel (*Instrument*) ab, das grenzüberschreitend zum Einsatz kommt (*instrumentality approach*). Angesichts der häufigen Nichterkennbarkeit der „Virusinfektion“ und ihres Gefahren- und Realisierungspotentials sind in der Regel aber keine frühzeitigen Gegenmaßnahmen möglich. “In cyberspace, what may appear as a ‘minor attack’ could evolve into something much more destructive to a nation state, taking days or months to cause observable, significant harm”.⁷⁷ Ob es durch den Einsatz des Virus überhaupt zu Schäden kommt, oder welchen Umfang diese aufweisen, soll letztlich unerheblich sein. Auf diese Weise wird ein eigenständiger Begriff der Cyberwaffe ent-

75 Dinstein, Computer Network Attacks (Fn. 22), 105.

76 S. nur Daniel M. Creekman, A Helpless America? An Examination of the Legal Options Available to the United States in Response to Varying Types of Cyber-Attacks from China, *American University International Law Review* 17 (2002), 642 (653 ff.), mit der grundlegenden Differenzierung zwischen “vital and non-vital targets” (654, passim); referierend Bens (Fn. 52), 151 f.

77 Todd (Fn. 36), 77; referierend Bens (Fn. 52), 153.

wickelt,⁷⁸ bei dessen Anwendung es weder auf die konkreten Folgen des Einsatzes ankommt noch auf das Erreichen einer wie auch immer zu bestimmenden Intensitätsschwelle (dazu noch unten). Ausreichend ist vielmehr die generelle Eignung des Virus, entsprechende Folgen zu bewirken (“likely to impair”).

6.3. Intensitätsgrad: Spürbarkeits- bzw. Erheblichkeitsschwelle

Beide Ansätze sind letztlich nur die gedanklichen Ausgangspunkte für eine Vielzahl von Differenzierungsmöglichkeiten und -notwendigkeiten. Je kleinteiliger man diese einzelnen Cyberangriffe tatsächlich erfasst und rechtlich bewertet, desto weniger wird allerdings jeder von ihnen die vom IGH abstrakt vorgegebene Spürbarkeits- bzw. Erheblichkeitsschwelle erreichen. Eine „Politik der militärischen Nadelstiche“⁷⁹ kann – zumal im Cyberspace – eine Häufung von Beeinträchtigungen der territorialen Unversehrtheit mit sich bringen, ohne dass – bei isolierter Betrachtung – jede einzelne Attacke den erforderlichen Intensitätsgrad selbst verwirklicht. Gehen die Angriffe von demselben Staat aus, dann liegt es jedenfalls nahe, die tatsächlich verschiedenen Angriffe rechtlich als eine (kumulierte) Handlung zu begreifen.⁸⁰

Rechtliche Relevanz beansprucht die Frage nach dem Intensitätsgrad – dies wird in der IGH-Entscheidung nicht hinreichend deutlich – vor allem deshalb, weil davon abhängt, ob wirklich eine *Verletzung der territorialen Unversehrtheit (Integrität)* und/oder der *politischen Unabhängigkeit* des Zielstaates vorliegt. Im Regelfall dürfte es um die erste Alternative gehen und um die damit einhergehende Frage, ob bei *wertender* Analyse der Gesamtsituation die Typologie des Geschehens sich für einen objektiven Beobachter so darstellt, dass sie als *bewaffneter Angriff* zu qualifizieren ist (s. dazu noch unter 7.).

Dabei ist eines bereits gewiss: Die Frage nach dem *Intensitätsgrad* bzw. der *Spürbarkeitsschwelle* militärischer Gewaltanwendung ist einfach zu stellen, aber umso schwieriger zu beantworten. Während diese Begriffe nämlich vorgeblich den Eindruck erwecken, als seien sie mathematischer oder metrischer Beweisführung zugänglich, so handelt es sich bei ihnen doch letztlich um generalklauselartige Allgemeinformulierungen, deren Vorliegen sich erst im Rahmen einer umfassenden Bewertung der Faktenlage erschließt.

6.4. Subjektive Seite – Wissen und Wollen des bewaffneten Angriffs

Für den bewaffneten Angriff ist zudem anerkannt, wenngleich selten thematisiert, dass “the use of force must be deliberate: it cannot be caused by mistake through

78 Todd (Fn. 36), 83; wiedergegeben auch von Bens (Fn. 52), 153.

79 Kempen/Hillgruber/Grabenwarter (Fn. 51), 234, Rn. 103; s. dazu auch Stein/v. Buttlar/Kotzur (Fn. 8), Rn. 787: „gestreute Bagatellangriffe“.

80 So auch das Tallin-Handbuch von 2013 (Fn. 52) unter Rule 13 Nr. 8; für eine kumulierte Betrachtung der Einzelhandlungen auch Christopher Greenwood, Self-Defence, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL, Online Edition, Oxford: Oxford University Press 2011, Rn. 13, der aber im Hinblick auf Cyberattacken nach den ausgelösten Folgen differenziert (Rn. 14); skeptisch Stein/Marauhn (Fn. 18), 5.

an accident”⁸¹. Es bedarf mithin einer entsprechenden „Intention“ desjenigen Staates, der den bewaffneten Angriff durchführt,⁸² was besonders den Fall „bewusster Zerstörung“ von gegnerischen Informationsinfrastrukturen erfasst.⁸³ Das Wissen und Wollen muss sich mithin auf den Angriff beziehen; dass es sich bei dem verwendeten Instrument (Mittel) um eine Waffe handelt, ist angesichts des funktionsbezogenen Waffenbegriffs (s. o.) in aller Regel bei einem bewussten Angriff ebenfalls vom Vorsatz bzw. der Absicht erfasst.⁸⁴

7. Bewertende Gesamtbetrachtung: Typus des „bewaffneten Angriffs“

Die eigentliche Schwierigkeit besteht nun darin, die vom IGH verwendete Terminologie (*the most grave forms of the use of force*, wobei maßgeblich auf *scale and effects* abzustellen sei) so mit zusätzlichen Kriterien anzureichern, dass sich auch die metaphorische Versinnbildlichung (Spürbarkeits-, Erheblichkeits- oder Intensitätsschwelle) für rationale Überlegungen öffnet. Wie aber lassen sich die „schwersten/schwerwiegendsten“ Formen der Gewalt näher bestimmen? Dabei kann es nicht allein um eine quantitative Erfassung der Zahl der Einzeltaten und ihrer tatsächlichen Konsequenzen gehen; vielmehr bedarf es ihrer rechtlichen Bewertung vor dem Hintergrund möglichst aller Einzelaspekte, die zur inhaltlichen Erkenntnis eines bewaffneten Angriffs fruchtbar gemacht werden können.

Vorauszuschicken ist den nachfolgenden Überlegungen, dass die *Urheberschaft* des angreifenden Staates jeweils als geklärt zu unterstellen ist. Eine solche Feststellung dürfte in der Realität in aller Regel mit großen Schwierigkeiten verbunden sein, da die Wege eines Virus, Wurms etc. *kaum rückverfolgbar* sind. Besonders problematisch ist insoweit die quasi endlose Verbindung zwischen den internationalen Netzwerken. Diese Aspekte sollen aber hier ausgeblendet werden. Zum anderen ist darauf hinzuweisen, dass selbst in den Fällen, in denen ein bewaffneter Angriff angenommen wird, die Reaktion des betroffenen Staates dem *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* unterliegt, wodurch nicht erforderlichen oder unangemessenen Maßnahmen des angegriffenen Staates gerade auch im Interesse der dauerhaften Friedenswahrung rechtlich Einhalt geboten wird.

Eine am Typus ausgerichtete Normerkenntnis bedeutet insbesondere, dass die Unterscheidung des Handlungsinstrumentes („Waffe“) und des Handlungserfolges („Angriff“ unter Verletzung von Leib, Leben und Sachen) nicht kategorial zu verstehen ist. Vielmehr handelt es sich um einen einheitlichen Begriff des „bewaffneten Angriffs“, dessen Kriterien in einem wechselseitigen Bedingungszusammenhang stehen, mit dem eine graduelle Abstufbarkeit einhergeht. Idealtypisch ist ein Angriff unter Einsatz einer kinetischen Waffe, durch die auf dem Territorium des

81 *Dinstein*, War (Fn. 51), 209.

82 *Dittmar* (Fn. 13), 154.

83 *So Stein/Marauhn* (Fn. 18), 2.

84 *Vgl. Stein/Marauhn* (Fn. 18), 6, 39 f.

Nachbarstaates z. B. ein Flughafen bombardiert wird mit dem Ergebnis von mehreren hundert Toten und Verletzten und einem fast völlig zerstörten Flughafen. Ein *bewaffneter Angriff* ist dann zweifellos gegeben. Nichts anderes gilt aber auch dann, wenn dasselbe Resultat herbeigeführt wird durch eine gezielt eingesetzte Malware.

Ergeben haben die vorstehenden Überlegungen aber auch, dass auf der Grundlage eines untechnischen, funktionalen Verständnisses entsprechend programmierten Viren, Würmer etc. als Anwendung militärischer Gewalt bzw. von Waffengewalt einzuordnen sind. Die nähere rechtliche Qualifikation insbesondere als *bewaffneter Angriff* (Art. 51 S. 1 UN-Ch.) ist kein klassischer juristischer Subsumtionsvorgang, sondern das Ergebnis eines komplexen, aber dennoch regelgeleiteten Zuordnungsvorgangs, dessen zentrale Maßgaben sich im Rahmen der völkerrechtlichen Konzeption der Friedenssicherung insbesondere mit der Frage zu befassen haben, ob eine *spürbare* Verletzung der *territorialen Unversehrtheit* (Integrität) des Zielstaates vorliegt. Dabei handelt es sich um eine Wertungsfrage, deren Beantwortung im Wege einer Gesamtbetrachtung des Geschehens nicht nur von der Zahl der dadurch getöteten und verletzten Personen sowie der Höhe des Sachschadens abhängt, sondern – selbst für den Fall, dass solche Schäden noch nicht eingetreten sind – auch Aspekte zu berücksichtigen hat wie das tatsächliche Bedrohungspotential für diese Rechtsgüter, die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts oder die eigene Fähigkeit, falls das Virus sich im bedrohten Netzwerk des Zielstaates bereits „eingenistet“ hat, dieses Virus kurzfristig und rückstandslos zu entschärfen. Bedeutsam ist zudem, ob es Anzeichen dafür gibt, dass das Virus ohne Wissen und Wollen des anderen Staates sich verselbstständigt hat, so dass es an der subjektiven Seite eines bewaffneten Angriffs fehlen würde – ein absoluter Ausschlussgrund für die Aktivierung des Selbstverteidigungsrechts. Letztlich lassen sich die möglicherweise im Einzelfall einschlägigen Kriterien – wie bei einem *interdependenten Merkmalsgefüge* üblich – nicht abschließend aufzählen. Sie sind aber – und das ist das Entscheidende – jeweils darauf zu befragen, ob und ggf. welche Relevanz und welches Gewicht sie im Hinblick auf die Beeinträchtigung der territorialen Unversehrtheit (Integrität) beanspruchen und dementsprechend in die Gesamtbewertung einzustellen.

Damit ist eine argumentative Grundstruktur offengelegt, die sich zweifellos nach Maßgabe der Besonderheiten eines konkreten Falles weiter ausdifferenzieren lässt. Maßgeblich ist aber immer, dass die – tatsächlichen oder potentiellen (wenngleich mit hoher Wahrscheinlichkeit eintretenden) – Auswirkungen auf die territoriale Unversehrtheit einen entsprechenden Intensitätsgrad (Spürbarkeitsschwelle) erreichen.

8. Fazit

Neuartige Bedrohungsszenarien bedürfen regelmäßig auch neuer rechtlicher Regelungen – das gilt ganz besonders im Völkerrecht. Die in diesem Beitrag niedergelegten Erwägungen verfolgten hingegen den Zweck, auf dem rechtlichen Fundament des geltenden Friedenssicherungsrechts neue Wege aufzuzeigen, um die

bereits stark ausdifferenzierte Diskussion über die Einordnung von Cyberangriffen als Anwendung von (*Waffen-*)*Gewalt* (Art. 2 Nr. 4 UN-Ch.) und als *bewaffneter Angriff* (Art. 51 S. 1 UN-Ch.) methodologisch zu erweitern. Versteht man die beiden – neben Art. 39 ff. UN-Ch. – zentralen Rechtsbegriffe des UN-Friedenssicherungssystems als Typusbegriffe, was in einem Teil der Literatur praktisch bereits geschieht, allerdings ohne den methodischen Unterschied zu abstrakt-allgemeinen Rechtsbegriffen wirklich offenzulegen, dann ist damit einer Rechtserkenntnis der Weg bereitet, die der unendlichen Vielfalt der Einsatzszenarien von entsprechend programmierter Malware ebenso Rechnung trägt wie dem komplexen rechtlichen Anforderungen der einschlägigen völkerrechtlichen Vorschriften.

Literaturverzeichnis

a) Monographien und Sammelbände

- Derek William Bowett, *Self-Defence in International Law*, Manchester: Manchester University Press 1958.
- Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford: Oxford University Press 1963.
- Heather Harrison Dinniss, *Cyber Warfare and the Laws of War*, Cambridge: Cambridge University Press 2012.
- Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 6. Aufl., Cambridge: Cambridge University Press 2017.
- Falko Dittmar, *Angriffe auf Computernetzwerke*, Berlin: Duncker & Humblot 2005.
- Bernhard Kempen/Christian Hillgruber/Christoph Grabenwarter, *Völkerrecht*, 3. Aufl., München: Vahlen 2021.
- Nico Krisch, *Selbstverteidigung und kollektive Sicherheit*, Berlin: Springer 2001.
- Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5. Aufl., Berlin: Springer 1983.
- Detlef Leenen, *Typus und Rechtsfindung*, Berlin: Duncker & Humblot 1971.
- Burkhard Schöbener/Matthias Knauff, *Allgemeine Staatslehre*, 4. Aufl., München: C.H. Beck 2019, § 7.
- Theodor Schweisfurth, *Völkerrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2006.
- Burkhard Schöbener/Jochen Herbst/Markus Perkams, *Internationales Wirtschaftsrecht*, Heidelberg: C.F. Müller 2010.
- Torsten Stein/Christian v. Buttlar/Markus Kotzur, *Völkerrecht*, 14. Aufl., München: Vahlen 2017.
- Julius Stone, *Aggression and World Order*, Berkeley: University of California Press 1958.
- Andreas v. Arnault, *Völkerrecht*, 4. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2019.

b) Beiträge in Festschriften und Sammelbänden

- Thomas Bruha, Ein Recht zum Krieg gibt es nicht mehr, in: Dieter S. Lutz/Hans J. Gießmann (Hrsg.), *Stärke des Rechts gegen Recht des Stärkeren*, Baden-Baden: Nomos 2003, 289 ff.
- Peter Dreist, Aggression (Straftatbestand), in: Burkhard Schöbener (Hrsg.), *Völkerrecht, Lexikon zentraler Begriffe und Themen*, Heidelberg: C.F. Müller 2014, 7.
- Horst Ehmann, Vom logischen Begriff zum Typus, in: Peter Hanau (Hrsg.), *FS für Klaus Adomeit*, Köln: Luchterhand 2008, 131.

- Christopher Greenwood*, Self-Defence, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL, Online Edition, Oxford: Oxford University Press 2011.
- Wolff Heintschel von Heinegg*, in: Knut Ipsen, Völkerrecht, 7. Aufl., München: C.H. Beck 2019, § 56.
- Wolff Heintschel von Heinegg*, Informationskrieg und Völkerrecht, in: Volker Epping/Horst Fischer/Wolff Heintschel von Heinegg (Hrsg.), FS für Knut Ipsen zum 65. Geburtstag, Etschberg: Kuselit 2000, 129.
- Christian Hillgruber*, Interventions- und Gewaltverbot, Kriegerrecht, in: Jörg Menzel/Tobias Pierlings/Jeanine Hoffmann (Hrsg.), Völkerrechtsprechung, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, 812.
- Stephan Hobe*, Bewaffneter Angriff, in: Burkhard Schöbener (Hrsg.), Völkerrecht, Lexikon zentraler Begriffe und Themen, Heidelberg: C.F. Müller 2014, 45.
- Stephan Hobe*, Selbstverteidigungsrecht, völkerrechtliches, in: Burkhard Schöbener (Hrsg.), Völkerrecht, Lexikon zentraler Begriffe und Themen, Heidelberg: C.F. Müller 2014, 374.
- Albrecht Randelzhofer/Oliver Dörr*, in: Bruno Simma (Hrsg.), The Charter of the United Nations, 3. Aufl., Oxford: Oxford University Press 2012, Art. 2 (4).
- Michael N. Schmitt*, Cyber Operations and the Jus in Bello: Key Issues, in: Raul (Pete) Pedrozo/Daria P. Wollschlaeger (Hrsg.), International Law and the Changing Character of War, International Law Studies 87 (2011), 89 ff.
- Burkhard Schöbener*, Gewaltverbot, universelles, in: Burkhard Schöbener (Hrsg.), Völkerrecht, Lexikon zentraler Begriffe und Themen, Heidelberg: C.F. Müller 2014, 126.
- Burkhard Schöbener*, Verfassungsstaatliche Verantwortung für eine internationale Friedensordnung, in: Horst Dreier/Hans Forkel/Klaus Laubenthal (Hrsg.), Raum und Recht, FS 600 Jahre Würzburger Juristenfakultät, Berlin: Duncker & Humblot 2002, 407.

c) Aufsätze

- Marco Benatar*, The Use of Cyber Force: Need for Legal Justification?, Goettingen Journal of International Law 1 (2009), 375.
- Jonas Bens*, Cyberwar und grenzüberschreitendes Selbstverteidigungsrecht, Bonner Rechtsjournal 2011, 149.
- Dieter Blumenwitz*, Das universelle Gewaltanwendungsverbot und die Bekämpfung des grenzüberschreitenden Terrorismus, BayVBl. 1986, 373.
- Russell Buchan*, Cyber Attacks: Unlawful Uses of Force or Prohibited Interventions?, Journal of Conflict and Security Law 17 (2012), 211.
- Daniel M. Creekman*, A Helpless America? An Examination of the Legal Options Available to the United States in Response to Varying Types of Cyber-Attacks from China, American University International Law Review 17 (2002), 642.
- Yoram Dinstein*, Computer Network Attacks and Self-Defense, International Law Studies 76 (2002), 99.
- Christopher C. Joyner/Catherine Lotrionte*, Information Warfare as International Coercion, EJIL 12 (2001), 825.
- Michael N. Schmitt*, Computer Network Attack and the Use of Force in International Law, Colum. J. Transnat'l L. 37 (1999), 885.
- Burkhard Schöbener*, Schutz der Menschenrechte mit militärischer Gewalt: die humanitäre Intervention zwischen Völkerrecht und internationaler Politik, Zeitschrift für Politik 47 (2000), 293.
- Torsten Stein/Thilo Marauhn*, Völkerrechtliche Aspekte von Informationsoperationen, ZaöRV 60 (2000), 1.

Graham H. Todd, Armed Attack in Cyberspace: Deterring Assymmetric Warfare with an Assymmetric Definition, *Air Force Law Review* 64 (2009), 65.

Humphrey Waldock, The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law, *RdC* 81 (1952/II), 451.

Matthew C. Waxman, Cyber Attacks as „Force“ under UN Charter Article 2 (4), *International Law Studies* 87 (2011), 43.

Katharina Ziolkowski, Computernetzwerkoperationen und die Zusatzprotokolle zu den Genfer Abkommen, *HuV-I* 21 (2008), 202.

d) Gerichtsentscheidungen

Bruno Simma, Sondervotum zu IGH, *Oil Platforms Case (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Urteil v. 6.11.2003, *ICJ Reports* 2003, 324.

IGH, *Nicaragua Case (Nicaragua v. United States of America)*, Urteil v. 27.6.1986, *ICJ Reports* 1986.

IGH, *Oil Platforms Case (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Urteil v. 6.11.2003, *ICJ Reports* 2003, 161.

e) Internationale Dokumente

IGH, *Gutachten über die Legalität von Nuklearwaffen*, Gutachten v. 8.7.1996, *ICJ Reports* 1996, 226.

ILC, *Entwurf über das Recht der Verträge, Artikel 50*, *ILCYB* 1966 Vol. II, 248.

UN, *GV Resolution 29/3314*, 14.12.1974, *A/RES/29/3314*, Anhang.

f) Sonstiges

Stephan Hobe, Das Selbstverteidigungsrecht im Cyberspace, Vortrag auf einer Akademietagung für Offiziere der Bundeswehr am 16./17.11.2021 in Bensberg, Manuskript.

Joint Chiefs of Staff, *Joint Publication 3–13*, Department Of Defense Dictionary of Military and Associated Terms (31 January 2011), 92.

Michael N. Schmitt (ed.), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Prepared by the International Group of Experts at the Invitation of the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, 2013.

Michael N. Schmitt (ed.), *Tallinn Manual 2.0. on the International Law Applicable to Cyber Operations*, Prepared by the International Groups of Experts at the Invitation of the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, 2017.

Elizabeth Wilshurst, *Principles of International Law on the Use of Force by States in Self-Defence*, Chatham House, International Law Programme WP 05/01 (2005), 1.

Der interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte und die Konventionskontrolle

*Teodoro Ribera Neumann / Juan Pablo Díaz Fuenzalida**

Abstract Deutsch

Die Entscheidung des IAGMR, eine führende Rolle bei der Verankerung einer latein-amerikanischen Menschenrechtsordnung zu übernehmen, die über seinen Zuständigkeitsbereich hinausgeht, hat Zweifel darüber aufkommen lassen, ob sein Handeln mit der AMRK vereinbar ist, die ihn geschaffen hat. Insbesondere der Wunsch des IAGMR, dass seine Entscheidungen erga omnes und nicht nur inter partes wirken, dass seine Auslegung von Vertragsnormen einen verbindlichen Präzedenzfall für die innerstaatlichen Organe der Vertragsstaaten darstellt, dass seine Urteile den Ermessensspielraum, der den Rechtsorganen der Vertragsstaaten zusteht, ignorieren und dass die AMRK schließlich einen überkonstitutionellen Charakter erhält, hat die Frage aufgeworfen, ob der Gerichtshof innerhalb oder außerhalb seiner Zuständigkeit gehandelt hat.

Abstract English

The IAGMR's decision to take a leading role in the establishment of a Latin American human rights order that goes beyond its jurisdiction has raised doubts about whether its actions are compatible with the AMRC that created it. In particular, the IAGMR's desire to have its decisions operate erga omnes and not just inter partes, to have its interpretation of treaty norms set a binding precedent for the domestic organs of the treaty states, to have its judgments ignore the margin of appreciation available to the legal organs of the treaty states and, finally, to give the AMRC a supra-constitutional character, has raised the question of whether the Court has acted within or outside its jurisdiction.

1. Einleitung

Der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte („der Gerichtshof“ oder „IAGMR“) ist ein konventionelles Gremium mit internationalem Charakter, das durch die Art. 52 bis 69 Amerikanische Menschenrechtskonvention (AMRK)¹ geschaffen wurde. Die einzelnen Staaten können diesem Gerichtshof die Kompetenz übertragen, über eine mögliche Verletzung der AMRK zu entscheiden.² Gemeinsam mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und dem Afri-

* Übersetzung durch den Honorarkonsul Carlos Fingerhuth.

1 Siehe <https://www.corteidh.or.cr/>.

2 So haben beispielsweise Argentinien, Barbados, Bolivien, Brasilien, Chile, Kolumbien, Costa Rica, die Dominikanische Republik, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Mexiko, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Surinam und Uruguay sich dem Gerichtshof unterworfen. Dominica, Grenada und Jamaika sind Vertragsstaaten der AMRK, haben dem Gerichtshof jedoch keine Zuständigkeit übertragen.

kanischen Gerichtshof für Menschenrechte und Rechte der Völker ist der IAGMR eines der drei regionalen Gerichte zum Schutz der Menschenrechte weltweit.³

Dieser Beitrag befasst sich mit der vom IAGMR geförderten Konventionskontrolle, den Auswirkungen auf das interamerikanische System und insbesondere den Problemen, die in den nationalen Systemen auftreten können. Angestrebt wird, Ideen zu vermitteln und Anregungen zu generieren mit dem Zweck eine Harmonie in Richtung Schutz der Menschenrechte zu erzielen, über die nationalen und internationalen Konflikte hinaus.

2. Die Konventionskontrolle des IAGMR

2.1. Der Fall *Almonacid Arellano* und andere gegen Chile und das Auftreten eines neuen Standpunkts

Im Fall *Almonacid Arellano versus Chile* (2006) nahm der IAGMR mit seiner Judikatur eine revolutionäre Position ein. So brachte der IAGMR den Standpunkt zum Ausdruck, dass seine Urteile *erga omnes*-Effekte erzeugen und nicht nur für die Vertragsstaaten und den Gegenstand des Rechtsstreits gelten; seine Auslegungen sollen verbindliche Präzedenzfälle für alle Gerichtsorgane der Vertragsstaaten schaffen. Darüber hinaus müssten diese die notwendige Konventionskontrolle durchführen, wobei der Inhalt der AMRK Vorrang haben soll, auch vor den nationalen Verfassungen. Diese Änderung der Rechtsprechung rief Kritik bei einem Teil der Staatsrechtslehre⁴ und bei einer Gruppe von Vertragsstaaten hervor, wie unten dargelegt wird.

Diese neue Sichtweise wurde vom IAGMR wie folgt ausgedrückt:

„Der Gerichtshof ist sich bewusst, dass inländische Richter und Gerichte der Rechtsstaatlichkeit unterliegen und daher verpflichtet sind, die im Rechtssystem geltenden Bestimmungen anzuwenden. Doch wenn ein Staat einen internationalen Vertrag, wie die Amerikanische Menschenrechtskonvention ratifiziert hat, unterliegen die Richter dieser. Das zwingt sie dafür zu sorgen, dass die Auswirkungen der Konventionsbestimmungen, durch Anwendung von Gesetzen, die dem Objekt und Ziel entgegenstehen, nicht vermindert werden und diese Gesetze von Anfang an keine juristische Wirkung haben. Mit anderen Worten: Die Judikative muss eine Art „Konventionskontrolle“ durchführen, zwischen den internen juristischen Normen, die in den konkreten Fällen anzuwenden sind, und den Normen der Amerikanischen Menschenrechtskonvention.

Bei dieser Aufgabe muss die Judikative nicht nur den Vertrag berücksichtigen, sondern auch die Auslegung des Interamerikanischen Gerichtshofs, des obersten Auslegers der Amerikanischen Konvention“.⁵

3 Ohne dass es sich um regionale Gerichte handelt, sollten auch weltweit der Internationale Strafgerichtshof und in Asien die Asiatische Menschenrechtskommission in Betracht gezogen werden.

4 Siehe hierzu zum Beispiel die Arbeit von Pablo Contreras Vásquez, *Análisis crítico del control de convencionalidad*, in: Manuel Antonio Núñez Poblete (Hrsg.), *La Internacionalización del Derecho Público*, Santiago, Thomson Reuters, 2015, S. 425 ff.

5 Urteil vom 26. September 2006, Fall *Almonacid Arellano* und andere versus Chile, Absatz 124.

Später, nämlich im Fall der gekündigten Angestellten des Kongresses (Aguado Alfaro und andere) versus Perú (2006), versuchte der IAGMR diese Jurisprudenz zu bestätigen:

„Wenn ein Staat einen internationalen Vertrag, wie die Amerikanische Konvention, ratifiziert hat, sind die Richter dieser unterworfen. Das zwingt sie, darauf zu achten, dass der nützliche Effekt der Konvention nicht durch Anwendung von Gesetzen, die den Bestimmungen, Objekt und Ziel entgegenstehen, beeinträchtigt oder annulliert wird. Mit anderen Worten: Die Organe der Judikative müssen nicht nur die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit ausüben, sondern auch die der Konventionalität, „ex officio“ zwischen den internen Normen und der Amerikanischen Konvention; das selbstverständlich im Rahmen der entsprechenden Zuständigkeiten und der sachbezogenen prozessualen Regulierungen. Diese Funktion kann nicht ausschließlich auf die Aussagen oder Handlungen der Beteiligten im jeweiligen Einzelfall limitiert werden. Das bedeutet aber nicht, dass diese Kontrolle stets ausgeführt werden muss ohne andere formale Sachverhalte, Zulässigkeitsmaterien und Herkunft dieser Aktionen zu berücksichtigen“.⁶

Seit dem Fall *Almonacid Arellano und andere versus Chile* ist davon auszugehen, dass der IAGMR danach strebt, dass die nationalen Gerichte und Behörden der Mitgliedsstaaten direkt und vorrangig die AMRK und andere Normen des Interamerikanischen Systems zum Schutze der fundamentalen Rechte anwenden, das heißt ihre Jurisprudenz übernehmen und somit die Doktrinen der Präjudiz unterwerfen. Ähnlich ist das Urteil im Fall *Fernández Ortega und andere versus Mexiko* (2010) zu verstehen, insbesondere die unter Randnummer 236 aufgeführte Passage:

„Die Judikative muss eine ex officio-Konventionskontrolle durchführen und zwar zwischen den internen Normen und der Interamerikanischen Konvention; selbstverständlich im Rahmen der jeweiligen Zuständigkeit und den entsprechenden Verfahrensvorschriften. Bei dieser Aufgabe muss die Judikative nicht nur den Vertrag berücksichtigen, sondern auch die Auslegung des Interamerikanischen Gerichtshofs, dem letzten Interpreten der Amerikanischen Menschenrechtskonvention“.⁷

Somit hat der IAGMR die Konventionskontrolle folgendermaßen verstanden:

- a) Die Anwendung des internationalen Rechts, speziell der AMRK und seiner Quellen, inklusive der Rechtsprechung dieses Gerichts ist eine Institution.
- b) Die staatlichen Behörden sind verpflichtet ex officio eine Konventionskontrolle auszuüben und zwar zwischen den nationalen Normen und der Amerikanischen Konvention im Rahmen der entsprechenden Zuständigkeiten und der zugehörigen Verfahrensvorschriften.
- c) Unter dem Begriff staatliche Behörden versteht man Richter und sonstige mit der Justizverwaltung verknüpfte Organe auf sämtlichen Ebenen.
- d) Die Kontrolle muss zum Ziel haben, dass die Auswirkungen der Konventionsbestimmungen nicht durch Anwendungen von gegenteiligen Normen vermindert werden, so dass Gerichts- und Verwaltungsentscheidungen nicht die gesamt-

6 Urteil vom 24. November 2006, Absatz 128.

7 In dem Urteil wird die Rechtsprechung in den Rechtssachen *Almonacid Arellano* (2006), *Boyce und andere gegen Barbados* (2007) und *Padilla Pacheco* (2009) zitiert.

te oder teilweise Einhaltung der internationalen Verpflichtungen zu einer Illusion machen.

- e) Zur Erfüllung dieser Aufgabe gehört nicht nur die Berücksichtigung des Vertrags, sondern auch die Auslegung des Interamerikanischen Gerichtshofs.⁸

Auch auf der anderen Seite des Atlantiks wurde in der Erwägung, dass es notwendig ist zu gewährleisten, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte weiterhin seine herausragende Rolle beim Schutz der Menschenrechte in Europa spielen kann, im Protokoll Nr. 15 vom 24.6.2013 in Artikel 1 vereinbart, dass am Ende der Präambel der Konvention ein neuer Beweggrund mit folgendem Wortlaut angefügt wird:

„in Bekräftigung dessen, daß es nach dem Grundsatz der Subsidiarität in erster Linie Aufgabe der Hohen Vertragsparteien ist, die Achtung der in dieser Konvention und den Protokollen dazu bestimmten Rechte und Freiheiten zu gewährleisten, und daß sie dabei über einen Ermessensspielraum verfügen, welcher der Kontrolle des durch diese Konvention errichteten Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte untersteht –“.

Das heißt, die Staaten verfügen über eine Bewertungsmarge, unbeschadet einer EGMR-Revision. Die Ergänzung erfolgte mehr als Referenz denn als Präzedenz mit der Absicht Europa zu integrieren, ohne die staatliche Souveränität aufzuheben.⁹

2.2. Wer muss die Konventionskontrolle im Inneren der Staaten ausüben?

Anfangs wies der IAGMR der Judikative (Richter und interne Gerichte) die Aufgabe der Konventionskontrolle zu, anschließend fiel diese Pflicht „den Organen der Judikative“¹⁰ zu. Im Fall *Boyce und andere versus Barbados* meinte der IAGMR, dass diese Kontrolle nicht nur von den nationalen Gerichten durchgeführt werden muss, sondern diese Pflicht auch dem Karibischen Gerichtshof zukommt. Dieses Gericht wurde vertraglich von der Karibischen Gemeinschaft (CARICOM) gegründet. Es handelt sich um ein internationales Gericht, welches außer der Auslegung des Vertrags auch die Funktion des Obersten Gerichtshofs in zivilen und strafrechtlichen Angelegenheiten der Mitgliedstaaten übernimmt.¹¹

Diese Erweiterung der Zielgruppen erfolgte auch im Fall *Cabrera García und Montiel Flores versus Mexiko*. Der Gerichtshof hatte dort den Organen, „die mit der Justizverwaltung auf allen Ebenen verknüpft sind“,¹² diese Pflicht auferlegt. Im Fall *Gelman versus Uruguay* hatte er behauptet, dass „die Kontrolle zur Funktion und Aufgabe irgendeiner öffentlichen Behörde gehöre und nicht ausschließlich der Judikative.“¹³

8 So beschreibt die IAMGR selbst die Konventionskontrolle in: https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm.

9 Javier García Roca, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Thomson Reuters, 2010, S. 16.

10 Rechtssache *Almonacid Arrellano und andere gegen Chile*, Absatz 124.

11 Fall der entlassenen Kongressmitarbeiter gegen Peru, Absatz 158.

12 Rechtssache *Cabrera García und Boyce und gegen Mexiko* (2010), Absatz 225.

13 Rechtssache *Gelman gegen Uruguay* (2011), Absatz 239.

Die Stellungnahme des IAGMR versucht, eine diffuse Kontrolle durch die Konvention zu erzwingen, die von den Richtern und Ministern der Exekutive, den zusätzlichen Organen und jeder anderen Behörde zu respektieren ist. Dieser juristische Aktivismus kann die Institutionalität der Staaten unterhöhlen, indem die von demokratischen Behörden verabschiedeten Rechtsakte von administrativen Strukturen, die hierfür nicht zuständig sind, bestritten werden.

Diese Vorgehensweise des IAGMR ist auf internationaler Ebene nicht üblich. Die Entschlüsse oder Vereinbarungen der internationalen oder überstaatlichen Organe richten sich zur entsprechenden Erfüllung an die beteiligten Staaten als bevorzugtes Subjekt des internationalen Rechts und nicht an die nationalen Organe. Jeder Staat muss die entsprechenden Maßnahmen selbst ergreifen, um die wahrheitsgemäße Erfüllung der internationalen Kompromisse zu garantieren.

Insgesamt gesehen haben aber die nationalen Menschenrechtsorganisationen in der amerikanischen Region zur Umsetzung der Verträge in den entsprechenden Rechtsordnungen¹⁴ durch Förderung des Rechts und durch Anwendungsversuche auf gerichtlichem Weg beigetragen.

2.3. Die *ex officio*-Kontrolle der Amerikanischen Menschenrechtskonvention (AMRK)

Der IAGMR behauptet, dass die nationalen Organe, einschließlich jener, die keine juristische Funktion ausüben, eine „Kontrolle der Konventionalität“ durchzuführen haben. Diese Kontrolle bezieht sich auf die Prüfung der Vereinbarkeit der nationalen Normen mit der Amerikanischen Menschenrechtskonvention, im Rahmen ihrer entsprechenden Zuständigkeiten und den betreffenden Prozessregelungen, ohne Notwendigkeit, dass eine der Parteien dies geltend macht oder Klage erhebt. Mit anderen Worten: der IAGMR unterweist alle internen Organe des Staates, ungeachtet ihrer Rechtsnatur, den IAGMR zu respektieren und nicht die Verfassung oder das Gesetz als die höchste anzuwendende Norm zu qualifizieren; außerdem wird die Einhaltung ihrer Jurisprudenz eingefordert.

Richter und alle sonstigen nationalen Behörden dürfen sich keine Kompetenzen anmaßen, die ihnen nicht zustehen; beispielsweise dürfen sie in ihren Urteilen nicht einen nicht ratifizierten oder nicht selbstaussührenden Vertrag anwenden oder die juristisch genormte Ordnung der Hierarchie- oder Prioritätsnormen ändern. Aufgrund des ausdrücklichen Mandats sind sie dem Grundgesetz verpflichtet.¹⁵

Zu berücksichtigen ist, dass verschiedene lateinamerikanische Länder Verfassungsnormen besitzen, die den Bereich der Verträge präzisieren und diese infra-

14 Weitere Informationen zu diesen Institutionen bei Juan Pablo Díaz Fuenzalida, Un aporte a la protección de los derechos humanos en Latinoamérica: la actividad del Ombudsman Criollo en tribunales de justicia, in: Revista Brasileira de Políticas Públicas, V. 9, N. 2, S. 493–511.

15 Verfassung von Bolivien, Art. 410 I, Verfassung von Argentinien, Art. 75, Inc. 22, Verfassung von Chile, Art. 6, Verfassung von Ecuador, Art. 424, u. a. Vgl. Teodoro Ribera Neumann/Gilbert Gornig, Relaciones entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Interno en Europa y Sudamérica, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2016.

oder verfassungsmäßig, jedoch nicht superverfassungsmäßig erklären.¹⁶ Wenn die Normen, die den IAGMR ins Leben rufen, aus Verträgen stammen, die als rechtlich, überrechtlich oder verfassungsrechtlich, aber nicht überverfassungsrechtlich gelten, kann daraus nicht abgeleitet werden, dass sein Urteil eine solche Wirkung entfaltet, es sei denn, die Verfassung eines Staates legt das Gegenteil fest.

Unbeschadet ist die Tatsache, dass die internen konstitutionellen und legalen Organe versuchen müssen, die internationalen vom Staat angenommenen Kompromisse zu respektieren. Auch sind sie zur Einhaltung der nationalen Normen im Rahmen ihrer Zuständigkeit verpflichtet, zu dem was das internationale Recht vorschreibt sowie zur Umsetzung der Beschlüsse supranationaler Organe.

Um einen Bruch in der Verteilung der nationalen Zuständigkeiten und der Gewichte und Gegengewichte im institutionellen System zu vermeiden, muss sich jeder den Normen unterwerfen, die die Geltung eines Rechtsstaates verankern, und daher auf die Ausübung der ihm nicht zustehenden Kompetenzen verzichten. Mit anderen Worten: Es ist der Staat in seiner Gesamtheit, der sich verpflichtet und die internationale Verpflichtung annimmt, wobei jeder einzelne Staat die erforderlichen Mechanismen zur Vollstreckung der übernommenen Kompromisse selbst bestimmt.

2.4. *Erga omnes*-Effekt in den Urteilen des IAGMR

Gemäß Art. 68 Abs. 1 AMRK verpflichten sich die Mitgliedsstaaten der Konvention der Gerichtsentscheidung nachzukommen und zwar in sämtlichen Fällen, in denen sie beteiligt sind. Wie dem Text zu entnehmen ist, kommt die Erfüllung der rechtlichen Verpflichtung dem Staat zu, der Teil des Verfahrens vor dem IAGMR ist, wobei die Umsetzungsgestalt der juristischen Entscheidung eine interne Angelegenheit ist. Laut Art. 68 Abs. 2 kann der Teil eines Urteils, der Schadensersatzleistungen festsetzt, in dem betreffenden Land in dem für die Vollstreckung von Urteilen gegen den Staat nach innerstaatlichem Recht vorgesehenen Verfahren vollstreckt werden. Art. 69 AMRK gibt an, dass das Gerichtsurteil den Parteien mitgeteilt und den Staaten, die Teil der Konvention sind, weitergeleitet werden soll, wodurch zwischen dem einen und dem anderem differenziert wird.

Der IAGMR strebt an, dass das Urteil eine objektive, indirekte rechtskräftige Entscheidung generiert, die für alle Staaten der Amerikanischen Konvention gilt und für die juristischen Dokumente eine Art *corpus iuris* bildet¹⁷. Dieser Entscheidung des IAGMR fehlt aber nicht nur die regulatorische Stütze; sie ist unbegründet und belästigend, da nicht die Diversität der juristischen Systeme, die Vielfalt der Entwicklungsniveaus und die verschiedene demokratische Konsolidierung der Staaten berücksichtigt werden. Im Gegensatz zu dem, was auf dem amerikanischen Kontinent geschieht, meint der Gerichtshof der Europäischen Union, dass den Staa-

16 Verfassung von Bolivien, Art. 410 II; Verfassung von Chile, Art. 5.

17 Für eine Zusammenfassung dieser Doktrin siehe Víctor Bazán, Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos en los órdenes internos, control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial, in: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 20, 2014, S. 391.

ten bei der Anwendung der Vorschriften ein Ermessensspielraum eingeräumt werden sollte, da eine vollständige Homogenisierung der Vorschriften nicht erforderlich ist, solange er zur Verwirklichung eines rechtmäßigen Ziels angemessen ist.¹⁸

2.5. Rechtsprechung des IAGMR als bindender Präzedenzfall

Einige iberoamerikanische Verfassungen verfügen über Bestimmungen, die anordnen, dass ihre Verfassung im Hinblick auf den Rang der internationalen Menschenrechte interpretiert werden müsse.¹⁹ Damit öffnet sich eine Tür zur Annahme der IAGMR-Rechtsprechung. Das bedeutet aber nicht, dass die Interpretation des Gerichtshofs als die einzig gültige zu übernehmen sei, noch weniger, dass diese als zwingendes Recht für staatliche Behörden und Richter anzuerkennen sei.

Dass die Staaten, die die Zuständigkeit des IAGMR anerkannt haben, versuchen, die internationalen Kompromisse zu respektieren, ist nichts anderes als Ausdruck des Grundsatzes von Treu und Glauben und des *pacta sunt servanda*-Prinzips, die beide in Art. 26 und 27 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge anerkannt sind.²⁰

Es ist zwar richtig, dass innerstaatliche Rechtsvorschriften nicht als Rechtfertigung für die Nichteinhaltung eines Vertrags herangezogen werden sollten. Doch ist dies nicht gleichbedeutend mit der Absicht des Gerichtshofs eine Bindung an eine Auslegungsansicht in den Fällen durchzusetzen, in denen ein Staat nicht Partei des Verfahrens ist und nicht die Zuständigkeit des IAGMR in Bezug auf den Staat eröffnet ist.

Ungeachtet dessen ist es notwendig, zwischen den verschiedenen Handlungsmöglichkeiten des IAGMR zu unterscheiden. Dies ergibt sich aus Art. 62 AMRK.

„1. Jede Vertragspartei kann bei Hinterlegung seiner Urkunde über die Ratifikation oder den Beitritt zu dieser Konvention oder zu jedem späteren Zeitpunkt erklären, dass er die Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs in allen die Auslegung oder Anwendung dieser Konvention betreffenden Angelegenheiten als ipso facto, ohne dass es besonderer Vereinbarungen bedürfte, bindend anerkennt.

2. Eine solche Erklärung kann unbedingt, unter der Bedingung der Gegenseitigkeit, für einen bestimmten Zeitraum oder für bestimmte Fälle abgegeben werden. Sie wird dem Generalsekretär der Organisation vorgelegt, der Abschriften davon den anderen Mitgliedstaaten der Organisation und dem Sekretär des Gerichtshofs übermittelt.

3. Die Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs erstreckt sich auf alle die Auslegung und Anwendung der Bestimmungen dieser Konvention betreffenden Fälle, die ihm unterbreitet werden, vorausgesetzt, dass die an diesem Fall als Parteien beteiligten Staaten diese Gerichtsbarkeit, sei es durch besondere Erklärung nach den vorausgegangenen Absätzen, sei es durch besondere Vereinbarung anerkennen oder anerkannt haben.“

18 So im Urteil Akerberg, zitiert von Pablo Nuevo López, *Control de Convencionalidad y aplicación judicial de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, in: *Revista Catalana de dret públic*, 50, S. 157. Diese Doktrin wurde vom EGMR entwickelt, sie wird aber im interamerikanischen System abgelehnt.

19 So, die Verfassungen von Bolivien (Art. 256), Kolumbien (Art. 93) und Peru (Art. 56).

20 Osvaldo Gozaíni, *Derecho Procesal Transnacional: Los procedimientos en la Comisión y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Mexiko, Tirant lo Blanch, 2014.

Das heißt, die Staaten erkennen die Zuständigkeit des IAGMR in den Fällen der Auslegung oder Anwendung der AMRK an. Das bedeutet aber nicht, dass die streitige Rechtsprechung als verbindlicher Präzedenzfall eingestuft wird. Mit anderen Worten heißt das, dass die Beschlüsse, die auf bloßen Anwendungsfällen des Art. 61 AMRK²¹ beruhen, keine Präzedenzfallklausel enthalten, im Gegensatz zu denen, die auf der Anwendung des Art. 62 fußen, – allgemein als beratende Stellungnahmen bekannt. Die Klassifizierung, die der IAGMR bezüglich seiner Entscheidungen²² vornimmt (strittige Fälle und beratende Stellungnahme), wird somit bestätigt.

Darüber hinaus hat die Vorgehensweise des IAGMR bei der Schaffung verbindlicher Präzedenzfälle bei allen seinen Entscheidungen Kritik hervorgerufen.²³ Sie beruht auf der Tatsache, dass das Gericht das Recht der Vertragsstaaten untergraben oder ignoriert habe – im Rahmen der Auslegungsmöglichkeiten des Übereinkommens – die Optionen zu bewerten, die für sie am günstigsten sind, um dem Übereinkommen und den für sie verbindlichen Urteilen nachzukommen sowie die von den Staaten demokratisch gefassten Beschlüsse zu beeinflussen oder ihnen zu widersprechen.²⁴

Andererseits hat Sergio García Ramírez, Richter des IAGMR und Präsident von 2004 bis 2007, anerkannt, dass die nationale Konventionskontrolle durch die staatlichen, besonders die rechtswissenschaftlichen Organe eine relevante Tatsache „zum Aufbau und zur Konsolidierung“ der internationalen rechtlichen Verankerung im amerikanischen Kontinent darstellt „mit der Absicht einer *ius commune*“

21 AMRK. „Absatz 2: Zuständigkeiten und Aufgaben. (1) Nur die Vertragsstaaten und die Kommission haben das Recht, dem Gerichtshof einen Fall zur Entscheidung vorzulegen. (2) Damit der Gerichtshof mit einer Rechtssache befasst werden kann, müssen die in den Artikeln 48 bis 50 vorgesehenen Verfahren ausgeschöpft sein.“

22 Mehr dazu unter <https://www.corteidh.or.cr/index.cfm>.

23 Außerdem hat Uruguay versucht von diesem Kriterium abzurücken, indem es, wie in Europa, den so genannten „nationalen Ermessensspielraum“ anwendet. In der Rechtssache Gelman gegen Uruguay aus dem Jahr 2011, die auch als „De los Coroneles“-Fall bezeichnet wurde, entschied der Oberste Gerichtshof dieses Landes, dass die Kriterien des IAGMR für Personen, die nicht an einem Gerichtsverfahren beteiligt waren, nicht bindend sind. Der IAGMR hat die Entscheidung des uruguayischen Gerichts in seiner Aufsichtsentschließung von 2013 jedoch stark in Frage gestellt.

Ungeachtet dessen hat der IAGMR in bestimmten Punkten einen gewissen Ermessensspielraum für die Staaten festgestellt. So heißt es in der Rechtssache Herrera Ulloa gegen Costa Rica aus dem Jahr 2004: „... es muss sich um einen wirksamen ordentlichen Rechtsbehelf handeln, mit dem ein Richter oder ein höheres Gericht versucht, rechtswidrige Gerichtsentscheidungen zu korrigieren. Die Staaten verfügen zwar über einen Ermessensspielraum, um die Ausübung dieses Rechtsbehelfs zu regeln, doch dürfen sie keine Beschränkungen oder Anforderungen aufstellen, die das Recht, ein Urteil anzufechten, in seinem Wesensgehalt beeinträchtigen ...“.

24 JorgeEzequiel Malarino, Activismo judicial, punitización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, in: Kai Ambos/Jorge Ezequiel Malarino/Gisela Elsner (Kompilatoren), Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y el derecho penal internacional, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010, S. 25 ff.

Formierung gleicher geographisch-juristischer Reichweite“, „was das Ergebnis eines wohlverstandenen Aktivismus sein kann“. Für diesen Magistrat bedeutete die „institutionelle Berufung“ des Gerichts die Integration des Internationalen Menschenrechtsgesetzes sowohl auf verfassungsrechtlichem wie auch auf legalem, politischem und kulturellem Niveau.²⁵

Abgesehen davon, dass diese Zielsetzungen lobenswert sein können, sind sie nicht Kennzeichen eines juristischen Organs, obgleich einige als politische Ziele geteilt werden können. Sie verwechseln politische Ziele mit der Aufgabe, die AMRK anzuwenden und zwar zu den von den Staaten genehmigten Bedingungen und verstoßen folglich gegen den Geist des Vereinbarten.

Dieser juristische Aktivismus ermöglicht es einigen Stimmen, den IAGMR als „mutiges Gericht“ zu bezeichnen, dessen Urteile direkte und konkrete Wirkungen erzeugen und zu einer „vierten Instanz“ werden. Das kann aber Auswirkungen auf eine geringe Erfolgsquote bei der Umsetzung der Urteile haben²⁶ und den Widerstand einiger Staaten, dem Gericht Zuständigkeiten zu übertragen, erzeugen.

In diesem Sinne haben, in Anbetracht der gegenwärtigen Leistung des regionalen Systems zum Schutz der Menschenrechte, Argentinien, Brasilien, Kolumbien, Paraguay und Chile am 11. April 2019 ihre Beunruhigung zum Ausdruck gebracht. Vor der Kommission und dem Internationalen Gerichtshof forderten sie Maßnahmen zur Verbesserung der Funktion. Die Staaten heben die Wichtigkeit des Subsidiaritätsprinzips als Basis der Zuständigkeitsverteilung im interamerikanischen System hervor. Das erfordert, dass sowohl die Staaten als auch die Organe des Systems ihre eigene Verantwortung in der Förderung und dem Schutz der regionalen Rechte wahrnehmen müssen, ohne in die Zuständigkeitssphäre jedes Einzelnen einzudringen.

Sie betonten auch, dass die Staaten über einen angemessenen Spielraum verfügen müssen, um über die geeignetsten Mittel und Wege zur Gewährleistung von Rechten und Garantien zu entscheiden und um ihren eigenen demokratischen Prozessen Nachdruck zu verleihen. Sie betonten auch, dass sowohl die Kommission als auch der Gerichtshof bei der Lösung der ihnen vorliegenden Fälle die Quellen des Völkerrechts strikt anwenden müssen.²⁷

Die Selbstbewertungs- und Selbstregulierungsbemühungen des IAGMR und der Mitgliedsstaaten, die Einsatz, Reflexionsvermögen und Selbstkritik abverlan-

25 Sergio García Ramírez, *Diálogo Jurisprudencial. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Nacionales Gerichte. Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2008, S. 1107–1116.

26 Kai Ambos/María Laura Böhm, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: Tribunal tímido vs. Tribunal audaz*, in: Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coord.), Alfonso Herrera García (coord.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*, S. 1057–1088.

27 Siehe <https://www.mre.gov.py/index.php/noticias-de-embajadas-y-consulados/gobiernos-de-argentina-brasil-chile-colombia-y-paraguay-se-manifiestan-sobre-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos#:~:text=Die%20Regierungen%20von%20Argentinien%2C%20Brasilien,ist%3A1%20durch%20die%20Kommission%20C3%B3n%20integriert.>

gen, wurden aufgrund der Coronavirus-Pandemie beeinträchtigt – mit Auswirkungen auf die interne Stabilität der Staaten, welche andere Elemente ihrer internationalen Agenda priorisieren.

Die Schwierigkeit bei der Einhaltung der IAGMR-Urteile und die Erweiterung der Zuständigkeit des Gerichtshofs auf mehrere Staaten, die die AMRK noch nicht angenommen haben, rufen Zweifel an der Funktion des Gerichts im amerikanischen Raum hervor. Obwohl der IAGMR mit seiner These der Konventionskontrolle einige der existierenden Grenzen zwischen dem internationalen und dem nationalen Recht einebnet, ist anzuerkennen, dass seine Präsenz von den Regierungen und den nationalen Gerichten berücksichtigt wird, bevor diesbezüglich gewisse Sachverhalte gelöst oder gerichtlich entschieden werden. Obwohl die Demokratie größtenteils in Amerika Fuß gefasst hat, besteht jedoch die Gefahr des Populismus und der totalitären und autoritären Prozesse in den sogenannten Ländern des Sozialismus im 21. Jahrhundert. Falsch wäre es, wenn das Gericht die Staatsaktionen, die ihnen im Zuge der Entscheidungsspielräume natürlich zukommen, nicht respektieren würde, denn sie sind Ausdruck ihrer staatlichen Souveränität und ihrer demokratischen Strukturen.²⁸

3. Konventionskontrolle und verfassungsmäßige Vorrangstellung

Unter Heranziehung der AMRK, anderer Menschenrechtsverträge im regionalen Raum²⁹ sowie der Auslegungsregeln des internationalen Rechts als Parameter oder Richtlinie wünscht das Gericht, dass die nationalen Normen, sowohl die legislativ reglementierten als auch die anderen Charakters, der Konventionskontrolle unterliegen.

28 Ambos/Böhm, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, S. 1057–1088.

29 Unter anderem ist für Chile in Bezug auf die Organisation Amerikanischer Staaten hervorzuhebenden: Interamerikanisches Übereinkommen über die Gewährung politischer Rechte für Frauen; Interamerikanisches Übereinkommen über die Gewährung bürgerlicher Rechte für Frauen; Amerikanische Menschenrechtskonvention; Interamerikanisches Übereinkommen zur Verhütung und Bestrafung der Folter; Protokoll zur Amerikanischen Menschenrechtskonvention zur Abschaffung der Todesstrafe; Interamerikanisches Übereinkommen über die Verbüßung von Strafen im Ausland; Interamerikanisches Übereinkommen über das gewaltsame Verschwindenlassen von Personen; Interamerikanisches Übereinkommen über die Verhütung, Bestrafung und Beseitigung von Gewalt gegen Frauen; Interamerikanisches Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen; Interamerikanisches Übereinkommen gegen Terrorismus. Siehe dazu Juan Pablo Díaz Fuenzalida, A propósito de los límites e ideal a seguir del texto constitucional actual y/o futuro, es decir, tanto con un apurbo como con un rechazo – La promoción y protección de los Derechos Humanos, 2020, in: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/a-proposito-de-los-limites-e-ideal-a-seguir-del-texto-constitucional-actual-y-o-futuros-decir-tanto-con-un-apurbo-como-con-un-rechazo-la-promocion-y-proteccion-de-los-derechos-humanos/>.

Beachtet werden muss aber, dass das Gericht sich das Recht der Konventionskontrolle zuschreibt, aber nicht nur der Kontrolle juristischer Normen, wie es bei der ersten Rechtsprechung noch der Fall war, sondern jetzt auch grundsätzlich, was auch von verschiedenen nationalen Gerichten gefordert wird. Es geht nicht mehr nur darum, die Kompatibilität der nationalen Normen, die in einem besonderen konkreten Fall angewendet werden, zu überprüfen. Vielmehr kann, wenn eine Norm mit der amerikanischen Konvention nicht vereinbar ist, die Tatsache ihrer Gültigkeit auf eine andere nationale Norm ausgeweitet werden.³⁰ Darüber hinaus fordert der IAGMR, dass die Justizorgane von Amts wegen und nicht nur auf Antrag einer Partei sowohl die Verfassungsmäßigkeit als auch die Konventionsvereinbarkeit überprüfen, wobei er diese Forderung abzuschwächen versucht, indem er präzisiert, dass dies im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten zu geschehen hat.

Im Folgenden wird die Kontrolle der Vereinbarkeit mit der Konvention (Konventionskontrolle) in Bezug auf infra-konstitutionelle Normen und auf die Verfassung selbst analysiert.

3.1. Konventionskontrolle und die infra-konstitutionellen Normen

Das Bestreben der IAGMR im Hinblick auf die Konventionskontrolle infra-konstitutioneller Normen besteht darin, diese in dem Maße einzuführen, als ob eine verfassungsmäßige Norm bestünde, die den Organen der Judikative eine entsprechende Zuständigkeit verleihe. Wenn die Verfassungsordnung die Zuständigkeit zur Konventionskontrolle ablehnt oder sich nicht auf sie bezieht, müsste der IAGMR im Prinzip respektieren, dass es kein diffuses Konventionskontrollsystem gibt, wie er es beabsichtigt.

Wenn es um Rechtsangelegenheiten geht, ist der Widerspruch eines Gesetzes mit einem internationalen Vertrag eine Frage der Auslegung der anwendbaren Norm und nicht zwangsläufig der Hierarchie. Ist im Falle eines vom ordentlichen Richter zu entscheidenden Konflikts eine Auslegung erforderlich, muss diese so erfolgen, dass die infra-konstitutionelle Norm mit der internationalen Norm und der AMRK harmonisiert.

Es ist zu berücksichtigen, dass verschiedene amerikanische Verfassungen spezielle Normen das Verhältnis zwischen internationalem Recht und nationalem Recht betreffend enthalten, wodurch die Mechanismen zur Herstellung einer größeren Kohärenz zwischen der internationalen und nationalen Gültigkeit internationaler Verträge unter Berücksichtigung des Grundsatzes *pacta sunt servanda* gestärkt werden.

So lässt sich zum Beispiel aus den Verfassungsnormen Folgendes ableiten:

- Die argentinische Verfassung besagt, dass „Verträge und Konkordate einen höheren Rang als Gesetze haben und dass Menschenrechtsverträge Verfassungs-

30 Rechtssache Suárez Rosero gegen Ecuador, Urteil vom 12.11.1997, Absatz 98; siehe auch die mit Gründen versehene Stellungnahme von Richter Caneado Trindade in der Rechtssache „Die letzte Versuchung Christi“, Olmedo Bustos und andere versus Chile, Urteil vom 5.2.2001, Nr. 13. Ebenso der Fall Castillo Petruzzi und andere versus Peru, Rechtssache Nr. 52.

rang besitzen, keinen Artikel des ersten Teils dieser Verfassung aufheben und als komplementär zu den Rechten und Garantien verstanden werden müssen“ (Art. 75 Abs. 22).

- Die bolivianische Verfassung vom Jahr 2009 bekundet den Vorrang der Verfassung gegenüber anderen gesetzlichen Bestimmungen und erkennt „die Existenz eines Verfassungsblocks bestehend aus internationalen Verträgen und Abkommen im Bereich der Menschenrechte und den vom Land ratifizierten Normen des Gemeinschaftsrechts“ (Art. 410) an.
- Die brasilianische Verfassung erkennt die Zuständigkeit des Bundesobergerichts an, die Verfassungswidrigkeit eines Vertrages zu deklarieren (Art. 102).
- Die chilenische Verfassung berücksichtigt als Grenze der Souveränität die grundlegenden Rechte, die der menschlichen Natur entspringen, sowie die gültigen internationalen Verträge (Art. 5). Auch besagt sie, dass die neue Verfassung die internationalen von Chile ratifizierten und gültigen Verträge respektieren muss (Art. 135).
- Die kolumbianische Verfassung äußert in Art. 4.1: „Die Verfassung ist die Norm der Normen. Im Fall der Unvereinbarkeit zwischen der Verfassung und dem Gesetz oder einer anderen juristischen Norm müssen die verfassungsrechtlichen Vereinbarungen angewendet werden.“ Andererseits sieht Art. 93 der Verfassung Folgendes vor: „In der inneren Ordnung überwiegen die internationalen vom Kongress ratifizierten Verträge und Vereinbarungen, die die Menschenrechte anerkennen und die Ausnahmezustände limitieren.“
- Die ecuadorianische Verfassung gibt laut Art. 425 die hierarchische Reihenfolge der Normenanwendung an und verordnet, dass die internationalen Verträge eine infrakonstitutionelle Hierarchie innehaben, jedoch *supra legem*;
- Paraguay andererseits legt im Art. 137 der Verfassung von 1992 fest: „Das oberste Gesetz ist die Verfassung“. Diese, die Verträge, Konventionen und internationale genehmigte und ratifizierte Vereinbarungen, die vom Kongress verabschiedeten Gesetze und andere nachrangige Bestimmungen die entsprechend sanktioniert werden, sind Teil des positiven nationales Rechts in der dargelegten Rangfolge“.
- Die peruanische Verfassung besagt, dass die vom Staat abgeschlossenen und in Kraft befindlichen Verträge Teile des nationalen Rechts sind (Art. 55); Art. 200 Abs. 4 verankert, bei welcher der verschiedenen Normen aufgrund der Rechts-hierarchie eine Verfassungsklage angebracht ist. Anders ist die Situation bei internationalen Verträgen, die sich mit Menschenrechten befassen oder die Verfassungsrang besitzen – aufgrund des Art. 3 der Grundrechtscharta und seiner vierten Schlussbestimmung.

Richter müssen also den international ratifizierten und gültigen Verträgen besonders entgegenkommen und versuchen, eine Auslegung zu liefern, die die Anwendung – ohne Aushöhlung oder Missachtung der Verfassungsbestimmungen – ermöglicht.

Darüber hinaus ist ein angeblicher Widerspruch zwischen den Verträgen, einschließlich der AMRK, mit den Gesetzen oder anderen verfassungsinternen Be-

stimmungen ein Problem der Auswahl des auf den konkreten Fall anwendbaren Rechts. Die entsprechende Entscheidung fällt den richterlichen Organen im Rahmen der Ausübung ihrer richterlichen Tätigkeit zu. So sind die ordentlichen Richter, wenn sie die Befugnis haben, anwendbare Normen zu wählen, verpflichtet, dem internationalen bereits integrierten Vertrag Vorrang gegenüber einem nationalen, ihm zuwiderlaufenden Gesetz einzuräumen; es besteht auch die Möglichkeit die nationale Norm so auszulegen, dass sie mit der internationalen Norm übereinstimmt.³¹

3.2. Die Konventionskontrolle und die Verfassung

Der Umfang des Begriffs „Gesetze“, auf den sich die Konventionskontrolle des IAGMR bezieht, kann restriktiv ausgelegt werden. Der Begriff kann nur auf die formellen Gesetze selbst bezogen werden oder in erweiterter Form die konstitutionellen Normen, Gesetze, Dekrete, Verordnungen, Anordnungen, Entscheidungen, Anweisungen usw. einbeziehen. Obwohl der IAGMR dies nicht präzisiert hatte, wurde im Fall *Boyce und andere vs Barbados* geurteilt³², dass sich Verfassungsbestimmungen des internen Rechts aufgrund der Nichterfüllung einer internationalen Verpflichtung der Konventionskontrolle unterziehen müssen.

Die vom IAGMR vertretene These stellt für die Verfassungsgerichte die Frage der Befugnis zur Kontrolle der verfassungsmäßigen Vorrangstellung. Beabsichtigt wird, dass die internationalen Menschenrechtsnormen als Gültigkeitsparameter der eigenen Verfassung anzuwenden sind und zwar in der Auslegung, die sich aus der Rechtsprechung des IAGMR ergibt.

Wie zuvor kommentiert, haben verschiedene Verfassungen Normen aufgenommen, um die Harmonisierung zwischen den nationalen normativen Regelungen und denen mit internationaler Reichweite zu verstärken.

Auch in den Staaten, in denen festgelegt wurde, dass Menschenrechtsverträge Verfassungsrang besitzen oder die Verträge zu diesem Thema in ihren Verfassungstext aufgenommen haben, ist vorgesehen, dass diese einen höheren Rang als die Verfassung innehaben. So sieht Art. 75 Abs. 22 der argentinischen Verfassung vor, dass die Menschenrechtsverträge Verfassungsrang besitzen, jedoch keinen Artikel des ersten Teils dieser Verfassung aufheben können; vielmehr sollten sie als Ergänzung zu den anerkannten Rechten und Garantien verstanden werden. Diese Verträge erwerben diesen Rang nicht dadurch, dass sie eine internationale Konvention der Menschenrechte sind, sondern dann, wenn jede Kammer ihre Aufnahme mit Zweidritteln seiner Vollmitglieder genehmigt.³³

31 In diesem Zusammenhang ist die von Contreras (oben zitiert) getroffene Unterscheidung zwischen einer „starken“ und einer „schwachen“ Kontrolle der Konventionalität von Bedeutung, d. h. ob sie verpflichtet ist, die Norm zu verdrängen oder sie so auszulegen, dass eine nützliche Wirkung erzielt wird oder nicht.

32 IAGMR, Fall *Boyce gegen Barbados*, Urteil vom 20.11.2007, Absatz Nr. 78.

33 Siehe auch die bolivianische Verfassung von 2009, die die normative Hierarchie der Verfassung gegenüber Verträgen festlegt und die Existenz eines verfassungsmäßigen Blocks mit konventionellen Normen zu Menschen- und Gemeinschaftsrechten anerkennt. Brasi-

Es steht daher den Gerichten zu, alle Interpretationsbemühungen zu unternehmen, um Anwendungsparameter der Menschenrechte festzulegen, die gleich oder über denen des IAGMR stehen. Alles in allem dürfen die ordentlichen und speziellen Gerichte und das Verfassungsgericht im Besonderen nicht gegen eine ausdrückliche Verfassungsnorm verstoßen, um ein Schlichtungsverfahren mit der Rechtsprechung des IAGMR zu suchen.

Es muss daran erinnert werden, dass die Hauptaufgabe der Verfassungsgerichte darin besteht, die obersten Hüter der Verfassung zu sein und dass ihre bloße Existenz dadurch gerechtfertigt ist. Es sind die Verfassungsnormen und nicht die internationalen Verträge, die ihnen zum Schutz anvertraut sind, sofern der Verfassungstext nicht was anderes vorsieht, wie in den oben genannten Fällen. Es wird höchstens ein Block von Normen mit Verfassungsrang erzeugt,³⁴ der sich sowohl aus den eigentlichen Verfassungsnormen als auch aus den internationalen Menschenrechtsverträgen zusammensetzen könnte – dies bedeutet jedoch nicht, dass die Verträge im Falle einer möglichen Einbeziehung den Verfassungsnormen übergeordnet sind.

Ein wichtiger Punkt, der die Idee eines *corpus iuris* des IAGMR grundsätzlich beeinträchtigen sollte, ist die geringe Anzahl von Urteilen, die letztendlich von diesem Rechtsprechungsorgan gefällt wurde. Bis zum 2. Juni 2021 hatte der IAGMR seit 1987³⁵ lediglich 421 Urteile in strittigen Fällen gefällt, was eine geringe Rechtsprechungstätigkeit belegt.

3.3. Harmonie der Quellen für den Schutz der Rechte

Die vom IAGMR geförderte Kontrolle durch die Konvention zielt nicht darauf ab, die von den Staaten eingegangenen Verpflichtungen in Frage zu stellen, sondern versucht, die These durchzusetzen, dass das internationale Recht per se Vorrang vor den Verfassungen haben könnte.

Da in den verschiedenen Rechtssystemen der Staaten des Interamerikanischen Systems ein dualistisches Rechtsverständnis vorherrscht, ist es sinnvoll, die Harmonisierung zwischen internationalem Recht und innerstaatlichem Recht zu fördern; dies ist insbesondere dann erforderlich, wenn beide Quellen zu internen normativen Quellen eines Staates werden und dieser nicht eine Normenhierarchie angegeben hat.

lien seinerseits hat nach der Reform von 2004 festgelegt, dass Verträge und Konventionen über Menschenrechte, die in jeder Kammer in zwei Runden mit einer Zweidrittelmehrheit gebilligt wurden, einer Verfassungsänderung gleichgestellt sind, verleiht ihnen aber keinen Vorrang vor der Verfassung. Ähnliche Situation und Bedarf in der Dominikanischen Republik, Kolumbien, Ecuador und Guatemala.

34 Mehr dazu: Juan Pablo Díaz Fuenzalida, ¿Son parte del bloque de constitucionalidad los principales tratados internacionales de derechos humanos de la ONU en Chile? Del texto positivo a la aplicación en tribunales de justicia, in: Revista Brasileira de Políticas Públicas, V. 9, N. 1, S. 153–172.

35 Siehe in https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm/.

Wenn es sich um einen internationalen Vertrag handelt, der in das innerstaatliche Rechtssystem und in die Verfassung aufgenommen wurde, hat der Jurist oder das Rechtsprechungsorgan eine Auslegung zugunsten der Menschenrechte zu fördern, und somit beide Rechtsquellen zu ergänzen und zu harmonisieren, anstatt der einen Rechtsquelle Vorrang vor der anderen zu geben. Dies ist der Weg, den es zu beschreiten gilt, um einerseits die Konventionskontrolle und andererseits die konstitutionelle Vorherrschaft miteinander zu vereinbaren.

Darüber hinaus sollten nicht nur die Verfassung und die AMRK, sondern auch andere internationale Menschenrechtsnormen miteinander in Einklang gebracht werden. Als Richtschnur sollte dabei unter anderem das *Pro-Homine*-Prinzip³⁶ und das Prinzip der fortschreitenden Rechte dienen.³⁷

4. Schlussfolgerungen. Weder Kontrolle noch Vorherrschaft, Harmonie zum Schutz der Menschenrechte

Die Entscheidung des IAGMR, eine führende Rolle bei der Verankerung einer lateinamerikanischen Menschenrechtsordnung zu übernehmen, die über seinen Zuständigkeitsbereich hinausgeht (d. h. im Gegensatz zu Gutachten und Streitfällen, in denen der betreffende Staat Partei ist), hat unbestreitbare Zweifel darüber aufkommen lassen, ob sein Handeln mit der AMRK vereinbar ist, die ihn geschaffen hat oder nicht.

Insbesondere der Wunsch des IAGMR, dass seine Entscheidungen *erga omnes* und nicht nur *inter partes* wirken, dass seine Auslegung von Vertragsnormen einen verbindlichen Präzedenzfall für die innerstaatlichen Organe der Vertragsstaaten darstellt, dass seine Urteile den Ermessensspielraum, der den Rechtsorganen der Vertragsstaaten zusteht, ignorieren und dass die AMRK schließlich einen überkonstitutionellen Charakter erhält, hat die Frage aufgeworfen, ob der Gerichtshof innerhalb oder außerhalb seiner Zuständigkeit handelt.

In der amerikanischen Sphäre gibt es keinen Staatenbund, keine Gemeinschaft mit gerichtlichen und gesetzgebenden Organen, wie es sie in Europa gibt. Aus diesem Grund ist der Anspruch des IAGMR, das übergeordnete Gericht zu sein, dessen Rechtsprechung die nationalen Richter dazu verpflichtet, seine Kriterien als einzige zu befolgen, noch weniger haltbar, unbeschadet der guten Absichten

36 Der Grundsatz „pro homine“ ist ein Kernelement der internationalen Menschenrechtsnormen. Er ist kein abstrakter und philosophischer Begriff. Dieser Grundsatz stellt eine zwingende Regel für alle internationalen Akteure dar.

37 Weitere Informationen bei: Regina Ingrid Díaz Tolosa, La aplicación del derecho internacional por los tribunales nacionales. Rezension des Buches von Díaz Fuenzalida, Juan Pablo: Principales tratados internacionales sobre derechos humanos de la ONU aplicables en los tribunales de justicia en Chile. Concordias con las garantías constitucionales chilenas y jurisprudencia relevante de los máximos tribunales. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2019, in: Revista Justicia y Derecho, V. 2, Nr. 1, 2019, S. 155–162.

oder angesichts der Schwierigkeiten, die dem interamerikanischen System innewohnen.

Seine Rolle ist im Übrigen von Bedeutung, wenn es darum geht, das Wesen der Rechte zu bestimmen, insbesondere derjenigen, die mit der AMRK zusammenhängen; der IAGMR selbst erkennt an, dass die Staaten einen Ermessensspielraum haben, wie sie diese Rechte umsetzen können.

Problematisch wird es dann, wenn der Gerichtshof nicht nur Kriterien für die Bestimmung des Wesens der Rechte aufstellt, sondern auch Szenarien entwirft, die in die Zuständigkeit der Staaten selbst fallen.

Natürlich müssen sich die nationalen Richter um eine Auslegung der nationalen Normen bemühen, um die internationalen Verpflichtungen ihres Staates zu respektieren; diese Auslegung wird, sofern keine ausdrückliche gegenteilige Regelung besteht, durch den Verfassungstext selbst begrenzt.

Wenn unter den Staaten, die die Zuständigkeit des IAGMR anerkennen, die dualistische Theorie vorherrscht, kann nicht behauptet werden, dass das innerstaatliche Recht von sich aus seine Gültigkeit oder Wirksamkeit verliert, wenn es gegen die AMRK verstößt. Eine Rechtsverletzung ist aber jedenfalls gegeben, wenn ein Gesetz gegen eine Norm des Übereinkommens oder der Verfassung verstößt. Die beiden letztgenannten Regeln haben Vorrang vor den übrigen Rechtsvorschriften. Im Falle möglicher Widersprüche zwischen der AMRK und der Verfassung muss die Ausübung der Rechte und Freiheiten jedoch wirksamer geschützt werden, indem es *Pro-Persona* angewandt wird und beide Regelungen als harmonisches Ganzes zugunsten der Menschenrechte ausgelegt werden. Zu dieser Harmonisierungsarbeit können auch andere internationale Verträge, die von den Staaten ratifiziert werden und in Kraft sind, beitragen.

Literaturverzeichnis

- Ambos, Kai/Böhm, María Laura, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: Tribunal tímido vs. Tribunal audaz, in: Ferrer MacGregor, Eduardo (Coord.), Herrera García, Alfonso (coord.), Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos, S. 1057–1088
- Bazán, Victor, Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos en los órdenes internos, control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial, in: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 20, 2014
- Contreras Vásquez, Pablo, Análisis crítico del control de convencionalidad, in: Núñez Poblete, Manuel Antonio (Hrsg.), La Internacionalización del Derecho Público, Santiago, Thomson Reuters, 2015, S. 425 ff
- Díaz Fuenzalida, Juan Pablo, ¿Son parte del bloque de constitucionalidad los principales tratados internacionales de derechos humanos de la ONU en Chile? Del texto positivo a la aplicación en tribunales de justicia, in: Revista Brasileira de Políticas Públicas, V. 9, N. 1, S. 153–172
- Díaz Fuenzalida, Juan Pablo, A propósito de los límites e ideal a seguir del texto constitucional actual y/o futuro, es decir, tanto con un apruebo como con un rechazo – La

- promoción y protección de los Derechos Humanos, 2020, in: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/a-proposito-de-los-limites-e-ideal-a-seguir-del-texto-constitucional-actual-y-o-futuro-es-decir-tanto-con-un-apruebo-como-con-un-rechazo-la-promocion-y-proteccion-de-los-derechos-humanos/>
- Díaz Fuenzalida, Juan Pablo, Un aporte a la protección de los derechos humanos en Latinoamérica: la actividad del Ombudsman Criollo en tribunales de justicia, in: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, V. 9, N. 2, S. 493–511
- Díaz Tolosa, Regina Ingrid, La aplicación del derecho internacional por los tribunales nacionales. Rezension des Buches von Díaz Fuenzalida, Juan Pablo: Principales tratados internacionales sobre derechos humanos de la ONU aplicables en los tribunales de justicia en Chile. Concordias con las garantías constitucionales chilenas y jurisprudencia relevante de los máximos tribunales. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2019, in: *Revista Justicia y Derecho*, V. 2, Nr. 1, 2019, S. 155–162
- Ezequiel Malarino, Jorge, Activismo judicial, punitización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, in: Ambos, Kai/Ezequiel Malarino, Jorge/Elsner, Gisela (Kompilatoren), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y el derecho penal internacional*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010, pp. 25 ff
- García Ramírez, Sergio, Diálogo Jurisprudencial. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Nationale Gerichte. Corte Interamericana de Derechos Humanos, in: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2008, S. 1107–1116
- García Roca, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Thomson Reuters, 2010
- Gozaíni, Osvaldo, *Derecho Procesal Transnacional: Los procedimientos en la Comisión y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Mexiko, Tirant lo Blanch, 2014
- López, Pablo Nuevo, Control de Convencionalidad y aplicación judicial de los derechos fundamentales de la Unión Europea, in: *Revista Catalana de dret públic*, 50, S. 157
- Ribera Neumann, Teodoro/Gornig, Gilbert, *Relaciones entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Interno en Europa y Sudamérica*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2016

EU-Recht

Vorgaben für das nationale Staatsangehörigkeitsrecht durch EMRK und Unionsrecht

Jörg Gundel

Abstract Deutsch

Während die Staaten nach dem allgemeinen Völkerrecht einen gewissen Ermessensspielraum bei der Wahl der Kriterien für die Verleihung und den Entzug der Staatsangehörigkeit haben, kann dieser Ermessensspielraum durch vertragliche Verpflichtungen eingeengt werden. In diesem Beitrag sollen die zusätzlichen Grenzen analysiert werden, die sich aus der Europäischen Menschenrechtskonvention und dem Recht der Europäischen Union ergeben, wie sie in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des EuGH definiert sind.

Abstract English

While under general international public law States enjoy a certain discretion in choosing the criteria for granting and retreating their nationality, Treaty obligations may narrow down this discretion. This contribution aims to analyze the additional limits stemming from the European convention on human rights and the law of the European Union as defined by the case law of the European Court of Human Rights and the CJEU.

1. Einleitung: Die Staatsangehörigkeit als Fall einer Anknüpfung des internationalen Rechts an ein vom nationalen Recht definiertes Rechtsverhältnis

Die Staatsangehörigkeit als Band zwischen einer Person und einem Staat ist ein Phänomen, das das Völkerrecht und auch das Unionsrecht als gegeben voraussetzen, ohne die Voraussetzungen dieser Verbindung selbst zu definieren. Ihre Bestimmung bleibt im Ausgangspunkt in der Hoheit des jeweiligen Staates¹, wobei die konkurrierenden Grundmodelle einer Anknüpfung an die Abstammung (*ius sanguinis*) bzw. an den Ort der Geburt (*ius soli*) heute vielfach nicht mehr in Reinform, sondern in differenzierenden Kombinationsformen angewandt werden².

Dieser im Ausgangspunkt bestehende Blankettverweis auf das nationale Recht erscheint auf den ersten Blick erstaunlich, weil das Völkerrecht ebenso wie das

1 S. stellvertretend StIGH, GA v. 7.2.1923 – Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc, Rec. Série B, No 4, S. 24; aus der Literatur s. in jüngerer Zeit z. B. *Weber*, Staatsangehörigkeit und Status, 2018, S. 184 ff.; *Lepoutre*, Nationalité et souveraineté, 2020, S. 314 ff.; *Lagarde*, Les compétences de l'Etat en matière d'octroi et de déchéance de la nationalité, in: SFDI (éd.), Droit international et nationalité, 2012, S. 81 ff.

2 Dazu z. B. *de Groot/Vonk*, Acquisition of Nationality by Birth on a Particular Territory or Establishment of Parentage: Global Trends Regarding *Ius Sanguinis* and *Ius Soli*, 65 NILR (2018), 319 ff.

Unionsrecht mit diesem Status erhebliche Konsequenzen verbinden: Völkerrechtlich begründet die Staatsangehörigkeit die Verpflichtung des Heimatstaats zur Aufnahme seiner Staatsangehörigen³, weiter z. B. sein diplomatisches Schutzrecht gegenüber anderen Staaten⁴, wobei diesem Bereich mit dem genuine link-Erfordernis die prominenteste und zugleich bis heute umstrittene Grenzziehung durch das Völkerrecht entstammt⁵. Auch das Unionsrecht knüpft mit dem Institut der Unionsbürgerschaft gemäß Art. 20 AEUV an die nationale Staatsangehörigkeit und damit an einen vom nationalen Recht definierten Status an, ohne eigenständige Anforderungen vorzusehen⁶; auch hier sind mit diesem Status weitreichende Rechtsfolgen verbunden, die die Mitgliedstaaten zu unorthodoxen Regelungen verleiten können⁷.

Die besondere politische Sensibilität der Materie wird in ganz unterschiedlichen Zusammenhängen deutlich: So hat die Verleihung der Staatsangehörigkeit des Mutterstaates⁸ an die Angehörigen nationaler Minderheiten in Nachbarstaaten – bzw. auch schon die bloße Diskussion um solche Vorhaben – in jüngerer Zeit mehrfach zu politischen Konflikten geführt⁹; die Verleihung der Staatsangehörigkeit wird

- 3 Dazu *Kamto*, Nationalité et expulsion en droit international, in: Liber Amicorum Ernest Petrič, 2011, S. 223 ff.; *Klein*, Zum Recht der Einreise in das „eigene Land“, in: FS Hailbronner, 2013, S. 313 ff.; *Hailbronner*, Readmission Agreements and the Obligation of States under Public International Law to Readmit their Own and Foreign Nationals, *ZaöRV* 1997, 1 ff.; s. auch noch u. bei Fn. 12 u. Fn. 19.
- 4 S. *Denza*, Nationality and Diplomatic Protection, 65 NILR (2018), 463 ff.; *Vermeer-Künzli*, Nationality and diplomatic protection, in: Annoni/Forlati (eds.), The changing role of Nationality in International Law, 2013, S. 76 ff.
- 5 IGH, 6.4.1955 – Liechtenstein ./ Guatemala (Nottebohm), ICJ Reports 1955, 4 (23); zur Kritik s. *Sloane*, Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality, 50 Harvard Int. Law Journal (2009), 1 ff.; zu den gegenwärtigen Unsicherheiten über die Reichweite s. m.w.N. *Clerici*, Freedom of States to Regulate Nationality: European Versus International Court of Justice, in: Essays in Honour of Tullio Treves, 2013, S. 839 ff.; *Wagner*, Die Anerkennung von Staatsangehörigkeitsentscheidungen im Europäischen Rechtsraum, in: FS Isak, 2020, S. 453 (458 f.); *Pataut*, Contrôle de l'Etat ou protection de l'individu? Remarques sur l'effectivité de la nationalité, RCDIP 2021, 747 ff.
- 6 S. EuGH (GK), 2.3.2010 – Rs. C-135/08 (Rottmann), Slg. 2010, I-1449, Tz. 39; zu dieser Leitentscheidung s. noch u. 3.2. mit Fn. 79 ff.
- 7 Zum „Verkauf“ der Staatsangehörigkeit von EU-Mitgliedstaaten als Schlüssel zur Unionsbürgerschaft s. u. 3.4.
- 8 Zu diesem Begriff, der in jüngerer Zeit durch die Bezeichnung als Kin-State abgelöst wird, s. z. B. *Hofmann*, Die Funktion des Kin-State gemäß dem Rahmenabkommen zum Schutz nationaler Minderheiten, in: Hafner u. a. (Hrsg.), Minderheiten und Mutterstaaten: Schutz oder Intervention, 2015, S. 133 ff.
- 9 S. zur slowakischen Gesetzgebung, die auf die Möglichkeit des Erwerbs der ungarischen Staatsangehörigkeit durch Angehörige der ungarischen Minderheit mit der Rechtsfolge des Verlusts der slowakischen Staatsangehörigkeit reagiert: EGMR (3. Sektion), 21.5.2012 – Féher u. Dolnik ./ Slowakei; EuG, 10.9.2014 – Rs. T-650/13 (Lomnici/EP). Zur Diskussion um die Verleihung der österreichischen Staatsangehörigkeit an Südtiroler s. *Löwenstein*, Tiroler Doppelpass – Auch die österreichische Staatsangehörigkeit für die Nachfahren Andreas Hofers?, FAZ Nr. 286 v. 9.12.2017, S. 12; zuletzt *Ripperger*, Die Südtiroler bleiben Italiener – Österreichs Vorstoß für eine doppelte Staatsangehörigkeit ist vertagt, FAZ Nr. 14 v. 17.1.2020, S. 8.

hier teils auch offensiv im Konflikt um Territorien als Instrument der Landnahme eingesetzt.¹⁰ Weitere aktuelle Streitpunkte betreffen den Entzug der Staatsangehörigkeit bei Personen, die an terroristischen Aktivitäten teilgenommen haben¹¹, und in Gegenrichtung die Verpflichtung der Heimatstaaten zur Rückholung von im Ausland gestrandeten Staatsangehörigen, die oder deren Angehörige in solche Aktivitäten verstrickt waren¹².

- 10 S. *Milano*, The Conferral of Citizenship en masse by Kin-States: Creeping Annexation or Responsibility to Protect?, in: Palermo/Sabanadze (eds.), National Minorities in Inter-State Relations, 2011, S. 145 ff.; zur systematischen Ausgabe russischer Pässe an Einwohner der georgischen Regionen Abchasien und Südossetien s. *Peters*, Extraterritorial Nationalizations: Between the Human Right to Nationality, State Sovereignty and Fair Principles of Jurisdiction, 53 GYIL (2010), 623 ff.; zuletzt *Harzl*, Passportizatsiya revisited: Extraterritorial naturalization in the cases of Abkhazia and South Ossetia, ArchVR 58 (2020), 73 ff.; zum entsprechenden Vorgehen Russlands in den besetzten Gebieten in der Ukraine s. FAZ Nr. 100 v. 30.4.2019, S. 5: „Neue Pässe in der Ostukraine“; für den Versuch einer Rechtfertigung der damit verbundenen Interventionsansprüche Rußlands s. *Geistlinger*, Der Schutz ihrer Landsleute im Ausland durch die Russländische Föderation unter besonderer Berücksichtigung der Ukraine, Friedens-Warte 2014, 181 ff.
- 11 S. dazu *Cloots*, The Legal Limits of Citizenship Deprivation as a Counterterrorist Strategy, 23 EPL (2017), 57 ff.; *Guiorguieff*, Droit international et renforcement du droit de retrait de la nationalité face aux actes terroristes, RTDH 2016, 617 ff.; *Cipolletti*, La privazione della cittadinanza nel contrasto ai foreign terrorist fighters e il diritto internazionale, Riv. dir. int. 2016, 117 ff.; *Van Waas*, Foreign Fighters and the Deprivation of Nationality: National Practices and International Law Implications, in: de Guttery/Capone/Paulussen (eds.), Foreign Fighters under International Law and Beyond, 2016, S. 469 ff.; *Lepoutre*, Le bannissement des nationaux, RCDIP 2016, 107 ff.; *Weber*, Bürger oder Exilant? Funktion und Wertbezug der Staatsangehörigkeit im Rahmen der Beteiligung an Kampfhandlungen terroristischer Vereinigungen, ZAR 2015, 138 ff.; zur Bewertung durch den EGMR s. u. 2.4.; zur entsprechenden Änderung des § 28 StAG durch Gesetz v. 4.8.2019, BGBl. I S. 1124, s. *Walter/Nedelcu*, Verlust der Staatsangehörigkeit als Maßnahme der Terrorismusbekämpfung: Welche Grenzen setzt das Völkerrecht?, Friedens-Warte 2020, 325 ff.; *Zimmermann/Eiken*, Reform des § 28 StAG und das Völkerrecht, NVwZ 2019, 1313 ff.
- 12 S. zur Frage der Rückholansprüche von in syrischen Gefangenenlagern gestrandeten IS-Angehörigen mit deutscher Staatsangehörigkeit bejahend VG Berlin, 10.7.2019 – VG 34 L 245/19, NVwZ 2019, 1302; bestätigend z. B. OVG Berlin-Brandenburg, 7.7.2020 – OVG 10 S 30/20; dazu *Schwander*, Die Pflicht zur Rückholung Deutscher aus dem vormaligen IS-Gebiet, NVwZ 2019, 1260 ff.; *Baumert*, Völker- und verfassungsrechtliche Fragen der Rückübernahme deutscher IS-Anhänger aus dem Ausland, NVwZ 2020, 110 ff.; *Grohmann*, Rückholansprüche von IS-Rückkehrern im Lichte nationaler und internationaler Rechtsprechungsentwicklungen, DÖV 2022, 164 ff. Das OVG Berlin-Brandenburg differenziert hier allerdings nach der Gefährdungslage in den verschiedenen Lagern in Syrien und verneint Ansprüche bei vertretbaren Lebensbedingungen, s. OVG Berlin-Brandenburg, 1.10.2020 – OVG 10 S 45/20; OVG Berlin-Brandenburg, 10.6.2020 – OVG 10 S 64/19. Gestützt werden die Ansprüche auf Art. 2 Abs. 2 GG, dessen Geltung sich freilich nicht auf Deutsche beschränkt – so der berechtigte Hinweis bei *Ungern-Sternberg*, Privilegierung eigener Staatsangehöriger im Kampf gegen den internationalen Terrorismus: Kein Menschenrechtsschutz für Ausländer im Ausland?, in: FS Robbers, 2020, S. 865 ff. In anderen Staaten wurden justiz-

Für die hier vorgenommene Bestandsaufnahme der spezifisch europäischen – konventions- wie unionsrechtlichen – Vorgaben können dabei zwei Grundkonstellationen identifiziert werden: Es geht entweder um einen (möglicherweise zu) expansiven Umgang eines Staates mit seiner Staatsangehörigkeit – dazu zählt das erwähnte Beispiel der Verleihung an Angehörige nationaler Minderheiten in Nachbarstaaten –, oder aber um eine (möglicherweise zu) restriktive Handhabung, für die das Beispiel des Entzugs der Staatsangehörigkeit von Terroristen steht. In der ersten Konstellation werden sich aus der Perspektive des europäischen Menschenrechtsschutzes schwerlich Kriterien ableiten lassen; in diesem Feld geht es vor allem um die Reichweite des universell-völkergewohnheitsrechtlich geltenden genuine link-Erfordernisses. Das Unionsrecht kann dagegen auch Grenzen für eine „zu liberale“ Einbürgerungspolitik der Mitgliedstaaten setzen.¹³ In Bezug auf die zweite Konstellation eines möglicherweise zu restriktiven Umgangs mit der Staatsangehörigkeit enthalten EMRK und Unionsrecht dagegen parallel zueinander einschränkende Rahmenvorgaben.

2. Die Vorgaben der EMRK für das nationale Staatsangehörigkeitsrecht

2.1. Die geringe Bedeutung der Staatsangehörigkeit im System der EMRK

Das Völkervertragsrecht setzt Leitplanken für das nationale Staatsangehörigkeitsrecht vor allem unter menschenrechtlichen Gesichtspunkten: Diese Bemühungen stehen vor allem im Zeichen des in Art. 15 der Allgemeinen Menschenrechtserklärung von 1948 proklamierten Rechts auf eine Staatsangehörigkeit; das gilt vor allem für das Übereinkommen zur Verminderung der Staatenlosigkeit aus dem Jahr 1961¹⁴ und die Europaratskonvention zur Staatsangehörigkeit aus dem Jahr 1997¹⁵, deren Hauptanliegen jeweils die Vermeidung von Staatenlosigkeit ist.¹⁶

ziable Rückführungsansprüche überwiegend verneint, s. z. B. CE, 23.4.2019 AJDA 2019, 1644 m. krit. Anm. *Slama* (Einstufung als nicht justiziabler acte de gouvernement); zu entsprechend negativen Entscheidungen in Belgien und den Niederlanden s. m.w.N. *Spadaro*, Repatriation of family members of foreign fighters: right or State prerogative?, 70 ICLQ (2021), 251 ff.; s. auch *Robert*, Enfants de „dihadistes“ retenus en Syrie: vers une obligation de rapatriement en droit européen des droits de l'homme?, RTDH 2019, 779 ff.

13 Dazu noch u. 3.4. am Beispiel der „Goldenen Pässe“.

14 Übereinkommen zur Verminderung der Staatenlosigkeit v. 30.8.1961, BGBl. 1977 II S. 598; derzeit 78 Ratifikationen, s. <https://treaties.un.org> (Stand: 24.6.2022).

15 Europäisches Übereinkommen über die Staatsangehörigkeit (EuStAG) v. 6.11.1997, BGBl. 2004 II S. 578; ETS No 166; derzeit 21 Ratifikationen (Stand 24.6.2022); zu ihm z. B. *de Groot*, The European Convention on Nationality: a step towards a ius commune in the field of international law, 7 MJ (2000), 117 ff.; *Hall*, The European Convention on Nationality and the right to have rights, 24 ELRev. (1999), 586 ff., sowie in jüngerer Zeit *Batir*, Standard Setting in the Council of Europe on Nationality,

Im Text der EMRK findet sich dieses Anliegen allerdings nicht wieder: Generell spielt die Staatsangehörigkeit im System der EMRK nur eine sehr geringe Rolle, nachdem die meisten Gewährleistungen der Konvention unabhängig von der Nationalität gelten. Eine Ausnahme bildet Art. 16 EMRK, der die Einschränkung der politischen Betätigung von Ausländern erlaubt, aber nie größere Bedeutung erlangt hat und durch den EGMR auch sehr eng ausgelegt wird¹⁷; weniger explizit beschränkt sich die Wahlrechtsgarantie gemäß Art. 3 des 1. ZP auf eigene Staatsangehörige¹⁸. Deutlich wird die Unterscheidung allerdings in der Freizügigkeitsbestimmung des Art. 3 des 4. Zusatzprotokolls (Recht zum Aufenthalt im eigenen Land), die damit ein wesentliches Element der Staatsangehörigkeit nach dem allgemeinen Völkerrecht aufnimmt und zu einem Recht des Einzelnen ausbaut¹⁹. Der EGMR hat in seiner Rechtsprechung zu dieser Bestimmung auch festgehalten, dass für die Bestimmung der Staatsangehörigkeit vom nationalen Recht auszugehen ist, eine autonom-konventionsrechtliche Begriffsbestimmung danach ausscheidet²⁰; zugleich ergibt sich aus der Rechtsprechung zu Art. 6 EMRK, dass die Staatsangehörigkeit und die auf sie bezogenen Verfahren zu den wenigen „Inseln“ der einseitigen Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt gehören, in denen die Existenz ziviler Rechte im Sinne dieser Bestimmung zu verneinen ist,²¹ so dass die Verfahrensgarantien des Art. 6 EMRK auf Streitigkeiten um die Staatsangehörigkeit nicht

in: Mouton/Kovács (eds.), *The Concept of Citizenship in International Law*, 2018, S. 347 ff.

- 16 Dazu z. B. *Owen*, *On the Right to have Nationality Rights: Statelessness, Citizenship and Human Rights*, 65 NILR (2018), 299 ff.; *Marchadier*, *Le droit à une nationalité au service de l'éradication de l'apatridie*, JDI 2018, 1117 ff.; *Chan*, *The Right to a Nationality as a Human Right – The Current Trend towards Recognition*, HRLJ 12 (1991), 1 ff.
- 17 S. EGMR (GK), 15.10.2015 – *Perinçek* ./ Schweiz, NJW 2016, 3353 m. Anm. *Meyer-Ladewig/Petzold*; s. auch *Gundel*, *Grundrechtsberechtigte*, in: Grabenwarter (Hrsg.), *Europäischer Grundrechtsschutz*, 2. A. 2021, § 4 Rn. 16.
- 18 S. EGMR (3. Sektion), 21.5.2012 – *Féher u. Dolnik* ./ Slowakei, § 49; EGMR (3. Sektion), 31.5.2007 – *Makuc u. a.* ./ Slowenien, §§ 206, 208.
- 19 Auch die Forderung nach Rückholung von IS-Angehörigen durch ihre Heimatstaaten (s. o. Fn. 12) knüpft daran an; sie geht in den Konsequenzen aber darüber hinaus, weil das Rückkehrrecht dem Heimatstaat kein aktives Handeln jenseits der Ausstellung von Reisedokumenten abverlangt.
- 20 EGMR (GK), 23.1.2003 – *Slivenko u. a.* ./ Litauen, §§ 77 ff.; EGMR (1. Sektion), 9.10.2003 – *Fedorova* ./ Lettland; dazu *Ersbøll*, *The Right to a Nationality and the ECHR*, in: Lagoutte/Sano/Scharff Smith (eds.), *Human Rights in Turmoil*, 2007, S. 249 (255 ff.).
- 21 Hierzu gehören neben dem Steuerrecht und dem Wahlrecht das Aufenthaltsrecht von Ausländern und das Staatsangehörigkeitsrecht, s. *Gundel*, *Verfahrensgrundrechte*, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte* Bd. VI/1, 2010, § 146 Rn. 36 ff.; s. auch *Ersbøll*, in: Lagoutte/Sano/Scharff Smith (Fn. 20), S. 249 (263 ff.); *Flauss*, *Naturalisation et droit international des droits de l'homme*, in: *Mélanges Jacqué*, 2009, S. 279 (286 ff.); *Zimmermann/Landefeld*, *Europäische Menschenrechtskonvention und Staatsangehörigkeitsrecht der Konventionsstaaten*, ZAR 2014, 97 (98).

anwendbar sind²². Schließlich enthält die EMRK keine eigenständige Gewährleistung einer bestimmten oder auch nur irgendeiner Staatsangehörigkeit²³; Überlegungen zur Aufnahme eines solchen Rechts in ein Zusatzprotokoll zur EMRK mündeten stattdessen in die Erarbeitung der Europarats-Konvention zur Staatsangehörigkeit²⁴, die anders als die EMRK keinen Beschwerdemechanismus vorsieht.

2.2. Das Recht auf Privatleben gemäß Art. 8 EMRK als Prüfungsmaßstab

Trotz dieses negativen Textbefunds hat der EGMR aber seit Ende der 1990er-Jahre festgehalten, dass durch die Verweigerung oder den Entzug einer Staatsangehörigkeit das Recht auf Privatleben gemäß Art. 8 EMRK berührt sein kann.²⁵ Der Gerichtshof hat dafür zunächst darauf abgestellt, dass die Entscheidung über die Staatsangehörigkeit den Aufenthaltsstatus im betroffenen Staat berühren kann²⁶; zehn Jahre später ist er dann aber einen Schritt weiter gegangen und hat die Berührung des Privatlebens unabhängig von solchen konkreten Konsequenzen in grundsätzlicher Weise damit begründet, dass die Staatsangehörigkeit einen Teil der sozialen Identität bildet.²⁷ Art. 8 EMRK wird damit einmal mehr zur Auf-

22 Insoweit kommt stattdessen Art. 8 EMRK i. V. m. Art. 13 EMRK zur Anwendung, s. u. bei Fn. 30.

23 Zu diesem Befund s. EGMR (4. Sektion), 12.1.1999 – Karashev ./ Finnland, Rec. 1999-II, S. 421 = NVwZ 2000, 301 (302); EGMR (GK), 23.1.2003 – Slivenko ./ Litauen, § 77 ff., sowie EGMR (2. Sektion), 13.11.2001 – Poenaru ./ Rumänien; EGMR (1. Sektion), 9.10.2003 – Fedorova ./ Lettland.

24 S. o. Fn. 15; zur Entwicklung s. z. B. § 7 des Sondervotums von Richter Pinto de Albuquerque zu EGMR (4. Sektion), 21.6.2016 – Ramadan ./ Malta.

25 S. erstmals EGMR (4. Sektion), 12.1.1999 – Karashev ./ Finnland, Rec. 1999-II, S. 403 (416) = NVwZ 2000, 301; weiter z. B. EGMR (3. Sektion), 13.7.2010 – Kuric u. a. ./ Slowenien, § 353; bestätigt durch EGMR (GK), 26.6.2012 – Kuric u. a. ./ Slowenien, Rec. 2012-IV, S. 1, § 339; dazu *Fulchiron*, *Réflexions sur les évolutions récentes du droit de la nationalité en Europe*, in: *Mélanges Soldatos*, 2012, S. 291 (302 f.); *ders.*, *Droit à une nationalité, droit à la nationalité, droit à sa nationalité?*, in: *Mélanges Patrick Courbe*, 2012, S. 205 (215 f.); EGMR (4. Sektion), 11.10.2011 – Genovese ./ Malta; dazu *Marchadier*, *L'attribution de la nationalité à l'épreuve de la CEDH*, RCDIP 2012, 61 ff.; EGMR (4. Sektion), 21.6.2016 – Ramadan ./ Malta, NVwZ 2018, 387; dazu *Cipolletti*, *Il diritto alla cittadinanza e il rispetto della vita privata e familiare nella sentenza Ramadan v. Malta della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Riv. dir. int. 2016, 1195 ff.; *Marchadier*, *La perte de la nationalité devant la Cour européenne des droits de l'homme*, RCDIP 2017, 221 ff.

26 Zur Entwicklung der Rechtsprechung zur Anwendbarkeit von Art. 8 EMRK s. *Raimondo*, *Citizenship-Related Cases in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in: Mouton/Kovács (Fn. 15), S. 373 ff.; *Marguénau*, *La nationalité et l'article 8 de la CEDH*, in: Dionisi-Peyrusse u. a. (éd.), *La nationalité: enjeux et perspectives*, 2019, S. 33 ff.; *Zimmermann/Landefeld* (Fn. 21), ZAR 2014, 97 (98 ff.).

27 So EGMR (4. Sektion), 11.10.2011 – Genovese ./ Malta, §§ 30, 33, im Ergebnis mit der Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 8 i. V. m. Art. 14 EMRK durch den Ausschluss der Weitergabe der Staatsangehörigkeit an im Ausland geborene nichteheliche Abkömmlinge, wobei der Beschwerdeführer als Unionsbürger in Malta ohnehin auf-

ten Entscheidungen des Gerichtshofs Fälle der Verweigerung der Staatsangehörigkeit in atypischen Fällen betrafen, in denen die Position des Betroffenen als relativ stark zu bewerten war: Es handelte sich um Konstellationen der Staatennachfolge, in denen ein auf dem Territorium des Nachfolgestaats ansässiger Staatsangehöriger des Vorgängerstaats ohne Veränderung seiner tatsächlichen Situation in seinem angestammten Umfeld zum Ausländer wird.³⁵ In solchen Fällen, die im Gefolge des Zerfalls der Sowjetunion und der Republik Jugoslawien häufig Gegenstand von Entscheidungen des EGMR waren³⁶, ist Gegenstand des Streits zwar formal die Verleihung einer neuen Staatsangehörigkeit; in der Sache geht es aber darum, den zuvor durch die untergegangene Staatsangehörigkeit geschützten persönlichen Status quo im neuen Umfeld abzusichern.

Soweit keine solche Sondersituation vorlag, hat der EGMR die Verweigerung einer Einbürgerung im Einzelfall³⁷ bisher unter dem Gesichtspunkt anderer Gewährleistungen geprüft. Dabei hat insbesondere die Meinungsfreiheit in Fällen eine Rolle gespielt, in denen die Einbürgerung wegen extremistischer politischer Betätigung abgelehnt wurde: Der EGMR hat insoweit die Annahme eines Eingriffs in die Meinungsfreiheit aber abgelehnt, weil die Verweigerung der Einbürgerung keine nachteilige Reaktion, sondern nur die Vorenthaltung einer Vergünstigung bedeutete, auf die kein Anspruch bestand³⁸; im Hintergrund scheint der Gedanke durch, dass der Staat bei der Verleihung seiner Staatsangehörigkeit durch-

– Alpeyeva u. Dzhalagoniya ./ Rußland, § 108; EGMR (5.Sektion), 30.1.2020 – Ahmadov ./ Aserbaidshan, § 43.

- 35 Dazu z. B. *Romay*, State Succession and Nationality, in: Mouton/Kovács (Fn. 15), S. 169 ff.; *Costamagna*, Statelessness in the context of state succession, in: Annoni/Forlati (Fn. 4), S. 36 ff.; *Ziemele*, State succession and issues of nationality and statelessness, in: Edwards/Van Waas (eds.), Nationality and statelessness under international law, 2014, S. 217 ff.; *Aumond*, Nationalité des personnes physiques et succession d'Etats, in: SFDI (éd.), Droit international et nationalité, 2012, S. 385 ff.; *Zimmermann*, State Succession and the Nationality of Natural Persons – Facts and Possible Codification, in: Eisemann/Koskeniemi (eds.), La succession d'Etats, 2000, S. 611 ff.; *Economidès*, Les effets de la succession d'Etats sur la nationalité des personnes physiques, RGDI 1999, 577 ff.
- 36 Zugleich haben diese Fälle neue Bemühungen um einen normativen Rahmen zur Vermeidung von Staatenlosigkeit in dieser besonderen Situation ausgelöst, die allerdings im Ergebnis wenig erfolgreich waren: Die von der ILC 1999 vorgelegten Draft Articles on Nationality of Natural Persons in relation to the Succession of States, Yb. ILC 1999, vol. II, S. 19 ff., sind bisher nicht zu einem verbindlichen Text geworden; das Übereinkommen des Europarats über die Vermeidung von Staatenlosigkeit in Zusammenhang mit Staatennachfolge v. 19.5.2006 (CETS No 200, Ö BGBl. III Nr. 146/2010) wurde bisher nur von 7 Staaten ratifiziert (zu denen Deutschland nicht zählt); dazu z. B. *Lagarde*, Succession d'Etats, apatridie et nationalité, développements récents, in: Mélanges Jacques Foyer, 2008, S. 619 (624 ff.); *Costamagna* (Fn. 35), S. 36 (41 ff.).
- 37 Für die Anwendung von Art. 8 EMRK auf Regelungen zum gesetzlichen Erwerb der Staatsangehörigkeit s. dagegen EGMR (4. Sektion), 11.10.2011 – Genovese ./ Malta (o. Fn. 27).
- 38 S. EGMR (5. Sektion), 13.3.2017 – Boudelal ./ Frankreich (islamistische Betätigung); EGMR (4. Sektion), 13.1.2015 – Petropavlovskis ./ Lettland (Aktivist der russophonen Minderheit).

aus Anforderungen stellen und eine Mindestloyalität gegenüber seinen Werten und seiner Staatsraison fordern darf³⁹.

Was den Entzug einer bestehenden Staatsangehörigkeit angeht, sieht der EGMR die Rechtsfolge der Staatenlosigkeit jedenfalls in solchen Fällen nicht als Hindernis an, in denen die Einbürgerung zuvor durch falsche Angaben erlangt worden war⁴⁰. Als unproblematisch zulässig wird weiter der Verlust der bisherigen Staatsangehörigkeit bei Annahme einer weiteren Staatsangehörigkeit eingestuft⁴¹. Im Übrigen wird für die Gewichtung des Eingriffs darauf abgestellt, ob der Entzug konkrete Konsequenzen für das Aufenthaltsrecht oder den Lebensunterhalt des Betroffenen hat; das kann, muss aber nicht notwendig der Fall sein,⁴² insbesondere wenn familiäre Bindungen ein Aufenthaltsrecht auch als Ausländer begründen können.

2.4. Insbesondere der Entzug der Staatsangehörigkeit wegen terroristischer Aktivitäten

Für besondere Aufmerksamkeit haben in den letzten Jahren gesetzliche Regelungen verschiedener Vertragsstaaten zum Entzug der Staatsangehörigkeit wegen terroristischer Aktivitäten gesorgt⁴³. Der EGMR hat im Juni 2020 in einer vielbeachteten Entscheidung⁴⁴ den Entzug der durch Einbürgerung erlangten Staatsangehörigkeit wegen terroristischer Aktivitäten in Bezug auf eine Reihe von französischen Entscheidungen gebilligt und damit die Bewertung durch den französische Conseil constitutionnel bestätigt⁴⁵. Auch in einem Fall aus Großbritannien hatte der EGMR

39 S. EGMR (4. Sektion), 13.1.2015 – Petropavlovskis ./ Lettland, § 85: „La Cour estime qu’un Etat démocratique peut demander aux personnes qui souhaitent acquérir sa nationalité d’être loyales envers lui et, en particulier, envers les principes constitutionnels qui le fondent. (...) L’exigence de loyauté envers l’Etat et la Constitution à laquelle le droit letton subordonne l’octroi de la nationalité ne saurait être considérée comme une mesure punitive de nature à restreindre la liberté d’expression ou de réunion. Il s’agit plutôt d’un critère qui doit être rempli par tout individu qui cherche à obtenir la nationalité lettonne par naturalisation.“ Ähnlich für das deutsche Recht BVerwG, 2.12.2009 – 5 C 24.8, BVerwGE 135, 302 (306 f.).

40 So EGMR (4. Sektion), 21.6.2016 – Ramadan ./ Malta, §§ 89, 92.

41 S. EGMR (3. Sektion), 21.5.2012 – Féher u. Dolnik ./ Slowakei, § 42.

42 S. auch die Nachw. in Fn. 33; für einen Fall, in dem der EGMR einen unverhältnismäßigen Eingriff bejaht hat, s. EGMR (3. Sektion), 22.12.2020 – Usmanov ./ Rußland; dazu Ferrero, Anm. RGDIP 2021, 143 f.

43 S. bereits die Nachw. in Fn. 11.

44 EGMR (5. Sektion), 25.6.2020 – Ghomid u. a. ./ Frankreich, NVwZ 2021, 625 = JDI 2021, 243 m. Anm. Lepoutre = RCDIP 2021, 93 m. Anm. Lagarde; dazu Andriantsimbazovina, La déchéance de nationalité des auteurs d’actes terroristes et la Cour européenne des droits de l’homme, RFDA 2020, 1107 ff.; Ferrero, Anm. RGDIP 2020, 681 ff.; Sidhoum-Rahal, Déchéance de nationalité et menace terroriste contre les droits de l’homme: une notion émergente de la Cour européenne des droits de l’homme, in: Rev. sc. crim. 2021, 795 ff.; Sudre, La déchéance de nationalité à l’aune du terrorisme, JCP 2020, 1425.

45 Conseil constitutionnel, 23.1.2015 No 2014-439 QPC – M. Ahmed S., AJDA 2015, 1000 m. Anm. Pauvert = RCDIP 2015, 115 m. Anm. Lagarde auf Vorlage durch Conseil

im Jahr 2017 ebenso geurteilt⁴⁶; in beiden Fällen hatte der Gerichtshof für die Verneinung einer Verletzung von Art. 8 EMRK u. a. darauf abgestellt, dass die Betroffenen eine weitere Staatsangehörigkeit besaßen und damit nicht staatenlos wurden. Allerdings unterscheiden sich die Sachverhalte im Übrigen, weil der der Beschwerdeführer des britischen Fall schon vor der Entscheidung über den Entzug der Staatsangehörigkeit freiwillig in den Sudan ausgereist war und damit seine soziale Verankerung in Großbritannien gelöst hatte, während die Beschwerdeführer der französischen Fälle weiterhin – nun als geduldete Ausländer – in Frankreich leben⁴⁷; insofern kann die Entscheidung zu den Beschwerden gegen Frankreich durchaus als Erweiterung des Spielraums der Vertragsstaaten in solchen Fällen verstanden werden⁴⁸.

Teils wird in solchen Fällen allerdings eine konventionswidrige Umgehung des Rechts eigener Staatsangehöriger auf Wiedereinreise nach Art. 3 Abs. 2 des 4. ZP angenommen⁴⁹; dem wird man aber nicht folgen können, wenn die Gründe für den Entzug gewichtig genug sind, um der Prüfung am Maßstab des Art. 8 EMRK standzuhalten: Dann ist der Verlust des Einreiserechts nur die logische Folge der gerechtfertigten Trennung des Bandes der Staatsangehörigkeit, und kann nicht mehr eigenständig als Umgehung einer Garantie gewürdigt werden, deren Tatbestandsvoraussetzungen aus legitimen Gründen nicht mehr vorliegen⁵⁰. Der Verlust des mit der Staatsangehörigkeit verbundenen Aufenthaltsrechts fließt bereits in die Bewertung der Maßnahme nach Art. 8 EMRK ein, so dass eine nochmalige Heranziehung für eine Erweiterung des Geltungsbereichs von Art. 3 Abs. 2 des 4. ZP inkonsequent wäre.

Weiter stellt sich die Frage eines Verstoßes gegen Art. 8 i. V. m. Art. 14 EMRK, soweit der Entzug der Staatsangehörigkeit nur bei Personen vorgesehen ist, die hierdurch nicht staatenlos werden, also mindestens eine weitere Staatsangehörigkeit besitzen; die Ungleichbehandlung erscheint hier aber durch das Motiv der Vermeidung der Staatenlosigkeit gerechtfertigt.⁵¹ Unter diesem Gesichtspunkt sind auch Regelungen problematisch, die wie die französische Gesetzgebung die Möglichkeit des Entzug auf Staatsangehörige beschränken, die diesen Status zuvor

d'Etat, 31.10.2014, AJDA 2014, 2160; im Anschluss daran dann Conseil d'Etat, 8.6. 2016, AJDA 2016, 1758 mit den Schlussanträgen von rapporteur public Domino.

46 EGMR (1. Sektion), 7.2.2017 – K2 ./ Großbritannien, HRLJ 2017, 138 = RCDIP 2017, 381 m. Anm. *Lepoutre*.

47 S. *Lepoutre*, Anm. JDI 2021, 247 (250).

48 Dazu sehr kritisch *Lepoutre*, Anm. JDI 2021, 247 (250 ff.); s. aber schon zuvor EGMR (2. Sektion), 22.1.2019 – Mansour Said Abdul Salam Mubarak ./ Dänemark, §§ 62 ff.: Hier waren nach Verurteilungen wegen Terrorismus der Entzug der Staatsangehörigkeit und die daran anschließende Ausweisung des Betroffenen gebilligt worden, der allerdings in Dänemark auch nur vergleichsweise schwache soziale Bindungen hatte.

49 So *Walter/Nedelcu* (Fn. 11), Friedens-Warte 2020, 325 (332 ff.).

50 Die Umgehungsprüfung wäre als alternativer Weg sinnvoll, wenn der EGMR nicht den Maßstab des Art. 8 EMRK entwickelt hätte; so steht nun aber dieser – letztlich auch sachnähere – Prüfungsansatz zu Verfügung.

51 So zu Recht *Walter/Nedelcu* (Fn. 11), Friedens-Warte 2020, 325 (342); *Lepoutre*, Anm. RCDIP 2017, 383 (388).

durch Einbürgerung erhalten haben⁵²; der EGMR hat diesen Gesichtspunkt allerdings bisher nicht geprüft, und seine vorangehende Rechtsprechung lässt durchaus erkennen, dass im Fall einer Einbürgerung durch Einzelfallentscheidung strengere und vor allem stärker einzelfallbezogene Regelungen gelten können als im Fall des Erwerbs der Staatsangehörigkeit infolge gesetzlicher Regelungen⁵³.

Insgesamt ist festzuhalten, dass die Zuordnung der Staatsangehörigkeitsfragen zu Art. 8 EMRK zum einen plausibel begründet erscheint⁵⁴, und zum anderen der EGMR diesen Ansatz, der ein absolutes Recht auf eine Staatsangehörigkeit nicht begründen kann, mit der gebotenen Zurückhaltung handhabt⁵⁵.

3. Die Vorgaben des Unionsrechts

3.1. Die Anfänge: Unionsrecht und mehrfache Staatsangehörigkeit

Anders als die EMRK misst das Unionsrecht der Staatsangehörigkeit von vornherein besondere Bedeutung zu: Grundsätzlich eröffnet nur die Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaats die Teilnahme am Binnenmarkt⁵⁶. Diese von Anfang an bestehende Verbindung wurde durch die Schaffung der Unionsbürgerschaft mit dem Vertrag von Maastricht und die dort festgehaltene Akzessorietät dieses Status zur Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats (nun Art. 20 Abs. 1 AEUV)⁵⁷ nur bestätigt. Diese Abhängigkeit hat zuletzt der Brexit verdeutlicht, mit dem auch die in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Briten ihren Unionsbürgerstatus verloren haben⁵⁸.

Die Unterscheidung schlägt auch auf den Grundrechtsstatus durch: Die EU-Grundrechtecharta unterscheidet trotz ihrer grundsätzlichen Orientierung an der EMRK in einer Reihe von Bestimmungen deutlich zwischen Unionsbürgern und

52 Dazu *Walter/Nedelcu* (Fn. 11), *Friedens-Warte* 2020, 325 (340 ff.) unter Verweis auf EGMR (GK), 24.5.2016 – *Biao* ./ Dänemark, § 132.

53 S. einerseits das *Genovese-Urteil* (s. Fn. 27), andererseits die *Petropavlovskis-Entscheidung* (Fn. 39); der Entzug der Staatsangehörigkeit kann damit als Reaktion auf die Enttäuschung der mit der Einbürgerung verbundenen – und vom EGMR als legitim eingestuft – Loyalitätserwartung verstanden werden; zu dieser Parallele von Verleihung und Entzug s. auch *Andriantsimbazovina* (Fn. 44), *RFDA* 2020, 1107 (1110).

54 Kritisch dagegen – insbesondere zu der seit dem *Genovese-Urteil* (Fn. 27) hergestellten Verbindung von Staatsangehörigkeit und persönlicher Identität – *Weber* (Fn. 1), S. 208 ff.

55 Kritisch dazu das Sondervotum des Richters Pinto de Albuquerque zu EGMR (4. Sektion), 21.6.2016 – *Ramadan* ./ Malta.

56 Zur Einbeziehung der Familienangehörigen mit Drittstaaten-Staatsangehörigkeit, die diese Regel durchbricht, s. noch u. bei Fn. 65 ff.

57 Die in der Literatur vertretene Deutung als eigenständiger Status hat sich nicht durchgesetzt, s. m.w.N. *Weber* (Fn. 1), S. 221 f.; grundsätzlich zum Verhältnis von Staatsangehörigkeit und Unionsbürgerschaft s. *van den Brink*, *A qualified defence of the primacy of nationality over European Union citizenship*, 69 *ICLQ* (2020), 177 ff.

58 Dazu noch u. 3.3.

Drittstaaten⁵⁹; auch das Verbot der Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit gemäß Art. 18 AEUV hebt diese Unterscheidung nicht auf, weil es sich nur auf die Staatsangehörigkeiten der Mitgliedstaaten bezieht⁶⁰. Aus dem Blickwinkel der EMRK hat der EGMR diese Differenzierung zwischen Unionsbürgern und Drittstaaten unter Berufung auf die Ziele der europäischen Integration grundsätzlich gebilligt⁶¹ und darüber hinaus festgehalten, dass die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten angesichts des erreichten Integrationsstands jeweils nicht als Ausländer im Sinne des Art. 16 EMRK⁶² gelten.⁶³

Wohl aufgrund des mit der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit verbundenen Verweises auf das nationale Recht musste sich die Unionsgerichtsbarkeit mit konkreten Fragen der Staatsangehörigkeit aber lange Zeit nicht befassen. Die ab den 1990er Jahren auftretenden ersten Streitfälle betrafen die Behandlung von Fällen doppelter Staatsangehörigkeit; hier hat der EuGH zunächst entschieden, dass bei doppelter Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats und eines Drittstaats für die Bestimmung der Rechte nach Unionsrecht unabhängig von der Effektivität die Staatsangehörigkeit des Mitgliedstaats maßgeblich ist⁶⁴. Dieser Effekt wird allerdings durch die allgemeinen Anwendungsvoraussetzungen des Unionsrechts begrenzt: So können Unionsbürger, die zusätzlich die Staatsangehörigkeit eines weiteren Mitgliedstaats besitzen, die von ihrer Unionsbürgerfreizügigkeit aber keinen Gebrauch gemacht haben, ihrem Drittstaaten-Ehepartner in ihrem Heimatstaat nicht den EU-rechtlichen Status des Partners eines Unionsbürgers vermitteln.⁶⁵ Es fehlt

59 S. dazu *Gundel*, in: Grabenwarter (Fn. 17), § 4 Rn. 11.

60 S. nachdrücklich EuGH, 4.6.2009 – Rs. C-22/08 u. 23/08 (Vatsouras u. Koupatantze/ARGE Nürnberg 900), Slg. 2009, I-4585, Tz. 52: „Diese Bestimmung betrifft in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallende Situationen, in denen ein Angehöriger eines Mitgliedstaats nur aufgrund seiner Staatsangehörigkeit gegenüber den Angehörigen eines anderen Mitgliedstaats diskriminiert wird, findet aber keine Anwendung im Fall einer etwaigen Ungleichbehandlung zwischen Angehörigen der Mitgliedstaaten und Drittstaatsangehörigen.“ S. auch m.w.N. *Gundel*, in: Grabenwarter (Fn. 17), § 4 Rn. 14.

61 S. z. B. EGMR, 18.2.1991 – Moustaqim ./ Belgien, Série A No 193, § 49 = EuGRZ 1993, 552 zur Ausweisung eines Drittstaatsers; dazu m.w.N. *Gundel*, in: Grabenwarter (Fn. 17), § 4 Rn. 14.

62 S. o. bei Fn. 17.

63 EGMR, 27.4.1995 – Piermont ./ Frankreich, Série A No 314 = RTDH 1996, 353 m. Anm. Flauss = InfAusLR 1996, 45 m. Anm. Stock; der EGMR vollzieht damit auf der Ebene der EMRK den Integrationsprozess der EU nach, s. dazu z. B. *Gundel*, Der wachsende Einfluss des EU-Rechts auf die Auslegung der EMRK – und seine strukturellen Grenzen, in: FS Scheuing, 2011, S. 58 (64 f.); *Tamme*, Die Durchsetzung von EU-Recht durch den EGMR, 2018, S. 537 ff.

64 Bei Unionsbürgern, die zusätzlich die Staatsangehörigkeit eines Drittstaates besitzen, zieht das EU-Recht die Trennlinie unabhängig von der Effektivität zugunsten der Unionsbürgerschaft; s. EuGH, 7.7.1992 – Rs. C-369/90 (Micheletti), Slg. 1992, I-4239; dazu *Ruzié*, Nationalité, effectivité et droit communautaire, RGDI 1993, 107 ff.; *Jesurun d'Oliveira*, Case Note, 30 CMLRev. (1993), 623 ff.; s. auch monographisch *Vonk*, Dual Nationality in the European Union, 2012.

65 S. EuGH, 5.5.2011 – Rs. C-434/09 (Shirley McCarthy), Slg. 2011, I-3375; dazu *Shuibne*, Case note, 49 CMLRev. (2012), 349 ff.

hier ein grenzüberschreitender Sachverhalt zwischen den Mitgliedstaaten⁶⁶, das bloße Bestehen einer weiteren Staatsangehörigkeit reicht als Anknüpfungspunkt nicht aus⁶⁷, so dass diese Fälle weiter dem nationalen Recht unterliegen. Eine praktische Ausnahme davon ergibt sich nur durch die Ruiz Zambrano-Rechtsprechung des Gerichtshofs⁶⁸, nach der die Unionsbürgerschaft – völlig unabhängig vom Bestehen einer zweiten Staatsangehörigkeit oder einer anderen Form der Berührung anderer Mitgliedstaaten – dem Unionsbürger ein Aufenthaltsrecht auch gegenüber dem eigenen Heimatstaat sichert (sog. „Kernbestand der Rechte“ aus der Unionsbürgerschaft⁶⁹), womit im Ergebnis ein Aufenthaltsrecht für Familienangehörige aus Drittstaaten begründet wird, auf deren Beistand der Unionsbürger angewiesen ist.⁷⁰

Die Auswirkungen des Staatsangehörigkeitswechsels eines Unionsbürgers auf den Aufenthaltsstatus seiner drittstaatsangehörigen Familienangehörigen illustriert die Rs. Lounes⁷¹: Der Ausgangsfall betrifft einen Drittstaatsangehörigen, der mit einem Unionsbürger verheiratet ist, der die Staatsangehörigkeit des gemeinsamen Aufenthalts-Mitgliedstaats angenommen hat. Der EuGH sieht den betroffenen Unionsbürger dabei allein als Bürger seines (neuen) Heimatstaats an, obwohl er durch die Einbürgerung seine bisherige Staatsangehörigkeit nicht verloren hatte: Das Aufenthaltsrecht des Unionsbürgers in seinem neuen Heimatstaat leite sich

66 Anderes gilt in Fällen, in denen ein Unionsbürger mit seinem drittstaatsangehörigen Partner aus einem anderen EU-Mitgliedstaat in seinen Heimatstaat zurückkehrt; für diese Rückkehrer-Fälle s. erstmals EuGH, 7.7.1992 – Rs. C-370/90 (Surinder Singh), Slg. 1992, I-4265; dazu v. *Schwanenflügel*, Die Singh-Entscheidung des EuGH – Niederlassungsfreiheit des Ehegatten eines Gemeinschaftsbürgers aus einem Drittstaat, NVwZ 1993, 854 f.; *White*, A fresh look at reverse discrimination?, 18 ELRev. (1993), 527 ff.

67 A.A. *Fischer-Lescano*, Nachzugsrechte von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern deutscher Unionsbürger, ZAR 2005, 288 (294) unter Berufung auf EuGH, 2.10.2003 – Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11613; die dortigen Aussagen erscheinen zwar auf den ersten Blick einschlägig, betreffen aber bei näherer Betrachtung eine abweichende Fallgestaltung; ebenso EuGH, 5.5.2011 – Rs. C-434/09 (Shirley McCarthy), Tz. 51 f.

68 EuGH (GK), 8.3.2011 – Rs. C-34/09 (Ruiz Zambrano), Slg. 2011, I-1177 = EuR 2011, 540 m. Anm. *N. Graf Vitzthum*.

69 Tz. 42 des Urteils.

70 Das betraf im Ausgangsfall und in späteren Folgeurteilen minderjährige Unionsbürger, die auf die Betreuung durch ihre drittstaatsangehörigen Eltern angewiesen waren; bei volljährigen Unionsbürgern liegen die Hürden deutlich höher, s. EuGH (GK), 15.11.2011 – Rs. C-256/11 (Dereci u. a.), Slg. 2011, I-11315; EuGH, 27.2.2020 – Rs. C-836/18 (Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real/RH), Tz. 39, 56 ff.; dazu *Germelmann/Gundel*, Die Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung zum europäischen Verfassungs- und Verwaltungsrecht im Jahr 2020, BayVBl. 2021, 617 (623).

71 EuGH (GK), 14.11.2017 – Rs. C-165/16 (Lounes), JZ 2018, 203 m. Anm. *Kämper/Rünzel* = NVwZ 2018, 137 = RCDIP 2018, 241 m. Anm. *Pataut*; dazu *Rigaux*, Anm. Europe 1/2018, 13 ff.; *Germelmann/Gundel*, Die Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung zum europäischen Verfassungs- und Verwaltungsrecht im Jahr 2017, BayVBl. 2018, 729 (734).

nicht mehr aus der Unionsbürgerschaft ab⁷². In Bezug auf das Aufenthaltsrecht des Drittstaaters, dessen unionsrechtliche Grundlage vom Unionsbürgerstatus des hauptberechtigten Ehepartners abhängt, stellt das Urteil dann aber doch maßgeblich darauf ab, dass der Unionsbürger sein Freizügigkeitsrecht wahrgenommen hat, was nicht wieder wegfallen könne⁷³ – der für den Unionsbürger selbst nicht mehr maßgebliche Unionsbürgerstatus entfaltet damit noch Nachwirkungen für seine Angehörigen.

Über eine andere Konstellation mehrfacher Staatsangehörigkeit hat im Jahr 2014 das Gericht erster Instanz⁷⁴ entschieden: Danach kann die Union durch smart sanctions Doppelstaaten mit EU- und Drittstaats-Staatsangehörigkeit zwar den Aufenthalt in anderen Mitgliedstaaten, aber nicht die Einreise in ihren EU-Heimatstaat untersagen⁷⁵. Das Unionsrecht nimmt hier die völkerrechtliche Vorgabe des Rechts zur Einreise in den eigenen Heimatstaat auf, die Unionsbürger-Freizügigkeit wird dagegen suspendiert⁷⁶.

3.2. Unionsrechtliche Grenzen für den Verlust der mitgliedstaatlichen Staatsangehörigkeit

Gemäß Art. 20 AEUV verbleibt die Definitionskompetenz für die nationale Staatsangehörigkeit grundsätzlich bei den Mitgliedstaaten: Auch ein Erwerb über ungewöhnliche Regelungen des jeweiligen nationalen Rechts wird vom Unionsrecht hingenommen⁷⁷, und spiegelbildlich unterliegt auch der Verlust zunächst dem na-

72 Tz. 40 ff. des Urteils; zu einer ähnlichen Konstellation s. EuGH, 14.1.2015 – Rs. C-171/13 (Demirici), Tz. 51 ff., wonach nach einer Einbürgerung in einen EU-Mitgliedstaat die Rechte aus dem Assoziationsabkommen EU-Türkei nicht mehr in Anspruch genommen werden können, auch wenn die türkische Staatsangehörigkeit erhalten geblieben ist; dazu *Michel*, Anm. Europe 3/2015, 20 (s. aber sogleich Fn. 73).

73 Tz. 56 ff. des Urteils; ähnlich für den Familiennachzug auf Grundlage des Assoziationsabkommens EU-Türkei EuGH, 29.3.2012 – Rs. C-7/10 u. C-9/10 (Kahveci u. Inan), Tz. 30 ff.

74 EuG, 5.11.2014 – verb. Rs. T-307/12 u. T-408/13 (Mayaleh/Rat), Tz. 183 ff. zu einer Klage des Gouverneurs der syrischen Zentralbank, der neben der syrischen auch die französische Staatsangehörigkeit besaß, gegen seine Einbeziehung in die EU-Sanktionen gegen die Mitglieder des Assad-Regimes; das Sanktionsregime hatte das aber auch berücksichtigt, s. Art. 18 Abs. 2 des Beschlusses 2011/782/GASP des Rates v. 1.12. 2011 über restriktive Maßnahmen gegen Syrien (...), ABl. EU 2011 L 319/56: „Absatz 1 verpflichtet die Mitgliedstaaten nicht dazu, ihren eigenen Staatsangehörigen die Einreise in ihr Hoheitsgebiet zu verweigern.“

75 Tz. 183 ff. des Urteils.

76 Tz. 190 ff. des Urteils mit Hinweis auf die Einschränkung der Gewährleistungen.

77 S. EuGH (Plenum), 19.10.2004 – Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), Slg. 2004, I-9925: Die Geburt in Nordirland verschaffte einem Kind chinesischer Eltern nach dem Recht der Republik Irland die irische Staatsangehörigkeit und damit – jedenfalls vor dem Brexit – ein Unionsbürger-Aufenthaltsrecht in Großbritannien („Geburtstourismus“). Dazu *Hofstötter*, A cascade of rights, or who shall care for little Catherine?, 30 ELRev. (2005), 548 ff.; *Carlier*, Case note, 42 CMLRev. (2005), 1121 ff.; *Kunoy*, A Union of National Citizens: the Origins of the Court's Lack of Avant-Gardisme in the Chen Case,

tionalen Recht⁷⁸. Die Grenzen dieser Autonomie der Mitgliedstaaten hat erstmals im Jahr 2010 die Entscheidung des Gerichtshofs in der Rs. Rottmann⁷⁹ verdeutlicht: Danach ist die Rücknahme einer erschlichenen Einbürgerung durch einen EU-Mitgliedstaat am Maßstab der Unionsgrundrechte und insbesondere am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen, wenn diese Entscheidung zugleich aufgrund der Akzessorietät der Unionsbürgerschaft zum Verlust dieses Status führt, weil der Betroffene nicht über die Staatsangehörigkeit eines weiteren EU-Mitgliedstaats verfügt; diese Voraussetzung war im Ausgangsfall erfüllt, weil die ursprüngliche (österreichische) Staatsangehörigkeit durch die Annahme der neuen (deutschen) Staatsangehörigkeit verlorengegangen war. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gibt hier aber nicht vor, dass die erschlichene Staatsangehörigkeit aufrechterhalten werden müsste⁸⁰; selbst die Einräumung einer Auslauffrist, in der sich der Betroffene um die Wiedererlangung seiner ursprünglichen Staatsangehörigkeit bemühen kann, ist nur eine in Betracht zu ziehende Möglichkeit, aber keine zwingende Konsequenz⁸¹. Die Ausführungen des EuGH deuten eher in Richtung einer Verpflichtung des bisherigen Heimatstaats zur Wiedergewährung seiner Staatsangehörigkeit⁸².

Die mit dem Rottmann-Urteil erfolgte Einbeziehung der nationalen Entscheidung über die Staatsangehörigkeit in eine unionsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung ist letztlich eine Konsequenz aus der Anerkennung der Unionsbürger-

43 CMLRev. (2006), 179 ff.; das irische Staatsangehörigkeitsrecht wurde im Anschluss dahin geändert, dass der Erwerb der Staatsangehörigkeit nach dem *ius soli* nur bei längerem Voraufenthalt eines Elternteils möglich ist, s. dazu *Weber* (Fn. 1), S. 253 f.

78 S. zu den Verlustgründen *de Groot/Vink*, A Comparative Analysis of Regulations on Involuntary Loss of Nationality in the European Union, in: Carrera/de Groot (eds.), *European Citizenship at the Crossroads*, 2015, S. 41 ff.

79 S. EuGH (GK), 2.3.2010 – Rs. C-135/08 (Rottmann), Slg. 2010, I-1449; dazu *Kahl*, Unionsbürgerschaft und nationale Staatsangehörigkeit – Souveränität unter unionsrechtlichem Vorbehalt?, *Jura* 2011, 364 ff.; *Pataut*, *Citoyenneté de l'Union européenne et nationalité étatique*, RTDE 2010, 617 ff.; *Corneloup*, *Réflexion sur l'émergence d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité*, JDI 2011, 491 ff.; *Heymann*, *De la citoyenneté de l'Union comme révélateur de la nature de l'Union européenne* (à propos de l'arrêt Rottmann), *Europe* 6/2010, 5 ff.; *Kochenov*, Case note, 47 CMLRev. (2010), 1831 ff.; *Hailbronner*, Staatsangehörigkeit und Unionsrecht, StAZ 2011, 1 ff.; *Berlit*, „Rottmann“ und die Option – schleichende Europäisierung des Staatsangehörigkeitsrechts?, in: FS Hailbronner, 2013, S. 283 ff.

80 Zum schwachen Schutz dieser Konstellation durch die EMRK s. bereits o. 2.3. bei Fn. 40.

81 S. die Abschlussentscheidung im Fall Rottmann: BVerwG, 11.11.2010 – 5 C 12/10, NVwZ 2011, 760; zur Unionsrechtskonformität der Rücknahme einer durch falsche Angaben erwirkten Einbürgerung s. auch Conseil d'Etat (fr.), 9.11.2019, AJDA 2018, 255.

82 S. Tz. 61 ff. des Rottmann-Urteils; dazu z. B. *Marchadier*, *L'eupéanisation du droit à la nationalité*, in: Doumbé-Billé (dir.), *La régionalisation du droit international*, 2012, S. 361 (367).

rechte als EU-Grundrechte (Art. 39–40, 45 Abs. 1, 46 GRC)⁸³: Der Entzug dieser Rechte durch Aberkennung der zugrundeliegenden nationalen Staatsangehörigkeit berührt notwendig auch die EU-Grundrechtssphäre.

Ihre Fortsetzung hat die Rottmann-Rechtsprechung im Jahr 2019 mit dem Urteil des Gerichtshofs in der Rs. Tjebbes⁸⁴ gefunden: In diesem Fall war eine Regelung des niederländischen Rechts betroffen, nach der die niederländische Staatsangehörigkeit, wenn sie neben derjenigen eines Drittstaats besteht, nach einem zehnjährigen Aufenthalt außerhalb der Union automatisch erlischt. Der EuGH hält dazu fest, dass die Regelung des Staatsangehörigkeitsrechts in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten verblieben ist, dass diese Regelungen aber aufgrund der Verbindung zur Unionsbürgerschaft dennoch im Anwendungsbereich des Unionsrechts⁸⁵ und damit auch des EU-Grundrechtsschutzes liegen. Das Anliegen einer Verringerung mehrfacher Staatsangehörigkeit und der Beendigung von Staatsangehörigkeitsbeziehungen, die keine tatsächliche Grundlage mehr haben, wird vom Gerichtshof als legitimer Belang anerkannt; jedoch verlangt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine Einzelfallprüfung, die auch im Nachgang zu einem kraft Gesetzes eingetretenen Verlust erfolgen kann, dann aber ggf. auch die rückwirkende Wiederherstellung der Staatsangehörigkeit ermöglichen muss⁸⁶. Die Entscheidung ist in der Literatur teils als Übergriff auf die mitgliedstaatlichen Kompetenzen beanstandet worden⁸⁷, sie folgt jedoch durchaus der Logik des Unionsrechts: Der Verweis der Unionsbürgerschaft auf die Staatsangehörigkeit der Mitgliedstaaten ist kein Blankoscheck, sondern bezieht dieses Institut in den Anwendungsbereich des Unionsrechts ein, woraus notwendig auch die Anwendbarkeit der EU-Grundrechte folgt⁸⁸. Zugleich bleibt der Eingriff aber auch begrenzt: Der EuGH postuliert kein absolutes Verbot eines Verlusts der Unionsbürgerschaft, sondern nimmt diese Konsequenz hin, wenn sich für den Verlust der Staatsangehörigkeit sachli-

83 S. parallel zur EU-Grundrechtskontrolle des Entzugs des nationalen Wahlrechts, mit dem auch das Unionsbürger-Wahlrecht zum Europäischen Parlament verlorengeht: EuGH, 6.10.2015 – Rs. C-650/13 (Delvigne), EuR 2016, 176 m. Anm. Gundel.

84 EuGH (GK), 12.3.2019 – Rs. C-221/17 (Tjebbes u. a.), NVwZ 2019, 709 = JZ 2019, 461; dazu Caiola, Est modus in rebus: la perte de la citoyenneté de l'Union européenne, le principe de proportionnalité et la nécessité de l'examen individuel des conséquences, RAE 2019, 153 ff.; Miny/Bouhon, Nationalité et citoyenneté, les deux visages du Janus européen, RTDH 2019, 719 ff.; Rigaux, Retrait de la nationalité d'un Etat membre: recherche d'un équilibre entre les prérogatives des Etats membres et les exigences du droit de l'Union, Europe 5/2019, 7 ff.; Swider, Legitimizing precarity of EU citizenship: Tjebbes, 57 CMLRev. (2020), 1163 ff.; Weber, Freundliche Übernahme? Die Einhegung des Staatsangehörigkeitsrechts durch den Gerichtshof der Europäischen Union, JZ 2019, 449 ff.

85 Tz. 30 des Urteils mit Verweis auf die Rottmann-Entscheidung des EuGH (Fn. 79).

86 Tz. 41 f. des Urteils.

87 S. z. B. Weber (Fn. 84), JZ 2019, 449 (451 f.); in Gegenrichtung kritisch Swider (Fn. 84), 57 CMLRev. (2020), 1163 ff.

88 S. das bekannte Bild bei Lenaerts, In Vielfalt geeint – Grundrechte als Basis des europäischen Integrationsprozesses, EuGRZ 2015, 353 (354), wonach die Unionsgrundrechte dem EU-Recht wie ein Schatten folgen.

che Gründe finden. Dazu dürfte z. B. die Regel des Verlusts der Staatsangehörigkeit bei freiwilliger Annahme einer Drittstaats-Staatsangehörigkeit (§ 25 StAG) zählen, die insbesondere im Verhältnis zwischen Deutschland und der Türkei immer wieder Probleme aufgeworfen hat⁸⁹.

Einen Lackmustest für die Rottmann-Doktrin bildet die Rs. JY⁹⁰, über die die Große Kammer des EuGH im Januar 2022 auf Vorlage des österreichischen Verwaltungsgerichtshofs entschieden: Auch hier handelte es sich um einen geplanten Wechsel der Staatsangehörigkeit zwischen zwei EU-Mitgliedstaaten, die Betroffene hatte auf ihre ursprüngliche estnische Staatsangehörigkeit verzichtet und zugleich die Zusicherung der Erteilung der österreichischen Staatsangehörigkeit erhalten, die aber im Anschluss wegen zwischenzeitlich erfolgter Gesetzesverstöße widerrufen wurde. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens war damit staatenlos und somit auch keine Unionsbürgerin mehr. Während im Fall Rottmann der Erwerb der neuen Staatsangehörigkeit infiziert war, so dass die Aufrechterhaltung des dadurch erreichten Status schwerlich zu rechtfertigen wäre, waren der Anlass für den Widerruf im Fall JY geringere Gesetzesverstöße ohne Zusammenhang mit der Einbürgerung; der Gerichtshof hat vor diesem Hintergrund die Verhältnismäßigkeit des Widerrufs verneint⁹¹, so dass der Aufnahmemitgliedstaat an seine Zusicherung gebunden bleibt.

3.3. Insbesondere zum Verlust der Unionsbürgerschaft durch Ausscheiden des Heimatstaats aus der Union: Brexit und Unionsbürgerschaft

Die Rottmann-Rechtsprechung des Gerichtshofs ist in der Literatur auch herangezogen worden, um den Verlust der Unionsbürgerschaft der britischen Staatsangehörigen als Konsequenz des Brexit in Frage zu stellen, die sich aus der Akzessorität der Unionsbürgerschaft zur Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats ergibt⁹²:

89 S. dazu EuGH, 21.10.2020 – Rs. C-720/19 (GR) zum Fall einer türkischen Staatsangehörigen, die im Rahmen ihrer Einbürgerung in Deutschland die türkische Staatsangehörigkeit aufgegeben, diese wenig später aber erneut angenommen hatte, womit nach § 25 StAG die zuvor erworbene deutsche Staatsangehörigkeit wieder erlosch: Der EuGH thematisiert diesen Befund – nach dessen Bewertung das vorliegende Gericht allerdings auch nicht gefragt hatte – nicht, hält jedoch fest, dass durch diese Vorgänge ein zuvor erworbenes Aufenthaltsrecht nach ARB 1/80 nicht erlischt: Die nun wieder ausschließlich türkische Staatsangehörige kann sich weiter auf den vor der Einbürgerung erreichten Aufenthaltsstatus berufen.

90 EuGH (GK), 18.1.2022 – Rs. C-118/20 (JY).

91 Tz. 58 ff. des Urteils.

92 S. Lübke, Die Auswirkungen des Brexit auf die Personenfreizügigkeit, in: Kramme/Baldus/Schmidt-Kessel (Hrsg.), Brexit, 2. A. 2020, § 11 Rn. 24 ff.; s. auch noch zur Lage der EU-Bediensteten mit britischer Staatsangehörigkeit EuG, 5.5.2020 – T-18/19 (Brown/Kommission); dazu Michel, Anm. Europe 12/2020, 17 f.: Der Verlust der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats ist ein Entlassungsgrund, auf dessen Geltendmachung die Kommission aber im März 2018 verzichtet hat. Bedienstete, die zuvor zur Vermeidung dieser Rechtsfolge die belgische Staatsangehörigkeit erworben haben, verlieren dadurch allerdings die Auslandszulage, weil sie nun die Staatsangehörigkeit ih-

Es handle sich danach um einen unverhältnismäßigen Eingriff, weil der Entzug keine notwendige Begleiterscheinung des Brexit sei – die Union könnte den Status danach einseitig aufrechterhalten; zugleich werde gegen das völkerrechtliche Verbot einer willkürlichen Entziehung der Staatsangehörigkeit verstoßen⁹³. Auf den ersten Blick kann man dazu einwenden, dass die Unionsbürgerschaft keine Staatsangehörigkeit im klassischen Sinne ist⁹⁴; jedoch ist nicht von der Hand zu weisen, dass mit ihr ebenso wie bei der Staatsangehörigkeit Rechte wie Aufenthaltsrecht und Wahlrecht verbunden sind, deren Verlust als schwerer Eingriff wahrgenommen werden kann. Dennoch wird die Analogie zur Rottmann-Konstellation im Ergebnis nicht durchgreifen können: Im dortigen Fall war der Verlust der Unionsbürgerschaft Folge des nationalen Staatsangehörigkeitsrechts, das am Maßstab des Art. 4 Abs. 3 EUV gemessen und damit auch einer unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung unterworfen werden kann. Im Fall des Brexit beruht der Verlust dagegen auf der Akzessorietätsanordnung des Art. 20 Abs. 1 AEUV, die keinen Ansatz für eine Relativierung durch Verhältnismäßigkeitserwägungen bietet; dementsprechend hatte der EuGH in der Rottmann-Konstellation auch nicht den isolierten Fortbestand der Unionsbürgerschaft vorgesehen – dem entspräche die Aufrechterhaltung der Unionsbürgerschaft britischer Staatsangehöriger nach dem Ausscheiden Großbritanniens –, sondern auf eine Prüfung des Erhalts oder der Wiederherstellung der zugrundeliegenden nationalen Staatsangehörigkeit abgestellt. Auch völkerrechtliche Maßstäbe werden aus unionsrechtlicher Sicht die primärrechtliche Anordnung des Art. 20 Abs. 1 AEUV nicht in Frage stellen können. Während mehrere Nichtigkeitsklagen zu dieser Problematik an den hohen Zulässigkeitschürden des Art. 263 Abs. 4 AEUV gescheitert sind⁹⁵, ist diese Frage schließlich aber auf Vorlage eines französischen Gerichts vor den EuGH gelangt, der im Juni 2022 den automatischen Charakter des Verlusts der Unionsbürgerschaft bestätigt hat⁹⁶.

res Dienstortes haben; das Gericht hat diese Konsequenz gebilligt (ein Rechtsmittel gegen das Urteil ist anhängig als Rs. C-675/20 P). Zur Nutzung der Möglichkeiten des Erwerbs der Staatsangehörigkeit von EU-Mitgliedstaaten durch britische Staatsangehörige im Gefolge des Brexit s. auch *Jesserun d'Oliveira*, Brexit, nationality and union citizenship: bottom up and top down, in: Liber amicorum Christian Kohler, 2018, S. 201 ff.

- 93 So *Worster*, Brexit and the International Law Prohibitions on the Loss of EU Citizenship, 15 International Organizations Law Review (2018), 341 ff. Nach dieser Konzeption bleiben alle britischen Staatsangehörigen Unionsbürger, die diesen Status bereits innehatten, während der Erwerb der britischen Staatsangehörigkeit nach dem Vollzug des Brexit nicht mehr zur Unionsbürgerschaft führt.
- 94 Zum nur ergänzenden Charakter der Unionsbürgerschaft s. z. B. *Carlier*, Les statuts juridiques alternatifs ou complémentaires à la nationalité, in: SFDI (Fn. 1), S. 301 (308 ff.); *Marchadier*, in: Doumbé-Billé (Fn. 82), S. 361 (371 ff.).
- 95 S. u. a. EuG, 14.7.2020 – Rs. T-627/19 (Shindler u. a./Kommission); dazu *Simon*, Anm. Europe 10/2020, 17; EuG, 8.6.2021 – Rs. T-198/20 (Shindler u. a./Rat); EuG, 8.6.2021 – Rs. T-231/20 (Price/Rat); EuG, 8.6.2021 – Rs. T-252/20 (Silver u. a./Rat).
- 96 EuGH (GK), 9.6.2022 – Rs. C-673/20 (EP/Préfet du Gers).

3.4. Unionsrechtliche Vorgaben auch für die Zuerkennung der mitgliedstaatlichen Staatsangehörigkeit?

Die Eröffnung einer indirekten Inhaltskontrolle über das nationale Staatsangehörigkeitsrecht durch die Anknüpfung der Unionsbürgerschaft erlaubt es auch, einer missbräuchlichen Vergabe der Staatsangehörigkeit, mit der vor allem die Unionsbürgerschaft und damit das Aufenthaltsrecht in anderen Mitgliedstaaten vermittelt werden soll, unter Berufung auf das Gebot der Unionstreue gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV Grenzen zu setzen⁹⁷. Den Anlass dafür gibt die Praxis mehrerer Mitgliedstaaten, die im Gefolge der Euro-Finanzkrise den Verkauf der eigenen Staatsangehörigkeit an Drittstaatsangehörige zum Geschäftsmodell entwickelt haben⁹⁸ – wobei der eigentliche Reiz dieses Angebots regelmäßig nicht im Recht zum Aufenthalt im betroffenen Mitgliedstaat, sondern in der mit der Unionsbürgerschaft verbundenen Freizügigkeit in der Union liegen dürfte.

Die EU-Kommission hat hier zunächst auf die Aufnahme von Regelungen gedrungen, die über Investitionszusagen oder Einbürgerungsgebühren hinaus eine tatsächliche Verbindung zwischen dem Neubürger und seinem neuen Heimatstaat sicherstellen sollten⁹⁹; schließlich hat sie im Oktober 2020 Vertragsverletzungsverfahren gegen Malta und Zypern wegen der dort geltenden Regelungen zum Erwerb der Staatsangehörigkeit eingeleitet.¹⁰⁰

97 Für einen Anspruch auf Verleihung der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats wird das Unionsrecht – anders als zumindest in besonderen Konstellationen die EMRK (s. o. 2.3.) – dagegen kaum je einen Ansatz bieten: Dass eine solche Entscheidung durch Art. 4 Abs. 3 EUV geboten sein könnte, ist schwer vorstellbar, und eine Grundrechtsprüfung parallel zu Art. 8 EMRK müßte an der fehlenden Eröffnung des Anwendungsbereichs des Unionsrechts scheitern; s. auch *Marchadier*, in: Doumbé-Billé (Fn. 82), S. 361 (371 ff.); *Fulchiron*, in: *Mélanges Patrick Courbe* (Fn. 25), S. 205 (219 f.).

98 Zu solchen nationalen Regelungen, die die Einbürgerung gegen Geldleistungen oder Investitionen im Inland vorsehen („Investment Citizenship“), s. *Barbou des Places*, *La nationalité et la citoyenneté de l'Union pour le prix d'une porsche? L'Union européenne aux prises avec le ius pecuniae*, AFDI 2018, 492 ff.; *Besson*, *Investment Citizenship and Democracy in a Global Age: Towards a Democratic Interpretation of International Nationality Law*, 29 SZIER (2019), 525 ff.; *Carrera*, *The Maltese Citizenship-for-Sale Affair and the Principle of Sincere Cooperation in Nationality Matters*, 21 MJ (2014), 406 ff.; *ders.*, *How Much does EU Citizenship Cost?*, in: *Carrera/de Groot* (eds.), *European Citizenship at the Crossroads*, 2015, S. 293 ff.; *Cipolletti*, *Cittadinanza statale e cittadinanza europea: il caso della legge maltese*, Riv. dir. int. 2014, 463 ff.; *Hilpold*, *Die verkaufte Unionsbürgerschaft*, NJW 2014, 1071 ff.; *Parker*, *Commercialising Citizenship in Crisis EU: The Case of Immigrant Investor Programmes*, 55 JCMS (2017), 332 ff.

99 S. den Kommissionsbericht „Staatsbürgerschaftsregelungen und Aufenthaltsregelungen für Investoren in der Europäischen Union“, COM (2019) 12 final v. 23.1.2019, S. 7 f.

100 Pressemitteilung IP/20/1925 der EU-Kommission v. 20.10.2020; dazu *Lepoutre*, *Citoyenneté européenne: clôture des ventes*, Rec. Dalloz 2020, 2337; *Cambien*, *Les programmes d'acquisition de la citoyenneté par investissement et les procédures d'infraction contre Chypre et Malte*, JDE 2021, 410 ff.; *Berger*, *Staatsbürgerschaft als Ware – von Goldenen Pässen und der Europäischen Union*, ZaöRV 2021, 1033 ff.; *Bohnert/Rom*, „Golden Passports“ Revisited – Zur Debatte um die Unionsrechtskonformität von mitgliedstaatlichen Einbürgerungsregelungen für Investoren, ZfRv 2021, 196 ff.

4. Ergebnisse

Das Staatsangehörigkeitsrecht ist im Ausgangspunkt weiterhin Ausdruck der nationalen Souveränität des jeweiligen Staates, der den Kreis seiner Staatsangehörigen definiert. Für das Staatsangehörigkeitsrecht der EU-Mitgliedstaaten gilt allerdings, dass es dem doppelten Zugriff von Unionsrecht und EMRK unterliegt. Für beide Felder gilt, dass die staatliche Normierung der Erwerbsvoraussetzungen nur geringen äußeren Bindungen unterliegt, während der Verlust des einmal bestehenden Status einer schärferen Prüfung unterworfen wird. Der Maßstab beider Systeme unterscheidet sich freilich entsprechend ihrer Zielsetzung: Während die EMRK auf den Schutz individueller Rechte ausgerichtet ist, dient die Unionsbürgerschaft des EU-Rechts auch dem Zusammenhalt der Union; aus dem Unionsrecht können demgemäß auch Schranken für die Verleihung der nationalen Staatsangehörigkeit abgeleitet werden, die ein „Staatsangehörigkeits-Shopping“ verhindern. Insgesamt sind die Beschränkungen der nationalen Souveränität in der Gestaltung des Staatsangehörigkeitsrechts durch EMRK und Unionsrecht damit zwar durchaus spürbar; sie bleiben in ihrer Reichweite aber doch beschränkt und stellen die Maßgeblichkeit des nationalen Rechts in diesem Feld nicht grundsätzlich in Frage.

Literaturverzeichnis

- Andriantsimbazovina, J.*, La déchéance de nationalité des auteurs d'actes terroristes et la Cour européenne des droits de l'homme, in: RFDA 2020, S. 1107 ff.
- Aumond, F.*, Nationalité des personnes physiques et succession d'Etats, in: SFDI (éd.), Droit international et nationalité, Pedone: Paris, 2012, S. 385 ff.
- Barbou des Places, S.*, La nationalité et la citoyenneté de l'Union pour le prix d'une porsche? L'Union européenne aux prises avec le ius pecuniae, in: AFDI 2018, S. 492 ff.
- Batir, K.*, Standard Setting in the Council of Europe on Nationality, in: Mouton/Kovács (eds.), The Concept of Citizenship in International Law, Nijhoff: Leiden, 2018, S. 347 ff.
- Baumert, M.*, Völker- und verfassungsrechtliche Fragen der Rückübernahme deutscher IS-Anhänger aus dem Ausland, in: NVwZ 2020, S. 110 ff.
- Berger, J.*, Staatsbürgerschaft als Ware – von Goldenen Pässen und der Europäischen Union, in: ZaöRV 2021, S. 1033 ff.
- Berlit, U.*, „Rottmann“ und die Option – schleichende Europäisierung des Staatsangehörigkeitsrechts?, in: FS Hailbronner, C.F. Müller: Heidelberg, 2013, S. 283 ff.
- Besson, S.*, Investment Citizenship and Democracy in a Global Age: Towards a Democratic Interpretation of International Nationality Law, in: 29 SZIER (2019), S. 525 ff.
- Bohnert, S./Rom, E.*, „Golden Passports“ Revisited – Zur Debatte um die Unionsrechtskonformität von mitgliedstaatlichen Einbürgerungsregelungen für Investoren, in: ZfRV 2021, 196 ff.
- Caiola, A.*, Est modus in rebus: la perte de la citoyenneté de l'Union européenne, le principe de proportionnalité et la nécessité de l'examen individuel des conséquences, in: RAE 2019, S. 153 ff.
- Cambien, N.*, Les programmes d'acquisition de la citoyenneté par investissement et les procédures d'infraction contre Chypre et Malte, in: JDE 2021, S. 410 ff.

- Carlier, J.-Y.*, Les statuts juridiques alternatifs ou complémentaires à la nationalité, in: SFDI (éd.), *Droit international et nationalité*, Pedone: Paris, 2012, S. 301 ff.
- Carrera, S.*, The Maltese Citizenship-for-Sale Affair and the Principle of Sincere Cooperation in Nationality Matters, in: 21 MJ (2014), S. 406 ff.
- Carrera, S.*, How Much does EU Citizenship Cost?, in: Carrera/de Groot (eds.), *European Citizenship at the Crossroads*, Wolf: Oisterwijk, 2015, S. 293 ff.
- Chan, J.*, The Right to a Nationality as a Human Right – The Current Trend towards Recognition, in: HRLJ 12 (1991), S. 1 ff.
- Cipolletti, C.*, Cittadinanza statale e cittadinanza europea: il caso della legge maltese, in: Riv. dir. int. 2014, S. 463 ff.
- Cipolletti, C.*, Il diritto alla cittadinanza e il rispetto della vita privata e familiare nella sentenza Ramadan v. Malta della Corte europea dei diritti dell'uomo, in: Riv. dir. int. 2016, S. 1195 ff.
- Cipolletti, C.*, La privazione della cittadinanza nel contrasto ai foreign terrorist fighters e il diritto internazionale, in: Riv. dir. int. 2016, S. 117 ff.
- Clerici, R.*, Freedom of States to Regulate Nationality: European Versus International Court of Justice, in: Essays in Honour of Tullio Treves, Asser: Den Haag, 2013, S. 839 ff.
- Cloots, E.*, The Legal Limits of Citizenship Deprivation as a Counterterrorist Strategy, in: 23 EPL (2017), S. 57 ff.
- Corneloup, S.*, Réflexion sur l'émergence d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité, in: JDI 2011, S. 491 ff.
- Costamagna, F.*, Statelessness in the context of state succession, in: Annoni/Forlati (eds.), *The changing role of Nationality in International Law*, Routledge: London/New York, 2013, S. 36 ff.
- de Groot, G.-R.*, The European Convention on Nationality: a step towards a ius commune in the field of international law, in: 7 MJ (2000), S. 117 ff.
- de Groot, G.-R./Vonk, O.*, Acquisition of Nationality by Birth on a Particular Territory or Establishment of Parentage: Global Trends Regarding Ius Sanguinis and Ius Soli, in: 65 NILR (2018), S. 319 ff.
- Denza, E.*, Nationality and Diplomatic Protection, in: 65 NILR (2018), S. 463 ff.
- Economidès, C.*, Les effets de la succession d'Etats sur la nationalité des personnes physiques, in: RGDIP 1999, S. 577 ff.
- Fischer-Lescano, A.*, Nachzugsrechte von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern deutscher Unionsbürger, in: ZAR 2005, S.288 ff.
- Flauss, J.-F.*, Naturalisation et droit international des droits de l'homme, in: Mélanges Jean Paul Jacqué, Dalloz: Paris, 2009, S. 279 ff.
- Fulchiron, H.*, Droit à une nationalité, droit à la nationalité, droit à sa nationalité?, in: Mélanges Patrick Courbe, Dalloz: Paris, 2012, S. 205 ff.
- Fulchiron, H.*, Réflexions sur les évolutions récentes du droit de la nationalité en Europe, in: Mélanges Panayotis Soldatos, Bruylant: Brüssel, 2012, S. 291 ff.
- Geistlinger, M.*, Der Schutz ihrer Landsleute im Ausland durch die Russländische Föderation unter besonderer Berücksichtigung der Ukraine, in: Friedens-Warte 2014, S. 181 ff.
- Germelmann, F./Gundel, J.*, Die Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung zum europäischen Verfassungs- und Verwaltungsrecht im Jahr 2017, in: BayVBl. 2018, S. 729 ff.
- Germelmann, F./Gundel, J.*, Die Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung zum europäischen Verfassungs- und Verwaltungsrecht im Jahr 2020, in: BayVBl. 2021, 617 ff.
- Grohmann, N.-H.*, Rückholansprüche von IS-Rückkehrern im Lichte nationaler und internationaler Rechtsprechungsentwicklungen, in: DÖV 2022, S. 164 ff.

- Guiorguieff, J.*, Droit international et renforcement du droit de retrait de la nationalité face aux actes terroristes, in: RTDH 2016, S. 617 ff.
- Gundel, J.*, Verfahrensgrundrechte, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte Bd. VI/1, C.F. Müller: Heidelberg, 2010, § 146.
- Gundel, J.*, Der wachsende Einfluss des EU-Rechts auf die Auslegung der EMRK – und seine strukturellen Grenzen, in: FS Scheuing, Nomos: Baden-Baden, 2011, S. 58 ff.
- Gundel, J.*, Der Schutz der – in der EMRK nicht normierten – Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des EGMR und seine Konsequenzen für das Unionsrecht, in: DVBl. 2020, S. 1042 ff.
- Gundel, J.*, Grundrechtsberechtigte, in: Grabenwarter (Hrsg.), Europäischer Grundrechtsschutz, Nomos: Baden-Baden, 2. A. 2021, § 4.
- Hailbronner, K.*, Readmission Agreements and the Obligation of States under Public International Law to Readmit their Own and Foreign Nationals, in: ZaöRV 1997, S. 1 ff.
- Hailbronner, K.*, Staatsangehörigkeit und Unionsrecht, in: StAZ 2011, S. 1 ff.
- Hall, S.*, The European Convention on Nationality and the right to have rights, in: 24 ELRev. (1999), S. 586 ff.
- Harzl, B.*, Passportizatsiya revisited: Extraterritorial naturalization in the cases of Abkhazia and South Ossetia, in: ArchVR 58 (2020), S. 73 ff.
- Heymann, J.*, De la citoyenneté de l'Union comme révélateur de la nature de l'Union européenne (à propos de l'arrêt Rottmann), in: Europe 6/2010, S. 5 ff.
- Hilpold, P.*, Die verkaufte Unionsbürgerschaft, in: NJW 2014, S. 1071 ff.
- Hofmann, R.*, Die Funktion des Kin-State gemäß dem Rahmenabkommen zum Schutz nationaler Minderheiten, in: Hafner u. a. (Hrsg.), Minderheiten und Mutterstaaten: Schutz oder Intervention, Hermagoras: Klagenfurt, 2015, S. 133 ff.
- Hofstötter, B.*, A cascade of rights, or who shall care for little Catherine?, in: 30 ELRev. (2005), S. 548 ff.
- Jesserun d'Oliveira, H.*, Brexit, nationality and union citizenship: bottom up and top down, in: Liber amicorum Christian Kohler, Gieseke: Bielefeld, 2018, S. 201 ff.
- Kahl, W.*, Unionsbürgerschaft und nationale Staatsangehörigkeit – Souveränität unter unionsrechtlichem Vorbehalt?, in: Jura 2011, S. 364 ff.
- Kamto, M.*, Nationalité et expulsion en droit international, in: Liber Amicorum Ernest Petrič, The European Faculty of Law: Nova Gorica, 2011, S. 223 ff.
- Klein, E.*, Zum Recht der Einreise in das „eigene Land“, in: FS Hailbronner, C.F. Müller: Heidelberg, 2013, S. 313 ff.
- Kunoy, B.*, A Union of National Citizens: the Origins of the Court's Lack of Avant-Gardisme in the Chen Case, in: 43 CMLRev. (2006), S. 179 ff.
- Lagarde, P.*, Les compétences de l'Etat en matière d'octroi et de déchéance de la nationalité, in: SFDI (éd.), Droit international et nationalité, Pedone: Paris, 2012, S. 81 ff.
- Lagarde, P.*, Succession d'Etats, apatridie et nationalité, développements récents, in: Mélanges Jacques Foyer, Economica: Paris, 2008, S. 619 ff.
- Lenaerts, K.*, In Vielfalt geeint – Grundrechte als Basis des europäischen Integrationsprozesses, in: EuGRZ 2015, S. 353 ff.
- Lepoutre, J.*, Le bannissement des nationaux, in: RCDIP 2016, S. 107 ff.
- Lepoutre, J.*, Citoyenneté européenne: clôture des ventes, in: Rec. Dalloz 2020, S. 2337.
- Lepoutre, J.*, Nationalité et souveraineté, Dalloz: Paris, 2020.
- Lübke, J.*, Die Auswirkungen des Brexit auf die Personenfreizügigkeit, in: Kramme/Baldus/Schmidt-Kessel (Hrsg.), Brexit, Nomos: Baden-Baden, 2. A. 2020, § 11.

- Marchadier, F.*, L'attribution de la nationalité à l'épreuve de la CEDH, in: RCDIP 2012, S. 61 ff.
- Marchadier, F.*, L'eupéanisation du droit à la nationalité, in: Doumbé-Billé (dir.), La régionalisation du droit international, Bruylant: Brüssel, 2012, S. 361 ff.
- Marchadier, F.*, La perte de la nationalité devant la Cour européenne des droits de l'homme, in: RCDIP 2017, S. 221 ff.
- Marchadier, F.*, Le droit à une nationalité au service de l'éradication de l'apatridie, in: JDI 2018, S. 1117 ff.
- Marguénaud, J.-P.*, La nationalité et l'article 8 de la CEDH, in: Dionisi-Peyrusse u. a. (éd.), La nationalité: enjeux et perspectives, 2019, S. 33 ff.
- Milano, E.*, The Conferral of Citizenship en masse by Kin-States: Creeping Annexation or Responsibility to Protect?, in: Palermo/Sabanadze (eds.), National Minorities in Inter-State Relations, Nijhoff: Leiden/Boston, 2011, S. 145 ff.
- Miny, X./Bouhon, F.*, Nationalité et citoyenneté, les deux visages du Janus européen, in: RTDH 2019, S. 719 ff.
- Owen, D.*, On the Right to have Nationality Rights: Statelessness, Citizenship and Human Rights, in: 65 NILR (2018), S. 299 ff.
- Parker, O.*, Commercialising Citizenship in Crisis EU: The Case of Immigrant Investor Programmes, in: 55 JCMS (2017), S. 332 ff.
- Pataut, É.*, Citoyenneté de l'Union européenne et nationalité étatique, in: RTDE 2010, S. 617 ff.
- Pataut, É.*, Contrôle de l'Etat ou protection de l'individu? Remarques sur l'effectivité de la nationalité, in: RCDIP 2021, S. 747 ff.
- Peters, A.*, Extraterritorial Nationalizations: Between the Human Right to Nationality, State Sovereignty and Fair Principles of Jurisdiction, in: 53 GYIL (2010), S. 623 ff.
- Rigaux, A.*, Retrait de la nationalité d'un Etat membre: recherche d'un équilibre entre les prérogatives des Etats membres et les exigences du droit de l'Union, in: Europe 5/2019, S. 7 ff.
- Robert, L.*, Enfants de „dijihadistes“ retenus en Syrie: vers une obligation de rapatriement en droit européen des droits de l'homme?, in: RTDH 2019, S. 779 ff.
- Romay, K.*, State Succession and Nationality, in: Mouton/Kovács (eds.), The Concept of Citizenship in International Law, Nijhoff: Leiden, 2018, S. 169 ff.
- Ruzié, D.*, Nationalité, effectivité et droit communautaire, in: RGDIP 1993, S. 107 ff.
- Sander, V.*, Staatsangehörigkeitsrechtliche Maßnahmen im Rahmen der Terrorismus- und Exteremismusbekämpfung, Nomos: Baden-Baden, 2021.
- Schwander, T.*, Die Pflicht zur Rückholung Deutscher aus dem vormaligen IS-Gebiet, in: NVwZ 2019, S. 1260 ff.
- Sidhoum-Rahal, D.*, Déchéance de nationalité et menace terroriste contre les droits de l'homme: une notion émergente de la Cour européenne des droits de l'homme, in: Rev. sc. crim. 2021, S. 795 ff.
- Sloane, R.*, Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality, in: 50 Harvard Int. Law Journal (2009), S. 1 ff.
- Spadaro, A.*, Repatriation of family members of foreign fighters: right or State prerogative?, in: 70 ICLQ (2021), S. 251 ff.
- Sudre, F.*, La déchéance de nationalité à l'aune du terrorisme, in: JCP 2020, S. 1425.
- Swider, K.*, Legitimizing precarity of EU citizenship: Tjebbes, in: 57 CMLRev. (2020), S. 1163 ff.

- Tamme, P.*, Die Durchsetzung von EU-Recht durch den EGMR, Duncker und Humblot: Berlin, 2018.
- Ungern-Sternberg, A.*, Privilegierung eigener Staatsangehöriger im Kampf gegen den internationalen Terrorismus: Kein Menschenrechtsschutz für Ausländer im Ausland?, in: FS Robbers, Nomos: Baden-Baden, 2020, S. 865 ff.
- van den Brink, M.*, A qualified defence of the primacy of nationality over European Union citizenship, in: 69 ICLQ (2020), S. 177 ff.
- Van Waas, L.*, Foreign Fighters and the Deprivation of Nationality: National Practices and Internationale Law Implications, in: de Guttry/Capone/Paulussen (eds.), Foreign Fighters under International Law and Beyond, Asser: Den Haag, 2016, S. 469 ff.
- Vermeer-Künzli, A.*, Nationality and diplomatic protection, in: Annoni/Forlati (eds.), The changing role of Nationality in International Law, Routledge: London, 2013, S. 76 ff.
- von Schwandenflügel, M.*, Die Singh-Entscheidung des EuGH – Niederlassungsfreiheit des Ehegatten eines Gemeinschaftsbürgers aus einem Drittstaat, in: NVwZ 1993, S. 854 f.
- Vonk, O.*, Dual Nationality in the European Union, Nijhoff: Leiden, 2012.
- Wagner, L.-J.*, Die Anerkennung von Staatsangehörigkeitsentscheidungen im Europäischen Rechtsraum, in: FS Isak, Sramek: Wien, 2020, S. 453 ff.
- Walter, Ch./Nedelcu, P.*, Verlust der Staatsangehörigkeit als Maßnahme der Terrorismusbekämpfung: Welche Grenzen setzt das Völkerrecht?, in: Friedens-Warte 2020, S. 325 ff.
- Weber, F.*, Bürger oder Exilant? Funktion und Wertbezug der Staatsangehörigkeit im Rahmen der Beteiligung an Kampfhandlungen terroristischer Vereinigungen, in: ZAR 2015, S. 138 ff.
- Weber, F.*, Staatsangehörigkeit und Status, Mohr Siebeck: Tübingen, 2018.
- Weber, F.*, Freundliche Übernahme? Die Einhegung des Staatsangehörigkeitsrechts durch den Gerichtshof der Europäischen Union, in: JZ 2019, S. 449 ff.
- White, R.*, A fresh look at reverse discrimination?, in: 18 ELRev. (1993), S. 527 ff.
- Worster, W.*, Brexit and the International Law Prohibitions on the Loss of EU Citizenship, in: 15 International Organizations Law Review (2018), S. 341 ff.
- Ziemele, I.*, State succession and issues of nationality and statelessness, in: Edwards/Van Waas (eds.), Nationality and statelessness under international law, CUP: Cambridge, 2014, S. 217 ff.
- Zimmermann, A.*, State Succession and the Nationality of Natural Persons – Facts and Possible Codification, in: Eisemann/Koskeniemi (eds.), La succession d'Etats, Kluwer: Alphen aan den Rijn, 2000, S. 611 ff.
- Zimmermann, A./Eiken, J.*, Reform des § 28 StAG und das Völkerrecht, in: NVwZ 2019, S. 1313 ff.
- Zimmermann, A./Landefeld, S.*, Europäische Menschenrechtskonvention und Staatsangehörigkeitsrecht der Konventionsstaaten, in: ZAR 2014, S. 97 ff.

The Spread and Origins of the German Proportionality Doctrine

Greg Taylor*

Abstract Deutsch

Das vom deutschen Bundesverfassungsgericht entwickelte Prüfungsschema der Verhältnismäßigkeit (geeignet, erforderlich, verhältnismäßig im engeren Sinne) hat die ganze Welt erreicht. Über die Ursprünge des Schemas ist dennoch recht wenig bekannt. In diesem Aufsatz werden Indizen erbracht, die den Schluss nahelegen, dass Prof. Dr. Gerhard Leibholz (1901–1982), Richter am Bundesverfassungsgericht von 1951 bis 1971, der führende Kopf hinter dieser Entwicklung gewesen sein dürfte. Schon in seinen früheren Schriften, ab Mitte der 1920er-Jahre, werden die drei Bestandteile des Schemas vorweggenommen; seine Entfaltung war im Einklang mit Leibholz' programmatischen Anliegen als Richter; er war in der fraglichen Zeit Richter, auch wenn im „falschen“ Senat; und das Schema kam auf einem Gebiet zustande, auf dem er unangefochten als der Experte galt.

* I am very grateful to Dr Manfred Wiegandt, who provided the crucial materials cited below, fn 83. Dr Wiegandt's book-length biography of Gerhard Leibholz was not available to me when writing this draft because international travel was next to impossible and it was not held in any library that I had access to (nor did Dr Wiegandt have a spare copy). It is therefore not cited below, but thanks to my contacts with Dr Wiegandt I can be sure that he would have drawn to my attention anything of relevance to my topic in the biography or anything else germane to my task that he had discovered during his research for it.

Warm thanks are also due to the author's neighbour, Paul Leong, who allowed me free use of his wifi while I was working at home during the height of the pandemic of 2020 in Melbourne, during the very time when the people of that city, while being treated by their supposed compatriots in the rest of Australia as pariahs, astonished themselves and the world by uniquely succeeding in wholly eliminating the virus and returning life to normal for many months in the middle of a pandemic; and to Dr Elizabeth Shi, who retrieved the printed materials necessary for work at home to proceed when the author was confined to home quarantine on the day that his office suddenly closed its doors for many months. All conclusions, however, are solely the author's own responsibility. Translations from German are the author's own except where the contrary is stated or obvious.

On a personal note, I wish to express my profound sense of gratitude for the invitation to contribute to this volume. I first met Prof. Gilbert Gornig in 1997 as a Masters student at the Philipps-Universität Marburg. It was obvious then that he was a scholar who was not afraid to speak his mind and also loved teaching. Because he delighted in teaching so much and made this fact evident, as well as possessing a sovereign command of his field, students enjoyed his classes greatly and looked forward to them – even those whose personal views might have put them at odds with any similarly minded teacher. Now I have the honour, which I can barely conceive of myself as deserving, of being one of Prof. Gornig's colleagues in the professoriate of his University, although necessarily in the *Honorary professor* category. With the exception of the citation of my work in the advice of the Judicial Committee of the Privy Council to Her Majesty (*Louisien v. Jacob* [2009] UKPC 3, [2]), no greater honour has come my way.

Abstract English

The three-part proportionality test (suitable, necessary and adequacy in balance) developed by Germany's Federal Constitutional Court has conquered the world. But almost nothing is known of its origins. This essay proposes, on the basis of several items of circumstantial evidence, that Gerhard Leibholz (1901–1982), Judge of the Court from 1951 to 1971 and professor of law, may have had the leading role in its development. His early writings from the mid-1920s strikingly presage the development of the test; it suited his broader judicial agenda; he was a Judge when it was developed, even if on the “wrong” side of the Court; and it was developed in an area of law in which he was the acknowledged expert.

1. Introduction

The three-stage German proportionality test has conquered the world. Professor Aharon Barak is the leading scholar of its spread around the world and has done much work to trace its expansion.¹ It spread first to European jurisprudence and from there to the national legal orders of various European states – among them France, Spain and Italy.² Through Spain and Portugal it has reached central and southern America: Peru, Columbia, Mexico, Chile, Argentina, and Brazil.³ A leading scholar of the Canadian Constitution, Professor Peter Hogg Q.C., appears to be responsible for its adoption in Canada in *R v. Oakes*.⁴ In the 1990s eastern European countries joined the list of countries that have adopted the German test, as did South Africa after the end of *apartheid*. In the U.K. the German test has become increasingly prominent alongside older common-law concepts of proportionality.⁵ In Asia and the Middle East this German invention has been adopted in at least Israel, Korea and India, and in Oceania it has reached Australia and New Zealand. Transnational Courts have also adopted the German doctrine. The concept of proportionality features prominently in the recent extraordinary demarca-

- 1 *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations* (C.U.P., 2012), ch. 7, on which much of this paragraph is based. There are also useful references in Moshe Cohen-Eliya/Ido Porat, “Proportionality and the Culture of Justification” (2011) 59 *Am Jo Comp Law* 463, 465; Alec Stone Sweet/Jud Mathews, *Proportionality, Balancing and Constitutional Governance: A Comparative and Global Approach* (O.U.P., 2019), ch. 3.
- 2 For a useful note on the Swiss situation, see Alec Stone Sweet/Jud Mathews, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism” (2008) 47 *Columbia Jo Transnational Law* 72, 103 fn 79.
- 3 See in particular João Andrade Neto, *Borrowing Justification for Proportionality: On the Influence of the Principles Theory in Brazil* (Springer Nature Switzerland, Cham 2018), ch. 2.
- 4 [1986] 1 SCR 103. See further Shipra Chordia, *Proportionality in Australian Constitutional Law* (Federation Press, Alexandria 2020), pp. 24–26; Stone Sweet/Mathews, above n 2 at 117.
- 5 Paul Craig, “Proportionality and Judicial Review: A U.K. Historical Perspective” in Stefan Vogenauer/Stephen Weatherill (eds.), *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives* (Hart, Oxford 2017), ch. 9; Martina Künnecke, “German Constitutional Law in the U.K. Supreme Court” (2019) 40 *Liverpool LR* 31, 33–35.

tion disputes between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice – which have exposed both the uses and some of the limits of the concept.⁶

In the leading Australian case, *McCloy v. New South Wales*⁷ decided in 2015, the High Court of Australia, in adopting the German test for assessing limitations on the freedom of political communication, cited the writings on the topic by two Judges of the German Federal Constitutional Court, Professor Dieter Grimm und Professor Gertrude Lübke-Wolff.⁸ A few years later, in *Palmer v. Western Australia*,⁹ the same Court, Australia's highest, confirmed by three votes to two the applicability of the German proportionality test when limitations are imposed on the constitutional freedom of trade, commerce and movement among the States of Australia provided for by s 92 of the federal Constitution. Applying that test, the Court went on to uphold a nearly complete prohibition on entering the State of Western Australia from other States of Australia during the pandemic year 2020 in a very poorly reasoned decision – '[r]arely', wrote a prominent commentator and law professor, 'has Australia's federal integrity as a united nation been so airily dismissed'¹⁰ – showing that the German proportionality test, whatever its other merits may be, is not foolproof.

It is hardly unknown in the history of constitutionalism for ideas from one country to be adopted in another: the separation of powers and bills of rights are two obvious examples.¹¹ Usually, though, such ideas are more general and politically focused as well as being less detailed. The German proportionality test however is a detailed technical test rather than a general idea like the separation of powers. It has, remarkably, nevertheless been found to be suitable for adoption in a wide variety of cultures and constitutional systems, albeit with some minor changes in different legal orders which others have analysed elsewhere.¹² Yet little is known of its genesis.

6 The story is well told and critically analysed by Peter Hilpold, "So Long *Solange*? The *P.S.P.P. Judgment* of the German Constitutional Court and the Conflict between the German and the European 'Popular Spirit'" [2021] Cam YB Leg Studies 1. Further criticisms are offered by Yun-chien Chang/Xin Dai, "The limited usefulness of the proportionality principle" (2021) 19 ICON 1110.

7 (2015) 257 CLR 178. There is a useful review of Australian developments in Shipra Chordia, "Proportionality and the New Post-War Judicial Paradigm: A Challenge to Australian Exceptionalism?" in Matthew Groves *et al.* (eds.), *The Legal Protection of Rights in Australia* (Bloomsbury, London 2019), pp. 361–366.

8 (2015) 257 CLR 178, 213 fn 158, 216.

9 (2021) 95 ALJR 229. Even more recently, the applicability of the doctrine was confirmed in *Libertyworks v. Commonwealth* (2021) 95 ALJR 490. For a comparison of the Australian with international versions of the German doctrine, see Murray Wesson, "The Reception of Structured Proportionality in Australian Constitutional Law" (2021) 49 Fed LR 352. See also Anne Carter, "Moving Beyond the Common-Law Objection to Structured Proportionality" (2021) 49 Fed LR 73.

10 Greg Craven, "For the First Time Since WWI the States are the Boss", "The Australian", 12 April 2021, p. 9.

11 For a note on the mechanics of adoption, see Stone Sweet/Mathews, above n 1 at 60.

12 Thus, for example, in *McCloy*, (2015) 257 CLR 178, 217 fn 173 French C.J., Kiefel, Bell and Keane JJ. state with admirable correctness and brevity that '[t]he Supreme

The main use of the proportionality test is in balancing legal restrictions upon the exercise of a right against the right which has been so limited. No right is absolute and it is normal for legislatures to have the capacity to limit rights, but then there must be some way of testing whether the limitation is reasonable or goes further than can be justified. In the nature of things the proportionality doctrine therefore often arises in cases involving minorities, such as religious minorities¹³ or persons with unpopular opinions,¹⁴ but it is applicable across a wide range of other areas. For example, if I am required to limit my movements in order to prevent the spread of an infectious disease, this evidently restricts my basic right to freedom of movement. The proportionality test allows us to balance my right to free movement against the interests served by restricting it and thus to determine whether the restriction on my liberty is or not proportionate to the danger of the infection and the threat to the lives of others.¹⁵

As the majority judgment of the High Court of Australia stated in *McCloy*, the case in which it adopted and explained the three-part German test:

The proportionality test involves consideration of the extent of the burden effected by the impugned provision on the freedom. There are three stages to the test – these are the enquiries as to whether the law is justified as suitable, necessary and adequate in its balance in the following senses:

- *suitable* — as having a rational connection to the purpose of the provision;
- *necessary* — in the sense that there is no obvious and compelling alternative, reasonably practicable means of achieving the same purpose which has a less restrictive effect on the freedom;

Courts of the United Kingdom and Canada divide the same concepts into four'. A more elaborate comparison of Germany and Canada may be found in Dieter Grimm, "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence" (2007) 57 U Toronto LJ 383, 384, 388–395; and see Chordia, above n 4 at 4, 25f.

- 13 For example, those who believe themselves subject to a divine command to wear certain items of clothing, who have produced an extraordinary amount of litigation in defence of this belief. A recent German example is BVerfGE 153, 1. The author has referred to other cases in "Teachers' Religious Headscarves in German Constitutional Law" (2017) 6 Ox Jo Law & Religion 93; as the draft of this chapter was being finalised, *Hak c. Procureur général du Québec* [2021] QCCS 1466 was in the news and the government of Quebec had announced its intention to appeal against the few aspects of this decision that were not favourable to it.
- 14 For example, in the Canadian Holocaust-denial cases, *R v. Keegstra* [1990] 3 SCR 697 and *R v. Zündel* [1992] 2 SCR 731.
- 15 This was done in relation to the curfew in the Australian State of Victoria, which experienced a strict but also successful lockdown during the pandemic year 2020, in *Loie-lo v. Giles* (2020) 63 VR 1 and *Cotterill v. Romanes* (2021) 360 FLR 341, and in relation to curfews and other assorted measures to combat the pandemic in numerous cases in Germany culminating, just as this chapter was receiving its final polishing up, in BVerfG, NJW 2021, 1808. An example from New Zealand is *Borrowdale v. Director-General of Health* [2020] 2 NZLR 864, 889, 925, although as will be seen the plaintiff there did not take issue on proportionality but rested his successful case on "old-fashioned" questions of strict legality.

- *adequate in its balance* — a criterion requiring a value judgment, consistently with the limits of the judicial function, describing the balance between the importance of the purpose served by the restrictive measure and the extent of the restriction it imposes on the freedom.¹⁶

In German these three steps are described as testing whether the law in question is *geeignet*,¹⁷ *erforderlich* and finally *zumutbar* or *verhältnismäßig im engeren Sinne* (literally “proportionate in the narrower sense”). Much scholarly and judicial effort on every inhabited continent has been devoted to the further elucidation of these criteria, and this work cannot be reviewed here.¹⁸

πάλαι δὲ τὰ καλὰ ἀνθρώποισι ἐξέύρηται, ἐκ τῶν μανθάνειν δεῖ¹⁹: it is clear enough and has been known for some time that the general concept of proportionality as a legal test – as distinct from the specific, more precise three-stage test of modern days – emerged in modern times in Germany in a long series of Court decisions spanning the nineteenth century and extending into the twentieth, although distinct traces of the idea in a more or less legal context can be found in writers even of antiquity.²⁰ One German scholar cites Blackstone as an early voice for proportionality.²¹ What is completely unknown and will be the subject of the present investigation is where the more specific, structured three-stage test came from. Clear signs of it can be seen in the very early case law of the German Fed-

- 16 (2015) 257 CLR 178, 194f. For an extra-judicial consideration of the topic by a Justice of the Court with references to the pre-history of proportionality going back to antiquity and the *Magna Carta*, see Kiefel J., “Proportionality: A Rule of Reason” (2012) 23 PLR 65; and see *Palmer*, (2021) 95 ALJR 229, 243f.
- 17 Gertrude Lübke-Wolff, “The Principle of Proportionality in the Case Law of the German Federal Constitutional Court” (2014) 34 Human Rights LJ 12, 14 proposes “apt” instead as a translation of this word, which is a good suggestion.
- 18 Cf. Robert Alexy, “Balancing, Constitutional Review and Representation” (2005) 3 ICON 572, 573, who over fifteen years ago, and despite being the leading modern exponent of doctrine in this area, declared himself unable to provide even a list of the issues raised by the doctrine in the space available to him.
- 19 ‘Long ago good principles have been apparent to humanity, and one should learn from them’: Herodotus, *Histories* 1.8.4.
- 20 See, for example, Barak, above n 1 at 177–179; Moshe Cohen-Eliya/Iddo Porat, *Proportionality and Constitutional Culture* (C.U.P., 2013), ch. 2; Moshe Cohen-Eliya/Iddo Porat, “American Balancing and German Proportionality: the Historical Origins” (2010) 8 ICON 263, 271–276; Grimm, above n 12 at 384f; Neto, above n 3 at 35f; Stone Sweet/Mathews, above n 2 at 97–104; Stone Sweet/Mathews, above n 1 at 60–64; Franz Wieacker, „Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung“ in Marcus Lutter/Walter Stimpel/Herbert Wiedemann (eds.), *Festschrift für Robert Fischer* (de Gruyter, Berlin 1979).
- 21 Klaus Stern, „Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots“ in Peter Badura/Rupert Scholz (eds.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens: Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag* (C.H. Beck, Munich 1993), p. 170, citing the following passage: ‘Political [...] or civil, liberty, which is that of a member of society, is no other than natural liberty so far restrained by human laws (and no farther) as is necessary and expedient for the general advantage of the publick’: Wilfrid Prest/Ruth Paley (eds.), *Oxford Edition of Blackstone: Commentaries on the Laws of England Book I: Of the Rights of Persons* (O.U.P., 2016), p. 85.

eral Constitutional Court, although it is often said²² that it originated with the *Pharmacy Case* of 1958.²³ Later cases over the following ten years or so develop it further into something approaching its present form. But the Court never mentions what the authority for this new approach is or where it came from. It is almost as if it were considered an obvious development not needing explanation – ‘[t]he principle was introduced as if it could be taken for granted’, as Professor Dieter Grimm,²⁴ a former Justice of the Federal Constitutional Court, writes. But of course the three-step procedure, at least – suitable, necessary and adequacy in balance – is a highly specific test which could have emerged in any number of other forms.

This essay will propose a candidate for the honour of originating the proportionality test which Germany has given to the world. Necessarily, this attribution must be tentative, not merely because of the uncertainty that will always surround historical work where there is nothing comparable to a direct eyewitness report of events that are reconstructed from circumstantial evidence but also because, as will already be apparent, this essay was written during the pandemic of 2020–2022, which disrupted international travel and made visits by the author to libraries in Germany and above all to the *Bundesarchiv* in Koblenz impossible. At the same time, however, what can be said now is testimony to the richness of Australia’s libraries and the amount of material that is now available on the Internet; and on the theory put forward here, there will be nothing of interest in the files in the *Bundesarchiv* anyway.

First it will be necessary to trace the origin of the test in more detail, for the usual attribution of it to the *Pharmacy Case* turns out, on examination, to be something of a half-truth.

2. Development of proportionality in early Court decisions

2.1. The earliest cases

It has been very rightly said that ‘[p]roportionality’s journey through the case law of the [Federal Constitutional] Court, from the early and reticent decisions to its acclamation as an essential principle of fundamental rights adjudication, was long, tortuous and sometimes precarious’.²⁵ The first appearance of a recognisable, if still unsystematised²⁶ idea of proportionality may be found in March 1952. In that

22 See, for example, Armin von Bogdandy/Peter Huber, “Evolution and *Gestalt* of the German State”, in: *id./id./Sabino Cassese, The Max Planck Handbooks in European Public Law: the Administrative State* Vol. 1 (O.U.P., 2017), p. 224.

23 BVerfGE 7, 377. There is a translation of the essential parts of the judgment in Donald Kommers/Russell Miller, *Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (3rd ed., Duke U.P. 2012) pp. 666ff; see also p. 67 for a short summary of proportionality doctrine.

24 Grimm, above n 12 at 385.

25 Neto, above n 3 at 37.

26 Eberhard Grabitz, „Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts“ AöR 98 (1973), 568, 569.

month the First Senate of the Court decided a case about the constitutionality of arrangements to re-integrate public employees into local authorities' workforces where their original position had disappeared as a result of the War, the consequent enormous loss of German territory afterwards or other War-related upheavals.²⁷ In a brief passage the First Senate of the Court said:

What may in quiet and administratively unproblematic circumstances be objected to as an impermissible restriction [on the autonomy of local authorities] must, if it concerns the speedy rectification of exceptional emergencies, be seen as permissible and indeed even required. All that can be demanded is that such unusual interventions take place in legislative form and that they are restricted to what is unarguably necessary in terms of time and their content.²⁸

The *Socialist Reich Party Case* of October 1952 also contained a brief reference to proportionality, referring to the execution of the Court's judgment by the police 'who are not bound by anything other than generally applicable rules of the *Rechtsstaat*, such as the need for the means to be appropriate to the police's execution of measures required to be taken'.²⁹ The reference to the *Rechtsstaat* in combination with the need for means to be appropriate to ends is certainly no developed doctrine of proportionality; the case did not call for proportionality to be considered, outside the context of the execution of the judgment, as the banning of a political party does not raise the issue.³⁰ Another reference in March of the following year by the First Senate to the use of the least rights-invasive means of criminal investigation also has only a rudimentary doctrine of proportionality.³¹

27 BVerfGE 1, 167. As a result of the Allies' agreements during the War, Poland, as the man in whose honour this book is published well knows, was essentially picked up and shifted several hundred miles to the west at the expense of Germany, while the original Prussian capital Königsberg became Kaliningrad in Russia. At first the Federal Republic refused to recognise that the territories concerned were under anything more than temporary Polish and Russian administration; the matter was not finally legally resolved until Reunification of Germany in 1990. The Germans in this vast area fled before the advancing Red Army in 1944–45 or left or were expelled after the War; among them was Maria Denning *née* Gröger (1922–2013), this author's paternal grandfather's much-loved second wife. Then there were ex-soldiers and expellees from Czechoslovakia and other eastern European countries to be accommodated also even though the borders there did not change.

28 BVerfGE 1, 167, 178.

29 BVerfGE 2, 1, 78f.

30 The reasons for this were spelt out by the Court many decades later in BVerfGE 144, 20, 230–233: in brief, it is because prohibiting a political party is not a discretionary decision; if the requirements for prohibition are satisfied, the legal consequence follows. The Court qualified this statement somewhat at 158f but it is not necessary for present purposes to pursue that angle.

31 BVerfGE 2, 121, 123. This case is referred to in English by Lübke-Wolff, above n 17 at 12 fn 2. In upholding the criminal prohibition of male homosexuality in BVerfGE 6, 389, the Court again referred to the need for punishments to be proportionate to the criminality of the deed and the offender if they were to be constitutional (at 439) but said nothing to suggest a developed doctrine of proportionality.

In May 1953 rather more of the modern proportionality doctrine emerged in a decision of the First Senate. The issue was the constitutionality of a provision relating to the treatment of refugees from communist east Germany, of which there were already many thousands (with more to come from the following month after the popular rebellion of June 1953 was brutally suppressed by Soviet tanks); one would-be refugee had found his application to be treated as a refugee entitled to move to western Germany rejected (for reasons not clearly stated in the judgment, he was not thought to have a valid reason for flight).

Upholding the provision in question, the Court first referred to what we now know as the margin of appreciation: ‘the legislator must have the capacity to regulate this procedure in accordance with its discretion, and only if it creates an unequivocally inappropriate procedure can the Federal Constitutional Court declare it unconstitutional’.³² ‘It is not subjective arbitrariness’, the First Senate continued, ‘that leads to a declaration of unconstitutionality, but objective, *i.e.* real and unequivocal inappropriateness of legislative provisions in proportion to the actual situation which is to be mastered’.³³ The concept of proportionality thus found a foothold in the Court’s jurisprudence outside the area of police powers where it was already a staple of the ordinary law,³⁴ but there is no three-stage test as yet. While two of the three stages can be seen with the eye of faith, there is as yet no developed idea of how they relate to each other.

In August 1953 the First Senate struck down a provision requiring parties without significant parliamentary representation to find five hundred nominators for candidates to the *Bundestag*, deciding that that law exceeded the margin of appreciation which should be allowed to the legislature on the topic.³⁵ It held that ‘no material reason’³⁶ justified such a high number, ten times more exacting in effect than the requirement that had existed under the Weimar Republic when popular willingness to support openly a political party had not yet been impaired by the Nazi experience. A first glimpse of a developed system for comparing a provision to its alleged aim is discernible, for the Court spends some time in determining the precise purposes that it would be permissible for the legislator to pursue through such provisions, namely the genuineness of nominations and avoiding splitting of the vote, purposes which in turn served the aim of allowing for a functioning government to be formed.³⁷ Only then did it hold that the legislator had exceeded the margin of appreciation available to it.

32 BVerfGE 2, 266, 280.

33 BVerfGE 2, 266, 281.

34 See below, fn 58.

35 The famous 5% hurdle, also widely copied from Germany even if it did not originate there, may also be part of an effort to preserve the monopoly of the parties founded shortly after the War. On the hurdle’s history, see further Greg Taylor, “The Constitutionality of Election Thresholds in Germany” (2017) 15 *ICON* 734, 734f. (Shortly after that article was published, the Court’s decision in BVerfGE 146, 327 appeared indicating that there is no constitutional requirement to permit voters to indicate which party will receive their vote if their first choice falls at the hurdle.)

36 BVerfGE 3, 19, 28.

37 BVerfGE 3, 19, 27.

However, the Court, in upholding a set of requirements directed at ensuring the genuineness of signatures in candidate nominations, sent a mixed message: on the one hand, it said that the requirements were suitable to achieve that aim, but then added that it was not for the Court to judge whether they were suitable for the aim!³⁸ (At about this time, too, a certain Rupprecht von Krauss, writing on administrative law rather than constitutional doctrine, coined the term under which we now know the third stage of the proportionality test, *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*/proportionality in the narrower sense.³⁹ Little seems to be known about him, but his contribution is certainly a reminder that the proportionality bandwagon was gaining more and more adherents; as we shall see, the topic was in the air at the time.)

Shortly afterwards, however, in June 1954, the First Senate of the Court was faced with a related challenge requiring a hundred signatures for nominations in State elections in the State of North Rhine/Westphalia⁴⁰ except for parties with existing substantial parliamentary representation. A new party, the All-German Bloc, challenged the criterion for distinguishing between parties that were not required to fulfil the 100-signature requirement because they had substantial existing parliamentary representation and those that were so required: the requirement was waived for parties that had had at least three representatives in and throughout the term of the expiring State legislature. This case, it is important to note, did see a substantial development in the proportionality doctrine of the Court beyond what it had felt able to say less than a year earlier in a very similar context – while also being, as one distinguished writer has said, ‘[a] nice example of the judicial art of staging the first appearance of an instrument of judicial power as unobtrusively as possible’.⁴¹

The Court first identified the purpose of drawing the distinction among political parties for the purpose of nominations: eliminating parties without a sufficient degree of durability which might produce unjustified splitting of the vote (and thus make the process of forming a stable government and a functioning legislature much harder; after the Weimar experience it is understandable that the Court did not add a reference to these more fundamental desiderata in so many words). It then said:

38 BVerfGE 3, 19, 32f.

39 Benedikt Pirker, *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review: A Theoretical and Comparative Study* (Europa Law, Groningen 2013), p. 104.

40 In English *Nordrhein-Westfalen* is often rendered as “North Rhine-Westphalia”, which has the unfortunate effect of implying the existence of a region “Rhine-Westphalia” of which this State would then occupy the northern portion. While Germany does paradoxically have a region known as East Westphalia, there is no “Rhine Westphalia” (for the Rhine does not flow through Westphalia at all) and my slash is meant to indicate the true position: *Nordrhein-Westfalen* is the State that includes both the northern Rhine region based on Cologne, Düsseldorf *etc.* and the region of Westphalia to its east (Dortmund, Bochum, Münster) which has such a significant place in the history of international law.

41 Lübke-Wolff, above n 17 at 12.

This requirement [...] is a suitable [*geeignet*] means to reach this goal. It also does not exceed the limits that the principle of proportionality draws between ends and means. Within these limits the legislator is unrestricted unless there are relevant special provisions of the constitution.⁴²

We are now able to distinguish two parts of the proportionality test: the Court must identify a goal pursued by the legislation in question and ensure that it is adapted to reaching that goal – the first stage of our modern three-part test. It must then conduct a comparison of the proportionality between means and ends – the third part of the test.

The Court then asked itself ‘whether the legislator has avoided choosing other criteria which would also make evident the durability and constitutional/political importance of a party’.⁴³ It thereby posed the second issue of the modern proportionality doctrine: whether there is an obvious and less rights-intrusive alternative available. The question arose because the All-German Bloc argued that the criteria for exemption from the 100-signature rule should be expanded to include parties with three representatives from North Rhine/Westphalia in the federal Parliament (the *Bundestag*), not just for those with three representatives in the State legislature, even though State elections were in question here and not federal ones. The Court rejected this argument on the ground that there were differences between the two levels of government and that the All-German Bloc had representatives in the *Bundestag* only because it had received sufficient votes in other States rather than in North Rhine/Westphalia, so its representation there did not say enough about its durability in that State and it was reasonable to treat it as a non-exempt party in the State elections in issue. While the tests appear the wrong way around from the present point of view – the second requirement here is dealt with after the third – the case marks a very substantial step towards the modern doctrine and it is particularly remarkable that it came only a few months after a previous decision on electoral law which only briefly mentioned the topic and also appeared to suggest that it was not really a judicial matter at all.

In a recent book Dr Shipra Chordia⁴⁴ has suggested that the Court in this case applied a merely ‘limited, means/ends analysis’ and did not delve into the ‘substantive considerations of the normative weight to be attached to competing considerations’. I am not sure that that latter statement is quite right, but it is certainly true that there was little balancing evident on the surface of the judgment – indeed, on one view it is only in the late 1970s that the balancing component of the three-stage test regularly came to the fore in German law.⁴⁵ That, however, should not deter us from seeing it as a major advance. First, the facts themselves and the arguments of the plaintiff suggested a nearly exclusive focus on the second stage, that of necessity: was the requirement of a hundred nominators really the only way to achieve the goals pursued with the limited exemption attached to it, or could

42 BVerfGE 3, 383, 399.

43 BVerfGE 3, 383, 399.

44 Above n 4 at 34.

45 Wesson, above n 9 at 26.

the exemption be expanded without loss to the goal? Secondly, once that question is answered in favour of the existing law it does suggest that any balancing issue will be decided accordingly: either the exemption applies or it does not; the factors that would be involved in any balancing exercise are to all intents and purposes mentioned in the necessity stage which the Court examined in detail. Moreover, the values promoted by the rule were, as has just been suggested, not in need of explanation for those who had lived through the decline and fall of the Weimar Republic; and the Court had, moreover, just reminded the forgetful of them in the decision of August 1953. And finally, it does not take a genius to work out that a proportionality doctrine will need a proportionality component. The advance made in this case consisted in the judicial endorsement of the two preceding stages which are by no means so obvious and which are the hallmarks of modern proportionality doctrine.

2.2. The major decisions of the late 1950s

Perhaps the most significant decision of the Federal Constitutional Court in its history was the *Lüth* decision of 15 January 1958⁴⁶ on the relationship between constitutional principles and the private law. The facts and basic decision of the Court have been very adequately described in many other places.⁴⁷ Proportionality was not central to the issues or the decision. Nevertheless the issue of how constitutional rules affected the private law was the greatest doctrinal question of the first decade of the Basic Law's and the Federal Constitutional Court's existence.

The case concerned a call by one Erich Lüth for a boycott of films involving a director and actor named Veit Harlan owing to his involvement in anti-Semitic films during the Third *Reich*. Lüth was prohibited from making such calls by the decisions of the ordinary Courts and sued in the Federal Constitutional Court on the ground that his freedom of speech was infringed; Harlan countered that Article 5 (1) of the Basic Law contained an exception for restrictions of free speech found in the 'general laws', which in turn (§ 826 of the Civil Code) referred to intentionally harming others *contra bonos mores*.

In applying these two phrases, the 'general laws' in the Basic Law and *contra bonos mores* in the Civil Code, the Court pointed out, as part of a much longer analysis, that it was not in fact Lüth's aim to harm Harlan but rather to contribute to the formation of public opinion.

It is at this very point that the relationship between ends and means becomes important. The protection of a private interest can and must yield when – and this is all the more so as this aspect predominates – the statement in question is not immediately directed against that interest in the private economic realm or in the pursuit of selfish goals, but is a contribution to the intellectual battle of opinions in a question that significantly affects the public [...].⁴⁸

46 BVerfGE 7, 198.

47 E.g. Kommers/Miller, above n 23 at 60 ff.

48 BVerfGE 7, 198, 212.

And in deciding whether a call for a boycott was *contra bonos mores*, ‘the motives, goal and aim of the utterance are to be considered; furthermore, the question also depends upon whether the complainant in pursuing his goals has not exceeded the boundaries of what is necessary and appropriate damage under the circumstances to the interests of Harlan and the film companies’.⁴⁹

We come then to the First Senate’s judgment in the *Pharmacy Case* of 11 June 1958⁵⁰ which is traditionally held to be the starting point for the modern proportionality doctrine. The case concerned restrictive requirements for the licensing of pharmacies which aimed to limit competition; a pharmacist took the State of Bavaria to the Federal Constitutional Court when it refused to grant him a licence because doing so might affect the commercial viability of other pharmacies, claiming that that refusal violated his constitutional right to free choice of his occupation under Article 12 (1) of the Basic Law. In upholding the pharmacist’s complaint, the Court produced a sophisticated schema for determining issues under that Article: it divided them into issues around the bare choice of occupation and its practice, and the latter further into objective and subjective requirements such as a person’s educational attainments. Each of these sub-divisions was subject to legislative regulation but at different levels of scrutiny – and subject always to the principle of proportionality. The Court also held that the legislature was obliged to select rules that affected the free choice of occupation least and to select the sub-division of the right to be affected by a law in accordance with the same principle also, choosing from among the three sub-divisions regulation of that level which would affect the basic right least⁵¹ – an adaptation of the second stage of modern proportionality analysis to this special context.

The Court went into the second stage’s requirements in some detail, while providing little on the other two stages of proportionality analysis, the first and the third. The following passage gives the flavour of its views on the second stage:

The general principles governing the regulation of vocational activity may be summarised as follows: the practice of an occupation may be restricted by reasonable regulations predicated on considerations of the common good. The freedom to choose an occupation, however, may be restricted only for the sake of a compelling public interest; that is, if, after careful deliberation, the legislature determines that a common interest must be protected, then it may impose restrictions in order to protect that interest, but only to the extent that the protection cannot be accomplished by a lesser restriction on freedom of choice. In the event that an encroachment on freedom of occupational choice is unavoidable, lawmakers must always employ the regulative means least restrictive of the basic right.⁵²

In another passage the Court even suggested that the requirement to choose, among available and equally suitable alternatives, the least rights-invasive one might even

49 BVerfGE 7, 198, 215.

50 See above, fn 23. There is some anticipation of what the Court held in this case in Herbert Krüger, „Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz” DVBl 1950, 625, 628.

51 BVerfGE 7, 377, 405, 408, 410f.

52 BVerfGE 7, 377, 405, as translated by Kommers/Miller, above n 23 at 668.

apply only to the free choice of occupation or at least to basic rights which admitted of a similar graduated analysis in order to ensure that the least rights-invasive stage is chosen.⁵³

Again the Court did not refer to many sources for the principles thus called into being, although it did refer to decisions of the Weimar-era constitutional Court which had taken upon itself to determine whether the infamous emergency presidential decrees really were necessary to meet an extraordinary emergency.⁵⁴ At no point, curiously, did the First Senate refer to the decision on the 100-signature requirement for parliamentary nominations in North Rhine/Westphalia which had been delivered only four years earlier and which also set up a requirement to choose the least restrictive means. It may well be that there is some unspoken Bavarian influence in play at this point,⁵⁵ and further work would be needed to determine when and how the standard test for all occasions came to be accepted alongside the slightly adapted version for the specific right in question in the *Pharmacy Case*. That work cannot be undertaken here, but only the general direction of further cases indicated.

2.3. Succeeding cases

A brief overview of the succeeding cases can now be given, culminating in the First Senate's declaration in December 1965 that '[i]n the Federal Republic of Germany the principle of proportionality is of constitutional rank'.⁵⁶

The first case dates from January 1960 and involved a challenge to the refusal of the criminal Courts to let an appellant out on bail pending the hearing of his appeal because of the danger that he might attempt to influence witnesses. In this decision of the Second Senate, rather than the First which has been the principal actor until now, it was held that this decision was constitutionally in order. The Court also referred to the need for imprisonment to be 'in the right proportion'⁵⁷ to the established facts but as this was a well-established principle of the criminal law already⁵⁸ and there was no substantive reason to object on the grounds of

53 BVerfGE 7, 377, 410f.

54 BVerfGE 7, 377, 413. As can be seen at 411, the Court also referred to post-War precedents of the non-constitutional Courts in which they had undertaken to decide whether the limitation of a basic right was truly necessary, while disapproving those precedents on other grounds.

55 Alexander Tischbirek, *Die Verhältnismäßigkeitsprüfung: Methodenmigration zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht* (Mohr Siebeck, Tübingen 2017), pp. 18f, 30f. See also below, fn 56.

56 BVerfGE 19, 342, 348. As can be seen in, for example, Stern, above n 21 at 171, the Bavarian Constitutional Court made a similar declaration ten years earlier, but our topic here, it must be recalled, is not the unequivocal proclamation of the constitutional status of the proportionality test in a single sentence but the development of the modern three-part test.

57 BVerfGE 10, 271, 274.

58 This is demonstrated by, for example, Stefan Naas, *Die Entstehung des preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes von 1931* (Mohr Siebeck, Tübingen 2003), pp. 145f.

proportionality there was no call for the Court to go any further into the question. The same may be said of a decision in June 1963 in which the Court, this time again the First Senate, struck down as disproportionate a decision by the ordinary Courts to order the accused in a minor companies-law criminal case to provide samples of blood, brain and spinal-cord fluids in order to determine whether he was suffering from a disorder of the nervous system.⁵⁹

In March 1960 the First Senate had to deal with another anti-competitive provision in the health sector, this time one restricting the number of medical practitioners with access to the health insurance funds and again alleged to be necessary in the public interest. This time the Court's analysis was not as elaborate as for the pharmacists, but in again invalidating the law in question it referred to the principles it had established in that case and described them as requiring a careful examination of 'the degree of restriction for the individual and the necessity of the provision for the protection of the public'.⁶⁰ Yet another restrictive occupational requirement was in issue in July 1961, this time one affecting tradespeople running independent businesses, who were required to have obtained the rank and status of master in the trade in question. This requirement was upheld, the Court's First Senate stating that its graduated schema in the *Pharmacy Case* was the result of applying a general principle, namely 'the principle of proportionality'.⁶¹ The margin of appreciation put in another appearance also with the Court's declaration that it could overrule the legislator's judgment only when it was 'obviously defective or incompatible with the value system of the Basic Law'.⁶²

What the Court again referred to as the 'principle of proportionality'⁶³ required the following analysis to be gone through – respectively the second, first and third stages of the test we know today followed by another reference to the margin of appreciation:

[T]he initial question is whether the legislature was required at all [*überhaupt benötigt*] to undertake restrictions of the free choice of occupation rather than limiting itself to regulating the practice of the vocation, and whether the conditions it places upon practice is not an obviously inappropriate [*ungeeignet*] means for upholding community values; and, finally, it must consider whether these requirements for practising considered in themselves burden the affected individual disproportionately and unacceptably [*übermäßig und unzumutbar*]. In relation also to such questions of value judgment and balancing, which regularly occur in this context, the views of the legislature cannot be objected to by the Federal Constitutional Court as long as it is not plain that those views are not based upon incorrect presuppositions of fact or incompatible with the constitution.⁶⁴

The second criterion, necessity, continued to assert itself as a separate part of proportionality doctrine in a decision of July 1963 in which it was held that a person accused of two fairly minor dishonesty offences could not be compelled to under-

59 BVerfGE 16, 194.

60 BVerfGE 11, 30, 42.

61 BVerfGE 13, 97, 104.

62 BVerfGE 13, 97, 107.

63 BVerfGE 13, 97, 115.

64 BVerfGE 13, 97, 113.

go an pneumoencephalography (a medical investigating technique involving the addition of air to the brain cavity) to check on his mental state because the ‘principle of proportionality requires in criminal procedure above all that requirements are unavoidable, stand in a proper relationship to the seriousness of the crime and are justified by the weight of evidence against the accused’.⁶⁵ Before making such orders criminal Courts were required to consider their ‘*Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit*’⁶⁶ – their necessity, in the sense used in the three-stage test, and proportionality.

In dealing with the constitutionality of the regulation of ride-share services in 1964, the First Senate again referred to the need for the means chosen to be appropriate to the end allegedly pursued (as distinct from the end at which the regulation may really have been aimed, the protection of the state-owned railways from competition) and also proportional, and derived these requirements from ‘the principle of the *Rechtsstaat*’.⁶⁷ The First Senate expanded upon this in the decision of December 1965 with which I opened this section, which concerned the need to ensure that the constitutionally entrenched principle of proportionality – necessity and suitability⁶⁸ – was respected in deciding whether accused murderers received bail or were remanded in custody:

In the Federal Republic of Germany the principle of proportionality is of constitutional rank. It is derived from the principle of the *Rechtsstaat*, in essence even from the nature of the basic rights themselves, which, expressing the general claim of the citizen against the state to freedom, can be restricted only as far as is necessary [*unerlässlich*] to protect the public interest.⁶⁹

It is to this decision, along with that of June 1963 on bodily samples,⁷⁰ that the First Senate’s declaration in 1983 of the tripartite scheme as its ‘settled jurisprudence’ can be traced on the references provided by the Court itself in its decision.⁷¹

3. Gerhard Leibholz

3.1. Man and work

I now propose that the much-copied, world-conquering German proportionality doctrine owes its adoption by the Federal Constitutional Court largely to Profes-

⁶⁵ BVerfGE 17, 108, 117.

⁶⁶ BVerfGE 17, 108, 119.

⁶⁷ BVerfGE 17, 306, 313.

⁶⁸ BVerfGE 19, 342, 347 – ‘*erforderlich und zweckmäßig*’.

⁶⁹ BVerfGE 19, 342, 348.

⁷⁰ Above n 59.

⁷¹ The case of 1983 involving the declaration of *ständige Rechtsprechung* is BVerfGE 65, 1, 54, referring to BVerfGE 27, 344, 352f, a case from 1970 just before Leibholz’ retirement which in turn refers to BVerfGE 16, 194, 202 and BVerfGE 17, 108, 117 as the source for the tripartite test.

sor Gerhard Leibholz (1901–1982).⁷² Leibholz had concerned himself with the question of proportionality in the legal context since writing his doctorate in 1924 and continued to think and write about it almost until his death. In his writings he derived the principle of proportionality from the prohibition of arbitrariness and that in turn from the *Rechtsstaat* principle, just as the Court was to do in the 1950s. In pursuit of an aim that was most important to him, namely providing more precise legal standards for the vague and politically tinged rules of constitutional law, Leibholz even before the War had worked out a division of the proportionality concept consisting of three separate categories very similar to those that are accepted today. Much of the development of proportionality in the Court's case law of the 1950s, including the first mention of a tripartite scheme, occurred as we saw in the North Rhine/Westphalia case on political parties and the law – a field in which Leibholz was an acknowledged expert and intellectual leader. Finally, Leibholz is known to have exercised influence over the Court's decisions informally behind closed doors even when he was not part of the Bench deciding the case. Taking all these facts together, there is a substantial circumstantial case for regarding Leibholz as the instigator of the modern-day German proportionality schema that has swept the world.

Leibholz owes his prominence in this account to his occupancy of a Judgeship at the Federal Constitutional Court from its foundation in 1951, when he was in his fiftieth year, until his retirement in 1971. Those dates, however, also indicate that he must be one of the many jurists whose careers were affected by the Nazi period. He was Jewish and related to Pastor Dietrich Bonhoeffer by marriage – Leibholz' wife was the Pastor's twin sister. He owed his appointment in 1951 not only to his own intellectual brilliance and his willingness to return to Germany from English exile but also partly to the comparative lack of untainted competition. There can however be no doubt at all of his intellectual calibre or of his suitability for the highest judicial appointment. His doctorate, completed in 1924 when he was barely in his mid-twenties, is a *tour de force* and leaves the reader amazed that such a young and inexperienced man should be capable of heights which would do credit to any mature modern-day legal scholar – and that although Leibholz was writing in a legal culture which, despite its long tradition of legal philosophy and serious scholarship in the civil law, had only just emerged from constitutional authoritarianism.

Leibholz' thinking resists easy classification.⁷³ On the other hand, he was opposed to mere formalism or a refusal to recognise the political aspect of constitu-

72 Much of what follows is based upon Manfred Wiegandt, "Gerhard Leibholz (1901–1982)" in Jack Beatson/Reinhard Zimmermann (eds.), *Jurists Uprooted: German-Speaking Émigré Lawyers in Twentieth-Century Britain* (O.U.P., 2004), pp. 535–581.

73 See Manfred Wiegandt, "Anti-Liberal Foundations, Democratic Convictions: the Methodological and Political Position of Gerhard Leibholz in the Weimar Republic" in Peter Caldwell/William Scheuermann (eds.), *From Liberal Democracy to Fascism: Political and Legal Thought in the Weimar Republic* (Humanities Press, Boston 2000), pp. 108f – in which the author also points out how the positivist/non-positivist split aligned with attitudes to the Weimar Constitution in a manner that may surprise those

tional adjudication or constitutional practice in general;⁷⁴ in the Weimar era when the issue was still controversial he thought, for example, that the role of political parties should be constitutionally recognised as a legitimate means of channelling the popular will in a mass democracy. After the War, in discussing the function of the new Federal Constitutional Court in a major report to a plenary session of its Judges, Leibholz stated that constitutional law was different from other fields of law because ‘it turns matters truly political in content into the subject of legal decision-making. Constitutional law is in the real sense of the word political law.’⁷⁵

On the other hand, ‘*Zwei Seelen wohn[t]en, ach! in [s]einer Brust*’: while rejecting arid positivism Leibholz was keen to ensure that Judges did not run the risk of being seen merely as politicians in fancy robes; he was therefore concerned to develop doctrine in such a way that new and vague stipulations of constitutional law such as the principle of equality before the law were rendered more precise and legally structured. Law and politics were activities of different natures, the former being static and rational and the latter dynamic and non-rational. Four pages later in the same report to the plenary session just quoted we therefore find Leibholz saying:

In reality the question whether constitutional Courts are applying genuine law will in the end alone depend upon whether there is available a justiciable norm, that is, a provision the content of which is susceptible of a more precise legal meaning. If none such appears – if there is no norm which permits of the resolution of differences of opinion and doubts about the content of a provision by sensible interpretation – then the “rational standards” are missing by which the Federal Constitutional Court in its judicial capacity could orient its decisions.⁷⁶

who are unfamiliar with the legal history. It would be too much of a detour to go into that matter here, but there is a similar combination of democratic commitment and arid positivism to be found in Australia in the seminal *Engineers’ Case* (1920) 28 CLR 129.

74 There are some short quotations in English from his works on this point in Kommers/Miller, above n 23 at 65. See also the work of his doctoral supervisor, Prof. Heinrich Triepel, reproduced in ch. 5 of Arthur Jacobson/Bernhard Schlink (eds.), *Weimar: A Jurisprudence of Crisis* (U. of California Press, 2000).

75 Leibholz, „Bericht des Berichterstatters an das Plenum des Bundesverfassungsgerichts zur ‚Status‘-Frage“ AöR 6 (1957), 120, 121. Another extract from this report appears, in English translation, in Leibholz, “Legal Philosophy and the Federal Constitutional Court” in Edward McWhinney, *Constitutionalism in Germany and the Federal Constitutional Court* (A.W. Sythoff, Leyden 1962), pp. 16f, reprinted in Leibholz, *Politics and Law* (A.W. Sythoff, Leyden 1965), p. 297.

76 Leibholz (1957), above n 75 at 125. The words “rational standards” are in English and in inverted commas in the original but it is not apparent whether they are a citation and if so of what; the context of the essay suggests that Leibholz may have been thinking of the U.S. political questions doctrine. Leibholz applies these principles to the Federal Constitutional Court’s work specifically, stating that it too needs proper legal standards to be able to do its work, in an English-language essay entitled “The Federal Constitutional Court in the Constitutional System of the Federal Republic of Germany” in *Legal Essays: a Tribute to Frede Castberg* (Universitetsforlaget, Oslo 1963), p. 499, reprinted in Leibholz (1965), above n 75 at 274f; and see Leibholz’ “Legal

In a legal culture which has always had a great, perhaps even an exaggerated respect for logical schemes and structures in the civil and criminal law, Leibholz from the first wished to ensure that constitutional law was of the traditional legal stamp and thus could not be dismissed as politics by another name – not least by the enemies of the Weimar Constitution in general and of judicial review of legislation in particular. An opponent of ideas that would have seen the equality principle relegated to secondary importance, Leibholz nevertheless was a middle-of-the-road conservative on a number of topics to the extent that his loyalty to Weimar democracy was sometimes questioned; he was politically inclined towards the right and even capable of friendly remarks about Mussolini's Italy (which saved his job for a while even after the Nazi takeover and had this Jewish man suspected of Nazi sympathies during his wartime exile in England). With these two souls dwelling in his breast, Leibholz was the idea candidate to develop modern proportionality doctrine with its mixture of loyalty to the inherited "scientific" tradition alongside a less cramped, transformative view of the judicial role that emerged as a reaction to the recent past.⁷⁷

After the War, on his return to teaching in Germany, Leibholz' interests noticeably broadened and included unequivocally political topics (despite his lack of any formal qualifications in the field)⁷⁸ such as "State and Society in England"; he was formally appointed to a visiting professorship which included teaching in political science as well as law.

Proportionality was certainly in the air in early post-War Germany. Several scholars advocated its adoption as a legal standard and it can be found mentioned in a more or less well thought through way in Court decisions such as some of those already mentioned.⁷⁹ What distinguishes Gerhard Leibholz, however, is a series of factors: his early preoccupation with the topic; his desire, in accordance with his life-long views mentioned earlier, to make the vague idea of proportionality more precise and legally credible; and the similarity of much of his thinking, even as early as the mid-1920s, with the doctrine adopted by the Federal Constitutional Court in its early form in the 1950s – and then adopted throughout the world over the ensuing seventy years. I commence, however, with a peek behind the curtain.

3.2. Leibholz' influence behind the scenes

The possibility that Gerhard Leibholz might have been influential in the development of the doctrine of the Federal Constitutional Court has no doubt been over-

Philosophy and the Federal Constitutional Court" above n 75 at 15f, also reprinted in Leibholz (1965), above n 75 at 300.

⁷⁷ Chordia, above n 4 at 66–71.

⁷⁸ Apart, perhaps, from an earlier thesis entitled *Fichte und der demokratische Gedanke* ("Fichte and the Democratic Idea"): Hans Klein, „Gerhard Leibholz (1901–1982): Theoretiker der Parteiendemokratie und politischer Denker – ein Leben zwischen den Zeiten“ in Fritz Loos (ed.), *Rechtswissenschaft in Göttingen: Göttinger Juristen aus 250 Jahren* (Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1987), pp. 528–530.

⁷⁹ Stone Sweet/Mathews, above n 2 at 104–107; Stone Sweet/Mathews, above n 1 at 63.

looked largely because he was in the wrong Senate. From the beginning the Federal Constitutional Court has been divided into two “Senates”, a word that recalls the Roman-law heritage of Germany, with precisely defined responsibilities, each of which has the full powers and authority of the Court although only half of its Judges. Originally, the chief organising principle was that the First Senate and its Judges dealt with basic rights and the Second Senate and its Judges with everything else, most obviously questions of federalism and the institutions of government, although this neat division has been muddled over time.⁸⁰ No order of precedence is implied by the numbers. While almost all of the crucial early decisions, as we saw earlier, were made by the First Senate, Leibholz remained throughout his twenty-year judicial career (1951–1971) in the Second Senate.

It is now clear, however, that Leibholz’ intellectual leadership of the Court extended more widely than it strictly ought to have done. Perhaps a hint at this is provided by Dr Martin Bullinger, as he then was, in a book review dealing with Leibholz’ works in 1961, in which we find the sentence: ‘It is known that important leading decisions of the Federal Constitutional Court were formulated or inspired by Gerhard Leibholz’⁸¹ – hardly something that it would be necessary to say about a serving Judge of the Court unless that Judge’s influence extended more widely than was apparent from the written record. However, we owe to Leibholz himself, speaking ten days before his death, the information that in 1952 he exerted intellectual influence behind the scenes in the case before the First Senate relating to the prohibition of the neo-Nazi Socialist *Reich* Party under Article 21 (2) of the Basic Law,⁸² a case which featured briefly in the previous section for its contribution to the development of proportionality doctrine. As a result of his intervention, he stated in a radio interview in 1982, ‘the decision was [...] in essence in the relevant part just as if I had written it myself’.⁸³

The story based on that radio interview is well told by Leibholz’ biographer, Dr Manfred Wiegandt, in English:

At the time the [Socialist *Reich* Party] case was pending before the Court, Leibholz was at a social event in the house of the President of the Court, [Dr Hermann] Höpker-Aschoff, who was also presiding over the First Senate. Höpker-Aschoff and the reporter for the case [Prof. Konrad Zweigert, another Judge in the First Senate] told Leibholz that they wanted to prohibit the neo-Nazi party, but had not found the right argument

80 See § 14 of the *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*. For a note on the Senate system in English, see Kommers/Miller, above n 23 at 18–20.

81 Book review, *Politische Vierteljahresschrift* 2 (1961), 87, 87.

82 BVerfGE 2, 1.

83 „Recht, Philosophie und Politik“, Gerhard Leibholz with Werner Hill, N.D.R. 2 radio, 17 March 1982, from 8 p.m.; transcript kindly supplied to me by Leibholz’ biographer, Dr Manfred Wiegandt. This interview, which the dates indicate was broadcast posthumously, is also cited in Wiegandt, above n 72 at 537 fn 5. A newspaper article based upon parts of this interview and published over two-and-a-half years later is „Als es umschlug an den deutschen Universitäten: Erinnerungen des Staatsrechtslehrers und späteren Bundesverfassungsrichters Gerhard Leibholz“, „Frankfurter Allgemeine Zeitung“, 22 October 1984, p. 11, but it does not contain anything of relevance to the present topic.

for doing so. Leibholz suggested that he knew of a sound argument and sat down with the reporter to explain his approach. One passage in the eventual decision sounded very much like a section in Leibholz's presentation at the meeting of the National Convention of German Lawyers in 1950, where Leibholz had defined a party that was opposed to the liberal and democratic order of the constitution and which could therefore be prohibited. The Court even adopted Leibholz's idea of a tension between Article 21 and Article 38 [of the Basic Law].⁸⁴

It will be recalled from the earlier analysis that the status of political parties in a democracy had long been a major concern of Leibholz going back to his pre-War views of the nature of Weimar democracy and its legal underpinnings, and his interest in unequivocally political matters only increased after he returned to Germany and took up the post of Judge of the Federal Constitutional Court. In the Federal Republic, Leibholz' expertise in the law affecting political parties was recognised universally and earned him, for example, a place on the commission drafting the federal *Parties Act* still in force today.⁸⁵ Recognising his interest in this field and the contribution he could make to the development of the Court's jurisprudence on it, the Judges in the First Senate, in preparing the decision in the *Socialist Reich Party Case* delivered in October 1952, informally asked for and received, to their great profit, Leibholz' guidance on political parties and the law.

In August 1953, the First Senate's decision on nominations for the *Bundestag* elections was published, and it is simply unimaginable that Leibholz did not read it. It appeared to doubt whether many questions of proportionality were even suitable for judicial determination. I suggest the possibility – I would go so far as to say that it is a probability – that the great development in the First Senate's jurisprudence that occurred in the North Rhine/Westphalia case in June 1954 on the very same topic of nomination hurdles, including and above all the appearance of a recognisable form of the three-stage modern test, is to be attributed to Leibholz' suggestions to the Judges behind the scenes after he read the decision of August 1953 and saw opportunities to improve the quality and legal credibility of their analysis. Perhaps, being as concerned as he was with ensuring that the Court's decisions were both politically realistic but also legally credible, Leibholz even took matters into his own hands and suggested to his fellow Judges in the First Senate a more sophisticated approach to solving issues relating to the number of nominees required for candidates; perhaps the topic came up at another judicial house party; at all events, after he read the decision of August 1953 the expert in electoral law could not allow the Judges of the other Senate to be without the benefit of his

84 Wiegandt, above n 72 at 574. I have of course compared the quoted passage to the radio interview cited in fn 83 and found it an accurate summary. It is also worth noting that Prof. Zweigert was alive for fourteen years after this interview was broadcast and as far as is known did not contradict what is said in it. I should also add that I have no doubt that similar tales could be, and probably have been told of judicial method in the common-law world. As a well-known Australian lawyer and Prime Minister is reported to have said: only the impotent are pure.

85 Peter Unruh, „Erinnerung an Gerhard Leibholz (1901–1982) – Staatsrechtler zwischen den Zeiten“ AöR 126 (2001), 66, 84.

own reflections which were then found in the First Senate's decision in June of the following year.

3.3. Proportionality in Leibholz' works

For both proportionality and electoral law were topics that Leibholz had long made his own. I start my review of proportionality in Leibholz' works with the Federal Constitutional Court's judgment in the *South-West State Case* of 1951,⁸⁶ one of the very first decisions of the Court and one which was also the responsibility of the Second Senate of which Leibholz was a member. The judgment, part of a very long-running and complicated set of legal and political decisions that resulted in the amalgamation of three south-western States into the present-day State of Baden-Württemberg, said little about proportionality as such but is very well worth mentioning as a further example of Leibholz' influence. For we find the following passage in the Court's judgment – as translated into English, published in the “American Political Science Review” and commented upon by Leibholz himself less than a year after the Court's judgment appeared:

[T]he equality principle prohibits differential treatment of that which is essentially equal, but does not prohibit that that which is essentially unequal shall be treated differently in proportion to its inequality. The principle of equality is violated if a legal regulation accords either equal or different treatment, but no plausible reason can be found for this act, either a reason which stems from the inherent qualities of the matter nor one which can otherwise be logically explained: in short, whenever the regulation must be termed as arbitrary.⁸⁷

These words, which record the first appearance of what is now the fundamental premise of the firmly and long-established doctrine of the Court on the question of equality,⁸⁸ could well have been not just translated, but also written by Leibholz himself,⁸⁹ both as regards his concept of proportionate equality and in the reference to the basic principle to the prohibition of arbitrariness. For this was one of his principal concerns in his doctorate of 1924: not merely asserting the justiciability of the equality principle, but also providing a more sophisticated test for its infringement which was exactly along the lines of the passage just quoted and as-

86 BVerfGE 1, 14.

87 BVerfGE 1, 14, 52. Leibholz' translation may be found in “The Federal Constitutional Court in Germany and the ‘South-West Case’” (1952) 46 Am Pol Sc Rev 723, 729, reprinted as “The German Constitutional Federal Court and the ‘South-West Case’” in Leibholz (1965), above n 75 at 293. I have made one or two minor alterations to his translation: in particular, I have substituted “principle of equality” for Leibholz' “law of equality” as a better translation of *Gleichheitssatz*. I also assume, in stating that Leibholz can be found translating this passage within a year of its appearance in the Court's judgment, that the relevant issue of the “American Political Science Review” actually appeared in the month stated on the cover!

88 See Kommers/Miller, above n 23 at 421.

89 As noted, he was on the Bench for this case; but in German practice majority judgments at least are issued in the name of the Court and not attributed to any one Judge.

sociating it with the basic idea of arbitrariness.⁹⁰ There is even a hint at the later proportionality doctrine in the idea of the need for a ‘plausible reason’ that can be ‘logically explained’ for different treatment.

Leibholz’ doctoral thesis completed in 1924 was entitled *Die Gleichheit vor dem Gesetz: eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage* (*Equality Before the Law: a Study on the Basis of Comparative Law and Legal Philosophy*).⁹¹ It is possible to quote the words of Leibholz himself, writing in English in 1971, to illustrate his principal argument in 1924 (as well as the consistency of his thought over almost half a century).

[O]ne must attempt to understand the rules of law and the concepts applied in them more and more from the point of view of reality, and to determine their content in the same way. This means that a change in constitutional reality must be able to affect the interpretation of constitutional law. Let us take, for example, the change of meaning undergone by the rule that all are equal before the law. In the nineteenth and the early twentieth century this rule was interpreted as meaning that Judge and administrative official are bound to apply the law in absolutely the same way in all cases without regard to the person. Under the Weimar Constitution the wording of the rule remained the same, but because of far-reaching changes in basic constitutional law and political reality it came to be mostly understood, both in theory and in practice, as prohibiting the legislator also from treating like as unlike, or unlike as like, that is to say, from making arbitrary distinctions. This change of meaning of the rule of equality before the law has been confirmed by the Bonn Basic Law. [...] Thus, rules of a constitution can, without the need for any change of wording, absorb changing political reality and thereby require a new interpretation.⁹²

Two changes were brought about, therefore, by the Weimar Constitution’s requirement of equal treatment before the law in Article 109 (1): a substantive rather than formal doctrine of equality⁹³ and its enforceability against the legislator (at least in Leibholz’ view; this point remained controversial at the time when he wrote).⁹⁴

90 Klein, above n 78 at 534.

91 Otto Liebmann, Berlin 1925. It was reprinted in a second edition in 1959 by C.H. Beck, Munich. There is a good summary in English in Wiegandt, above n 15 at 114–117. Leibholz himself provides an extended summary in Leibholz, “Equality as a Principle in German and Swiss Constitutional Law” (1954) 3 J Pub Law 156, 159ff, reprinted in Leibholz (1965), above n 75 at 305 ff.

92 Leibholz, “Constitutional Law and Constitutional Reality” in Henry Steele Commager *et al.* (eds.), *Festschrift für Karl Loewenstein aus Anlaß seines achtzigsten Geburtstages* (Mohr, Tübingen 1971), p. 306.

93 This doctrine was not invented by Leibholz, for it can be found in the works of his doctoral supervisor, but he did develop it substantially: Klein, above n 78 at 533; Unruh, above n 85 at 60, 68.

94 The two English-language sources cited above, fn 91, provide more information on this point for those interested in this now long-obsolete legal controversy. Leibholz himself deals with the case law of Germany, Austria and Danzig on the issue almost to the end of its currency in „Höchststrichterliche Rechtsprechung und Gleichheitssatz“ AöR 19 (n.F.) (1930), 428, without saying anything germane to the present topic. It is now established, and has been established from the beginning in 1949, that the equivalent provisions of the Basic Law in its Art. 3 bind the legislator, not least because Art. 1 (3) says so.

There is one further concept in that extract, however, which leads to the idea of proportionality: the prohibition of arbitrariness, obviously connected with the need to avoid arbitrary discrimination. It was this thought that led Leibholz to ruminate on a doctrine of proportionality, for ‘the prohibition of arbitrariness means nothing other than that the constitution is bound by the concept of justice [*Rechtsidee*] and thus introduces a non-formal element into the idea of the *Rechtsstaat* which only thus attains completeness’.⁹⁵ The concept of proportionality occurs already, however, in his discussion of a non-formal doctrine of equality, which he calls proportionate equality⁹⁶ and illustrates by means of matters such as the proportionate share of the parties in the membership of parliamentary committees: despite the consequent inequality in numbers among the parties on the committees, the parties are treated equally because the inequality results from their unequal strength in the legislature.⁹⁷

I set out the crucial passage in Leibholz’ doctorate on the topic of proportionality as it relates to determining whether a statute meets the test for substantive equality in both the original language and my own translation:

Wenn sich andererseits ein vernünftiger Grund für das in der Norm für maßgeblich erachtete Kriterium überhaupt nicht finden läßt, wenn der von dem Rechtssatz normierte Tatbestand mit der an denselben geknüpften Rechtsfolge schlechthin unvereinbar ist, wenn überhaupt kein innerer Zusammenhang zwischen der getroffenen Bestimmung und zwischen dem durch dieselbe erstrebten Zweck besteht, oder wenn ein solcher zwar besteht, aber in einem völlig unzulänglichen Verhältnis, so kann man diese Norm als willkürlich charakterisieren.⁹⁸

95 Leibholz (1925), above n 91 at 72.

96 He may be found using the concept of proportionate equality in an English-language essay from 1945, “Two Types of Democracy” (1945) 44 *Hibbert Jo* 35, 39, reprinted in Leibholz (1965), above n 75 at 42, and in “The Foundations of Justice and Law in the Light of the Present European Crisis” (1943) 212 *Dublin Rev* 32, 32, 35, reprinted at pp. 253, 256 of Leibholz (1965), above n 75.

97 Leibholz (1925), above n 91 at 45.

98 Leibholz (1925), above n 91 at 76. As is apparent from Leibholz’ fn 1 at p. 76, he did not claim complete originality for this thought. In particular he refers to a work by Walther Burckhardt, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874* (2nd ed., Stämpfli, Bern 1914) – in which the author states (at p. 65):

„dass nicht jede ungerechtfertigte Gleichstellung verschiedener Fälle oder Unterscheidung gleicher Fälle eine Verletzung des [Gleichheitssatzes] bedeute, sondern nur eine Unterscheidung oder Gleichstellung, für die sich irgend ein vernünftiger Grund, wenn auch ein unzureichender, nicht ausfindig machen lasse; wenn sich die fragliche Bestimmung und der Tatbestand, an den sie anknüpft, in keinen vernünftigen Zusammenhang bringen lassen.“

There is a similar passage in U. Lampert, *Das schweizerische Bundesstaatsrecht: systematische Darstellung mit dem Text der Bundesverfassung in Anhang* (Art. Institut Orell Füssli, Zürich 1918), p. 42, which Leibholz also cites; Prof. Lampert also refers to the need for *ein zureichender Grund*.

Hans Huber, „Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Grundrechte und die schweizerische Rechtsprechung“ *Recht, Staat, Wirtschaft* 1953, 120, 131 states that the origin of these principles in Switzerland is unknown because of the Continental custom of

If on the other hand there can be found absolutely no sensible reason for the criterion set out in the law as determinative, if the criteria set out in the statute are simply incompatible with the legal consequences, if there is absolutely no inner connexion between the rule enacted and the goal it is pursuing, or if there is one but in a totally inadequate proportion – such a norm can be characterised as arbitrary.

Here we find the seed of the modern proportionality doctrine developed in the 1950s and planted by Leibholz in the minds of the Judges who decided the crucial early cases in that decade. Moreover, just as they were to do thirty years later, Leibholz here derives his principle of proportionality ultimately from the *Rechtsstaat* principle. Leibholz, with characteristic consistency, repeated in 1951 the above passage in very similar terms in an analysis of the Basic Law of 1949,⁹⁹ so the ideas he floated in 1924 were clearly still at the forefront of his mind in the first half of the 1950s.

In the first part of the quoted passage, the idea of a ‘sensible reason’ for the law clearly raises the idea of its suitability for the purpose allegedly pursued by the legislator, as does the idea of the lack of an ‘inner connexion’ between rule and purpose – the first part of our three-part proportionality doctrine. The idea of proportionality in the narrower sense, the third and final limb of the test, is equally clearly raised by the last few words of the quoted passage along with a nod to the margin of appreciation (‘totally’). The second part of our test is whether a law is necessary – that is, whether there is a compelling and less rights-intrusive alternative. This is not as clearly identifiable as the other two limbs, but the germ of this idea may be discerned in the statements that the criteria set out in the statute must not be ‘simply incompatible with the legal consequences’ and there must be an inner connexion between the rule and the already identified goal. These words suggest an intermediate stage of analysis between the identification of the goal and the balancing of interests in which the “fit” between the law and the goal is tested, although the precise standard by which the test is conducted is not yet clearly apparent.

Leibholz followed the passage just quoted with a defence of his thoughts from the accusation that they were merely feelings unsuited to judicial application, in which he says that ‘the Judge may not decide in a purely subjective and undisciplined way, deciding according to what he personally thinks unsuitable [*ungeeig-*

not publishing the names of Judges in reports of decisions, and at 134 refers to an undated and unpublished decision of the Swiss Federal Court declaring that the closure of public baths to both sexes was an excessive means of ensuring public decency (the second stage of our proportionality test). Another debt is pointed out by Wiegandt, above n 73 at 114 (and also acknowledged in Leibholz’ footnotes).

Of course, it would not be sensible to declare Prof. Burckhardt, who died in 1939, or anyone else the true originator of the modern proportionality doctrine. We all stand, after all, on the shoulders of those who have gone before us; the principal credit belongs to the person(s) who had proportionality adopted by the Court; and above all, Prof. Burckhardt does not use the concept of proportionality in the quoted passage expressly, unlike Leibholz.

99 „Die Gleichheit vor dem Gesetz und das Bonner Grundgesetz“ DVBl 1951, 193, 195, reprinted in Leibholz (1959), above n 91 at 245.

net], inappropriate [*zweckwidrig* – not conducive to the aim pursued], arbitrarily, but the question to be answered is to be posed purely objectively ...’.¹⁰⁰ In this passage also Leibholz very nearly gives the three sub-headings of the doctrine of proportionality which the Court adopted thirty years after he wrote. Indeed, if we replace ‘arbitrarily’ by ‘disproportionately’ – and Leibholz associated those two concepts closely – we have it exactly.

In another work from 1931 Leibholz refers to what we now know as the margin of appreciation:

[I]n cases where doubt is possible about whether the rationality, appropriateness or necessity of a provision can be seriously discussed, the provision concerned cannot be declared arbitrary and a breach of the equality principle. The Judicature will therefore always need to practise a certain reticence in the practical application of this principle against the legislature and may make use of its rights only in extremely infrequent cases in which arbitrariness can be spoken of in the sense just identified.¹⁰¹

The second step in modern proportionality analysis, the need to ensure that there is no obvious less rights-intrusive alternative, may, finally, be seen with somewhat greater clarity in Leibholz’ essay on “The Prohibition of Arbitrariness and Misuse of Discretion in International-Law Relations of States”¹⁰² published in 1929. Here he is able to fill in more detail of the second stage in the test which he had been grasping towards in his doctorate five years earlier but not yet quite able to articulate clearly. In the 1929 article Leibholz is clearly on the verge of developing a full proportionality doctrine based on the rejection of arbitrariness; there are passages in which one almost expects him to launch into the full post-War doctrine. Again he starts with the concept of arbitrariness, referring to it as ‘not a formal, but a materially based value concept. It is the opposite correlate of justice and implies its radical absolute negation.’¹⁰³ Perhaps its most concrete application, he says, is in the prohibition of misuse of discretion, both in international and in administrative law¹⁰⁴ – by which he means not merely administrative, but also legislative discretion. Echoing language used in his doctorate already quoted,¹⁰⁵ Leibholz declares the prohibition of arbitrariness perfectly suited to practical application, for ‘the decision-maker may not decide in a purely subjective and undisciplined way

100 Leibholz (1925), above n 91 at 82f. This is not an easy passage to translate; I am not the only one who has found Leibholz sometimes unique in his mode of German expression: Unruh, above n 85 at 80.

101 The quotation is from an address at the Fifth German Legal Conference of 24 May 1931 entitled ‘Begründet der in den verschiedenen Verfassungen ausgesprochene Grundsatz der Gleichheit aller vor dem Gesetze durchsetzbares subjektives Recht?’ in Leibholz (1959), above n 91 at 224.

102 ‘Das Verbot der Willkür und des Ermessensmißbrauches im völkerrechtlichen Verkehr der Staaten’ (1929) 1 ZaöRV 77. The journal concerned now bears the additional English-language title “Heidelberg Journal of International Law”.

103 (1929) 1 ZaöRV 77, 78.

104 (1929) 1 ZaöRV 77, 80.

105 See above, fn 100.

according to what he personally thinks is unsuitable [*ungeeignet*], inappropriate [*zweckwidrig*], arbitrary', but must rather pose an objective question.¹⁰⁶

Applying these and other related principles to the question whether international law permits states to refuse admittance to foreigners more readily than it permits their expulsion, he denies that such a clear distinction can be made and says:

Differentiating between the legal permissibility of admitting foreigners and expelling them is only allowed in cases in which one of those steps, expulsion or admittance, would suffice to attain the same result in itself permitted under international law. For it would be arbitrary if a state were to use the instrument of expulsion, which is always predicated upon the prior existence of closer relations of the foreigner to his state of residence, in preference to refusal of admission. In such a case arbitrariness would be constituted by the irrational choice of a step which affects the individual disproportionately.¹⁰⁷

It is not quite clear to me what situation Leibholz has in mind here in which a state would have a choice between refusal of admittance to foreigners and their expulsion after admission, unless perhaps he is illustrating his point using the improbable but useful example that a state, rather than refusing entry outright at the border, might pointlessly admit a person to its territory only thereupon to conduct an expulsion, perhaps in purported compliance with a treaty or a domestic law – but that is not significant for present purposes. Here Leibholz clearly says that it is arbitrary and disproportionate if the state chooses a means of dealing with a problem that ignores an obvious and less rights-intrusive alternative. Five years after he finished his doctorate, we find in his works the second limb of the modern proportionality test.

It is certainly true that there is no one place in Leibholz' works where the three constituent parts of the modern proportionality test are set out as they would be in a modern textbook. However, he was not writing such a textbook – and even in relation to his post-War trademark topic of parties and the state a reviewer of his thoughts states that they emerged only 'in stages', with 'at first a few details, rather hidden in the whole work and in their content sceptical and reserved', the menu being 'served, so to speak, in bite-sized slices'.¹⁰⁸

We can however clearly see how Leibniz progressed from his doctrine of equality to thinking about proportionality and how the modern doctrine emerged from his thinking about equality. The equality principle, he held – and his own Senate followed him on this – required only those distinctions to be made that were justified by differences among the subjects of the law. But they could not just be any distinctions randomly selected; they needed to be distinctions that are connected with and promote the purpose of the law, for otherwise there would be no check upon legislative arbitrariness to distinguish among subjects of the law using irrelevant criteria. This requirement of a rational connexion with the purpose of the

106 (1929) 1 ZaöRV 77, 83.

107 (1929) 1 ZaöRV 77, 96.

108 Jan Hecker, „Die Parteienstaatslehre von Gerhard Leibholz in der wissenschaftlichen Diskussion“ Der Staat 34 (1995), 287, 293.

law gives us the first part of the modern test. Moreover, the distinctions could not be significantly disproportionate to those purposes, or else the smallest relevant differences among the subjects of the law might be held to justify enormous disparities in legal treatment. Shortly afterwards, in a related context, Leibholz hit upon the further idea that there should not be an obvious and less rights-intrusive option available to the legislature and added that concept to his proportionality thinking. Leibholz' doctrine of proportionality needed only to be detached from its moorings in the equality doctrine to be a fully-fledged legal doctrine in its own right, and the means of so detaching it was the *Rechtsstaat* doctrine. When they arose, the two nomination hurdle cases positively invited such treatment given uncertainties about the extent to which parties could take advantage of the equality principle itself, as Leibholz well knew from his own criticism of the jurisprudence on this point under the Weimar Republic.¹⁰⁹

4. Conclusion

Proof by deductive reasoning beyond reasonable doubt of Leibholz' leading role in the adoption of modern tripartite proportionality test is not available. Indeed, no proof to that standard of anyone's contribution is available.¹¹⁰ But the three-step test did not invent itself. A substantial case based on circumstantial evidence has however been amassed here to show that Leibholz was the leading spirit behind its adoption by the Federal Constitutional Court: the most significant development occurred in two cases squarely in his field of interest and expertise; he is known to have exercised influence over the Court's decisions in an informal behind-the-scenes way; ensuring that legal rules were properly thought through was supremely important to him; and his own writings presage the development of the modern doctrine both as regards the three-stage modern test and the concept of the *Rechtsstaat* on which proportionality is based. His path to the proportionality doctrine *via* his thinking on the equality principle, which has become the unchallenged jurisprudence of the Court, has also been clearly shown.

Aside from the need to attribute credit for this world-conquering innovation justly, the question may be asked whether the recognition of Leibholz' leading role makes any difference to contemporary decision-making. This is a difficult question to answer because of the very widespread use of the German scheme. It would be beyond anyone's capacity to give even an overview of the proportionality doctrine in the present-day jurisprudence of the numerous countries in which it has been adopted¹¹¹ and then to determine, on that basis, what the history has to say about the law of many different countries with wildly different legal texts, cultures

109 See in particular the note on the position on this point under the Weimar Republic and in the early years of the Federal Republic, with special mention of Leibholz himself, in BVerfGE 99, 1, 8f.

110 Tischbirek, above n 55 at 30.

111 See above, fn 18.

and needs. Needs also vary across time as well as place: the present is not bound by the understanding of the principle held by its creators; we are entitled, and our successors in future years will be entitled, to adapt the principle to unfolding contemporary needs. It must also be stated that, as we have seen hinted at here in there in this essay and other scholars have already examined in detail, there were other significant contributors to the development of the post-War proportionality doctrine as well, and the recognition of Leibholz' role is not intended to denigrate their contributions in any way.

Two matters may, however, be highlighted as important to Leibholz and still of relevance today. First, the principle has its origin in the prohibition of arbitrary legislation and the equality principle and from there in the idea of the state governed by the rule of law, the *Rechtsstaat*. Secondly, Leibholz was concerned to emphasise the high bar that was set for the finding of arbitrariness and the substantial area of discretion that was left to the legislature in determining what the law should be. Now that emphasis may be due in part to the need to ensure that the principle he was advocating in the Weimar years attracted the largest available degree of assent by his colleagues and did not unduly frighten the horses. Nevertheless a matter of importance to Leibholz which is not immediately referable only to the Weimar era and underpins these concerns is his strict distinction between the dynamic and non-rational nature of politics and the rational and static nature of legal rules. Leibholz was concerned to ensure that political judgment was respected except in clear cases, and the history presented here is a reminder to apply the proportionality principle with a light hand, with respect for the separation of powers and with a generous margin of appreciation for the elected branches of government.

Bibliography

- Alexy, Robert, Balancing, Constitutional Review and Representation, in: 3 ICON 2005, pp. 572 ff.
- Barak, Aharon, Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations, C.U.P.: 2012.
- Bogdandy, Armin von/Huber, Peter, Evolution and Gestalt of the German State, in: id./id./Sabino Cassese, The Max Planck Handbooks in European Public Law: the Administrative State Vol. 1, O.U.P.: 2017.
- Bullinger, Martin, book review, 2 Politische Vierteljahresschrift 1961, pp. 87 ff.
- Burckhardt, Walther, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 2nd ed., Stämpfli: 1914.
- Carter, Anne, Moving Beyond the Common-Law Objection to Structured Proportionality, in: 49 Federal Law Review 2021, pp. 73 ff.
- Chang Yun-chien/Dai, Xin, The limited usefulness of the proportionality principle, in: 19 ICON 2021, pp. 1110 ff.
- Chordia, Shipra, Proportionality and the New Post-War Judicial Paradigm: A Challenge to Australian Exceptionalism?, in: Matthew Groves et al. (eds.), The Legal Protection of Rights in Australia, Bloomsbury: 2019.

- Chordia, Shipra, *Proportionality in Australian Constitutional Law*, Federation Press: 2020.
- Cohen-Eliya, Moshe/Porat, Iddo, *American Balancing and German Proportionality: the Historical Origins*, in: 8 *ICON* 2010, pp. 263 ff.
- Cohen-Eliya, Moshe/Porat, Iddo, *Proportionality and Constitutional Culture*, C.U.P.: 2013.
- Cohen-Eliya, Moshe/Porat, Iddo, *Proportionality and the Culture of Justification*, in: 59 *American Journal of Comparative Law* 2011, pp. 463 ff.
- Craig, Paul, *Proportionality and Judicial Review: A U.K. Historical Perspective*, in: Stefan Vogenauer/Stephen Weatherill (eds.), *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives*, Hart: 2017, ch. 9.
- Grabitz, Eberhard, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in: 98 *Archiv des öffentlichen Rechts* 1973, pp. 568 ff.
- Grimm, Dieter, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, in: 57 *University of Toronto Law Journal* 2007, pp. 383 ff.
- Hecker, Jan, *Die Parteienstaatslehre von Gerhard Leibholz in der wissenschaftlichen Diskussion*, in: 34 *Der Staat* 1995, pp. 287 ff.
- Hilpold, Peter, *So Long Solange? The P.S.P.P. Judgment of the German Constitutional Court and the Conflict between the German and the European "Popular Spirit"*, in: 2021 *Cambridge Year Book of Legal Studies* 2021, pp. 1 ff.
- Huber, Hans, *Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Grundrechte und die schweizerische Rechtsprechung*, in: *Recht, Staat, Wirtschaft* 1953, pp. 120 ff.
- Jacobson, Arthur/Schlink, Bernhard (eds.), *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, U. of California Press: 2000.
- Kiefel, Hon. Justice Susan, *Proportionality: A Rule of Reason*, 23 *Public Law Review* 2012, pp. 65 ff.
- Klein, Hans, *Gerhard Leibholz (1901 – 1982): Theoretiker der Parteiendemokratie und politischer Denker – ein Leben zwischen den Zeiten*, in: Fritz Loos (ed.), *Rechtswissenschaft in Göttingen: Göttinger Juristen aus 250 Jahren*, Vandenhoeck & Ruprecht: 1987.
- Kommers, Donald/Miller, Russell *Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 3rd ed., Duke U.P.: 2012.
- Krüger, Herbert, *Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz*, in: *Deutsches Verwaltungsblatt* 1950, pp. 625 ff.
- Künnecke, Martina, *German Constitutional Law in the U.K. Supreme Court*, in: 40 *Liverpool Law Review* 2018, pp. 31 ff.
- Lampert, U., *Das schweizerische Bundesstaatsrecht: systematische Darstellung mit dem Text der Bundesverfassung in Anhang*, Art. Institut Orell Füssli: 1918.
- Leibholz, Gerhard, *„Bericht des Berichtstatters an das Plenum des Bundesverfassungsgerichts zur ‚Status‘-Frage“*, 6 *Archiv des öffentlichen Rechts* 1957, pp. 120 ff.
- Leibholz, Gerhard, *Constitutional Law and Constitutional Reality*, in: Henry Steele Commager et al. (eds.), *Festschrift für Karl Loewenstein aus Anlaß seines achzigsten Geburtstages*, Mohr: 1971.
- Leibholz, Gerhard, *Das Verbot der Willkür und des Ermessensmißbrauches im völkerrechtlichen Verkehr der Staaten*, in: 1 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1929, pp. 77 ff.
- Leibholz, Gerhard, *Die Gleichheit vor dem Gesetz und das Bonner Grundgesetz*, in: *Deutsches Verwaltungsblatt* 1951, pp. 193 ff.
- Leibholz, Gerhard, *Die Gleichheit vor dem Gesetz: eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, Otto Liebmann: 1925.

- Leibholz, Gerhard, *Die Gleichheit vor dem Gesetz: eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, 2nd ed., Otto Liebmann: 1959.
- Leibholz, Gerhard, *Equality as a Principle in German and Swiss Constitutional Law*, in: 3 *Journal of Public Law* 1954, pp. 156 ff.
- Leibholz, Gerhard, *Höchststrichterliche Rechtsprechung und Gleichheitssatz*, in: 19 *Archiv des öffentlichen Rechts* (n. F.) 1930, pp. 428.
- Leibholz, Gerhard, *Legal Philosophy and the Federal Constitutional Court*, in: Edward McWhinney, *Constitutionalism in Germany and the Federal Constitutional Court*, A.W. Sythoff: 1962.
- Leibholz, Gerhard, *Politics and Law*, A.W. Sythoff: 1965.
- Leibholz, Gerhard, *The Federal Constitutional Court in Germany and the “South-West Case”*, in: 46 *American Political Science Review* 1952, pp. 723 ff.
- Leibholz, Gerhard, *The Federal Constitutional Court in the Constitutional System of the Federal Republic of Germany*, in: *Legal Essays: a Tribute to Frede Castberg*, Universitetsforlaget: 1963.
- Leibholz, Gerhard, *The Foundations of Justice and Law in the Light of the Present European Crisis*, in: 212 *Dublin Review* 1943, pp. 32 ff.
- Leibholz, Gerhard, *Two Types of Democracy*, in: 44 *Hibbert Journal* 1945, pp. 35.
- Lübbe-Wolff, Gertrude, *The Principle of Proportionality in the Case Law of the German Federal Constitutional Court*, in: 34 *Human Rights Law Journal* 2014, pp. 12 ff.
- Naas, Stefan, *Die Entstehung des preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes von 1931*, Mohr Siebeck: 2003.
- Neto, João Andrade, *Borrowing Justification for Proportionality: On the Influence of the Principles Theory in Brazil*, Springer Nature Switzerland: 2018.
- Pirker, Benedikt, *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review: A Theoretical and Comparative Study*, Europa Law: 2013.
- Prest, Wilfrid/Paley, Ruth (eds.), *Oxford Edition of Blackstone: Commentaries on the Laws of England Book I: Of the Rights of Persons*: O.U.P. 2016.
- Stern, Klaus, *Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots*, in: Peter Badura/Rupert Scholz (eds.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens: Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, C.H. Beck: 1993.
- Stone Sweet, Alec/Mathews, Jud, *Proportionality, Balancing and Constitutional Governance: A Comparative and Global Approach*: O.U.P. 2019.
- Stone Sweet, Alex/Mathews, Jud, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in: 47 *Columbia Jo Transnational Law* 2008, pp. 72 ff.
- Taylor, Greg, *Teachers’ Religious Headscarves in German Constitutional Law*, in: 6 *Oxford Journal of Law & Religion* 2017, pp. 93 ff.
- Taylor, Greg, *The Constitutionality of Election Thresholds in Germany*, in: 15 *ICON* 2017, pp. 734 ff.
- Tischbirek, Alexander, *Die Verhältnismäßigkeitsprüfung: Methodenmigration zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht*, Mohr Siebeck: 2017.
- Unruh, Peter, *Erinnerung an Gerhard Leibholz (1901 – 1982) – Staatsrechtler zwischen den Zeiten*, in: 126 *Archiv des öffentlichen Rechts* 2001, pp. 66 ff.
- Wesson, Murray, *The Reception of Structured Proportionality in Australian Constitutional Law*, in: 49 *Federal Law Review* 2021, pp. 352 ff.
- Wieacker, Franz, *Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung*, in: Marcus Lutter/Walter Stimpel/Herbert Wiedemann (eds.), *Festschrift für Robert Fischer*, de Gruyter: 1979.

- Wiegandt, Manfred, *Anti-Liberal Foundations, Democratic Convictions: the Methodological and Political Position of Gerhard Leibholz in the Weimar Republic*, in: Peter Caldwell/William Scheuermann (eds.), *From Liberal Democracy to Fascism: Political and Legal Thought in the Weimar Republic*, Humanities Press: 2000.
- Wiegandt, Manfred, *Gerhard Leibholz (1901 – 1982)*, in: Jack Beatson/Reinhard Zimmermann (eds.), *Jurists Uprooted: German-Speaking Émigré Lawyers in Twentieth-Century Britain*, O.U.P.: 2004, pp. 535 ff.

Streit und Entwicklung der Völkerrechtssubjektivität der EU aus Sicht der EU-Verträge und Anregungen für Asien

Yongping Ge

Abstract Deutsch

Das Verhältnis zwischen Supranationalität und Intergouvernementalität zeichnete die juristische Besonderheit der EU aus. Ihre Völkerrechtssubjektivität war bis zum Jahr 2009 umstritten. Der Vertrag von Lissabon im Jahr 2009 verlieh der EU Völkerrechtssubjektivität. Nachdem die geplante Gründung der Wirtschaftsgemeinschaft *Asean Economic Community* (AEC) von ASEAN bis Ende 2015 nicht verwirklicht worden war, entstand 2020 in der Asien-Pazifik-Region die größte Freihandelszone der Welt. Über ein Dutzend Staaten schlossen sich zum „*Regional Comprehensive Economic Partnership*“ (RCEP) zusammen. Nach achtjährigen Verhandlungen wurde am 15. November 2020 die Vereinbarung unterzeichnet. Obwohl bei der Entstehung von RCEP auf die Entwicklung der Europäischen Gemeinschaften, der Europäischen Union und ihre Völkerrechtssubjektivität geblickt wurde, lässt das sehr detaillierte Abkommen eine Norm vermissen, welche die Antwort auf die Rechtsfähigkeit und Völkerrechtssubjektivität der Organisation klarstellt, wobei auch insoweit die Europäische Union als Vorbild diene.

Abstract English

The relationship between supranationality and intergovernmentality characterized the legal distinctiveness of the EU. Its subjectivity to international law was controversial until 2009. The Lisbon Treaty in 2009 gave the EU international law subjectivity. After the planned establishment of the *Asean Economic Community* (AEC) by ASEAN was not realized by the end of 2015, the largest free trade area in the world was created in the Asia-Pacific region in 2020. More than a dozen countries joined together to form the *Regional Comprehensive Economic Partnership* (RCEP). After eight years of negotiations, the agreement was signed on November 15, 2020. Although the development of the European Communities, the European Union and their subjectivity under international law were taken into account in the creation of RCEP, the very detailed agreement lacks a norm that clarifies the answer to the legal capacity and subjectivity under international law of the organization, with the European Union serving as a model in this respect as well.

1. Streit und Entwicklung der Völkerrechtssubjektivität

Dass neben den Staaten auch die von ihnen gegründeten internationalen Organisationen die Völkerrechtssubjektivität besitzen können, ist heute in der internationalen Praxis unter den Staaten und in der Völkerrechtslehre allgemein anerkannt. Bis zum Jahr 2009, also vor dem Inkrafttreten des Lissabon Vertrages, war die Völkerrechtssubjektivität der Europäischen Union (EU) in der Fachwelt noch im-

mer umstritten.¹ Dieser Beitrag soll einen kleinen Rückblick über die Entwicklung der Europäischen Union von einer Dachkonstruktion hin zu einem Völkerrechtssubjekt geben. Eine unübersichtliche Konstruktion, die auch dem einfachen Bürger nicht verständlich gemacht werden konnte und auch die Rechtswissenschaften vor Zweifelsfragen stellte, diente sicher nicht der Akzeptanz der Institution beim Bürger und warf auch im Alltag Fragen auf, mit denen Juristen sich auseinanderzusetzen haben. Daher ist der Beitrag gleichzeitig ein Plädoyer dafür, von Anfang an für überschaubare und verständliche Konstruktionen zu sorgen. Der Jubilar Professor Dr. Dr. h.c. mult. Gilbert Gornig hatte sich durch seine Vorlesungen und Vorträge an vielen chinesischen Universitäten seit mehr als 25 Jahren Verdienste dabei erworben, chinesische Studenten auch mit den Feinheiten der Konstruktion der Europäischen Gemeinschaften und der Europäischen Union vertraut zu machen.

In Asien entstehen immer neue internationale Kooperationsverhältnisse, so dass das Vorbild der Europäischen Union beflügeln kann, aber auch aufzeigen soll, welche Fehler tunlichst zu vermeiden sind. Die Wirtschaftsgemeinschaft *Asean Economic Community* (AEC) vom 15. November 2020 ist eine Vereinigung, die nach Europa blickte und sich von dort anregen ließ. Mit der *Regional Comprehensive Economic Partnership* in der Asien-Pazifik-Region entstand 2020 die größte Freihandelszone der Welt, deren Entstehen in Europa kaum Beachtung fand.

2. Streit über die Völkerrechtssubjektivität der EU

Die EU Verträge vor dem Jahr 2009 enthalten einerseits keine ausdrückliche Aussage, die für eine Rechtspersönlichkeit der Union sprechen könnte. Andererseits schließen sie diese auch nicht explizit aus. Ob damit neben den drei damaligen Gemeinschaften, der Europäischen Gemeinschaft, der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl und der Europäischen Atomgemeinschaft, ein weiteres Rechtssubjekt in der Form der Union konstituiert wurde, war höchst fraglich und wurde in Diskussionen meist negativ beantwortet.

Nach der damals herrschenden Auffassung war die Europäische Union kein Rechtssubjekt des Völkerrechts. Dies ließ sich zunächst aus dem Vertragstext des Vertrags zur Gründung der Europäischen Union in alter Fassung ableiten. Denn der Vertrag zur Gründung der Europäischen Union (EUV) sah keine dem Art. 281 Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) vom 7. Februar 1992 in der Fassung vom 2. Oktober 1997 vergleichbare Ausstattung der Union mit

1 Siehe u. a. Pechstein, Matthias/Koenig, Christian, Rechtspersönlichkeit für die Europäische Union?, in: EuZW 1997, S. 225 ff.; Ress, Georg, Ist die Europäische Union eine juristische Person?, in: EuR 1995, Beiheft 2, S. 27 ff.; Dörr, Oliver, Zur Rechtsnatur der Europäischen Union, in: EuR 1995, S. 334 ff.; Streinz, Rudolf, Der Vertrag von Amsterdam – Die institutionellen Veränderungen für die Europäische Union und die Europäische Gemeinschaft, in: Jura 1998, S. 57 ff.; Bogdandy, Armin von/Nettesheim, Martin, Die Europäische Union: Ein einheitlicher Verband mit eigener Rechtsordnung, in: EuR 1996, S. 3 ff.

Rechtspersönlichkeit vor.² Der in dem Vertragswerk deutlich gewordene Kompromisscharakter der weiteren Integration zeigte, dass die Mitgliedstaaten weder zu einer teilweisen Übertragung noch zu einer Vergemeinschaftung der zentralen Materien staatlicher Souveränität bereit gewesen waren.³

Ferner lehnten die meisten Autoren eine Rechtspersönlichkeit der Union mit dem Hinweis darauf ab, dass der Unionsvertrag in der zweiten und dritten Säule nur ein vertraglich geregeltes Kooperationsverfahren darstellte.⁴ Aufgrund der intergouvernementalen Ausgestaltung der zweiten und dritten Säule könne nicht von der Union als neuem Rechtssubjekt in diesen Bereichen ausgegangen werden.⁵

Da eine ausdrückliche Festlegung der Völkerrechtssubjektivität der EU fehlte, müssten ihr im Gründungsvertrag Kompetenzen übertragen worden sein, die nur einem Völkerrechtssubjekt zustehen können, um die Völkerrechtssubjektivität bejahen zu können. Da die Kompetenzen der drei Europäischen Gemeinschaften, deren Völkerrechtssubjektivität unberührt blieb, außer Acht gelassen werden mussten, konnten solche Kompetenzen nur in den operativen Feldern der Europäischen Union selbst, nämlich im Bereich der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) und der Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres (ZBJI) gesucht werden.⁶ Eine ausdrückliche Verleihung der Rechtspersönlichkeit für die Europäische Union wurde aber durch die „Maastricht II-Konferenz“ wegen fehlender Einstimmigkeit der Unionsstaaten abgelehnt.⁷

Aus dem „einheitlichen institutionellen Rahmen“ (Art. 3 EUV a. F.) sollten zuletzt weitergehende Schlüsse hinsichtlich der Union nicht gezogen werden. Die Union war mithin nur „eine stark verfestigte und institutionell ausgebaute Form der intergouvernementalen Abstimmung und Zusammenarbeit in Angelegenheiten gemeinsamen Interesses“⁸.

Einige Argumente sprachen aber für eine Union mit Völkerrechtssubjektivität. Erstens waren im Vertragstext Hinweise darauf zu finden, dass die Union als potenzieller Träger völkerrechtlicher Rechte und Pflichten betrachtet werden konnte.⁹ Dies konnte zunächst an der Zielsetzung der Union erkannt werden. Gemäß

2 Vgl. Hilf, Meinhard, Die Europäische Union und die Eigenart ihrer Mitgliedstaaten, in: Hummelhoff, Peter, u. a. (Hrsg.), Der Staatenverbund der EU: Beiträge und Diskussionen des Symposions am 21./22. Januar 1994 in Heidelberg, Heidelberg 1994, S. 75.

3 Everling, Ulrich, Überlegungen zur Struktur der Europäischen Union und zum neuen Europa-Artikel des Grundgesetzes, in: DVBl. 1993, S. 936 ff. (941).

4 Blanke, Hermann-Josef, Der Unionsvertrag von Maastricht – Ein Schritt auf dem Weg zu einem europäischen Bundesstaat?, in: DÖV, 1993, S. 412 ff. (416); BVerfG, EuGRZ 1993, S. 441.

5 Everling, Ulrich, Überlegungen zur Struktur der Europäischen Union und zum neuen Europa-Artikel des Grundgesetzes, in: DVBl. 1993, S. 936 ff. (941).

6 Streinz, Rudolf, Europarecht, 5. Aufl., Heidelberg 2001, S. 52, Rn. 121b.

7 Vgl. Pechstein, Matthias/Koenig, Christian, Die Europäische Union. Die Verträge von Maastricht und Amsterdam, 2. Aufl., Tübingen 1998, S. 31 f., Rn. 61 f.

8 Friedrichs, Jörg, Die Frage der Völkerrechtssubjektivität der Europäischen Union, Diss., Univ. Trier, 1998, S. 21.

9 Ress, Georg, Ist die Europäische Union eine juristische Person?, in: EuR 1995, Beiheft 2, S. 27 ff. (28 f.).

Art. 2 Abs. 2 EUV a. F. verfolgte die EU unter anderem das Ziel, „ihre Identität auf internationaler Ebene“ zu behaupten. Nach Art. 11 Abs. 2 EUV a. F. sollte als Ziel die Stärkung der „Sicherheit der Union“ gelten. Ferner sollten alle diese Ziele durch eine Serie von gemeinsamer Außen- und Sicherheitspolitik, gemeinsamen Strategien, gemeinsamen Aktionen und gemeinsamen Standpunkten usw. verfolgt und erfüllt werden, wie es Art. 12 EUV a. F. darlegte.

Es wurde auch auf den Wortlaut der Bestimmungen über die GASP hingewiesen, welche im Gegensatz zu den Bestimmungen über die Einheitliche Europäische Akte (EEA) auf die Einführung einer neuen Organisation schließen ließen.¹⁰ Dabei wurde hervorgehoben, dass Art. 30 Abs. 1 EEA die Mitgliedstaaten als Akteure auf der Bühne der Außen- und Sicherheitspolitik vorgesehen hatte, während Art. 11 Abs. 1 EUV a. F. mit der Union und ihren Mitgliedstaaten anscheinend einen weiteren Akteur neben den Mitgliedstaaten und den Europäischen Gemeinschaften einführte.¹¹ Diese Annahme wurde mit dem Verweis auf die weiteren Regelungen innerhalb der GASP belegt.¹²

Die Union war zweitens in der Lage, durch eigene Organe sowie durch Organe mit Doppelfunktion einen eigenen, unionsspezifischen Willen zu bilden, der sich von dem der Gemeinschaft einerseits sowie dem der Mitgliedstaaten andererseits unterschied. Sie konnte diesen Willen auch im internationalen Politik- und Rechtsverkehr artikulieren. Damit besaß sie die prinzipiellen strukturellen Voraussetzungen, völkerrechtliche Rechtspositionen gegenüber anderen Völkerrechtssubjekten im eigenen Namen geltend zu machen.¹³

Die Völkerrechtsfähigkeit der Union konnte auch durch eine Anwendung der „*implied powers*“-Theorie auf das Unionsrecht begründet werden. Nach der Rechtsprechung des Internationale Gerichtshofs (IGH) konnten die Völkerrechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit sowie einzelne Befugnisse einer internationalen Organisation aus den *implied powers* des Gründungsvertrages gefolgert werden, sofern entsprechende Rechtspositionen für eine wirksame Aufgabenerfüllung notwendig waren.¹⁴ Dies ermöglichte den Schluss von den Zielen auf die Rechtsfä-

10 Vgl. Grabitz, Eberhard (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag, Loseblatt, München, EEA Rn. 8, Stand 1987.

11 U. a. Müller-Graff, Peter-Christian, Europäische Politische Zusammenarbeit und Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik: Kohärenzgebot aus rechtlicher Sicht, in: Integration, Bd. 16 (1993), S. 147 ff. (152); Ress, Georg, Ist die Europäische Union eine juristische Person?, in: EuR 1995, Beiheft 2, S. 27 ff. (28); Streinz, Rudolf, Europarecht, 5. Aufl., Heidelberg 2001, S. 52 f., Rn. 121b.

12 Art. 11 Abs. 2 EUV „Die Mitgliedstaaten unterstützen die Außen- und Sicherheitspolitik der Union ...“; Art. 17 Abs. 1 EUV spricht von der „Politik der Union“. Art. 18 EUV sieht vor, dass der Vorsitz die Union und nicht etwa die Mitgliedstaaten in Angelegenheiten der GASP vertritt.

13 Schroeder, Werner, Die Rechtsnatur der Europäischen Union und verwandte Probleme, in: Hummer, Waldemar/Schweitzer, Michael (Hrsg.), Österreich und das Recht der Europäischen Union, Wien 1996, S. 10.

14 IGH, Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, ICJ Reports 1949, S. 180 f.; Effect of Awards of Compensation made by the UN Administra-

higkeit, Handlungsformen und Kompetenzen einer Organisation. Auch der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) hatte diese Methode übernommen, insbesondere, um die Vertragsschlusskompetenzen der Gemeinschaft auf dem Gebiet des Außenwirtschaftsrechts zu bestimmen.

Letztlich ließ sich in der Praxis erkennen, dass die Union ein Völkerrechtssubjekt *in statu nascendi* sei.¹⁵ Durch vielfältige Aktivitäten der Union auf internationaler Ebene wurde der Eindruck erweckt, dass diese anstelle der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft völkerrechtliche Rechte und Pflichten übernimmt. Fünf Beispiele hatte Werner Schroeder genannt und analysiert: Beitritte zur Union, Verwaltung Mostars, Beteiligung an der Befriedung Ex-Jugoslawiens, Erklärung der Union zur Demokratie und zu Menschenrechten und Akkreditierung von Vertretungen der Drittstaaten in Brüssel.¹⁶

3. Untersuchung der Völkerrechtssubjektivität der EU

Eine ausdrückliche Bestimmung über die Rechtspersönlichkeit der Union fehlte damals gänzlich. Ob sie über eine eigene Völkerrechtspersönlichkeit verfügte, war strittig. Die vorgenommene Untersuchung orientiert sich an folgenden Punkten: Sinn des Unionsvertrags, Untauglichkeit der herkömmlichen Kategorien, Souveränitätsverzicht, Identifizierung der Europäischen Union.

3.1. Sinn des Unionsvertrags

Es war der Konstruktion der Europäischen Union zu entnehmen, dass Sinn des Unionsvertrages zunächst einmal die Errichtung einer intergouvernementalen Plattform zur Koordinierung nationaler Politiken in den Bereichen Äußeres, Sicherheit, Justiz und Inneres war. Der Unionsvertrag war ein Rahmenvertrag, der institutionelle Voraussetzungen für die gemeinsame Durchführung dieser Politiken schaffen und deren Abstimmung mit den durch die drei Europäischen Gemeinschaften erfassten Materien herbeiführen wollte. Deshalb war der Unionsvertrag mehr als ein bloß intergouvernementales Kooperationsforum. GASP und ZBJI unterlagen mit den neu eingeführten Verfahren und Beschlussformen in weitaus strengem Maße als zuvor im Rahmen der Europäischen Politischen Zusammenarbeit (EPZ) dem Kohärenzgebot zur Vermeidung unabgestimmter, widersprüchlicher Maßnahmen in den verklammerten Politikbereichen.¹⁷

Dass der Unionsvertrag keine ausdrückliche Aussage, geschweige denn eine Bejahung der Rechtspersönlichkeit der Union enthielt, brachte bereits die Absicht

tive Tribunal, ICJ Reports 1954, S. 47 ff. (54); Certain Expenses of the United Nations, ICJ Reports, 1962, S. 151 ff. (167 f.).

15 Dörr, Oliver, Zur Rechtsnatur der Europäischen Union, in: EuR 1995, S. 334 ff. (343).

16 Vgl. Schroeder, Werner, Die Rechtsnatur der Europäischen Union und verwandte Probleme, in: Hummer, Waldemar/Schweitzer, Michael (Hrsg.), Österreich und das Recht der Europäischen Union, Wien 1996, S. 3 ff. (17 ff.).

17 Streinz, Rudolf, Europarecht, 5. Aufl., Heidelberg 2001, S. 51, Rn. 121a.

der Vertragsstaaten zum Ausdruck, mit der Union eben kein neues Rechtssubjekt, sondern eine „neue Stufe bei der Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas“¹⁸ schaffen zu wollen.

3.2. Untauglichkeit der herkömmlichen Kategorien

Die herkömmlichen Kategorien, nämlich die klassischen staatsorganisationsrechtlichen und völkerrechtlichen Kategorien, womit man die Rechtsnatur der Europäischen Gemeinschaften zu beschreiben versuchte, reichten nicht aus. Dies galt in noch stärkerem Maße für die Europäische Union. Dabei war zunächst festzuhalten, dass die Union sowohl die bestehenden Gemeinschaften wie auch Mitgliedstaaten zusammenfasste. Somit qualifizierte weder die Kategorie des Staatenbundes noch die des Bundesstaates den Unionscharakter ausreichend, selbst wenn berücksichtigt wurde, dass die Bereiche der Außen- und Sicherheitspolitik sowie die Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und innere Sicherheit zusätzliche sachliche Materien einem zwischenstaatlichen Abstimmungsprozess zuführten. Denn es blieb hier bei den üblichen völkerrechtlichen Kriterien der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit, insbesondere bei dem vorherrschenden Einstimmigkeitsprinzip, das es jedem Mitgliedstaat ermöglichte, gemeinsame Maßnahmen in den Unionsmaterien zu blockieren.¹⁹

Ferner ließen sich die Strukturen, die realen integrationspolitischen Verhältnisse, die enge wirtschaftliche Verflechtung im Rahmen des gemeinsamen Binnenmarktes, die weitgehende politische Kooperation der Mitgliedstaaten in allen Bereichen in Anbetracht der Eigenständigkeit des Integrationsprozesses nicht in die herkömmlichen Kategorien der Staats- und Völkerrechtslehre fassen. Die Entwicklung der Europäischen Union ist wie die der Europäischen Gemeinschaften in der Frühphase der Integration offen.²⁰ In der Präambel und im Art. 1 EUV ist die Offenheit des Integrationsprozesses der Union verdeutlicht worden, indem sie keinen spezifischen Endzustand beschreiben, sondern ihn gleich dem der Integration der Gemeinschaften dynamisch anlegen.

Es wurde daran auch deutlich, wie wenig die Europäische Union nach den beiden Unionsverträgen den herkömmlichen Kategorien entsprach, da ihr anders als etwa den Europäischen Gemeinschaften in diversen Vorschriften²¹ weder eine eigene Völkerrechtssubjektivität noch eine sonstige Rechts- und Geschäftsfähigkeit in den Mitgliedstaaten ausdrücklich zuerkannt wurde.

Streinz meinte, die Europäische Union selbst erhalte keine eigenen Hoheitsrechte und habe keine eigene Rechtspersönlichkeit. Soweit in diesem Rahmen eine Tendenz zur Verdichtung im Sinne hoheitlicher Gewaltausübung angelegt war

18 Art. 1 Abs. 2 EUV.

19 Vgl. Bleckmann, Albert, *Europarecht*, 6. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1997, S. 83, Rn. 164.

20 Vgl. Ipsen, Hans Peter, *Europäisches Gemeinschaftsrecht in Einzelstudien*, Baden-Baden 1984, S. 196 ff.; ders., *Europäische Verfassung – nationale Verfassung*, in: *EuR* 1987, S. 195 ff.

21 Art. 210, 211 EGV, Art. 184, 185 EAGV sowie Art. 6 EGKSV.

(vgl. Art. 42 EUV a. F.), erfolgte dies über eine „Vergemeinschaftung“ der betreffenden Materien. Der dazu vorgesehene Ratsbeschluss bedurfte der Ratifikation durch die Mitgliedstaaten. Das Verfahren war zwar vereinfacht, blieb aber im entscheidenden Punkt den herkömmlichen völkerrechtlichen Voraussetzungen unterworfen.²²

3.3. Souveränitätseinschränkung

Souveränität ist seit Jean Bodin die höchste, allumfassende und unbeschränkte Staatsgewalt.²³ Sie ist dann gegeben, wenn die das Staatsgebiet und das Staatsvolk beherrschende Staatsgewalt keinen höheren Gewalthaber mehr über sich hat.²⁴ Die Annahme, dass die EG und EU alter Fassung es wegen der von den Mitgliedstaaten selbst gewollten weitgehenden Souveränitätseinschränkung²⁵ in wesentlichen Bereichen der staatlichen Hoheitsgewalt mit einer Zwischenstufe zwischen Bundesstaat und Staatenbund in eigener Kategorie zu tun hatten,²⁶ mochte zutreffend gewesen sein. Denn dieser Schwebezustand hatte sich in seiner Geschichte von nunmehr etwa fünfzig Jahren in großem Umfang verfestigt und war durch den EUV bestätigt und zugleich vertieft worden.

Souveränitätseinschränkung führte zum Verzicht gewisser Hoheitsgewalt der Staaten. Es stellte sich die Frage, wie es eigentlich um den von EuGH und Literatur häufig beschworenen Souveränitätsverzicht der Staaten stand. Man neigte der Auffassung zu, dass die Staaten im Grundverhältnis voll souverän geblieben sind, der Souveränitätsverzicht also auf der Ebene des Organisationsverhältnisses verblieb: Solange der Wille der Staaten auf die Durchführung der europäischen Verträge gerichtet war, blieb die Rechtslage so, als ob die Mitgliedstaaten auf ihre Souveränität verzichtet hätten. Das war nicht eine Frage des rechtlichen Dürfens, sondern des tatsächlichen Könnens.²⁷ In diesem Sinne blieben die Mitgliedstaaten die „Herren der Verträge“²⁸. Dies sollte für sowohl die Europäischen Gemeinschaften als auch die Europäische Union alter Fassung der Fall sein.

22 Streinz, Rudolf, *Europarecht*, 5. Aufl., Heidelberg 2001, S. 51, Rn. 121a.

23 Zu Souveränitätsprinzip s. Bleckmann, Albert, *Völkerrecht*, Baden-Baden 2001, S. 19 f. und 29 ff., Rn. 57 ff. und 78 ff.

24 So Köbler, Gerhard, *Juristisches Wörterbuch*, 10. Aufl., München 2001, S. 443; Stichwort: „Souveränität“. Vgl. auch Kauffmann, Hans (Hrsg.), *Creifelds Rechtswörterbuch*, 17. Aufl., München 2002, S. 1246; Stichwort: „Souveränität“.

25 Dazu s. Seidl-Hohenveldern, Ignaz, *Einschränkung und Verzicht auf Souveränität*, in: Seidl-Hohenveldern, Ignaz (Hrsg.), *Lexikon des Rechts. Völkerrecht*, 3. Aufl., Neuwied, Kriftel 2001, S. 377 ff. (378).

26 Vgl. Doehring, Karl, *Staat und Verfassung in einem zusammenwachsenden Europa*, in: ZRP 1993, S. 98 ff. (98, 102 f.).

27 So Bleckmann, Albert, *Europarecht*, 6. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1997, S. 78, Rn. 150.

28 Eingehend über die Mitgliedstaaten der EG als „Herren der Verträge“ s. u. a. EuGH, Rs. 43/75, Defrenne/Sabena vom 8. April 1976, Slg. 1976, S. 455, 478; Bleckmann, Albert, *Europarecht*, 6. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1997, S. 81 ff., Rn. 159 ff.,

3.4. Identifizierung der Europäischen Union

Art. 1 Abs. 3 EUV a. F. definiert, dass Grundlage der Union die drei Gemeinschaften sind, ergänzt durch die beiden mit dem Vertrag eingeführten Formen der Zusammenarbeit, nämlich GASP und ZBJI. Er ließ also eindeutig die Gemeinschaften bestehen und löste sie in der Union rechtlich nicht auf. Nach Art. 47 EUV a. F. blieben die Gründungsverträge der drei Gemeinschaften abgesehen von den durch den Unionsvertrag vorgenommenen Änderungen unberührt. Darüber hinaus beinhaltete der Unionsvertrag die Bestimmungen über die GASP und die ZBJI. Diese sogenannte zweite und dritte Säule der Union waren durch den Unionsvertrag nachweislich rein intergouvernemental organisiert.²⁹ Dies bedeutete, dass sie ohne Überordnung eines rechtlich selbständigen Hoheitsträgers mit supranationalen Befugnissen allein zwischen den Regierungen der Unionsstaaten auf völkerrechtlicher Ebene souveräner Gleichheit koordiniert wurden.³⁰

Nun war es ersichtlich, dass die verschiedenen Säulen der Union, die supranationalen Säulen der Europäischen Gemeinschaften einerseits und die intergouvernementalen Säulen der GASP und der ZBJI andererseits, durch verschiedene rechtliche Strukturprinzipien geprägt waren. Das Verhältnis zwischen Supranationalität und Intergouvernementalität zueinander zeichnete die juristische Besonderheit der Union den anderen Gemeinschaften und internationalen Organisationen gegenüber aus.³¹

Wegen dieses rechtlichen Doppelcharakters ließ sich die Union nicht einfach zuordnen. Sie war definitiv weder ein Staat, weil es ihr an der für einen Staat erforderlichen Kompetenz-Kompetenz und an einem Staatsvolk fehlte, noch eine rechtsfähige internationale Organisation wegen ihres rechtlichen Doppelcharakters, was noch umstritten war³². Darüber hinaus konnte sie als Ganzes wegen dieses Doppelcharakters auch nicht bloß eine Form intergouvernementaler Kooperation sein. Die vom Bundesverfassungsgericht gewählte Bezeichnung der Europäischen Union als „Staatenverbund zur Verwirklichung einer immer engeren Union der staatlich organisierten Völker Europas“³³ veranschaulichte demgegenüber zunächst sehr treffend, dass die Unionsstaaten beabsichtigten, „im Verbund“ zu han-

und Everling, Ulrich, Sind die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften noch Herren der Verträge?

29 Dazu näher Pechstein, Matthias/Koenig, Christian, Die Europäische Union. Die Verträge von Maastricht und Amsterdam, 2. Aufl., Tübingen 1998, S. 142 ff., Rn. 262 ff.

30 So Pechstein, Matthias, Rechtssubjektivität für die Europäische Union?, in: EuR 1996, S. 137 ff. (140).

31 Pechstein spricht hierfür von einer „Zentralfrage der künftigen Gestaltung der europäischen Integration“ mit der Begründung, dass die Entscheidung für die Übertragung weiterer staatlicher Kompetenzen auf die EG – etwa im Rahmen der GASP und der ZBJI – einen entsprechenden Kompetenzverlust für die Unionsstaaten bedeuten könne. Ebenda, S. 140.

32 Siehe Schroeder, Werner, Die Rechtsnatur der Europäischen Union und verwandte Probleme, in: Hummer, Waldemar/Schweitzer, Michael (Hrsg.), Österreich und das Recht der Europäischen Union, Wien 1996, S. 3 ff. (6 ff.).

33 Vgl. BVerfGE 89, S. 155 ff. (188).

deln. Allerdings gehörten nicht nur die Vertragsstaaten, sondern auch die drei Gemeinschaften als Teil der Grundlage der Union mit zu diesem Verbund. Daher war die Union als ein Verbund von Staaten und internationalen Organisationen, also den drei Gemeinschaften, anzusehen.

Unter der Union als Dach verknüpften sich die verschiedenen Säulen durch das Kohärenzgebot, was bereits in Art. 30 Abs. 5 Satz 1 EEA³⁴ enthalten war und inzwischen aufgehoben wurde. Dennoch stellte das nun durch den Unionsvertrag begründete Kohärenzgebot eine neue Qualität „rechtlicher Inbezugsetzung der verschiedenen Elemente der Union“³⁵ dar. Denn zum einen war dessen Anwendungsbereich durch die Einbeziehung der ZBJI beträchtlich erweitert worden, zum anderen stellte dieses Gebot den Art. 1 Abs. 3 Satz 2 und Art. 3 EUV in einen ganz anderen organisatorischen, funktionellen und institutionellen Zusammenhang.³⁶ Durch eine darauf beruhende Abstimmungsverpflichtung zwischen den drei supranationalen Gemeinschaften und den beiden intergouvernementalen Säulen GASP und ZBJI wurde die Verbundhaftigkeit der Union rechtlich gefasst. Erst dadurch konnte von einem verbundhaften unierten Vorgehen der Unionsstaaten und der drei Gemeinschaften gesprochen werden. Sonst hätte die Gefahr des bloßen Nebeneinanders der unterschiedlichen Kooperationsansätze in den Gemeinschaften einerseits, in GASP und ZBJI andererseits bestanden.³⁷

Solch eine Union legte zwar die Annahme eines gewissen Subjekts nahe, durfte aber nicht in einem körperschaftlichen Sinn verstanden werden, sondern nur in einem materiell-rechtlichen Sinn.³⁸ Hinsichtlich der außerordentlich wichtigen Unterschiede zwischen Intergouvernementalität und Supranationalität wurde die Union weder als intergouvernemental noch als supranational charakterisiert, sondern ihr wurde lediglich eine rein materiell-rechtliche Bedeutung der Organisation von Abstimmung zwischen den verschiedenen Säulen beigemessen.³⁹

34 Art. 30 Abs. 5 Satz 1 EEA lautet: „Die auswärtigen Politiken der Europäischen Gemeinschaft und die im Rahmen der Europäischen Politischen Zusammenarbeit vereinbarten Politiken müssen kohärent sein.“

35 So Pechstein, Matthias/Koenig, Christian, *Die Europäische Union. Die Verträge von Maastricht und Amsterdam*, 2. Aufl., Tübingen 1998, S. 70, Rn. 127.

36 Vgl. Müller-Graff, Peter-Christian, *Europäische Politische Zusammenarbeit und Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik: Kohärenzgebot aus rechtlicher Sicht*, in: *Integration*, Bd. 16 (1993), S. 147 ff. (150).

37 Vgl. Pechstein, Matthias, *Rechtssubjektivität für die Europäische Union?*, in: *EuR* 1996, S. 137 ff. (141).

38 Zutreffend Pechstein, Matthias, *Rechtssubjektivität für die Europäische Union?*, in: *EuR* 1996, S. 137 ff. (141 f.); a. A. Ipsen, Hans Peter, *Buchbesprechung über „Recht zwischen Umbruch und Bewahrung“*, in: *DVBl.* 1996, S. 324 f. (325).

39 Vgl. Pechstein, Matthias, *Rechtssubjektivität für die Europäische Union?*, in: *EuR* 1996, S. 137 ff. (142).

4. Status quo der Völkerrechtssubjektivität der EU nach dem Vertrag von Lissabon

Der Vertrag über eine Verfassung in Europa wurde zwar unterzeichnet, aber nie ratifiziert.⁴⁰ Vielmehr wurde stattdessen der Vertrag von Lissabon⁴¹ konzipiert und am 13. Dezember 2007 unterzeichnet. Er trat am 1. Dezember 2009 in Kraft.

Der Vertrag von Lissabon ist von Natur aus ein Änderungsvertrag⁴² und die Verträge bekommen die Namen Vertrag der Europäischen Union (EUV) (*Treaty on the European Union, TEU*) und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) (*Treaty on the functioning of the European Union, TFEU*). Beide Verträge sind rechtlich gleichrangig. Beide sind die Grundlage der Europäischen Union. Die Union tritt an die Stelle der Europäischen Gemeinschaft, deren Rechtsnachfolgerin sie ist.⁴³

Durch ausdrückliche Bestimmungen verleiht der Vertrag von Lissabon der EU Rechtspersönlichkeit. Gemäß Art. 47 EUV sollte die EU Rechtspersönlichkeit haben. Art. 335 AEUV sieht vor, dass die EU-Mitgliedstaaten der EU in ihrem innerstaatlichen Rechtsfähigkeiten einräumen sollten. Art. 340 AEUV definiert die vertragliche und außervertragliche Tragfähigkeit der EU.

Darüber hinaus hat der EUV die Aufteilung der drei Säulen aufgehoben. Stattdessen vereinheitlicht er die allgemeinen Bestimmungen für die Außenpolitik der EU. Der EUV umfasst die Leitprinzipien, die Ziele, die Förderung und Gewährleistung der Kohärenz der außenpolitischen Angelegenheiten der EU.⁴⁴

5. Einfluss der Völkerrechtssubjektivität der EU

Diese ausdrückliche Rechtspersönlichkeit macht den Status der EU als Völkerrechtssubjekt stabiler und konkreter. Dies fördert die Wirksamkeit, Transparenz und Kohärenz der außenpolitischen Angelegenheiten der EU.⁴⁵

Die neue Struktur des auswärtigen Handelns der EU beruht auf der Festlegung der Völkerrechtssubjektivität der EU, die es ihr ermöglicht, Verträge in verschie-

40 Gornig, Gilbert, Volksabstimmung und „europäische Verfassung“, in: Chronowski, Nora (Hrsg.), „Adamante Notare“. Essays in Honour of Professor Antal Adam on Occasion of his 75th Birthday, Pécs 2005, S. 489 ff.; ders., Всенародное голосование и европейская Конституция. Volksabstimmung und „Europäische Verfassung“, in: Bulletin of the Constitutional Court of the Republic of Belarus, Minsk, 2006 I, S. 180 ff.

41 Amtsblatt der Europäischen Union, C 306, 17. Dezember 2007.

42 Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty Establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007. (2007/C 306/01). 17 December 2007.

43 Article 1, para 3 TEU. “The Union shall replace and succeed the European Community.”

44 Ge, Yongping, Das Recht der Internationalen Organisationen, 2. Aufl., Zhishichanquan Press, China, 2020, S. 114 (chinesisch).

45 Zhang, Hua, Grundsätze des außenpolitischen Rechts der Europäischen Union, Law Press, China, 2016, S. 2 (chinesisch).

denen Bereichen innerhalb ihrer eigenen Zuständigkeit zu schließen. Genauer gesagt, die EU kann internationale Abkommen in den Bereichen Entwicklungszusammenarbeit, Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik und Gemeinsame Handelspolitik abschließen.⁴⁶ Dieser große Fortschritt hat nicht nur das Chaos der Koexistenz zwischen der EU und der Europäischen Gemeinschaft und den verschiedenen Befugnissen im Bereich der Außenbeziehungen beendet, sondern auch der EU ermöglicht, internationale Abkommen zu schließen.

Darüber hinaus bedeutet die Ersetzung der EG durch die EU auch, dass die EU die Qualifikation als Vertragspartei internationaler Verträge und Mitglied internationaler Organisationen erhalten hat. Außerdem ist die EU nun die Rechtsnachfolgerin der Europäischen Gemeinschaft.⁴⁷ Daher muss die EU die rechtliche Verantwortung als Subjekt des Völkerrechts unabhängig übernehmen. Die Aufteilung dieser Verantwortung durch die EU und ihre Mitgliedstaaten ist zu einem Problem geworden, das rechtlich und in der Praxis gelöst werden muss. Da der Vertrag von Lissabon klar festlegt, welche Befugnisse die EU hat, welche die EU-Mitgliedstaaten haben, welche beide haben: Die Antworten sind nun zu finden.

6. Zusammenfassung

Bis zum Jahr 2009 war die Völkerrechtssubjektivität der EU umstritten. Eine ausdrückliche Festlegung der Völkerrechtssubjektivität der EU fehlte. Die verschiedenen Säulen der EU, die supranationalen Säulen der Europäischen Gemeinschaften einerseits und die intergouvernementalen Säulen der GASP und der ZBJI andererseits, waren durch verschiedene rechtliche Strukturprinzipien geprägt. Das Verhältnis zwischen Supranationalität und Intergouvernementalität zeichnete die juristische Besonderheit der EU aus.

Durch ausdrückliche Bestimmungen verlieh der Vertrag von Lissabon im Jahr 2009 der EU Völkerrechtssubjektivität. Gemäß Art. 47 EUV sollte die EU Rechtspersönlichkeit haben. Darüber hinaus hat der EUV die Aufteilung der drei Säulen aufgehoben. Die EU darf und muss nun die rechtliche Verantwortung als Völkerrechtssubjekt unabhängig übernehmen.

Am 22.11.2015 beschlossen die Mitgliedsstaaten von ASEAN die Gründung der Wirtschaftsgemeinschaft *Asean Economic Community* (AEC). Sie soll zu einem Binnenmarkt mit freiem Waren- und Kapitalverkehr und einer Arbeitnehmerfreizügigkeit ähnlich wie ursprünglich die Europäische Gemeinschaft zusammenwachsen. Dieser Binnenmarkt sollte bereits Ende 2015 erreicht werden, was nicht verwirklicht werden konnte.

In der Asien-Pazifik-Region entstand 2020 die größte Freihandelszone der Welt. Ein entsprechendes Abkommen hat China jetzt mit 14 Staaten geschlossen. Acht

46 Art. 37 AEUV; Art. 209 Abs. 2 und Art. 212 Abs. 3 AEUV; Art. 207 AEUV.

47 Dazu auch Nord, Tobias, Rechtsnachfolge bei zwischenstaatlichen Organisationen, in: Gornig, Gilbert (Hrsg.), Schriften zum internationalen und zum öffentlichen Recht, Band 85, 2009.

Jahre wurde verhandelt. Am 15.11.2020 wurde die Vereinbarung nach einem Gipfel der südostasiatischen Staatengemeinschaft Asean unterzeichnet. Die Staaten schlossen sich damit zum „*Regional Comprehensive Economic Partnership*“ (RCEP) zusammen. Es handelt sich um eine regionalen, umfassende Wirtschaftspartnerschaft. Neben China sind an der Freihandelszone Japan, Südkorea, Australien und Neuseeland sowie die zehn Asean-Staaten beteiligt: Das sind Indonesien, Malaysia, die Philippinen, Singapur, Thailand, Vietnam, Kambodscha, Laos, Myanmar und Brunei. Ursprünglich wollte sich auch Indien an dem Bündnis beteiligen, der Staat stieg aber aus Sorge, das Land könnte von chinesischen Exporten überflutet werden, aus den Verhandlungen aus. Ziel des Abkommens ist die Senkung der Zölle für fast 90 Prozent der Güter, die die Staaten untereinander austauschen. Darüber hinaus umfasst das Abkommen Regeln für Bereiche wie Dienstleistungen, Investitionen, Onlinehandel, Telekommunikation und Urheberrechte. Auch bei RCEP wurde bei der Entstehung sicher auch auf die Entwicklung der Europäischen Gemeinschaften, der Europäischen Union und ihre Völkerrechtssubjektivität gebllickt. Das sehr detaillierte Abkommen lässt eine Norm vermissen, die die Antwort auf die Rechtsfähigkeit und Völkerrechtssubjektivität der Organisation klarstellt. Vielleicht war auch hier die Europäische Union Vorbild.

Literaturverzeichnis

- Blanke, Hermann-Josef, Der Unionsvertrag von Maastricht – Ein Schritt auf dem Weg zu einem europäischen Bundesstaat?, in: DÖV, 1993, S. 412 ff.
- Bleckmann, Albert, Europarecht, 6. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1997.
- Bleckmann, Albert, Völkerrecht, Baden-Baden 2001.
- Bogdandy, Armin von/Nettesheim, Martin, Die Europäische Union: Ein einheitlicher Verband mit eigener Rechtsordnung, in: EuR 1996, S. 3 ff.
- Doehring, Karl, Staat und Verfassung in einem zusammenwachsenden Europa, in: ZRP 1993, S. 98 ff.
- Dörr, Oliver, Zur Rechtsnatur der Europäischen Union, in: EuR 1995, S. 334 ff.
- Everling, Ulrich, Überlegungen zur Struktur der Europäischen Union und zum neuen Europa-Artikel des Grundgesetzes, in: DVBl. 1993, S. 936 ff.
- Friedrichs, Jörg, Die Frage der Völkerrechtssubjektivität der Europäischen Union, Diss., Univ. Trier, 1998.
- Ge, Yongping, Das Recht der Internationalen Organisationen, 2. Aufl., Zhishichanquan Press, China, 2020 (chinesisch).
- Gornig, Gilbert, Volksabstimmung und „europäische Verfassung“, in: Chronowski, Nora (Hrsg.), „Adamante Notare“. Essays in Honour of Professor Antal Ádam on Occasion of his 75th Birthday, Pécs 2005, S. 489 ff.
- Gornig, Gilbert, Всенародное голосование и европейская Конституция Volksabstimmung und „Europäische Verfassung“, in: Bulletin of the Constitutional Court of the Republic of Belarus, Minsk, 2006 I, S. 180 ff.
- Grabitz, Eberhard (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag, Loseblatt, München, EEA Rn. 8, Stand 1987.

- Hilf, Meinhard, Die Europäische Union und die Eigenart ihrer Mitgliedstaaten, in: Hummelhoff, Peter, u. a. (Hrsg.), Der Staatenverbund der EU: Beiträge und Diskussionen des Symposiums am 21./22. Januar 1994 in Heidelberg, Heidelberg 1994, S. 75.
- Ipsen, Hans Peter, Europäische Verfassung – nationale Verfassung, in: EuR 1987, S. 195 ff.
- Ipsen, Hans Peter, Europäisches Gemeinschaftsrecht in Einzelstudien, Baden-Baden 1984, S. 196 ff.
- Köbler, Gerhard, Juristisches Wörterbuch, 10. Aufl., München 2001.
- Müller-Graff, Peter-Christian, Europäische Politische Zusammenarbeit und Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik, Kohärenzgebot aus rechtlicher Sicht, in: Integration, Bd. 16 (1993), S. 147 ff.
- Nord, Tobias, Rechtsnachfolge bei zwischenstaatlichen Organisationen, in: Gornig, Gilbert (Hrsg.), Schriften zum internationalen und zum öffentlichen Recht, Band 85, 2009.
- Pechstein, Matthias/Koenig, Christian, Die Europäische Union. Die Verträge von Maastricht und Amsterdam, 2. Aufl., Tübingen 1998.
- Pechstein, Matthias/Koenig, Christian, Rechtspersönlichkeit für die Europäische Union?, in: EuZW 1997, S. 225 ff.
- Pechstein, Matthias, Rechtssubjektivität für die Europäische Union?, in: EuR 1996, S. 137 ff.
- Ress, Georg, Ist die Europäische Union eine juristische Person?, in: EuR 1995, Beiheft 2, S. 27 ff.
- Schroeder, Werner, Die Rechtsnatur der Europäischen Union und verwandte Probleme, in: Hummer, Waldemar/Schweitzer, Michael (Hrsg.), Österreich und das Recht der Europäischen Union, Wien 1996.
- Seidl-Hohenveldern, Ignaz, Einschränkung und Verzicht auf Souveränität, in: Seidl-Hohenveldern, Ignaz (Hrsg.), Lexikon des Rechts. Völkerrecht, 3. Aufl., Neuwied, Kriftel 2001.
- Streinz, Rudolf: Der Vertrag von Amsterdam – Die institutionellen Veränderungen für die Europäische Union und die Europäische Gemeinschaft, in: Jura 1998, S. 57 ff.
- Streinz, Rudolf, Europarecht, 5. Aufl., Heidelberg 2001.
- Zhang, Hua, Grundsätze des außenpolitischen Rechts der Europäischen Union, Law Press, China, 2016 (chinesisch).

Minderheitenschutz
als politisches Prinzip und
als generelle Kategorie des nationalen Rechts

Bundestagsvizepräsidentenwahl nach § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT und Schutz parlamentarischer Minderheiten

Steffen Detterbeck

Abstract Deutsch

Das bundesdeutsche Staatsorganisationsrecht enthält verschiedene Rechtsvorschriften, die den Schutz parlamentarischer Minderheiten bezwecken. Sowohl das Grundgesetz als auch die unter ihm rangierende Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages (GOBT) gewährleisten parlamentarischen Minderheiten angemessene Mitwirkungsbefugnisse. Das Ausmaß dieser Mitwirkungsbefugnisse von Fraktionen und Gruppen des Bundestages richtet sich in der Regel nach ihrem Stärkeverhältnis zueinander. Von diesem Grundsatz der abgestuften Gleichbehandlung weicht § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT ab. Er räumt jeder Fraktion den Posten mindestens eines Bundestagsvizepräsidenten ein. Diese formale Gleichstellung der Fraktionen ist zwar grundgesetzlich nicht geboten, aber verfassungsrechtlich unbedenklich.

Zwischen dem geschäftsordnungsrechtlichen Anspruch der Fraktionen auf mindestens einen Bundestagsvizepräsidenten aus § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT und dem freien Mandat der Bundestagsabgeordneten aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG besteht ein Spannungsverhältnis. Nach Art. 40 Abs. 1 S. 1 GG müssen die Bundestagsvizepräsidenten von den Bundestagsabgeordneten gewählt werden. § 2 GOBT regelt das Wahlverfahren und die Mehrheitserfordernisse. § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT räumt der einzelnen Fraktion zwar keinen Anspruch auf Wahl desjenigen Kandidaten ein, der von ihr zur Wahl vorgeschlagen wurde. Jedoch ist es mit dieser Vorschrift unvereinbar, wenn sich die Bundestagsabgeordneten fortgesetzt mehrheitlich weigern, irgendeinen Kandidaten einer bestimmten Fraktion zu wählen. Das freie Abgeordnetenmandat des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG räumt den Abgeordneten grundsätzlich ein freies Wahlrecht und auch ein Wahlverweigerungsrecht ein. Allerdings ist dieses Abgeordnetenrecht durch § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT, der die in Art. 40 Abs. 1 S. 1 GG vorgeschriebene Vizepräsidentenwahl in verfassungskonformer Weise aufgrund von Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG konkretisiert, beschränkt. Zwingende Folge dieser Vorschrift ist es, dass die bloße Zugehörigkeit eines Kandidaten zu einer bestimmten Fraktion bei der Vizepräsidentenwahl außer Betracht bleiben muss. Die Ablehnung von Kandidaten aufgrund ihrer bloßen Zugehörigkeit zu einer bestimmten Fraktion ist mit der Normlogik des § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT unvereinbar.

Das freie Abgeordnetenmandat und die politische Gewissensfreiheit des einzelnen Abgeordneten aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG dispensieren nicht von der Rechtsbindung. Der Abgeordnete ist bei der Ausübung seines Abstimmungs- und Wahlrechts an zwingende verfassungsrechtliche und geschäftsordnungsrechtliche Vorgaben, wenn diese verfassungskonform sind, gebunden. Das gilt auch für die Vorgaben des § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT. Rechtlich durchsetzbar gegenüber dem einzelnen Abgeordneten ist seine Bindung an § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT aber sowohl aus tatsächlichen als auch aus rechtlichen Gründen nicht.

Die Weigerung der Bundestagsmehrheit, jedweden Vizepräsidentenkandidaten einer bestimmten Fraktion entgegen § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT aus politischen Gründen nicht zu wählen, verstößt gegen den Grundsatz der Fraktionsgleichheit, der aus Art. 38 Abs. 1

S. 2 GG und aus dem rechtsstaatlichen allgemeinen Gleichheitsgebot abgeleitet wird. Fraktionen, die durch die Nichtanwendung von § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT diskriminiert werden, können sich auf die Fraktionsgleichheit berufen und dieses Recht vor dem Bundesverfassungsgericht im Wege des Bundesorganstreits nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG i.V.m. §§ 63 BVerfGG durchsetzen. Das Bundesverfassungsgericht kann zumindest feststellen, dass der Bundestag durch die Missachtung von § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT das grundgesetzliche Recht auf Fraktionsgleichheit der antragstellenden Fraktion verletzt hat.

Abstract English

Federal German state organisation law contains various legal provisions aimed at protecting parliamentary minorities. Both the German Constitution, the Basic Law (*Grundgesetz* – GG), and the Rules of Procedure of the German Federal Diet (*Geschäftsordnung des Bundestags* – GOBT), which ranks below the GG, guarantee parliamentary minorities appropriate powers of participation. As a rule, the extent of these powers of participation of parliamentary groups and factions of the German Federal Diet (*Bundestag*) is determined by their strength ratio to each other. Sec. 2 para. 1 sentence 2 GOBT deviates from this principle of graduated equal treatment. It grants each parliamentary group the post of at least one *Bundestag* vice-president. Although this formal equality of the parliamentary groups is not required by the GG, it is constitutionally unobjectionable.

There is a tension between the parliamentary groups' right under the GOBT to at least one *Bundestag* vice-president under Sec. 2 para. 1 sentence 2 GOBT and the free mandate of members of parliament (*Bundestag* members) under Art. 38 para. 1 sentence 2 GG. According to Art. 40 para. 1 sentence 1 GG, the *Bundestag* vice-presidents must be elected by the members of the *Bundestag*. Sec. 2 GOBT regulates the election procedure and the majority requirements. Sec. 2 para. 1 sentence 2 GOBT does not grant the individual parliamentary group the right to elect the candidate proposed by it for election. However, it is incompatible with this provision if the members of the *Bundestag* continuously refuse by majority vote to elect any candidate of a particular parliamentary group. The free mandate of *Bundestag* members under Art. 38 para. 1 sentence 2 GG basically grants *Bundestag* members a free right to vote and also a right to refuse to vote. Nevertheless, this right to vote for a *Bundestag* member is limited by Sec. 2 para. 1 sentence 2 GOBT, which concretises the election of the vice-president prescribed in Art. 40 para. 1 sentence 1 GG in a constitutional manner on the basis of Art. 40 para. 1 sentence 2 GG. The mandatory consequence of this provision is that the mere affiliation of a candidate to a particular parliamentary group must not be taken into account in the election of the vice-president. The rejection of candidates on the basis of their mere affiliation to a particular parliamentary group is incompatible with the normative logic of Sec. 2 para. 1 sentence 2 GOBT.

The free mandate of a *Bundestag* member and the political freedom of conscience of the individual *Bundestag* member under Art. 38 para. 1 sentence 2 GG do not exempt him from legal binding. When exercising his right to vote and to be elected, the *Bundestag* member is bound by mandatory provision of constitutional law and the Rules of Procedure, provided that they are in conformity with the constitution. This also applies to the provisions of Sec. 2 para. 1 sentence 2 GOBT. However, for both factual and legal reasons, it is not legally enforceable against the individual *Bundestag* member that he is bound by Sec. 2 para. 1 sentence 2 GOBT.

The refusal of the majority of the *Bundestag* not to elect any vice-presidential candidate of a certain parliamentary group for political reasons, contrary to Sec. 2 para. 1

sentence 2 GOBT, violates the principle of equality of parliamentary groups, which is derived from Art. 38 para. 1 sentence 2 GG and from the general principle of equality under the rule of law. Parliamentary groups that are discriminated by the non-application of Sec. 2 para. 1 sentence 2 GOBT may invoke parliamentary group equality and assert this right before the German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht – BVerfG*) by way of federal organ dispute (*Bundesorganstreit*) pursuant to Art. 93 para. 1 no. 1 GG in conjunction with Sec. 63 of the Law on the Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG*). The *BVerfG* can at least find, that the *Bundestag*, by disregarding Sec. 2 para. 1 sentence 2 GOBT, has violated the constitutional right to parliamentary group equality of the petitioning parliamentary group.

1. Über Minderheiten

Gäbe es den Titel des Minderheitenrechtlers, hätte ihn sich der Jubilar redlich verdient. Dies belegen zahlreiche einschlägige Publikationen, Vorträge und von ihm betreute Dissertationen. Sie alle sind Ausdruck einer ausgeprägten wissenschaftsorientierten Minderheitenaffinität. Indes ist der Begriff der Minderheit nur sehr schwer fassbar. Wer berechtigt oder gezwungen ist, attributive Minderheitentitel zu führen, hängt von der jeweiligen Perspektive ab. Aus einer Makroperspektive stellen die deutschen Staatsangehörigen die Mehrheit der in Deutschland lebenden Bevölkerung dar. Aus einer anderen Perspektive handelt es sich bei den in den einzelnen Bundesländern lebenden deutschen Staatsangehörigen bezogen auf die bundesdeutsche Gesamtbevölkerung um sechzehn Minderheiten.

Perspektivisch besteht jede Mehrheit aus Minderheiten. Das bleibt nicht ohne Folgen. In der zivilgesellschaftlichen Wahrnehmung sind Minderheiten in vielfältiger Weise benachteiligt. Die Opferrolle wird bisweilen rasch zuerkannt, aber auch reklamiert. Denn die tatsächliche oder auch nur vermeintliche Benachteiligung von Minderheiten verlangt nach Schutz und Kompensation. Das gilt bereits in verfassungsrechtlicher Hinsicht. Stereotyp werden die Grundrechte des Grundgesetzes funktional als Minderheitenrechte deklariert. Bisweilen scheint der Grundrechtsschutz von Mehrheiten nur minderere Güte zu sein. Allzu leicht wird verkannt, dass die Grundrechte verbal und strukturell Jedermann-Grundrechte sind – freilich mit Einschränkungen, wie z.B. der Deutschenvorbehalt vieler Grundrechte oder die Schutzaufträge des Art. 6 Abs. 1 und 4 GG – und dass auch Mehrheiten des grundrechtlichen Schutzes vor staatlicher, aber auch privater und hier sogar vor minderheitengeleiteter Machtentfaltung bedürfen. Die flächendeckenden staatlichen Corona-Schutzmaßnahmen der jüngsten Vergangenheit sind ebenso beispielhaft wie beispiellos.

2. Staatsorganisationsrechtlicher Minderheitenschutz

Ein etwas anderes Bild bietet das Staatsorganisationsrecht. Hier finden sich verschiedene Vorschriften, deren ersichtliches Anliegen der Schutz politischer Min-

derheiten ist. Die Pflicht zur Einsetzung eines parlamentarischen Untersuchungsausschusses setzt keinen Mehrheitsbeschluss im Bundestag voraus. Nach Art. 44 Abs. 1 S. 1 GG genügt der Antrag eines Viertels seiner Mitglieder. Gleiches gilt für Nomenkontrollanträge zum Bundesverfassungsgericht nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG. Der Indemnitätsschutz des Art. 46 Abs. 1 GG steht zwar jedem Abgeordneten zu. Besondere Relevanz hat er aber für oppositionelle Abgeordnete. Ähnlich verhält es sich bei Parteiverboten und Ausschlüssen von Parteien von der staatlichen Finanzierung. Das bundesverfassungsgerichtliche Entscheidungsmonopol nach Art. 21 Abs. 4 GG gilt zwar für sämtliche politische Parteien. Die bisherige Praxis betraf indes ausschließlich Parteien randständiger Minderheiten.

Das nicht nur die bundesdeutsche Staatlichkeit prägende Demokratieprinzip ist von minderheitenrechtlicher Ambivalenz. Einerseits beruht die nach Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG vom Volke ausgehende Staatsgewalt auf dem Mehrheitswillen. Das Mehrheitsprinzip ist für Demokratie schlechthin konstituierend. Andererseits sind Minderheitenrechte ein demokratieerhaltendes Lebenselixier. Richtig verstandene Demokratie ist keine Mehrheitsdiktatur. Demokratische Legitimation des Mehrheitsprinzips ist vielmehr auch die Mehrheitschance von Minderheiten und die Möglichkeit der Revision von Mehrheitsentscheidungen durch zur Mehrheit erstarkte Minderheiten. Minderheitenrechte und Minderheitenschutz sind unabdingbare demokratische Funktionsvoraussetzungen.¹ Sie können und müssen verfassungs- wie auch einfachrechtlich garantiert werden. Fehlen ausdrückliche Schutzvorkehrungen, müssen demokratiesichernde Mindest- und Minderheitenrechte aus allgemeinen Vorschriften abgeleitet werden. Dies gilt insbesondere für die Ebene des Verfassungsrechts, das nicht nur gelegentlich durch eine interpretationsbedürftige, aber auch interpretationsanfällige Unschärfe gekennzeichnet ist. Prominenter Beleg für den parlamentarischen Binnenbereich ist Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG. Aus dieser nur sehr allgemein formulierten Abgeordnetenstatusnorm hat das Bundesverfassungsgericht völlig zu Recht all diejenigen grundgesetzlichen Abgeordnetenrechte abgeleitet, die ein Volksvertreter benötigt, um sein Mandat effektiv ausüben zu können, soweit das Grundgesetz keine speziellen Regelungen getroffen hat.² Dies betrifft insbesondere das Recht auf Teilnahme an den Bundestagssitzungen, das parlamentarische Rederecht – es handelt sich um keinen Anwendungsfall des Grundrechts der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG³ – und das Recht auf Teilnahme an den Wahlen und Abstimmungen im Bundestag. Diese zentralen Abgeordnetenrechte stehen zwar jedem Mandatsträger zu. Der oppositionelle Abgeordnete und der Außenseiter bedürfen ihres Schutzes aber in besonderer Weise.

Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG vermittelt nicht nur singulären Abgeordnetenschutz, sondern weist auch eine korporative Komponente auf. Er gewährt den Abgeordneten das Recht, sich zu Fraktionen zusammenzuschließen, und sichert damit das

1 BVerfGE 140, 115 Rn. 98; 80, 188 (220); 70, 324 (363); Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 20 Rn. 14.

2 Hierzu die Aufzählung von BVerfGE 130, 318 (342); 80, 188 (217 f.); NVwZ 2022, 629 Rn. 46 ff., 66.

3 BVerfGE 60, 374 (380).

geschäftsordnungsrechtliche Fraktionenbildungsrecht des § 10 GOBT verfassungsrechtlich ab. Der korporative Status des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG kommt nicht nur den einzelnen Abgeordneten zugute, sondern auch den von ihnen gebildeten Fraktionen.⁴ Aus ihm leiten sich diejenigen Rechte ab, über die Fraktionen verfügen müssen, um ihre Funktion als notwendige Einrichtungen des Verfassungslebens und maßgebliche Faktoren der politischen Willensbildung⁵ ausüben zu können.⁶ Sichtbarer Ausdruck des grundgesetzlichen demokratischen Schutzauftrages gegenüber parlamentarischen Minderheiten ist das Recht zur Bildung von parlamentarischen Gruppen, die keine Fraktionsstärke erreichen, und die Zuerkennung parlamentarischer Mitwirkungskompetenzen.⁷ Diese müssen zwar nicht deckungsgleich mit den Kompetenzen der Fraktionen sein. Sie müssen aber eine effektive korporative Mandatsausübung der Minderheitenabgeordneten ermöglichen.

3. Innerparlamentarische Kautelen

3.1. Das Prinzip der abgestuften parlamentarischen Gleichheit

Dem grundgesetzlichen Gebot zur Gewährleistung angemessener Mitwirkungsbefugnisse parlamentarischer Minderheiten trägt die Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages in verschiedener Weise Rechnung. Sie beruht auf Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG und stellt einen geregelten und möglichst effektiven Ablauf der bundestagsinternen Entscheidungsprozesse sicher. Auch wenn nach wie vor umstritten ist, wie die Geschäftsordnung des Bundestages in die Kategorien der deutschen Rechtsquellenlehre einzupassen ist,⁸ besteht Einigkeit darüber, dass sie im Rang unter dem Bundesverfassungsrecht steht.⁹ Deshalb ist es auch unstrittig, dass die Geschäftsordnung als solche wie auch ihre Anwendung im Einzelfall die grundgesetzlichen Vorgaben beachten müssen. Dies betrifft auch die geschäftsordnungsmäßige Konturierung des Fraktionsstatus und der parlamentarischen Fraktionsrechte.

Das Ausmaß der parlamentarischen Mitwirkungsbefugnisse der Fraktionen und Gruppen richtet sich in aller Regel nach ihrem Stärkeverhältnis zueinander, §§ 11, 12 GOBT.¹⁰ Dieses Prinzip der abgestuften parlamentarischen Gleichheit ist ein

4 BVerfGE 70, 324 (362 f.); NVwZ 2022, 640 Rn. 28.

5 BVerfGE 147, 50 Rn. 163; 140, 115 Rn. 56; 112, 118 (135); 80, 188 (219 f.).

6 Jarass (Fn. 1), Art. 38 Rn. 64.

7 BVerfGE 84, 304 (322 f.).

8 BVerfGE 1, 144 (148) bezeichnet sie als „autonome Satzung“; Magiera, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 40 Rn. 25: „ergänzendes (sekundäres) Verfassungsrecht“, „Verfassungssatzung“; Morlok, in: Dreier, GG, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 40 Rn. 18: „eigener Regelungstypus“; näher zur rechtlichen Einordnung H. H. Klein, in: Dürig/Herzog, GG, Art. 40 Rn. 58 ff. (Stand: Nov. 2018); Schmidt, AöR 128 (2003), 608 ff.

9 BVerfGE 1, 144 (148): im Rang unter der geschriebenen Verfassung und den Gesetzen; NVwZ 2022, 629 Rn. 60; Magiera (Fn. 8), Art. 40 Rn. 26: der Verfassung nachgeordnet, nicht aber den Gesetzen.

10 Zu den entsprechenden Rechten von Gruppen BVerfGE 84, 304 (323 f.).

Gebot des rechtsstaatlichen objektivrechtlichen Gleichheitsgebots,¹¹ das es verbietet, ungleiche Sachverhalte gleich zu behandeln. Deshalb muss sich die Bemessung parlamentarischer Mitwirkungsbefugnisse am zähl- und messbaren politischen Gewicht der Fraktionen und Gruppen orientieren.¹² Hierbei handelt es sich allerdings um keinen strikten Rechtssatz mit ausnahmslosem Geltungsanspruch. Jedenfalls in Konstellationen, in denen eine formale Gleichstellung aller Fraktionen und Gruppen ungeachtet ihres Stärkeverhältnisses zu keiner funktionsbeeinträchtigenden Benachteiligung einzelner parlamentarischer Gruppierungen führt, darf die Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages vom Grundsatz der abgestuften Gleichbehandlung abweichen. So verhält es sich im Falle des § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT.

3.2. Gleichheitsrechtliche Relevanz des § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT

3.2.1. Geschäftsordnungsrechtliche Gestaltungsspielräume

Nach § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT steht jeder Fraktion mindestens der Posten eines Vizepräsidenten zu. Aufgenommen in die Geschäftsordnung des Bundestages wurde diese Bestimmung in der konstituierenden Bundestagssitzung der 13. Wahlperiode am 10.11.1994.¹³ Auf einer verfassungsrechtlich zwingenden Vorgabe beruhte dies nicht.¹⁴ Dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der abgestuften parlamentarischen Gleichheit würde z. B. auch eine Geschäftsordnungsbestimmung genügen, wonach die stärkste Fraktion den Bundestagspräsidenten stellt und die zweitstärkste Fraktion seinen Stellvertreter. Das Grundgesetz macht insoweit keine näheren Vorgaben, sondern räumt dem Geschäftsordnungsgeber einen weiten Gestaltungsspielraum ein,¹⁵ der lediglich durch zwingende verfassungsrechtliche Vorgaben begrenzt ist. Art. 40 Abs. 1 S. 1 GG schreibt lediglich vor, dass der Bundestag seinen Präsidenten und dessen Stellvertreter wählen muss.

Mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der abgestuften Gleichbehandlung wäre es deshalb auch vereinbar, die Wahl der Vizepräsidenten – so wie die Wahl des Präsidenten – dem freien demokratischen Entscheidungsprozess im Bundestag zu überantworten. Wahlvorgaben, die auf die Anzahl der Fraktionen und ihr Stärkeverhältnis abstellen, sind verfassungsrechtlich nicht geboten. Demzufolge setzt die bisherige durchgängige Praxis, dass die stärkste Fraktion den Bundestagspräsidenten stellt, keine grundgesetzliche Vorgabe um; auch Verfassungsge-

11 Hierzu BVerwGE 162, 284 Rn. 32.

12 Vgl. BVerfGE 140, 115 Rn. 93; 135, 317 Rn. 153; 112, 118 (133); 80, 188 (222); vgl. auch § 5 Abs. 1 PartG – hierzu näher Will, Staatsrecht I, 2021, § 4 Rn. 119 ff.

13 Ritzel/Bücker/Schreiner/Winkelmann, Handbuch für die parlamentarische Praxis, Bd. 2, § 2 Anm. I 2a, S. 6 (Stand: Dez. 2008).

14 Reimer/Groß, JA 2022, 930 (938); a.A. offenbar Groh, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 40 Rn. 9; zur unzutreffenden Annahme einer strikt formalen Fraktionsgleichheit Blum, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, 2016, § 21 Rn. 46.

15 Zur früheren Praxis vor 1994 näher Ritzel/Bücker/Schreiner (Fn. 13); Troßmann, Parlamentsrecht des Deutschen Bundestages, 1977, § 2 Rn. 2.4; zu den landesrechtlichen Vorgaben und zur Praxis in den Landtagen Blum (Fn. 14).

wohnheitsrecht hat sie nicht begründet.¹⁶ Auch im Falle geschäftsordnungsmäßig nicht näher reglementierter Präsidenten- und Vizepräsidentenwahlen hat jede Fraktion die gleiche rechtliche Erfolgchance. Eine verfassungsrechtliche Pflicht, ungleiche tatsächliche Erfolgchancen durch geeignete rechtliche Vorkehrungen zu modifizieren, besteht nicht. Ebenfalls vereinbar mit dem Grundsatz der abgestuften Gleichbehandlung ist es, die Gruppen im Bundestag unterhalb der Fraktionsstärke von der Mindestgarantie des § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT auszunehmen. Hinzu kommt, dass § 2 Abs. 1 GOBT die Wahl eines Vizepräsidenten, der lediglich einer parlamentarischen Gruppe angehört, nicht ausschließt. Dies gilt sogar für die Wahl des Bundestagspräsidenten.

Nicht einmal die Mindestgarantie des § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT bedarf im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Grundsatz der abgestuften parlamentarischen Gleichheit der besonderen Rechtfertigung. Denn diese Vorschrift schließt es nicht aus, dass die Zahl der vom Bundestag gewählten Vizepräsidenten die Gesamtzahl der Bundestagsfraktionen übersteigt und dass, was in diesem Fall sehr naheliegend wäre, das Ergebnis der Vizepräsidentenwahl annäherungsweise das Stärkeverhältnis der Fraktionen widerspiegelt.

Den verfassungsrechtlichen Vorgaben muss allerdings auch die Anwendung von § 2 Abs. 1 GOBT genügen. Diese Vorschrift räumt dem Bundestag und seinen Fraktionen einen weiten Gestaltungsspielraum ein. Der Bundestag bestimmt grundsätzlich in freier Eigenverantwortung über die Zahl der zu wählenden Vizepräsidenten. Weder das Grundgesetz noch die Geschäftsordnung des Bundestages enthalten nähere Vorgaben. Die Zahl der zu wählenden Vizepräsidenten wird durch einen Bundestagsbeschluss, für den die einfache Mehrheit genügt, festgelegt.¹⁷ Dieser Beschluss wird in der Praxis aufgrund interfraktioneller Vereinbarungen gefasst.¹⁸

3.2.2. Gleichheitsrechtliche Unbedenklichkeit von § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT

Legt der Bundestag, so wie in der aktuellen 20. Wahlperiode, die Zahl der Vizepräsidenten entsprechend der Gesamtzahl der Fraktionen fest, bedeutet dieser Bundestagsbeschluss vor dem Hintergrund des § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT eine Abkehr vom Grundsatz der gestuften parlamentarischen Gleichbehandlung. Denn § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT ist zwingendes Geschäftsordnungsrecht, von dem im Einzelfall nur unter den Voraussetzungen des § 126 GOBT abgewichen werden darf. Die Zuerkennung je eines Vizepräsidenten für jede Fraktion entspricht dann nicht mehr ihrem Stärkeverhältnis.

Einen Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz der abgestuften parlamentarischen Gleichbehandlung bedeutet dies jedoch nicht. Dies beruht darauf, dass die Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte und die Gleichbehandlung un-

16 Kluth, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 15. Aufl. 2022, Art. 40 Rn. 55 m.w.N.

17 Näher Ritzel/Bücker/Schreiner/Winkelmann (Fn. 13), § 2 Anm. I 2a, S. 6; Roll, Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages, 2001, § 2 Rn. 4.

18 Ritzel/Bücker/Schreiner/Winkelmann (Fn. 13); Troßmann (Fn. 15), § 2 Rn. 2.4.

gleicher Sachverhalte in Anlehnung an die Kriterien, die für den grundrechtlichen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gelten und die auch auf den rechtsstaatlichen objektivrechtlichen Gleichheitssatz übertragbar sind, jedenfalls durch hinreichend gewichtige Gründe gerechtfertigt werden können.¹⁹ Die Abkehr vom Grundsatz der gestuften Gleichbehandlung, so wie er in den §§ 11, 12 GOBT zum Ausdruck gelangt ist, bei der Wahl der Vizepräsidenten beruht auf dem Gedanken, dass im Bundestagspräsidium, das gem. § 5 GOBT aus dem Präsidenten und den stellvertretenden Präsidenten besteht, alle Fraktionen repräsentiert sein sollen.²⁰ Diesem Gedanken kann auch – wie in der Vergangenheit mehrfach geschehen – durch die Festlegung einer die Fraktionsanzahl übersteigenden Vizepräsidentenzahl Rechnung getragen werden. Mit steigender Anzahl der Präsidiumsmitglieder steigt aber auch die Gefahr der Beeinträchtigung einer möglichst effektiven Wahrnehmung der dem Präsidium obliegenden Aufgaben.²¹ Die Sicherstellung einer möglichst effektiven Präsidiumstätigkeit stellt einen hinreichend gewichtigen Grund für eine Abweichung vom Grundsatz der gestuften Gleichbehandlung dar.

Zwei weitere Aspekte kommen hinzu. Zum einen unterliegt die Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte weniger strengen Anforderungen als die Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte. Eine Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte verstößt erst dann gegen den allgemeinen Gleichheitssatz, wenn für die Gleichbehandlung ein vernünftiger Grund fehlt.²² Der Sache nach gilt nur ein Willkürverbot.

Zum anderen bedeutet die Zuerkennung des Postens eines Vizepräsidenten für die Fraktion, der dieser Vizepräsident angehört, keinen substantiellen Zuwachs an parlamentarischen Kompetenzen und Mitwirkungsbefugnissen. Die Aufgaben des Präsidiums (§ 5 GOBT) und des Ältestenrates (§ 6 GOBT), auf deren Zusammensetzung sich die Bestimmung der Zahl der Vizepräsidenten auswirkt, stehen nicht im Vordergrund des parlamentarischen Verfahrens. Der Leitung von Bundestags-sitzungen (§ 22 GOBT) durch einen Vizepräsidenten mag in Einzelfällen eine gewisse politische Öffentlichkeitswirksamkeit zukommen. Gleiches gilt für die Vertretung des Bundestagspräsidenten insbesondere bei der Wahrnehmung der ihm nach § 7 Abs. 2 S. 1 und §§ 36 ff. GOBT obliegenden Aufgaben. Sowohl der verfahrensrechtliche als auch der politische Mehrwert, der für eine Fraktion mit der Zuerkennung eines Vizepräsidentenpostens verbunden ist, hält sich jedoch in engen Grenzen. Dies gilt auch für das Ausmaß und das Gewicht der Abweichung vom Grundsatz der gestuften parlamentarischen Gleichbehandlung im Falle der formalen Gleichbehandlung der Fraktionen bei der Zuerkennung der Vizepräsidentenposten unabhängig vom interfraktionellen Stärkeverhältnis.

19 Näher zur alten Willkürformel und zur sog. neuen Formel des BVerfG bei der Prüfung von Art. 3 Abs. 1 GG Detterbeck, *Öffentliches Recht*, 12. Aufl. 2022, Rn. 346 ff. m.w.N.

20 Hierzu BVerfG NVwZ 2022, 629 Rn. 91, 106 f.; Ritzel/Bücker/Schreiner/Winkelmann (Fn. 13), § 2 Anm. I 2b, S. 7.

21 Zu den Aufgaben des Präsidiums näher Ritzel/Bücker/Schreiner/Winkelmann (Fn. 13), § 5; Roll (Fn. 17), § 5.

22 BVerfGE 90, 226 (239); ähnlich BVerfGE 110, 141 (167); 103, 242 (258); 98, 365 (385).

3.3. Verfassungsrechtliche Abgeordnetenfreiheit nach Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG und § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT

3.3.1. Konsequenz des Wahlerfordernisses

Ungeklärt und aus aktuellem Anlass in das Zentrum der Diskussion um das parlamentarische Geschäftsordnungs- und Verfassungsrecht gerückt ist das Verhältnis des freien Abgeordnetenmandats aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG zu § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT. Anlass hierfür ist die wiederholt gescheiterte Wahl der Bundestagsvizepräsidentenkandidaten der drittstärksten Bundestagsfraktion im 19. Deutschen Bundestag, nämlich der AfD-Fraktion. Eine erfolgreiche Wahl kam in der mittlerweile abgelaufenen 19. Wahlperiode nicht zustande. Mit dem Wortlaut von § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT ist dies nicht vereinbar. Die nunmehr vom Bundesverfassungsgericht getroffene Feststellung, § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT gewähre den Fraktionen lediglich ein Recht, einen Abgeordneten zur Wahl für den Posten eines Vizepräsidenten vorzuschlagen,²³ ist ganz offensichtlich unzutreffend.²⁴ Eine solche Auslegung des § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT sprengt auch bei größtmöglicher Breitbildperspektive auf diese Vorschrift ihren Wortlaut. § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT impliziert ein Vorschlagsrecht der Fraktionen, erschöpft sich aber ersichtlich nicht in einem bloßen Vorschlagsrecht. Ein solches Vorschlagsrecht stand den Fraktionen schon vor der Implementierung des § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT am 10.11.1994 zu.²⁵ Erklärtes Ziel der Einfügung dieses zweiten Satzes in § 2 Abs. 1 GOBT war es, jeder Fraktion einen Anspruch auf mindestens einen Vizepräsidentenposten einzuräumen.²⁶ Dass eine solche geschäftsordnungsmäßige Regelung verfassungsrechtlich, etwa durch Art. 40 Abs. 1 S. 1 GG, ausgeschlossen sein könnte, wurde soweit ersichtlich noch nicht behauptet, auch nicht vom Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 22.3.2022.

Allein schon die wiederholte Nichtwahl des von einer Fraktion vorgeschlagenen Vizepräsidentenkandidaten bedeutet aber noch keinen zwingenden Verstoß gegen § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT. Denn weder dieser noch einer anderen Vorschrift der Geschäftsordnung lässt sich entnehmen, dass die Fraktionen einen Anspruch auf Wahl des von ihnen vorgeschlagenen Kandidaten haben. Nicht ohne Grund hat die Geschäftsordnung den Fraktionen kein Vizepräsidenten Bestimmungs- und Besetzungsrecht eingeräumt. Vielmehr schreibt § 2 Abs. 2 GOBT ein demokratischen Grundsätzen entsprechendes Wahlverfahren vor.²⁷ Gegen die unterschiedlichen Mehrheitserfordernisse, die in dieser Vorschrift genannt sind, bestehen keine verfassungsrechtlichen Einwände.

23 BVerfG NVwZ 2022, 640 Rn. 39.

24 Kritisch insoweit auch Hillgruber, JA 2022, 521 (524).

25 Hierzu Steiger, in: Schneider/Zeh, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, 1989, § 25 Rn. 8.

26 BVerfG NVwZ 2022, 629 Rn. 86 ff., 88: „den Fraktionen zugewiesenen ‚Grundmandate‘“; insoweit auch BVerfG NVwZ 2022, 640 Rn. 39; Lovens, ZParl 39 (2008), 18 (22).

27 Insoweit zutreffend BVerfG NVwZ 2022, 640 Rn. 39.

Hintergrund des in § 2 Abs. 2 und 3 GOBT normierten Wahlerfordernisses ist die Überlegung, dass die Repräsentanten des Bundestages, zu denen nicht nur sein Präsident, sondern auch seine Vizepräsidenten gehören, ihre Legitimität durch eine wie auch immer geartete Mehrheitsentscheidung des Bundestages erhalten sollen. Durch das Wahlerfordernis soll verhindert werden, dass dem Bundestag Repräsentanten aufgezwungen werden, die nicht das Vertrauen der Mehrheit genießen. Die Gründe fehlenden Vertrauens sind irrelevant. Sie können persönlicher Art sein, etwa weil dem Kandidaten die fachliche oder charakterliche Eignung abgesprochen wird, aber auch politischer, etwa weil der Kandidat aufgrund extremer politischer Äußerungen auf Ablehnung stößt. Aus diesem Grunde war es weder einfach- noch verfassungsrechtlich zu beanstanden, dass in der 16. Legislaturperiode die Wahl des Vizepräsidentenkandidaten, den die LINKEN-Fraktion zunächst vorgeschlagen hatte, in vier Wahlgängen gescheitert war.²⁸ Gleiches gilt für die endgültig gescheiterte Wahl des Kandidaten, den die AfD-Fraktion zunächst vorgeschlagen hatte.²⁹

3.3.2. Geschäftsordnungsrechtliche Einschränkung der Wahlfreiheit

Das Wahlverweigerungsrecht besteht allerdings nicht uneingeschränkt. Beschränkt ist es zunächst durch § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT. Zwingende Folge dieser Vorschrift ist es, dass die bloße Zugehörigkeit eines Kandidaten zu einer bestimmten Fraktion bei der Vizepräsidentenwahl außer Betracht bleiben muss. Die Ablehnung von Kandidaten aufgrund ihrer bloßen Zugehörigkeit zu einer bestimmten Fraktion ist mit der Normlogik des § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT unvereinbar. Eine gegenteilige Annahme könnte dazu führen, dass einer Fraktion entgegen dem eindeutigen Wortlaut dieser Vorschrift endgültig die Wahl sämtlicher von ihr vorgeschlagenen Kandidaten verweigert wird. Wenn § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT vorschreibt, dass jede Fraktion mit mindestens einem Vizepräsidenten im Präsidium vertreten ist, darf die Wahl eines Kandidaten einer Fraktion, die noch nicht durch einen Vizepräsidenten im Präsidium vertreten ist, nicht wegen der bloßen Fraktionszugehörigkeit dieses Kandidaten verweigert werden.

3.3.3. Vereinbarkeit des § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT mit Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG

Die Anschlussfrage ist, ob die aus § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT folgende grundsätzliche Pflicht zur Wahl eines Vizepräsidentenkandidaten mit dem freien Abgeordnetenrecht des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG vereinbar ist. Denn nach dieser Grundgesetzbestimmung sind die Abgeordneten bei Wahlen und Abstimmungen nur ihrem Gewissen unterworfen. Unabhängig davon, ob zwischen den Gewissensbegriffen des Art. 4 Abs. 1 GG und des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG ein materiell-rechtlicher Unter-

²⁸ Hierzu Ritzel/Bücker/Schreiner/Winkelmann (Fn. 13), § 2 Anm. II 3, S. 10; Darsow, NVwZ 2019, 1013 (1014); Lovens, ZParl 39 (2008), 18 ff.

²⁹ Hierzu Darsow, NVwZ 2019, 1013 (1014).

schied besteht,³⁰ und unabhängig davon, dass die Abgeordneten bei Wahlen und Abstimmungen im Bundestag nicht als grundrechtsberechtigte Jedermann-Bürger agieren,³¹ sondern als Träger spezifischer verfassungsrechtlicher Kompetenzen, besteht hinsichtlich der Bedeutung der Gewissensformel des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG im Ergebnis Einigkeit. Die Gewissensbindung dieser Vorschrift statuiert keinerlei rechtliche, moralische oder anderweitige Verpflichtungen. Sie untermauert lediglich die Auftrags- und Weisungsfreiheit des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG und betont die ungebundene politische Entscheidungsfreiheit des Abgeordneten.³²

Außer Streit steht weiterhin, dass die politische Gewissensfreiheit des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG nicht von der Rechtsbindung dispensiert.³³ Dies gilt zunächst für verfassungsrechtliche Vorgaben. Besteht z.B. eine verfassungsrechtliche Pflicht, ein Gesetz mit einem bestimmten Inhalt zu erlassen oder nicht zu erlassen, verletzen die Abgeordneten, die gegen bzw. für einen entsprechenden Gesetzesvorschlag stimmen, ihre Pflicht zur Beachtung des Verfassungsrechts. Sie handeln objektiv-rechtlich verfassungswidrig. Auf die hiervon zu unterscheidende Frage eines auch schuldhaften Verfassungsverstößes kommt es nicht an. Aus diesem Grunde ist das Bundesverfassungsgericht nicht daran gehindert, auch dann die Pflicht des Bundestages festzustellen, einen Beschluss mit einem ganz bestimmten Inhalt zu fassen, wenn die Mehrheit der Abgeordneten einen derartigen Beschluss abgelehnt hatte.³⁴

Gleiches gilt für das Geschäftsordnungsrecht, jedenfalls soweit es verfassungskonform ist. Die auch geschäftsordnungsrechtliche Bindung der Abgeordneten beruht darauf, dass sie als parlamentarische Hauptakteure notwendige Adressaten des mehrheitlich selbst verordneten parlamentarischen Binnenrechts sind. Andernfalls ginge die in Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG verankerte Geschäftsordnungsautonomie des Bundestages ins Leere. Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht die Bindung der Mitglieder des Bundestages an dessen Geschäftsordnung bestätigt.³⁵ Andererseits ist die Bindung jedes einzelnen Abgeordneten auch an § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT rechtlich nicht durchsetzbar. Eine soweit ersichtlich von niemandem vertretene auch durchsetzbare Pflicht des einzelnen Abgeordneten, eine ganz bestimmte Wahl- oder Abstimmungsentscheidung zu treffen, wäre weder mit der Weisungs-

30 Hierzu Schreiber, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 38 Rn. 184 (Stand: Aug. 2013); Kluth (Fn. 16), Art. 38 Rn. 74; Darsow, NVwZ 2019, 1013 (1014).

31 BVerfGE 118, 277 (327 f.); 43, 142 (148).

32 Klein/Schwarz, in: Dürig/Herzog, GG, Art. 38 Rn. 220 (Stand: Jan. 2021); Magiera (Fn. 8), Art. 38 Rn. 47; Morlok (Fn. 8), Art. 38 Rn. 153.

33 Klein/Schwarz (Fn. 32), Art. 38 Rn. 220; Magiera (Fn. 8), Art. 38 Rn. 47; Morlok (Fn. 8), Art. 38 Rn. 154.

34 Insoweit unberechtigt deshalb der Vorhalt von Berwanger, NVwZ 2021, 1290 (1291) gegenüber dem BVerfG im Hinblick auf eine fehlende „Auseinandersetzung mit Art. 38 I 2 GG“, bzw. Art. 41 II 2 Verf Sachs-Anh. im Rahmen der erfolgreichen Verfassungsbeschwerde öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten gegen das Unterlassen des Landtages Sachsen-Anhalt und damit des Landes Sachsen-Anhalt, dem Ersten Medienstaatsvertrag zuzustimmen.

35 BVerfGE 1, 144 (148); vgl. in diesem Zusammenhang Groh (Fn. 14), GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 40 Rn. 9.

freiheit des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG noch mit der Indemnität des Art. 46 Abs. 1 GG vereinbar – abgesehen von der schon fehlenden rein faktischen Durchsetzbarkeit im Falle geheimer Abstimmung.

3.4. Verfassungsrechtliche Konsequenzen einer Missachtung von § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT

3.4.1. *Kein Verstoß gegen das Demokratieprinzip*

Die weitere Anschlussfrage betrifft die Konsequenzen eines mit § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT unvereinbaren Zustandes. Eine Missachtung der Geschäftsordnung schlägt nicht zwangsläufig in einen Verfassungsverstoß um.³⁶ Da die Geschäftsordnung im Rang unter dem Bundesverfassungsrecht steht, bedeutet eine Missachtung der Geschäftsordnung nur dann einen Verfassungsverstoß, wenn zugleich unmittelbar Verfassungsrecht missachtet wird.

Ein Verstoß gegen § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT stellt keine Missachtung des Demokratieprinzips des Art. 20 Abs. 1 und 2 GG dar. Dies gilt auch für das demokratische Gebot des Schutzes parlamentarischer Minderheiten.³⁷ § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT ist kein zwingendes demokratisches Gebot. Das auch aus dem Demokratieprinzip folgende Gebot, parlamentarischen Minderheiten eine effektive Beteiligung an den parlamentarischen Verfahrensabläufen und Entscheidungsprozessen zu ermöglichen, impliziert keinen verfassungsrechtlichen Anspruch sämtlicher Fraktionen auf mindestens einen Vizepräsidentenposten. Dies ist keine Voraussetzung effektiver parlamentarischer Beteiligung. Im übrigen ist der Begriff der parlamentarischen Minderheit diffus. Ein Verstoß gegen § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT kann theoretisch auch eine Mehrheitsfraktion treffen. In diesem Fall mutiert die leer ausgegangene Mehrheitsfraktion zur Fraktion der Minderheit.

3.4.2. *Verstoß gegen die verfassungsrechtliche Fraktionsgleichheit*

Ein bedingungsloser und ausnahmsloser Entschluss, jedweden Vizepräsidentenkandidaten einer bestimmten Fraktion entgegen § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT ausschließlich deshalb nicht zu wählen, um diese Fraktion politisch zu bekämpfen, verstößt jedoch gegen den Grundsatz der Fraktionsgleichheit. Als notwendige Einrichtungen des Verfassungslebens und maßgebliche Faktoren der politischen Willensbildung³⁸ sowie rechtsfähige Zusammenschlüsse von Abgeordneten (§ 54 Abs. 1 AbgG)³⁹ können sich die Fraktionen auf das aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG abgeleitete Gleichheitsrecht berufen.⁴⁰ Dieses Gleichheitsrecht ist nicht lediglich objektiv-rechtlicher

36 BVerfGE 142, 25 Rn. 79; 123, 186 (234); 29, 221 (233 f.); 1, 144 (151 f.); Brocker, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar, Art. 40 Rn. 271 (Stand: Sept. 2019).

37 Zu diesem Gebot oben 2.

38 BVerfGE 147, 50 Rn. 163; 142, 25 Rn. 97; 112, 118 (135); 80, 188 (219).

39 Näher zur rechtlichen Einordnung Detterbeck (Fn. 19), Rn. 96.

40 BVerfGE 142, 25 Rn. 97; 140, 115 Rn. 92; 135, 317 Rn. 153; 130, 318 (354); 112, 118 (133); 93, 195 (204).

Natur. Vielmehr handelt es sich um ein grundgesetzliches Recht der einzelnen Fraktion, das sie auch prozessual durchsetzen kann.

Zwar gewährleistet dieses Gleichheitsrecht in erster Linie ein Recht auf gleichberechtigte Mitwirkung an der parlamentarischen Willensbildung.⁴¹ Dieses Recht ist durch die Vorenthaltung eines Vizepräsidentenpostens nicht oder bestenfalls nur marginal betroffen. Jedoch ist kein Grund ersichtlich, die Fraktionsgleichheit auf den Bereich der parlamentarischen Willensbildung zu beschränken. Deshalb erstreckt sich die Fraktionsgleichheit auf sämtliche innerparlamentarische Funktionen der Fraktionen.⁴² Hierzu zählt auch die Teilhabe an den Strukturen und Leitungspositionen der parlamentarischen Selbstorganisation.

Unterlegt wird dieses aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG abgeleitete Recht auf Fraktionsgleichheit durch das rechtsstaatliche allgemeine Gleichheitsgebot. Dieses nicht in Art. 3 Abs. 1 GG verankerte, sondern aus dem im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Willkürverbot abgeleitete allgemeine Gleichheitsgebot⁴³ gilt auch im staatsorganisatorischen parlamentarischen Binnenraum.

Das grundgesetzliche Gleichheitsrecht der Fraktionen aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG vermittelt den Fraktionen zwar keinen Rechtsanspruch auf Zuweisung bestimmter parlamentarischer Leitungspositionen lediglich organisationsrechtlicher Art. Hierzu zählen auch die Posten der Bundestagsvizepräsidenten. Werden die Amtsinhaber gewählt, steht den Fraktionen lediglich ein Anspruch auf gleichberechtigte Teilnahme an diesen Wahlen zu. Anders verhält es sich allerdings, wenn das von den Abgeordneten ausgeübte Wahlrecht durch bindendes Geschäftsordnungsrecht dergestalt eingeschränkt ist, dass unter bestimmten Voraussetzungen ein Kandidat der Fraktion gewählt werden muss, und die Abgeordneten diese einschränkende Vorgabe bei der Ausübung ihres Wahlrechts in allen anderen Fällen beachtet haben. Unter dieser Voraussetzung vermittelt die Fraktionsgleichheit jeder Fraktion einen grundgesetzlichen Anspruch darauf, dass die Abgeordneten ihr Wahlrecht auch in ihrem Falle so ausüben wie im Falle der anderen Fraktionen. Wird dieses Gebot im Einzelfall nicht beachtet, wird die betroffene Fraktion im Vergleich zu den anderen Fraktionen ungleich behandelt. So verhält es sich, wenn § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT auf eine bestimmte Fraktion nicht angewendet wird. Damit vermittelt die aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG abgeleitete Fraktionsgleichheit jeder Fraktion ein grundgesetzliches Recht auf Beachtung und Anwendung von § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT.

Eine Durchbrechung des Grundsatzes der Fraktionsgleichheit kann nur durch besondere Gründe von verfassungsrechtlichem Gewicht gerechtfertigt sein.⁴⁴ Nur ein solcher Grund kann auch die Nichtanwendung von § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT rechtfertigen. Die Freiheit des Abgeordneten aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG als solche stellt keinen solchen Rechtfertigungsgrund dar. Denn diese Freiheit ist durch den mehrheitlich beschlossenen § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT und seine Anwendung auf die Vorschläge aller Fraktionen mit nur der hier in Rede stehenden Ausnahme und

41 BVerfGE 135, 317 Rn. 153; NVwZ 2022, 640 Rn. 28.

42 Vgl. Austermann/Waldhoff, Parlamentsrecht, 2020, Rn. 261.

43 Dazu bereits oben 3.1.

44 BVerfGE 142, 25 Rn. 98; vgl. auch BVerfGE 93, 195 (204).

damit durch den verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruch der Fraktionen beschränkt.

Die politischen Ziele und öffentlichen Äußerungen einer Partei, einer ihr zugehörigen Fraktion sowie einzelner Partei- und Fraktionsmitglieder stellen ebenfalls keinen tragfähigen Rechtfertigungsgrund von verfassungsrechtlichem Gewicht dar. Das auf Beachtung und Anwendung von § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT gerichtete Gleichheitsrecht der Fraktionen schließt eine auf politischen Erwägungen beruhende Nichtanwendung dieser Vorschrift gerade aus. Sinn und Zweck von § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT ist es nämlich, alle Fraktionen ungeachtet ihrer politischen Ausrichtung gleich zu behandeln.⁴⁵

Die Nichtanwendung von § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT auf eine Fraktion wegen ihrer politischen Ausrichtung ist deshalb durch keinen besonderen Grund von verfassungsrechtlichem Gewicht gerechtfertigt.⁴⁶ Sie verstößt gegen die Fraktionsgleichheit der betroffenen Fraktion. Wegen der Zielsetzung des § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT, allen Fraktionen ungeachtet ihrer politischen Zielsetzung mindestens einen Vizepräsidentenposten zuzuerkennen, gibt es für die Nichtanwendung dieser Vorschrift auf eine Fraktion gerade wegen ihrer politischen Ausrichtung nicht einmal einen rechtlich anzuerkennenden vernünftigen Grund. Die Nichtanwendung dieser Vorschrift stellt damit sogar eine willkürliche Nichtbeachtung des rechtsstaatlichen allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes dar. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 22.3.2022⁴⁷ die Thematik der Art. 38 Abs. 1 S. 1, Art. 40 Abs. 1 S. 1 GG i.V.m. § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT möglicherweise bewusst nicht juristisch bis zum Ende ausbuchstabiert.

4. Prozessuale Anschlussfragen

4.1. Bundesorganstreit nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG i. V. m. §§ 63 ff. BVerfGG

Verstöße gegen das aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG abgeleitete Gleichheitsrecht können die Fraktionen im Bundesorganstreit nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG i.V.m. §§ 63 ff. BVerfGG geltend machen. Wird das Gleichheitsrecht einer Fraktion dadurch verletzt, dass sie bei der Wahl der Bundestagsvizepräsidenten entgegen § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT nicht zum Zuge kommt, ist der Antrag gegen den Bundestag zu richten. Er muss sich das Verhalten der Abgeordneten, die entgegen der Vorgabe des § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT abgestimmt haben, zurechnen lassen. Der Indemnitätsschutz der einzelnen Abgeordneten aus Art. 46 Abs. 1 GG erstreckt sich nicht auf den Bundestag als solchen. Diese Vorschrift schützt die Abgeordneten davor, wegen einer Abstimmung im Bundestag persönlich außerhalb des Bundestages zur Verantwortung gezogen zu werden und damit auch vor einer gerichtlichen Inanspruchnahme.

⁴⁵ Dazu bereits oben 3.3.2.

⁴⁶ So Darso, NVwZ 2019, 1013 (1015 f.) zur Nichtanwendung von § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT auf die AfD-Bundestagsfraktion.

⁴⁷ BVerfG NVwZ 2022, 640 ff.; vgl. zu dieser Thematik auch BVerfG NVwZ 2022, 629 ff.

Art. 46 Abs. 1 GG stellt die Abgeordneten aber nicht von ihrer Pflicht zur Beachtung des Verfassungsrechts frei. Er schließt auch nicht aus, dass dem Bundestag verfassungswidriges Verhalten der Abgeordneten(-Mehrheit) zugerechnet wird und er hierfür vor dem Bundesverfassungsgericht zur Verantwortung gezogen wird.⁴⁸

Dementsprechend ist das Bundesverfassungsgericht weder durch die Abgeordnetenfreiheit des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG noch durch den Indemnitätsschutz des Art. 46 Abs. 1 GG daran gehindert, in einem Organstreitverfahren gem. § 67 S. 1 und 2 BVerfGG festzustellen, dass die Weigerung des Bundestages, Kandidaten einer bestimmten Fraktion für das Amt eines Bundestagsvizepräsidenten nicht zu wählen, gegen die Fraktionsgleichheit des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG verstößt.⁴⁹ Die Feststellung einer diesbezüglichen Wahlpflicht darf jedoch nur in den Entscheidungsgründen erfolgen. Da die Fraktionen keinen Anspruch auf Wahl eines ganz bestimmten von ihnen vorgeschlagenen Kandidaten haben, muss sich eine bundesverfassungsgerichtliche Entscheidung auf die Feststellung beschränken, dass die generelle Weigerung des Bundestages, einen Kandidaten der Fraktion zu wählen, gegen Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG verstößt. Dem Bundestag und seinen Abgeordneten obliegt es dann, diesen festgestellten verfassungswidrigen Zustand zu beenden.⁵⁰

4.2. Möglichkeiten des § 35 BVerfGG

Fraglich ist, ob das Bundesverfassungsgericht im Falle der Feststellung eines Verfassungsverstößes Anordnungen nach § 35 BVerfGG treffen darf, wie der festgestellte Verfassungsverstoß zu beseitigen ist. § 35 BVerfGG wird vom Bundesverfassungsgericht und der überwiegenden Literatur sehr weit verstanden. Dem Bundesverfassungsgericht wird die Befugnis zugesprochen, auch Anordnungen zum Zwecke der Beseitigung festgestellter Verfassungsverstöße zu erteilen;⁵¹ dementsprechend gelangt § 35 BVerfGG in sämtlichen Verfahrensarten und damit auch im Organstreitverfahren zur Anwendung.⁵²

Ob das Bundesverfassungsgericht von § 35 BVerfGG Gebrauch macht und welche Folgeanordnungen es trifft, liegt allerdings in seinem Ermessen. Gelegentlich macht das Bundesverfassungsgericht von seinem Ermessen einen sehr extensiven Gebrauch. So hat es unlängst in einem Verfassungsbeschwerdeverfahren zunächst festgestellt, dass die Unterlassung des Landtages eines Landes und damit des Landes, einem Medienstaatsvertrag zuzustimmen, in dem die Erhöhung des

48 Vgl. zur ähnlich gelagerten staatshaftungsrechtlichen Thematik des § 839 BGB, Art. 34 GG Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 20. Aufl. 2022, Rn. 1070.

49 Zur Abgeordnetenfreiheit in diesem Zusammenhang oben 3.3.3.

50 BVerfGE 159, 14 Rn. 25; 155, 357 Rn. 39; vgl. auch Hillgruber, JA 2022, 521 (524).

51 Zuletzt BVerfGE 158, 389 Rn. 113 ff. im Verfassungsbeschwerdeverfahren zum Zwecke der Beseitigung der Folgen einer vom BVerfG festgestellten Verfassungsverletzung durch Unterlassen; Bethge, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 35 Rn. 5 ff. (Stand: Juni 2019); Barczak, in: Barczak, BVerfGG, 2018, § 35 Rn. 5.

52 Bethge (Fn. 51), § 35 Rn. 6; Lenz/Hansel, BVerfGG, 3. Aufl. 2020, § 35 Rn. 2.

Rundfunkbeitrages um einen bestimmten Betrag vereinbart wurde, gegen die Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG verstößt.⁵³ Im Anschluss hieran hat es die Anwendung des Medienstaatsvertrages und damit die Erhöhung des Rundfunkbeitrages bis zur Zustimmung des bislang untätig gebliebenen Landtages im Wege einer Zwischenregelung auf der Grundlage des § 35 BVerfGG angeordnet.⁵⁴

Geeignete Anordnungen nach § 35 BVerfGG zur Beseitigung der Folgen einer im Organstreitverfahren festgestellten Verletzung der Fraktionsgleichheit durch die Weigerung des Bundestages, einen Vizepräsidentenkandidaten der antragstellenden Fraktion zu wählen, sind deshalb nicht ausgeschlossen. Ausgeschlossen ist allerdings die Anordnung, den nächsten von der Fraktion gewählten Kandidaten zu wählen. Dies wäre ein zu weitgehender Eingriff in die parlamentarische Autonomie des Bundestages und seiner Abgeordneten; im Übrigen wäre eine solche Anordnung nicht durchsetzbar. Möglich wären allerdings Anordnungen verfahrensrechtlicher Natur, die eine zeitnahe Wahl eines von der Fraktion vorgeschlagenen Vizepräsidentenkandidaten sicherstellen. Einen Anspruch auf derartige verfahrensrechtliche Anordnungen vermittelt Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG i.V.m. § 2 Abs. 1 S. 2 GOBT einer Fraktion, die durch den Bundestag in ihrem parlamentarischen Gleichbehandlungsrecht verletzt ist, jedoch nicht.⁵⁵

Die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts, eine entsprechende einstweilige Anordnung im Eilverfahren nach § 32 BVerfGG komme schon deshalb nicht in Betracht, weil eine solche (Folge-)Anordnung im Hauptsacheverfahren ausgeschlossen sei,⁵⁶ überzeugt nicht. Dies umso mehr nicht, als das Bundesverfassungsgericht sich bereits im Hauptsacheverfahren eines Organstreits nicht auf die bloße Feststellung des Verfassungsverstößes beschränkt hat, sondern sogar in der Entscheidungsformel eine Handlungspflicht des Bundestages – erneute Beschlussfassung nach Maßgabe der Entscheidungsgründe – festgestellt hat.⁵⁷ Diese Tenorierung stellt zwar einen Sonderfall dar.⁵⁸ Denn § 67 BVerfGG sieht für das Bundesorganstreitverfahren nur Feststellungsentscheidungen vor. Dieser Umstand schließt indes bundesverfassungsgerichtliche einstweilige Anordnungen nach § 32 BVerfGG, die Verfahrensbeteiligten und anderen Sachverhaltsbeteiligten⁵⁹ ganz bestimmte Handlungspflichten auferlegen, keineswegs aus.⁶⁰ § 67 BVerfGG schlägt auf den möglichen Inhalt einstweiliger Anordnungen in Organstreitigkeiten nicht

53 BVerfGE 158, 389 Rn. 74.

54 BVerfGE 158, 389 Rn. 113 f.

55 Insoweit zutreffend BVerfG NVwZ 2022, 640 Rn. 26; siehe auch Lovens, ZParl 39 (2008), 18 (25) – mit Lösungsvorschlag de lege ferenda, 27 ff.

56 So BVerfGE 159, 14 Rn. 24 f., 30; ebenso die Argumentation von BVerfGE 155, 357 Rn. 38 ff., 41.

57 BVerfGE 112, 118 (118; da auch 147 f.); hierzu näher Barczak (Fn. 51), § 67 Rn. 4, der auf die Möglichkeit der Feststellung konkreter Handlungspflichten in den Gründen einer Entscheidung im Organstreit verweist.

58 So die zutreffende Einordnung von BVerfGE 136, 277 Rn. 64; 124, 161 (188).

59 Hierzu Graßhof, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 32 Rn. 168 (Stand: Juli 2002).

60 So aber die primäre Argumentation von BVerfGE 159, 14 Rn. 24 f., 30; 155, 357 Rn. 38 ff.

durch.⁶¹ Dies belegt auch eine bundesverfassungsgerichtliche Eilentscheidung jüngeren Datums.⁶² Hinzu kommt, dass das Bundesverfassungsgericht auch in Hauptsacheverfahren, für die das Bundesverfassungsgerichtsgesetz nur Feststellungsentscheidungen zulässt, von der Möglichkeit des § 35 BVerfGG regen Gebrauch macht und überschießende Anordnungen trifft, die nicht nur in dieser Hinsicht weit außerhalb des gesetzlichen Rahmens möglicher Hauptsacheentscheidungen liegen.⁶³ Eine ganz andere Frage ist es allerdings, dass die Ablehnung des Erlasses einer einstweiligen Anordnung auch auf andere Gründe als einen (angeblich) fehlenden Gleichlauf mit einer möglichen Hauptsacheentscheidung gestützt werden kann, wie insbesondere die fehlende Dringlichkeit einer einstweiligen Anordnung.⁶⁴

4.3. Prozessuale Folgen des Diskontinuitätsgrundsatzes

Prozessuale Anschlussfragen vornehmlich rechtstechnischer Natur stellen sich, wenn das Bundesverfassungsgericht über einen entsprechenden Antrag einer Fraktion im Organstreitverfahren nicht innerhalb der laufenden Legislaturperiode entschieden hat. Nach Zusammentritt des neuen Bundestages endet die Wahlperiode des alten Bundestages, Art. 39 Abs. 1 S. 2 GG. Damit erledigt sich nach Maßgabe des Grundsatzes der formellen und materiellen Diskontinuität der Antragsgegenstand des Organstreits. Dies führt indes nicht zwingend zur Unzulässigkeit des Organstreits. Die Gefahr künftiger möglicher gleichgelagerter Verfassungsverstöße (Wiederholungsgefahr) oder das Bedürfnis nach Klärung bislang noch nicht entschiedener verfassungsrechtlicher Fragen von einzelfallübergreifender Relevanz begründen das für die Fortsetzung des Organstreitverfahrens erforderliche Rechtsschutzbedürfnis.⁶⁵ Umstritten ist die Frage, wer den Organstreit auf der Antragstellerseite fortsetzt. Wird die alte, nunmehr nicht mehr existierende Fraktion als fortbestehend fingiert, oder tritt die Nachfolgefraktion prozessual an die Stelle ihrer Vorgängerin? Das vielfach favorisierte zweite Modell ist jedenfalls nicht praktikabel, wenn keine entsprechende Nachfolgefraktion existiert. Dogmatisch vorzugswürdig in allen Fällen ist deshalb das zuerst genannte Modell.⁶⁶ Dagegen lässt der Diskontinuitätsgrundsatz die Parteifähigkeit eines verfahrensbeteiligten ständigen Kollegialorgans unberührt. Ein personeller Organwalterwechsel wirkt sich nicht auf seine Parteifähigkeit aus. Antragsgegner eines laufenden Bundesorganstreits zwischen einer Fraktion und dem Bundestag ist mit dem erstmaligen Zusammentritt des neu gewählten Bundestages (Art. 39 Abs. 1 S. 2 GG) der Bundestag in der aktuellen Zusammensetzung.⁶⁷

61 Nahezu wörtlich Barczak (Fn. 51), § 67 Rn. 6, § 32 Rn. 77; ebenso Graßhof (Fn. 59), § 32 Rn. 167.

62 BVerfGE 140, 225 (225, Tenor Ziffer 1).

63 Bemerkenswert BVerfGE 158, 389 Rn. 113 ff.

64 Hierzu BVerfGE 159, 14 Rn. 33 ff.

65 Detterbeck, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 93 Rn. 50a m.w.Nw.

66 Detterbeck (Fn. 65), Art. 93 Rn. 46 Fn. 312 m.Nw. pro et contra.

67 Bethge (Fn. 51), § 63 Rn. 81 (Stand: Juli 2016); Detterbeck (Fn. 65), Art. 93 Rn. 46 Fn. 312; so ersichtlich auch die Konzeption von BVerfGE 4, 144 (152).

Literaturverzeichnis

- Austermann, Ph./Waldhoff, Chr., Parlamentsrecht, 2020.
- Barczak, T., BVerfGG, 2018.
- Berwanger, J., Entscheidungsanmerkung, in: NVwZ 2021, S. 1290–1291.
- Blum, P., Leitungsorgane, in: Morlok, M., Schliesky, U., Wiefelspütz, D. (Hrsg.), Parlamentsrecht, 2016, § 21.
- Darsow, Th., Über die Grenzen des Gutgemeinten – zum Wahlgeschehen eines Vizepräsidenten des Deutschen Bundestages, in: NVwZ 2019, S. 1013–1016.
- Detterbeck, S., Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsverfahren, 20. Aufl. 2022.
- Detterbeck, S., Öffentliches Recht, 12. Aufl. 2022.
- Dreier, H. (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015.
- Dürig, G./Herzog, R./Scholz, R. (Begr., Hrsg.), Grundgesetz, Loseblatt, Stand: 98. Lfg. März 2022.
- Friauf, K. H./Höfling, W. (Begr., Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, Stand: Februar 2022.
- Hillgruber, Christian, Entscheidungsaufbereitung, in: JA 2022, S. 521–524.
- Jarass, H./Pieroth, B. (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 2022.
- Kahl, W./Waldhoff, Chr./Walter, Chr. (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, Stand: 216. Lfg. August 2022.
- Lenz, Chr./Hansel, R., Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 3. Aufl. 2020.
- Lovens, S., Der Bundestag zwischen Wahl und Entsendung zu seinem Präsidium: die Causa Bisky, in: ZParl 39 (2008), S. 18–29.
- Münch v., J./Kunig, Ph. (Begr.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1 u. 2, 7. Aufl. 2021.
- Reimer, E./Groß, J., „Mehr Qual als Wahl“, in: JA 2022, S. 930–938.
- Ritzel, H./Bücker, J./Schreiner, H./Winkelmann, H. (Hrsg.), Handbuch der parlamentarischen Praxis, Loseblatt, Stand: 34. Lfg. 10.6.2021.
- Roll, H.-A., Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages, 2001.
- Sachs, M. (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Aufl. 2021.
- Schmidt, Th., Die Geschäftsordnungen der Verfassungsorgane als individuell-abstrakte Regelungen des Innenrechts, in: AöR 128 (2003), S. 608–648.
- Schmidt-Bleibtreu, B./Klein, B./Bethge, H. (Begr., Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Loseblatt, Stand: 61. Lfg. Juli 2021.
- Schmidt-Bleibtreu, B./Hofmann, H./Henneke, H.-G. (Begr., Hrsg.), Grundgesetz, 15. Aufl. 2022.
- Schneider, H.-P./Zeh, W., Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, 1989.
- Troßmann, H., Parlamentsrecht des Deutschen Bundestages, 1977.
- Will, M., Staatsrecht I, 2021.

Tres faciunt collegium – Paul Krüger im Streit um „Minderheitenrechte“ auf Durchführung einer Vorlesung an der Juristischen Fakultät der Universität Marburg

Constantin Willems

Abstract Deutsch

Im Sommersemester des Jahres 1871 kam es an der Juristischen Fakultät der Marburger Universität zu einem kuriosen Zwischenfall: Professor Paul Krüger geriet mit Rektor August Ubbelohde in einen Streit über die Frage, inwiefern er verpflichtet sei, eine Vorlesung für lediglich zwei Zuhörer anzubieten. Der Beitrag geht anhand dieser Episode dem Satz *tres faciunt collegium* durch Rechts- und Universitätsgeschichte nach.

Abstract English

In the summer term of 1871, an odd incident kept Marburg's law faculty occupied: Professor Paul Krüger got into a dispute with rector August Ubbelohde about the question whether he was obliged to lecture in front of only two students. At the occasion of this very episode, this paper traces the sentence *tres faciunt collegium* through legal and university history.

1. Einleitung

Im Sommersemester des Jahres 1871 kam es an der Juristischen Fakultät der Marburger Universität zu einem kuriosen Zwischenfall. *Paul Krüger*,¹ heute vor allem bekannt für seine Quelleneditionen zum römischen Recht,² seit Ende 1870

- 1 1840–1926; zu diesem neben der Autobiographie *Paul Krüger*, Paul Krüger, in Hans Planitz (Hrsg.), *Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, Bd. 2, Leipzig 1925, 152–169 namentlich *Ernst Landsberg*, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, 3. Abteilung, 2. Halbband, Text, Berlin 1910, 880–882 und zur Biographie 369 f. Fn. 2; *Fritz Schulz*, Paul Krüger †, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Romanistische Abteilung* 47 (1927), IX–XXXII; *Franz Gundlach*, *Catalogus professorum academiae Marburgensis*, Bd. 1, Marburg 1927, 134 f. (Nr. 215) und zuletzt *Peter Riedlberger/Isabel Niemöller*, Paul Krüger, Theodor Mommsen, and the Theodosian Code, *Roman Legal Tradition* 17 (2021), 1–112. Ein Bildnis aus der Bildsammlung Marburger Professoren am kunsthistorischen Institut der Marburger Universität ist abgedruckt bei *Johannes Gottlieb Klingelhöfer*, *Die Marburger Juristenfakultät im 19. Jahrhundert*, Marburg u.a. 1972, 107.
- 2 Namentlich der *editio stereotypa* der Institutionen Justinians (*Corpus Iuris Civilis I: Institutiones*, ed. *Paul Krüger*; *Digesta*, ed. *Theodor Mommsen*, 16. Aufl., Berlin 1954), der *editio maior* der Digesten Justinians (*Digesta Iustiniani Augusti*, edd. *Theodor Mommsen/Paul Krüger*, 2 Bde., Berlin 1870), der *editio maior* von Justinians Codex (*Codex Iustinianus*, ed. *Paul Krüger*, 2 Bde., Berlin 1877) und der *editio stereotypa*

außerordentlicher und ab Herbst 1871 ordentlicher Professor am institutionellen Vorgänger des Fachbereichs, dem der mit dieser Festschrift geehrte Jubilar von April 1995 bis März 2016 im aktiven Dienst angehörte, konnte – wie er in seiner Autobiographie berichtet³ – nur zwei Studierende dazu erwärmen, sich für seine Pandektenvorlesung zu melden. Gleichwohl ließ sich *Krüger* nicht entmutigen und konnte die Vorlesung ohne Verluste im Auditorium durch das Semester bringen. *Krüger* berichtet über den weiteren Vorgang wie folgt:

„Inzwischen mußte aber dem Dekan der Fakultät *Ubbelohde* gemeldet sein, daß ich Bedenken trüge, die Vorlesung zu halten. Ohne sich mit mir über den Tatbestand zu benehmen, schrieb er mir, ich sei verpflichtet vor zwei Zuhörern zu lesen, vermutlich in der Annahme, für Marburg gelte der Satz: ‚tres faciunt collegium‘ nicht. Meine Kollegen bestritten die Verpflichtung und ich fragte beim Ministerium an, ob die Auffassung des Dekans berechtigt sei, erhielt jedoch keine Antwort. Das Ministerium scheint aber daraus den Schluß gezogen zu haben, daß ich ein Störenfried im Kollegium sei; denn als ich zu Ende 1872 einen Ruf nach Innsbruck erhielt und dies meldete, wurde mir geschrieben, daß man meinem Weggang kein Hindernis in den Weg legen würde.“⁴

Auch dass das Kollegium der Marburger Fakultät – so berichtet *Krüger* weiter – geschlossen das Ministerium ersuchte, mit einem Bleibangebot dem Angebot aus Österreich zumindest gleichzuziehen, führte nicht zu einem für *Krüger* akzeptabel erscheinenden Kompromiss, sodass dieser sich gezwungen sah, nach Innsbruck zu wechseln, wobei er – den Jubilar wird es freuen – „nur ungern vom lieblichen Marburg Abschied“ nahm,⁵ wo er zuvor „Am Barfüßerthor“⁶ ein Zimmer gemietet⁷ hatte.

von Justinians Codex (Corpus Iuris Civilis II: Codex Iustinianus, ed. *Paul Krüger*, 11. Aufl., Berlin 1954), ferner der Gaius-Institutionen (*Paul Krüger/Wilhelm Studemund*, Gai Institutiones, 7. Aufl., Berlin 1923) und einer Sammlung vorjustinianischer Quellen, die unter anderem die Pauli Sententiae, die Epitome Ulpiani, die Fragmenta Vaticana, die Collatio legum Mosaicarum et Romanarum und die Codices Gregorianus et Hermogenianus enthält (*Paul Krüger* u.a. [Hrsg.], Collectio librorum iuris antejustinianiani, Bd. 2 und 3, Berlin 1878 und 1890); hinzukommt die unvollendet gebliebene eigene Edition des Codex Theodosianus (Codex Theodosianus, ed. *Paul Krüger*, 2 Bde., Berlin 1923–1926; hierzu und zu Krügers Beitrag zu Mommsens Edition des Theodosianus nunmehr ausführlich *Riedlberger/Niemöller* [Fn. 1], 1–112). Den einzelnen Quellen konzise *Bastian Zahn*, Einführung in die Quellen des römischen Rechts, JURA 2015, 448–458.

3 *Krüger* (Fn. 1), 163 f.; dazu knapp *Schulz* (Fn. 1), XVI mit Fn. 3, *Klingelhöfer* (Fn. 1), 102, *Andrea-Sabine Jacobi*, Ludwig Ennereccus 1843–1928, Rechtswissenschaftler und nationalliberaler Parlamentarier. Eine politische Biographie, Hamburg 1999, 34 f. und *Riedlberger/Niemöller* (Fn. 1), 11 f.

4 *Krüger* (Fn. 1), 164. *Schulz* (Fn. 1), XVI, Fn. 3 paraphrasiert dies knapp als „einen Konflikt in Marburg mit Ubbelohde“.

5 *Krüger* (Fn. 1), 164.

6 Verzeichnis des Personals und der Studierenden auf der Königlich Preussischen Universität Marburg im Sommer-Semester 1871. Nebst Angabe ihrer Wohnungen, Marburg 1871, 4.

7 *Krüger* (Fn. 1), 164 bezeichnet „den nahe befreundeten Kollegen Karl Justi“ – „Doctor und ordentlicher Professor der Philosophie“, wohnhaft „vor dem Barfüßer Thor“,

Gewisse Unklarheiten bestehen in der Literatur hinsichtlich des genauen Zeitpunkts der Kontroverse. *Paul Krüger* bezieht sich auf seine „Pandektenvorlesung im Sommer 1871“,⁸ zugleich ist aber davon die Rede, dass *Ubbelohde* Dekan der Fakultät gewesen sei.⁹ *August Ubbelohde* (1833–1898)¹⁰ war allerdings im Jahre 1871 Rektor der Universität Marburg und erst wieder 1872 Dekan ihrer Juristischen Fakultät.¹¹ Teilweise wird daher aufgrund der Bezeichnung *Ubbelohdes* als Dekan angenommen, dass die Kontroverse sich im Sommer 1872 abspielte.¹² Jedoch erscheint diesbezüglich ein Versehen Krügers hinsichtlich des von *Ubbelohde* zur Zeit der Kontroverse bekleideten Amts wahrscheinlicher: Wenn *Ubbelohde* das Schreiben in seiner Eigenschaft als (der Fakultät entstammender) Rektor verfasste, würde dies erklären, warum sich *Krüger* unmittelbar ans Ministerium und nicht zunächst hausintern ans Rektorat wandte. Gegen eine Verortung im Sommer 1872 spricht ferner, dass *Krüger* im Sommersemester 1872 gar keine Pandektenvorlesung anbot, sondern „Uebungen in der Exegese der vorjustinianischen Rechtsquellen“ abhielt sowie „Rechtsgeschichte und Institutionen des römischen Privatrechts“ las, während die Pandektenvorlesung im Sommer 1872 vielmehr von *Ubbelohde* selbst angeboten wurde.¹³ Im Vorlesungsverzeichnis für das Sommersemester 1871 heißt es dagegen explizit in der deutschen Fassung: „Pandekten liest Prof. *Krüger* 10 bis 12 Uhr 6 T.“;¹⁴ es handelte sich also modern gesprochen um eine Vorlesung

vgl. Verzeichnis des Personals und der Studierenden auf der Königlich Preussischen Universität Marburg im Sommer-Semester 1871. Nebst Angabe ihrer Wohnungen, Marburg 1871, 6 – mit „mein Stubennachbar“.

8 *Krüger* (Fn. 1), 163.

9 *Krüger* (Fn. 1), 164.

10 Zu diesem *Ernst Landsberg*, s.v. *Ubbelohde*, August, in: Allgemeine Deutsche Biographie, Bd. 54, Leipzig 1908, 724–725; *Gundlach* (Fn. 1), 133 f. (Nr. 214). Der nicht zuletzt als Illustrator der Märchen der Brüder Grimm bekannte (vgl. *Robert Riemann* (Hrsg.), Kinder und Hausmärchen gesammelt durch die Brüder Grimm. Mit 446 Illustrationen von *Otto Ubbelohde*, 3 Bde., Leipzig 1907–1912) Maler *Otto Ubbelohde* war sein Sohn, vgl. *Philip Peter Schmidt*, Es war einmal ...: Bibliographisches zum Leben und zu den Illustrationen von *Otto Ubbelohde*, 2. Aufl., Berlin 1997, 16.

11 Vgl. *Gundlach* (Fn. 1), 134 (Nr. 214); eine Liste der Dekane der Marburger Juristenfakultät zwischen 1526 und 1882 findet sich ferner bei *Gerhard Pätzold*, Die Marburger Juristenfakultät als Spruchkollegium, Marburg 1966, 144–146.

12 So namentlich *Klingelhöfer* (Fn. 1), 102.

13 Vgl. Verzeichnis der Vorlesungen, welche im Sommerhalbjahre 1872 vom 15. April bis 15. August auf der Universität zu Marburg gehalten werden sollen, Marburg 1872, 11 f.

14 Verzeichnis der Vorlesungen, welche im Sommerhalbjahre 1871 vom 17. April bis 15. August auf der Universität zu Marburg gehalten werden sollen, Marburg 1871, 12: „Uebungen in der Pandektenexegese leitet Prof. *Krüger* 1 T. in noch zu bestimmender Zeit öffentlich. [...] Pandekten liest Prof. *Krüger* 10 bis 12 Uhr 6 T.“; ferner die Indices lectionum et publicarum et privatarum quae in Academia Marpurgensi per semestre aestivum inde a d. xvii. m. Aprilis usque ad d. xv. m. Augusti MDCCCLXXI habenda proponuntur, Marburgi 1871, 3: „PAULUS KRUEGER, I. U. Dr. et P. P. E., 1) publice exercitationes exegeticas moderabitur hora definienda; 2) privatim pandectas quotidie docebit h. x-xii.“

im Umfang von zwölf Semesterwochenstunden. Mithin ist davon auszugehen, dass der Fall tatsächlich, wie es *Krüger* schreibt, im Sommer 1871 und damit in seinem ersten Semester in Marburg zu verorten ist.

Ein Grund für den besonders schlechten Besuch seiner Vorlesung mag gewesen sein, dass dieselbe Vorlesung auch von einem arrivierten Kollegen angeboten wurde, und das im gleichen Zeitfenster:¹⁵ *Conrad Büchel* (1800–1875), Alumnus der Marburger Juristischen Fakultät, war nach seiner Promotion in Marburg 1828 zunächst Privatdozent, sodann seit 1838 außerordentlicher und seit 1843 ordentlicher Professor für römisches Recht an seiner Alma Mater; 1870 wurde er von seinen Pflichten entbunden¹⁶ – hier wussten die Studierenden also, anders als bei dem erst mitten im vorherigen Semester als „Listenplatz drei“ an die Universität gekommenen *Krüger*,¹⁷ der diese Vorlesung erstmals anbot, worauf sie sich einließen. Zudem ist, um den Vergleichsmaßstab zu eröffnen, aber vor allem darauf hinzuweisen, dass an der Marburger Juristischen Fakultät im Sommersemester 1871 insgesamt auch „nur“ 21 Studenten eingeschrieben waren,¹⁸ was die Teilnehmerzahl von *Krügers* Vorlesung ebenfalls in einem anderen Licht erscheinen lässt.

Diese Episode – die einzige, die *Paul Krüger* aus seiner Marburger Zeit in seiner Autobiographie für erwähnenswert erachtet – soll den Anlass bieten, im Rahmen dieses Beitrags der Frage einer besonderen Facette von „Minderheitenrechten“ im universitären Kontext nachzugehen, die in dieser anklingt: der Regel *tres faciunt collegium*.

15 Vgl. Verzeichnis der Vorlesungen, welche im Sommerhalbjahre 1871 vom 17. April bis 15. August auf der Universität zu Marburg gehalten werden sollen, Marburg 1871, 12: „Pandekten liest nach Puchta Prof. *Büchel* 10 bis 12 Uhr 6 T.“ Eine solche Parallelität von Vorlesungen wäre bereits nach den alten Statuten der Universität Marburg von 1560 übrigens zu verhindern gewesen; dort hieß es in Cap. 27 („Von dem vleiß im vorlesen“) unter 4.: „Und sollen die stund dermassen ausgetheylet werden, das keyner dem andern ein hindernus sey und das dem zuhörer gerhaten wird und bequem sey, wie es denn heut des tags getheilet ist.“ Siehe *Hans Georg Gundel*, Die Statuten der Universität Marburg von 1560, in: Walter Heinemeyer/Thomas Klein/Hellmut Seyer (Hrsg.), *Academia Marburgensis. Beiträge zur Geschichte der Philipps-Universität Marburg*, Marburg 1977, 111–179, 167.

16 Vgl. *Gundlach* (Fn. 1), 130 (Nr. 207).

17 *Krüger* war hinter *Franz Peter Bremer* (1832–1916; Ernennung zum ordentlichen Professor des römischen Rechts in Marburg am 29. Januar 1870; trat sein Amt in Marburg jedoch nie an, sondern wurde schon im April 1870 zum ordentlichen Professor des römischen Rechts in Kiel ernannt) und *Christian David Rudolf Schlesinger* (1831–1912; wurde am 20. Juni 1870 zum 1. Oktober des Jahres zum Ordinarius in Marburg ernannt, trat die Stelle in Marburg jedoch nie an, sondern wurde im Oktober 1870 Oberappellationsrat am Oberappellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands in Lübeck) gleichsam nur „dritte Wahl“ gewesen; vgl. *Gundlach* (Fn. 1), 134.

18 So das Verzeichnis des Personals und der Studierenden auf der Königlich Preussischen Universität Marburg im Sommer-Semester 1871. Nebst Angabe ihrer Wohnungen, Marburg 1871, 18 [unpaginiert].

2. Der Ausgangspunkt: *tres faciunt collegium* im römischen Recht

Bei der Regel *tres faciunt collegium*, die auch Paul Krüger in seiner Autobiographie anspricht,¹⁹ handelt es sich um eines der bekannten „Rechtsalterthümer“.²⁰ Die Regel findet sich bereits in römischer Zeit. Schon Cicero berichtet, dass das vom Priesterkollegium der *pontifices* Statuierte als wirksam angesehen wurde, wenn drei seiner Mitglieder dies festsetzten.²¹

Wörtlich findet sich die Regel in einem in den Digesten bzw. Pandekten²² Kaiser Justinians²³ aus dem 6. Jh. n.Chr. überlieferten Fragment aus dem ebenfalls mit Digesten betitelten Werk des klassischen römischen Juristen *Ulpus Marcellus* (2. Jh. n.Chr.)²⁴.

Marcell. 1 dig. D. 50.16.85

Neratius Priscus tres facere existimat 'collegium', et hoc magis sequendum est.

Neratius Priscus glaubt, dass drei ein „*collegium*“ ausmachen, und dies ist eher zu befolgen.

Berichtet wird also jedenfalls indirekt von einer Juristenkontroverse: *magis sequendum est* impliziert, dass im Kreise der römischen Juristen auch (zumindest) eine andere Ansicht vertreten wurde.²⁵ *Marcellus* folgt der Ansicht von *Neraz* (2. Jh. n.Chr.)²⁶, dass drei Personen ein *collegium* ausmachen, also einen Verein.²⁷ Ein

19 Krüger (Fn. 1), 164.

20 Vgl. Jacob Grimm, Deutsche Rechtsalterthümer, 4. Ausg., Bd. 1, Leipzig 1899, 286. Zur Begriffsgeschichte der Rechtsaltertümer Dieter Werkmüller, s.v. Rechtsaltertümer, in: Adalbert Erler/Ekkehard Kaufmann/Ruth Schmidt-Wiegand (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 1. Aufl., Bd. 4, Berlin 1990, Sp. 265–268.

21 Cic. har. resp. 12: *Quod tres pontifices statuissent, id semper populo Romano, semper senatui, semper ipsis dis immortalibus satis sanctum, satis augustum, satis religiosum esse visum est* – Was drei Priester festgesetzt haben, das ist immer dem römischen Volk, immer dem Senat, immer den unsterblichen Göttern selbst unantastbar genug, erhaben genug, heilig genug erschienen. Siehe dazu Anna Seelentag, *Ius pontificium cum iure civili coniunctum*: das Recht der Arrogation in klassischer Zeit, Tübingen 2014, 86, mit Fn. 47.

22 Zu diesem Werk knapp Zahn (Fn. 2), 450–452.

23 Zu diesem knapp Constantin Willems, Justinian – ein „Nachruf“, Jura 2016, 1241–1245.

24 Zu diesem nur Detlef Liebs, Ulpus Marcellus, in: Klaus Sallmann (Hrsg.), Die Literatur des Umbruchs. Von der römischen zur christlichen Literatur, 117 bis 284 n.Chr., München 1997, 108–112; Berthold Kupisch, s.v. Marcellus, in: Michael Stolleis (Hrsg.), Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, München 2001, 418–419.

25 Dazu Andreas Groten, *Corpus und universitas*: Römisches Körperschafts- und Gesellschaftsrecht zwischen griechischer Philosophie und römischer Politik, Tübingen 2015, 380; ferner zur Behandlung dieses Aspekts durch Cosimo Cascione in seinem Vortrag mit dem Titel *Tres faciunt collegium* im Tagungsbericht von Rosaria Mazzola, *Umanità, potere e giustizia*. In ricordo di Francesco Salerno, Index 47 (2019), 640–646, 644.

26 Zu diesem etwa Tomasz Giaro, s.v. Neratius [5], in: Der Neue Pauly, Bd. 8, Stuttgart 2000, Sp. 845; Rolf Knütel, s.v. Neratius, in: Michael Stolleis (Hrsg.), Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, München 2001, 465–466.

solches *collegium* konnte im römischen Recht verschiedene Zwecke verfolgen, namentlich öffentlich-rechtliche bzw. sakralrechtliche: Die Quellen berichten etwa von Begräbnis- und Kultvereinen, Staats- und Steuerpachtvereinen²⁸ oder Berufsverbänden.²⁹ Der große Romanist *Max Kaser* nimmt an, der Grund für das Erfordernis einer Anzahl von drei Personen sei darin zu sehen, dass erst dann „ein Mehrheitsbeschluß möglich ist“.³⁰

Jedenfalls³¹ für den Fall eines öffentlichen Personenverbands, der im römischen Recht als *universitas* bezeichnet wurde,³² vertrat der spätclassische römische Jurist *Ulpian* (2.–3. Jh. n.Chr.)³³, dass ein solcher auch dann fortbestand, wenn die Personenzahl das Quorum von drei unterschritt:³⁴

27 Vgl. nur *Max Kaser/Rolf Knütel/Sebastian Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl., München 2021, § 27 Rn. 9. Diese Vereine wurden auch im Zivilprozess als rechtsfähig angesehen, vgl. nur ebenda, § 27 Rn. 9.

28 Dass letztere dem Recht der Kooperationen unterlagen, bezweifelt *Andreas Fleckner*, Antike Kapitalvereinigungen: ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft, Köln u.a. 2010, 209 und 316–413.

29 Vgl. nur *Kaser/Knütel/Lohsse* (Fn. 27), § 27 Rn. 9 oder *Fred G. Bär*, §§ 21–79. Juristische Personen I: Vereine, in: Mathias Schmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. 1, Tübingen 2003, 232–271, 234 f.

30 *Max Kaser*, Das Römische Privatrecht, Bd. 1, 2. Aufl., München 1971, 309 Fn. 58; siehe ferner *Wolfgang Ernst*, Maior pars – Mehrheitsdenken in der römischen Rechtskultur, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Romanistische Abteilung 132 (2015), 1–67, 64. Hier zeigt sich eine Verbindung zu einem der zahlreichen Forschungsfelder des Jubilars, nämlich dem Verwaltungsrecht, zu dem dieser seine Dissertation (*Gilbert Gornig*, Die sachbezogene hoheitliche Maßnahme. Auch ein Beitrag zur Allgemeinverfügung im Sinne des § 35 S.2 VwVfG, Berlin 1985) anfertigte: Für Ausschüsse i.S.v. § 88 VwVfG, d.h. Ausschüsse, Beiräte und andere kollegiale Einrichtungen, gilt, wenn sie in einem Verwaltungsverfahren tätig werden, nach § 90 Abs. 1 S. 1 VwVfG a.E. für die Beschlussfähigkeit ein Mindestquorum von drei stimmberechtigten Mitgliedern („Ausschüsse sind beschlussfähig, wenn alle Mitglieder geladen und mehr als die Hälfte, mindestens aber drei der stimmberechtigten Mitglieder anwesend sind.“). Die für dieses Element des „Grundbestand[s] kollegialer Organisation“ (so treffend *Pascale Cancik*, s.v. Kollegialbehörden, in: Albrecht Cordes/Heiner Lück/Dieter Werkmüller/Christa Bertelsmeier-Kierst (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 2. Aufl., Bd. 2, Berlin 2012, Sp. 1940–1942, 1941) gegebene Begründung entspricht der zum römischen Recht benannten: „Nur wenn drei oder mehr Personen an der Entscheidungsfindung beteiligt sind, ist ein Mehrheitsbeschluß möglich, der eines der charakteristischen Merkmale von Kollegialgremien ist.“ (so *Thomas Groß*, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, Tübingen 1999, 47).

31 Zu einer möglichen Erstreckung auf alle *collegia* siehe *Ludwig Schnorr von Carolsfeld*, Geschichte der juristischen Person, Bd. 1: Universitas, Corpus, Collegium im klassischen römischen Recht, München 1933, 224 mit Fn. 4 und 385.

32 Vgl. *Kaser/Knütel/Lohsse* (Fn. 27), § 27 Rn. 3; *Groten* (Fn. 25), 340.

33 Zu diesem etwa *Rolf Knütel*, s.v. Ulpianus, Domitius, in: Michael Stolleis (Hrsg.), Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, München 2001, 640–641.

34 Vgl. *Bastian Zahn*, Si quid universitati debetur: Forderungen und Schulden privater Personenvereinigungen im römischen Recht, Köln u.a. 2021, 349 und 351; *Kaser/Knütel/*

Ulp. 10 ed. D. 3.4.7.2

In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes idem maneant an pars maneat vel omnes immutati sint. sed si universitas ad unum redit, magis admittitur posse eum convenire et conveniri, cum ius omnium in unum recciderit et stet nomen universitatis.

Bei den Decurionenräten³⁵ oder anderen *universitates* macht es nicht aus, ob alle dieselben bleiben oder ein Teil bleibt oder alle ausgetauscht sind. Aber wenn eine *universitas* auf einen zurückgeht, wird eher gestattet, dass dieser klagen und verklagt werden kann, weil das Recht aller auf einen zurückfällt und das *nomen* der *universitas* bestehen bleibt.

Derartige Verbände bestanden also unabhängig von personellen Wechseln in ihrer Mitgliedschaft fort.³⁶ Für den Fall einer Reduktion auf nur ein verbleibendes Mitglied vertrat *Ulpian* (*magis admittitur* weist darauf hin, dass dies nicht unstrittig stand), dass der Verband in dem übriggebliebenen Mitglied fortbestehe, dass dieses dann – aus Gründen der Prozessökonomie?³⁷ – im Prozess aktiv- bzw. passivlegitimiert sei,³⁸ da das *nomen*, der „Name“³⁹ bzw. der Begriff⁴⁰ – teils wird auch angenommen: die Forderung⁴¹ – des Verbandes bestehen bleibe. *Andreas Groten* schließt diesbezüglich in seiner vieldiskutierten⁴² Arbeit: „Solange noch ein Mit-

Lohsse (Fn. 27), § 27 Rn. 10; *Groten* (Fn. 25), 340 und 343; *Fleckner* (Fn. 28), 209 und 398 Fn. 271; *Kaser* (Fn. 30), 309 Fn. 58.

- 35 Bei den Dekurionenräten handelte es sich gleichsam um die munizipalen Stadträte, vgl. *Constantin Willems*, Roman Law from Ankara. Some Remarks on C. 10.32.31, in: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), 69 (2020) = Prof. Dr. Özcan Karadeniz Çelebicani’a Armağan, 1281–1291, 1285 m.w.N. in Fn. 20.

- 36 Vgl. *Groten* (Fn. 25), 340.

- 37 So *Groten* (Fn. 25), 343.

- 38 Zur Frage der prozessualen Vertretung von Gemeinden und Personengesamtheiten insbesondere *Johannes Platschek*, Das nomen universitatis in D. 3.4.7.2 (Ulp. 10 ed.), INDEX 40 (2012), 617–632, 617 f.

- 39 Vgl. die Übersetzung von *Tom Kinsey* in Alan Watson (Hrsg.), The Digest of Justinian, Bd. 1, Philadelphia 1985, 98: “the corporate body continues to exist in name only”.

- 40 So *Groten* (Fn. 25), 340 („Begriff“) und 343 („auf begrifflicher Ebene“); *Okko Behrends/Rolf Knütel/Berthold Kupisch/Hans Hermann Seiler*, Corpus iuris civilis: Text und Übersetzung, Bd. 2, Heidelberg 1995, 308 (Rohübersetzung von *Bruno Huwiler*).

- 41 So geht *Platschek* (Fn. 38), 620 m.w.N. in Fn. 10 davon aus, *nomen* meine hier „Schuld“ bzw. „Forderung“ und *Zahn* (Fn. 34), 351 spricht von „Verbindlichkeit“; ebenso schon *Schnorr von Carolsfeld* (Fn. 31), 140 Fn. 3 und 225 Fn. 4. Für die Zwecke dieses Beitrags kann dies dahinstehen, da der Begriff an dieser Stelle jedenfalls traditionell im Sinne von „Name“ verstanden wurde und wird, vgl. dazu nur *Platschek* (Fn. 38), 623–632.

- 42 Vgl. nur die Anmerkungen von *Ralph Backhaus*, Besprechungsaufsatz zu: *Groten, Andreas*, Corpus und Universitas. Römisches Körperschafts- und Gesellschaftsrecht: zwischen griechischer Philosophie und römischer Politik, Tübingen 2015, und zu *Siracusa, Raffaella*, La nozione di universitas in diritto romano, Milano 2016, Legal Roots 7 (2017), 474–489; *Okko Behrends*, Rezension zu *Andreas Groten*, Corpus und Universitas. Römisches Körperschafts- und Gesellschaftsrecht: zwischen griechischer Philosophie und römischer Politik, Tübingen 2015, Göttingische Gelehrte Anzeigen 269 (2017), 194–230 und 270 (2018), 48–73; *Andreas Fleckner*, Rezension zu *Andreas Gro-*

glied des Dekurionenrates oder einer Gemeinde übrig bleibt, besteht noch ein personales Substrat, an das der Begriff (*nomen*) angeknüpft werden kann“.⁴³

Für das römische Recht der Personenverbände lässt sich also zusammenfassend festhalten, dass jedenfalls nach der im Corpus Iuris Civilis überlieferten Meinung des Juristen *Neraz* drei Personen erforderlich waren, um ein *collegium* zu begründen; für *universitates* vertrat später der Jurist *Ulpian*, dass ein späteres Absinken unter dieses Quorum von drei unschädlich sei, solange – so jedenfalls die heute wohl noch herrschende Meinung – noch irgendein personales Substrat verblieb, an das begrifflich angeknüpft werden konnte.

3. Die Regel *tres faciunt collegium* im universitären Kontext

Als ungeschriebene Regel findet die *Maxime tres faciunt collegium* traditionell auch im universitären Kontext Anwendung. Teilweise wird die Regel dabei in einem Bedeutungsgehalt verwendet, der dem des römischen Rechts zumindest nahekommt, wenn nämlich die Frage aufgeworfen wird, wann an einer Universität ein hinreichend großes (Wahl-)Kollegium vorhanden ist, das sich das *nomen universitatis* verdient. So konnte etwa an der Universität Heidelberg, die im Jahre 1386 den Lehrbetrieb aufnahm, *Marsilius von Inghen* erst vier Wochen nach der feierlichen Aufnahme der Vorlesungen zum Rektor gewählt werden: Der Rektor wurde von den *magistri artium* gewählt, und da nach dem Vorbild der Pariser Universität, von der ein großer Teil der Dozenten, wie auch *Marsilius* selbst, nach Heidelberg gekommen war, die aus dem römischen Recht stammende Regel *tres faciunt collegium* gelten sollte, musste zunächst auf die Ankunft eines dritten *magister artium* gewartet werden, bevor nach dem Eintreffen des aus Prag nach Heidelberg wechselnden *Dietmar von Schwerte* ein ausreichend besetztes Wahlkollegium zur Verfügung stand.⁴⁴ Entsprechend wird der Satz auch an anderer Stelle verwendet: Im 1866 im Journal of Jurisprudence erschienenen Überblick über die Möglichkeiten eines Rechtsstudiums in Schottland heißt es über die Universitäten von Glasgow und Aberdeen: “both of these Universities still boast of a legal Faculty. But if the maxim *tres faciunt collegium* be applicable to a faculty, there is no

ten, Corpus und Universitas. Römisches Körperschafts- und Gesellschaftsrecht: zwischen griechischer Philosophie und römischer Politik, Tübingen 2015, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Romanistische Abteilung 137 (2020), 422–450; *Johannes Platschek*, Rezension zu Andreas Groten, Corpus und Universitas. Römisches Körperschafts- und Gesellschaftsrecht: zwischen griechischer Philosophie und römischer Politik, Tübingen 2015, ZHR 181 (2017) 153–158.

43 *Groten* (Fn. 25), 343.

44 Dazu *Jürgen Miethke*, The University of Heidelberg and the Jews: Founding and Financing the Needs of a New University, in: Spencer E. Young (Hrsg.), Crossing Boundaries at Medieval Universities, Leiden u.a. 2011, 317–339, 321; *Eike Wolgast*, Die kurpfälzische Universität 1386–1803, in: Wilhelm Dörr (Hrsg.), Semper apertus. Sechshundert Jahre Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg 1386–1986, Berlin u.a. 1985, 1–70, 3.

real Faculty of Law in either of them; for the so-called Faculty of Law in Glasgow consists of two, whilst that of Aberdeen is represented by a single professor”.⁴⁵

Die Regel *tres faciunt collegium* wird im universitären Kontext ferner traditionell auch oft im übertragenen Sinne auf das Quorum angewandt, das für die (Verpflichtung zur) Durchführung einer Lehrveranstaltung erforderlich ist. Teils wird die Regel dabei dergestalt verstanden, „dass eine Vorlesung oder ein Seminar dann stattfinden sollte oder konnte, wenn die Veranstaltung von mindestens drei Hörern besucht wurde“,⁴⁶ teils in der Ausprägung, dass die Veranstaltung stattfindet, wenn Dozent/-in und Teilnehmer/-innen zu selbdrift⁴⁷ sind⁴⁸. Angeblich soll die Regel, dass ein Professor verpflichtet war, die Lehrveranstaltung durchzuführen, wenn sich mindestens zwei Hörer einfanden, bereits in den ersten Statuten der im Jahre 1348 gegründeten Karlsuniversität Prag, die auf ihren ersten Kanzler, Erzbischof *Ernst von Pardubitz*, zurückgehen, enthalten gewesen sein.⁴⁹

4. Galt die Regel *tres faciunt collegium* an der Universität Marburg?

In diesem auf die Hörerzahl einer Lehrveranstaltung bezogenen Bedeutungskontext kommt die Regel *tres faciunt collegium* auch in unserer Episode vor. In der Konsequenz stellt sich die Frage, ob die Regel *tres faciunt collegium* an der Universität Marburg galt.

4.1. Das Meinungsbild im Jahre 1871

Rektor *Ubbelohdes* Schreiben soll *Krüger* darüber in Kenntnis gesetzt haben, er „sei verpflichtet vor zwei Zuhörern zu lesen“. ⁵⁰ *Ubbelohde* vertrat demnach wohl die Auffassung, dass Dozent und zwei Studenten ein ausreichendes Quorum für eine Lehrveranstaltung darstellten. *Johannes Gottlieb Klingelhöfer* konstatiert diesbezüglich in seiner Dissertation über die Marburger Juristenfakultät im 19. Jahrhundert treffend: „Bei der deprimierend niedrigen Frequenz der Fakultät damals eine verständliche Maßnahme“⁵¹ – trotz der extrem geringen Studierendenzahlen, auch und gerade in früher preußischer Zeit der Universität, nämlich „bemühte sich

45 N.N., Law Studies. No. IV. Scotland, in: The Journal of Jurisprudence 10 (1866), 281–295, 281.

46 So *Ernst-Erich Doberkat*, Die Drei. Ein Streifzug durch die Rolle der Zahl in Kunst, Kultur und Geschichte, Berlin 2019, 240.

47 Zum Begriff etwa *Dietlinde Munzel-Everling*, s.v. Eid, in: Albrecht Cordes/Heiner Lück/Dieter Werkmüller/Ruth Schmidt-Wiegand (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 2. Aufl., Bd. 1, Berlin 2008, Sp. 1249–1261, 1257.

48 In diesem Sinne *Zdeněk Kopal*, Of Stars and Men: Reminiscences of an Astronomer, Bristol u.a. 1986, 82.

49 Dies behauptet, wenngleich ohne Beleg, *Kopal* (Fn. 48), 82.

50 *Krüger* (Fn. 1), 164.

51 *Klingelhöfer* (Fn. 1), 102 Fn. 446.

die Fakultät in jeder Weise, den Rechtsunterricht so vollständig und vielseitig wie möglich einzurichten.“⁵² In einem Brief vom 20.12.1872 an *Ludwig Enneccerus*, zu diesem Zeitpunkt noch außerordentlicher Professor in Göttingen, der Anfang 1873 jedoch als ordentlicher Professor auf die von *Krüger* frisch verlassene Stelle nach Marburg wechseln und zu einem der bedeutendsten Juristen seiner Zeit werden sollte,⁵³ schrieb *Ubbelohde* zum einen, dass seine eigene Pandektenvorlesung im Sommer 1872⁵⁴ auch nur von sechs bis acht Hörern besucht worden war,⁵⁵ und äußerte sich zudem über seine Wahrnehmung des Einsatzes⁵⁶ von *Enneccerus*’ Lehrstuhlvorgänger: „Leider hatte *Krüger* gar kein Gefühl für seine Pflicht gegenüber Universität und der Facultät und ich persönlich habe von ihm eigentlich nichts gehabt als eine schnöde Behandlung, wiewohl ich ihm nach bestem Willen entgegengekommen war“.⁵⁷

Im Marburger Kollegium bestand dagegen, wie *Paul Krüger* behauptet, eine andere Auffassung bezüglich des Quorums, ab dem eine Vorlesung stattzufinden habe („Meine Kollegen bestritten die Verpflichtung“).⁵⁸ Wenn *Krüger* über die Motivation *Ubbelohdes* spekuliert, dieser habe „vermutlich in der Annahme, für Marburg gelte der Satz: ‚tres faciunt collegium‘ nicht“,⁵⁹ geschrieben, impliziert dies, dass jedenfalls *Krüger* den Satz dergestalt verstehen wollte, dass neben dem Dozenten drei Teilnehmer erforderlich sein sollten.

52 *Klingelhöfer* (Fn. 1), 100.

53 Zu diesem *Gundlach* (Fn. 1), 135 (Nr. 216); *Siegfried Hener*, *Enneccerus, Ludwig, Prof. d. Rechte*, in: Ingeborg Schnack (Hrsg.), *Lebensbilder aus Kurhessen und Waldeck 1830–1930*, Bd. 4, Marburg 1950, 59–66; *Klingelhöfer* (Fn. 1), 104 f.; *Ralf Frassek*, s.v. *Enneccerus, Ludwig* (1843–1928), in: Albrecht Cordes/Heiner Lück/Dieter Werkmüller/Ruth Schmidt-Wiegand (Hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 2. Aufl., Bd. 1, Berlin 2008, Sp. 1347–1348 sowie monographisch *Jacobi* (Fn. 3). *Franz Leonhard*, *Zur Geschichte der Juristischen Fakultät*, in: Heinrich Hermelink/Siegfried A. Kaehler (Hrsg.), *Die Philipps-Universität zu Marburg 1527–1927. Fünf Kapitel aus ihrer Geschichte (1527–1866)*, Marburg 1927, 575–578, 576, würdigt seinen Kollegen wie folgt: „Unter allen Mitgliedern der Fakultät ragt aber Ludwig Enneccerus hervor, der der Fakultät seit 1872 angehört und seit langen Jahren ihr Senior ist. Der Fakultät gereicht es zur besonderen Ehre, einen der größten Juristen der Neuzeit zu den ihrigen zu zählen.“

54 Vgl. Verzeichnis der Vorlesungen, welche im Sommerhalbjahre 1872 vom 15. April bis 15. August auf der Universität zu Marburg gehalten werden sollen, Marburg 1872, 12: „Pandekten liest nach Arndts Prof. *Ubbelohde* 10 bis 12 Uhr 6 T.“; *Ubbelohde* folgte in seiner Vorlesung also Karl Ludwig Arndts von Arnesberg, *Lehrbuch der Pandekten*, 6. Aufl., München 1868.

55 *Klingelhöfer* (Fn. 1), 100 Fn. 443 mit Verweis auf den in der Folge zitierten Brief von *Otto Ubbelohde* an *Ludwig Enneccerus* vom 20.12.1872.

56 *Jacobi* (Fn. 3), 35 bezieht die Aussage dagegen darauf, *Krüger* habe „offenbar das ungeschriebene Fakultätsgesetz verletzt, über interne Kontroversen möglichst wenig an die vorgesetzte Kultusbehörde dringen zu lassen.“

57 Brief von *Otto Ubbelohde* an *Ludwig Enneccerus* vom 20.12.1872, unveröffentlicht; insofern wiedergegeben bei *Klingelhöfer* (Fn. 1), 102; zum Nachlass *Enneccerus*’, in dem sich der Brief befindet, näher ebenda, S. 154.

58 *Krüger* (Fn. 1), 164.

59 *Krüger* (Fn. 1), 164.

4.2. Die normativen Grundlagen

Sucht man eine Antwort auf die Frage, welches Quorum für Lehrveranstaltungen an der Universität Marburg im Jahr 1871 erforderlich war, ist zunächst ein Blick auf die Statuten der Universität und die für diese ergangenen Verordnungen zu werfen. In den alten Statuten der Universität Marburg von 1560⁶⁰ findet sich keine einschlägige Regelung, gleiches gilt für die *Leges Generales* der Universität und die Statuten der juristischen Fakultät von 1653.⁶¹ Aus der Zeit, in der Marburg noch zur Landgrafschaft Hessen-Kassel gehörte, stammt jedoch eine „Verordnung, die Haltung der *Collegiorum* auf den Universitäten zu Marburg und Rinteln betreffend, vom 17ten Januar 1766“, statuiert von Landgraf *Friedrich II.*⁶² Dort heißt es in §. VII.:

Die §. I. specificierte *Collegia* müssen, soviel möglich, vornehmlich aber die nothwendigsten, es mögen sich dazu viele oder wenige *Auditores* finden, in jedem halben Jahre dergestalt gelesen werden, daß die nicht zu denen *Stipendiariis* gehörige Studierende Gelegenheit haben, in drey bis vier Jahren ihre *Studia* völlig, wann sie wollen, zu *absolvieren*[.]⁶³

Nach diesen Vorgaben wurde also explizit von einer Mindestzahl von Hörern (*auditores*) abgesehen, um den Studierenden einen zügigen Studienabschluss zu ermöglichen; eine Einschränkung wurde jedoch bezüglich der Vorlesungen insgesamt („soviel möglich“, „die nothwendigsten“) gemacht.⁶⁴

Die Universität Marburg war allerdings wenige Jahre vor der Episode um *Paul Krüger*, namentlich im Jahr 1866, preußisch geworden.⁶⁵ Neue Statuten hatte Preußen seinem universitären Neuzugang jedoch noch nicht zukommen lassen, dies erfolgte erst im Jahre 1885, nachdem die Juristische Fakultät zuvor bereits 1876 vom preußischen Kultusministerium aufgefordert worden war, orientiert an den der Aufforderung beigefügten Mustersatzungen aus Berlin, Bonn, Breslau und Königsberg eine neue Fakultätssatzung auszuarbeiten.⁶⁶ Insofern stellt sich in der Tat die Frage, ob die alte Rechtslage aus dem 18. Jahrhundert auch für die nun-

60 Abgedruckt mit Einleitung bei *Gundel* (Fn. 15), 111–179.

61 Abgedruckt bei *Julius Caesar*, *Academiae Marpurgensis privilegia, leges generales et statuta facultatum specialia anno MDCLIII promulgata*, Marburgi 1868, 12–32 und 40–46.

62 Abdruck in der Sammlung kurhessischer Landes-Ordnungen und Ausschreiben nebst dahin gehörigen Erläuterungs- und anderen Rescripten, Resolutionen, Abschieden, gemeinen Bescheiden und dergleichen, Theil 6, Cassel 1790, Nr. MMCLI (S. 306 ff.); zu dieser auch *Klingelhöfer* (Fn. 1), 10.

63 Sammlung kurhessischer Landes-Ordnungen und Ausschreiben nebst dahin gehörigen Erläuterungs- und anderen Rescripten, Resolutionen, Abschieden, gemeinen Bescheiden und dergleichen, Theil 6, Cassel 1790, Nr. MMCLI (S. 307 f.).

64 Dazu auch *Klingelhöfer* (Fn. 1), 33.

65 Vgl. dazu *Siegfried A. Kaehler*, *Die Universität Marburg von 1653–1866*, in: Heinrich Hermelink/Siegfried A. Kaehler (Hrsg.), *Die Philipps-Universität zu Marburg 1527–1927. Fünf Kapitel aus ihrer Geschichte (1527–1866)*, Marburg 1927, 225–565, 550–552.

66 Dazu *Klingelhöfer* (Fn. 1), 11 f.

mehr preußische Universität Marburg fortgelten sollte oder ob hier nunmehr ein anderes – etwa die Regel *tres faciunt collegium* – gelten sollte.

Zur Beantwortung der Frage könnte ein Blick auf die Statuten der anderen preußischen Universitäten opportun sein. Explizit in den Verfassungsurkunden einer preußischen Universität angesprochen wird die Frage – sofern ersichtlich⁶⁷ – lediglich in den Statuten der Bonner Universität vom 1.9.1827. Dort heißt es in §. 123:

Jeder öffentliche Lehrer ist verpflichtet, die, von ihm auf solche Weise angekündigten, öffentlichen und Privat-Vorlesungen zu halten, sobald zu einer jeden von ihnen sich eine Anzahl von wenigstens vier Zuhörern meldet.⁶⁸

Diese Norm hatte – wie der ehemalige Bonner Rektor *Karl Theodor Schäfer* in seinem Werk zur Verfassungsgeschichte dieser Universität berichtet – „kein Vorbild“ in den Statuten der Universität Berlin vom 31.10.1816.⁶⁹ Letztlich handelte es sich um eine Präzisierung gegenüber dem Entwurf der Statuten der Universität Bonn vom 10.1.1825, der eine Verpflichtung zum Abhalten einer Lehrveranstaltung vorgesehen hatte, wenn sich „eine hinlängliche Zahl von Zuhörern“⁷⁰ gemeldet hatte: Es hatte sich erwiesen, dass dieser unbestimmte Rechtsbegriff⁷¹ der hinlänglichen Zahl „von manchen recht großzügig ausgelegt“⁷² worden war – so hatte etwa ein Professor der Theologie die Zahl von 22 Hörern als nicht hinlänglich erachtet und seine Veranstaltung nicht abhalten wollen.⁷³ Zugrunde lag der Normierung ferner eine Zirkularverfügung des Ministeriums vom 12.8.1826, welche die preußischen Universitäten verpflichtete, „von jetzt an in den einzureichenden halbjährlichen Verzeichnissen der gehaltenen und nicht gehaltenen Vorlesungen, wenn diese wegen Mangels an Zuhörern nicht zustande gekommen waren, anzugeben, wieviele Studierende sich zu ihnen gemeldet hatten“.⁷⁴

67 Eine Durchsicht der bei *Johann Friedrich Wilhelm Koch*, Die Preußischen Universitäten. Eine Sammlung, welche die Verfassung und Verwaltung dieser Anstalten betreffen, Bd. 1, Berlin u.a. 1839, abgedruckten Verfassungen bzw. Statuten der Königlichen Friedrich-Wilhelms Universität zu Berlin, der Königlichen Universität zu Breslau, der Königlichen Universität zu Greifswald, der Königlichen vereinten Universität Halle-Wittenberg und der Königlichen Universität zu Königsberg in Preußen brachte keinen weiteren positiven Befund.

68 Abdruck bei *Koch* (Fn. 67), Nr. 9 (auf S. 212); ferner *Karl Theodor Schäfer*, Verfassungsgeschichte der Universität Bonn, 1818 bis 1960, Bonn 1968, 454.

69 *Schäfer* (Fn. 68), 71.

70 *Schäfer* (Fn. 68), 71 und 96.

71 Zu diesem verwaltungsrechtlichen Begriff etwa *Gilbert H. Gornig/Hans-Detlef Horn* (Hrsg.), Deutsches Recht. Eine Einführung. Insbesondere für internationale Studierende. Bearbeitet von *Carolyn Gornig/Constanze Horn*, Frankfurt a.M. 2016, 65 f. und *Stefen Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 18. Aufl., München 2020, Rn. 348 f., ferner *Gilbert Gornig*, Kommunalrecht, in: *Gilbert Gornig/Hans-Detlef Horn/Martin Will*, Öffentliches Recht in Hessen: Kommunalrecht, Polizei- und Ordnungsrecht, Öffentliches Baurecht, München 2018, § 2 Rn. 23 und § 3 Rn. 64.

72 *Schäfer* (Fn. 68), 96.

73 *Schäfer* (Fn. 68), 96.

74 Zirkularverfügung an die Königl. Universitäten, betreffend die Anzeige wegen angekündigter, aber nicht zu Stande gekommener Vorlesungen vom 12. August 1826; Ab-

4.3. Die Lösungsmöglichkeiten für den „Fall Krüger“

Doch zurück zu unserem Fall. Grundsätzlich war im Jahr 1871 für Marburg keine speziellere Regelung als die aus dem Jahr 1766 stammende ergangen, wonach angekündigte Vorlesungen, „es mögen sich dazu viele oder wenige *Auditores* finden,“ auch abgehalten werden mussten. Ging man von deren Fortgeltung auch in preußischer Zeit aus, so wäre Krüger zur Durchführung seiner Pandektenvorlesung im Sommersemester 1871 tatsächlich verpflichtet gewesen, wie dies auch *Ubbelohde* verlangte. Nähme man dagegen an, dass sich das Ministerium bei einer Beantwortung der für Marburg noch nicht „preußisch“ normierten Frage nicht an der alten Regelung Landgraf *Friedrich II.*, sondern an anderen preußischen Universitätsstatuten, in denen es eine explizite Regelung gab, namentlich an den Bonner Statuten, orientiert hätte, so wäre nach dem Bonner Vorbild eine Antwort dergestalt möglich gewesen, dass zwei Studenten eben nicht ausreichten, um die Pflicht des Professors zur Durchführung der im Vorlesungsverzeichnis angekündigten Lehrveranstaltung zu begründen. Die von Krüger in Anspruch genommene, dem römischen Recht entlehnte Regel *tres faciunt collegium* galt jedoch im Jahre 1871 in Marburg weder ausdrücklich noch als Gewohnheitsrecht.

Doch die hypothetische Frage, der sich dieser Beitrag widmet, ist letztlich natürlich müßig: Eine Antwort aus dem Ministerium blieb aus, Krüger hielt die betreffende Vorlesung unabhängig vom Bestehen seiner Verpflichtung dazu ab und verließ die Universität Marburg zudem 1872 in Richtung Innsbruck, wo er sich wiederum recht bald in Querelen mit seinen Fakultätskollegen verding.⁷⁵ *Peter Riedlberger* und *Isabel Niemöller* folgern diesbezüglich berechtigt: “While Krüger was an exceptional scholar,^[76] he was not particularly good with people. [...]

druck bei *Johann Friedrich Wilhelm Koch*, Die Preußischen Universitäten. Eine Sammlung, welche die Verfassung und Verwaltung dieser Anstalten betreffen, Bd. 2.1, Berlin u.a. 1840, Nr. 209 (auf S. 198); dazu auch *Schäfer* (Fn. 68), 96. Zur weiteren Geschichte: In der Satzung der Universität Bonn vom 21.7.1930 sollte es später in § 73 zu unserer Frage heißen: „§ 73. Jeder ordentliche Professor ist für die Vertretung des ihm übertragenen Faches verantwortlich. Im Übrigen ist jeder Dozent verpflichtet, die von ihm angekündigten Vorlesungen und Übungen zu halten, sofern sich innerhalb der Belegfrist wenigstens drei Hörer bei ihm gemeldet haben“ (*Schäfer* [Fn. 68], 485); Gleiches galt übrigens noch nach der Verfassung der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn vom 27.6.1960; dort hieß es in § 91 Abs. 2: „Jeder Universitätslehrer ist verpflichtet, die von ihm angekündigten Vorlesungen und Übungen zu halten, sofern sich innerhalb der Belegfrist drei Hörer bei ihm gemeldet haben“ (*Schäfer* [Fn. 68], 515).

75 Krüger (Fn. 1), 164 f.; dazu *Riedlberger/Niemöller* (Fn. 1), 12.

76 Ob seiner wissenschaftlichen Meriten erinnerten jedenfalls nachfolgende Generationen der Fakultät gerne an den, wenn auch nur kurzen, Aufenthalt *Paul Krügers* in Marburg; so schrieb etwa *Leonhard* (Fn. 53), 575: „Der Juristischen Fakultät gehörten in der Zeit von 1866 ab eine Reihe vortrefflicher Gelehrter an. Es seien hier nur die bedeutendsten genannt [...]. Hierher gehört [...] [f]erner [...] *Paul Krüger*, dem wir insbesondere die ausgezeichnete Ausgabe des Codex und die Geschichte der römischen Rechtsquellen verdanken.“ Zu *Krügers* Tätigkeit in Marburg retrospektiv ferner knapp *Dieter Werkmüller*, Aus der Geschichte der Marburger Juristenfakultät bis zum Ende der preußischen Ära (1527–1918), JuS 1987, 920–922, 922.

While *Krüger's* many positions as professor seem to indicate constant promotions, they had in truth more to do with his constant troubles with his colleagues".⁷⁷

4.4. Epilog: Die Normierung der Frage im Jahr 1885

In Marburg wurde der Satz *tres faciunt collegium* übrigens einige Jahre nach dem genannten Zwischenfall ausdrücklich normiert, und zwar in dem Sinne, in dem *Paul Krüger* ihn wohl verstehen wollte, dass neben dem Professor drei und nicht bloß zwei Zuhörer erforderlich seien. In den Statuten der Universität vom 28.10.1885, die „die älteren Statuten, insbesondere das Geschäftsstatut vom 9.1.1816 und die dazu ergangenen ergänzenden und abändernden Vorschriften“ außer Kraft setzen,⁷⁸ heißt es im 8. Abschnitt, der mit „Von den Vorlesungen“ betitelt ist, in § 80 wie folgt:

§ 80. *Pflicht die angekündigten Vorlesungen zu halten.* Jeder Universitätslehrer ist verpflichtet, die von ihm angekündigten öffentlichen und Privatvorlesungen zu halten, sobald sich dazu eine Anzahl von wenigstens drei Zuhörern findet.⁷⁹

5. Fazit

Das Problem eines derart kleinen Auditoriums war den Veranstaltungen des Jubilars natürlich fremd. Da der Jubilar jedoch der Fakultätsgeschichte stets ein besonderes Interesse entgegenbrachte und unlängst selbst auch auf der „Klaviatur der Rechtsgeschichte“ aufspielte,⁸⁰ besteht aber immerhin bescheidener Anlass zur Hoffnung, dass bei ihm auch diese rechtshistorische Etüde zu einer eigenen Art von „Minderheitenrechten“ auf offene Ohren stoßen mag.

Literaturverzeichnis

Arndts von Arneseberg, Karl Ludwig: Lehrbuch der Pandekten, 6. Aufl., München 1868.

Backhaus, Ralph: Rezension zu Andreas Groten, *Corpus und Universitas. Römisches Körperschafts- und Gesellschaftsrecht: zwischen griechischer Philosophie und römischer Poli-*

⁷⁷ *Riedlberger/Niemöller* (Fn. 1), 11.

⁷⁸ So die Präambel der Statuten der Universität Marburg vom 28.10.1885, abgedruckt im *Handbuch für Marburger Professoren*, Marburg 1889, 1.

⁷⁹ Zitiert nach dem Abdruck im *Handbuch für Marburger Professoren*, Marburg 1889, 22.

⁸⁰ *Gilbert Gornig*, Rechtsgeschichtliche Quellenexegese: Justinian. C. 4, 27, 2 (3), 1 (530). Auch ein Beitrag zur Stellvertretung im Justinianischen Gesamtwerk, in: Andreas Raffener (Hrsg.), *Auf der Klaviatur der Rechtsgeschichte. Festgabe für Kurt Ebert zum 75. Geburtstag*, Bd. 1, Hamburg 2019, 319–338. Siehe zu C. 4, 27, 2, 1 inzwischen auch *Constantin Willems: Justinian als Ökonom. Entscheidungsgründe und Entscheidungsmuster in den quinquaginta decisiones*, Köln u.a. 2017, 325–335 mit weiteren Nachweisen aus der neueren Forschungsliteratur.

- tik, Tübingen 2015, und zu Raffaella Siracusa, *La nozione di universitas in diritto romano*, Milano 2016, *Legal Roots* 7 (2017), 474–489.
- Bär, Fred G.: §§ 21–79. Juristische Personen I: Vereine, in: Mathias Schmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann (Hgg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. 1, Tübingen 2003, 232–271.
- Behrends, Okko/Knütel, Rolf/Kupisch, Berthold/Seiler, Hans Hermann: *Corpus iuris civilis: Text und Übersetzung*, Bd. 2, Heidelberg 1995.
- Behrends, Okko: Rezension zu Andreas Groten, *Corpus und Universitas. Römisches Körperschafts- und Gesellschaftsrecht: zwischen griechischer Philosophie und römischer Politik*, Tübingen 2015, *Göttingische Gelehrte Anzeigen* 269 (2017), 194–230 und 270 (2018), 48–73.
- Caesar, Julius: *Academiae Marpurgensis privilegia, leges generales et statuta facultatum specialia anno MDCLIII promulgata*, Marburgi 1868.
- Cancik, Pascale: s.v. Kollegialbehörden, in: Albrecht Cordes/Heiner Lück/Dieter Werkmüller/Christa Bertelsmeier-Kierst (Hgg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 2. Aufl., Bd. 2, Berlin 2012, Sp. 1940–1942.
- Codex Iustinianus, ed. Paul Krüger, 2 Bde., Berlin 1877.
- Codex Theodosianus, ed. Paul Krüger, 2 Bde., Berlin, 1923–1926.
- Corpus Iuris Civilis I: *Institutiones*, ed. Paul Krüger; *Digesta*, ed. Theodor Mommsen, 16. Aufl., Berlin 1954.
- Corpus Iuris Civilis II: *Codex Iustinianus*, ed. Paul Krüger, 11. Aufl., Berlin 1954.
- Detterbeck, Steffen: *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, 18. Aufl., München 2020.
- Digesta Iustiniani Augusti*, edd. Theodor Mommsen/Paul Krüger, 2 Bde., Berlin 1870.
- Doberkat, Ernst-Erich: *Die Drei. Ein Streifzug durch die Rolle der Zahl in Kunst, Kultur und Geschichte*, Berlin 2019.
- Ernst, Wolfgang: *Maior pars – Mehrheitsdenken in der römischen Rechtskultur*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Romanistische Abteilung* 132 (2015), 1–67.
- Fleckner, Andreas: *Antike Kapitalvereinigungen: ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft*, Köln u.a. 2010.
- Fleckner, Andreas: Rezension zu Andreas Groten, *Corpus und Universitas. Römisches Körperschafts- und Gesellschaftsrecht: zwischen griechischer Philosophie und römischer Politik*, Tübingen 2015, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Romanistische Abteilung* 137 (2020), 422–450.
- Frassek, Ralf: s.v. Enneccerus, Ludwig (1843–1928), in: Albrecht Cordes/Heiner Lück/Dieter Werkmüller/Ruth Schmidt-Wiegand (Hgg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 2. Aufl., Bd. 1, Berlin 2008, Sp. 1347–1348.
- Giario, Tomasz: s.v. Neratius [5], in: *Der Neue Pauly*, Bd. 8, Stuttgart 2000, Sp. 845.
- Gornig, Gilbert H./Horn, Hans-Detlef (Hgg.), *Deutsches Recht. Eine Einführung. Insbesondere für internationale Studierende*. Bearbeitet von Carolin Gornig/Constanze Horn, Frankfurt a.M. 2016.
- Gornig, Gilbert, *Rechtsgeschichtliche Quellenexegese: Justinian. C. 4, 27, 2 (3), 1 (530)*. Auch ein Beitrag zur Stellvertretung im Justinianischen Gesamtwerk, in: Andreas Raffiner (Hg.), *Auf der Klaviatur der Rechtsgeschichte. Festgabe für Kurt Ebert zum 75. Geburtstag*, Bd. 1, Hamburg 2019, 319–338.
- Gornig, Gilbert: *Die sachbezogene hoheitliche Maßnahme. Auch ein Beitrag zur Allgemeinverfügung im Sinne des § 35 S.2 VwVfG*, Berlin 1985.

- Gornig, Gilbert: Kommunalrecht, in: Gilbert Gornig/Hans-Detlef Horn/Martin Will, Öffentliches Recht in Hessen: Kommunalrecht, Polizei- und Ordnungsrecht, Öffentliches Bau-recht, München 2018, 1–177.
- Grimm, Jacob: Deutsche Rechtsalterthümer, 4. Ausg., Bd. 1, Leipzig 1899.
- Groß, Thomas: Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, Tübingen 1999.
- Groten, Andreas: Corpus und universitas: Römisches Körperschafts- und Gesellschaftsrecht zwischen griechischer Philosophie und römischer Politik, Tübingen 2015.
- Gundel, Hans Georg: Die Statuten der Universität Marburg von 1560, in: Walter Heine-meyer/Thomas Klein/Hellmut Seyer (Hgg.), Academia Marburgensis. Beiträge zur Ge-schichte der Philipps-Universität Marburg, Marburg 1977, 111–179.
- Gundlach, Franz: Catalogus professorum academiae Marburgensis, Bd. 1, Marburg 1927.
- Handbuch für Marburger Professoren, Marburg 1889.
- Hener, Siegfried: Enneccerus, Ludwig, Prof. d. Rechte, in: Ingeborg Schnack (Hg.), Lebens-bilder aus Kurhessen und Waldeck 1830–1930, Bd. 4, Marburg 1950, 59–66.
- Indices lectionum et publicarum et privatarum quae in Academia Marburgensi per semes-tre aestivum inde a d. xvii. m. Aprilis usque ad d. xv. m. Augusti MDCCCLXXI habenda proponuntur, Marburgi 1871.
- Jacobi, Andrea-Sabine: Ludwig Ennereccus 1843–1928, Rechtswissenschaftler und natio-nalliberaler Parlamentarier. Eine politische Biographie, Hamburg 1999.
- Kaehler, Siegfried A.: Die Universität Marburg von 1653–1866, in: Heinrich Hermelink/Siegfried A. Kaehler (Hgg.), Die Philipps-Universität zu Marburg 1527–1927. Fünf Kapi-tel aus ihrer Geschichte (1527–1866), Marburg 1927, 225–565.
- Kaser, Max/Knütel, Rolf/Lohsse, Sebastian: Römisches Privatrecht, 22. Aufl., München 2021.
- Kaser, Max: Das Römische Privatrecht, Bd. 1, 2. Aufl., München 1971.
- Klingelhöfer, Johannes Gottlieb: Die Marburger Juristenfakultät im 19. Jahrhundert, Mar-burg u.a. 1972.
- Knütel, Rolf: s.v. Neratius, in: Michael Stolleis (Hg.), Juristen. Ein biographisches Lexi-kon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, München 2001, 465–466.
- Knütel, Rolf: s.v. Ulpianus, Domitius, in: Michael Stolleis (Hg.), Juristen. Ein biographi-sches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, München 2001, 640–641.
- Koch, Johann Friedrich Wilhelm: Die Preußischen Universitäten. Eine Sammlung, welche die Verfassung und Verwaltung dieser Anstalten betreffen, Bd. 1, Berlin u.a. 1839; Bd. 2.1, Berlin u.a. 1840.
- Kopal, Zdeněk: Of Stars and Men: Remeniscences of an Astronomer, Bristol u.a. 1986.
- Krüger, Paul u.a. (Hgg.), Collectio librorum iuris antejustiniani, Bd. 2 und 3, Berlin 1878 und 1890, 39–137.
- Krüger, Paul/Studemund, Wilhelm: Gai Institutiones, 7. Aufl., Berlin 1923.
- Krüger, Paul: Paul Krüger, in: Hans Planitz (Hg.), Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen, Bd. 2, Leipzig 1925, 152–169.
- Kupisch, Berthold: s.v. Marcellus, in: Michael Stolleis (Hg.), Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, München 2001, 418–419.
- Landsberg, Ernst: Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abteilung, 2. Halbband, Text, Berlin 1910.
- Landsberg, Ernst: s.v. Ubbelohde, August, in: Allgemeine Deutsche Biographie, Bd. 54, Leipzig 1908, 724–725.
- Leonhard, Franz: Zur Geschichte der Juristischen Fakultät, in: Heinrich Hermelink/Sieg-fried A. Kaehler (Hgg.), Die Philipps-Universität zu Marburg 1527–1927. Fünf Kapitel aus ihrer Geschichte (1527–1866), Marburg 1927, 575–578.

- Liebs, Detlef: Ulpian Marcellus, in: Klaus Sallmann (Hg.), Die Literatur des Umbruchs. Von der römischen zur christlichen Literatur, 117 bis 284 n.Chr., München 1997, 108–112.
- Mazzola, Rosaria: Umanità, potere e giustizia. In ricordo di Francesco Salerno, Index 47 (2019), 640–646.
- Miethke, Jürgen: The University of Heidelberg and the Jews: Founding and Financing the Needs of a New University, in: Spencer E. Young (Hg.), Crossing Boundaries at Medieval Universities, Leiden u.a. 2011, 317–339.
- Munzel-Everling, Dietlinde: s.v. Eid, in: Albrecht Cordes/Heiner Lück/Dieter Werkmüller/Ruth Schmidt-Wiegand (Hgg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 2. Aufl., Bd. 1, Berlin 2008, Sp. 1249–1261.
- N.N.: Law Studies. No. IV. Scotland, in: The Journal of Jurisprudence 10 (1866), 281–295.
- Pätzold, Gerhard: Die Marburger Juristenfakultät als Spruchkollegium, Marburg 1966.
- Platschek, Johannes: Das nomen universitatis in D. 3.4.7.2 (Ulp. 10 ed.), INDEX 40 (2012), 617–632.
- Platschek, Johannes: Rezension zu Andreas Groten, Corpus und Universitas. Römisches Körperschafts- und Gesellschaftsrecht: zwischen griechischer Philosophie und römischer Politik, Tübingen 2015, ZHR 181 (2017) 153–158.
- Riedlberger, Peter/Niemöller, Isabel: Paul Krüger, Theodor Mommsen, and the Theodosian Code, Roman Legal Tradition 17 (2021), 1–112.
- Riemann, Robert (Hg.): Kinder und Hausmärchen gesammelt durch die Brüder Grimm. Mit 446 Illustrationen von Otto Ubbelohde, 3 Bde., Leipzig 1907–1912.
- Sammlung kurhessischer Landes-Ordnungen und Ausschreiben nebst dahin gehörigen Erläuterungs- und anderen Rescripten, Resolutionen, Abschieden, gemeinen Bescheiden und dergleichen, Theil 6, Cassel 1790.
- Schäfer, Karl Theodor: Verfassungsgeschichte der Universität Bonn, 1818 bis 1960, Bonn 1968.
- Schmidt, Philip Peter: Es war einmal ...: Bibliographisches zum Leben und zu den Illustrationen von Otto Ubbelohde, 2. Aufl., Berlin 1997.
- Schnorr von Carolsfeld, Ludwig: Geschichte der juristischen Person, Bd. 1: Universitas, Corpus, Collegium im klassischen römischen Recht, München 1933.
- Schulz, Fritz: Paul Krüger †, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Romanistische Abteilung 47 (1927), IX–XXXII.
- Seelentag, Anna: Ius pontificium cum iure civili coniunctum: das Recht der Arrogation in klassischer Zeit, Tübingen 2014.
- Verzeichnis der Vorlesungen, welche im Sommerhalbjahre 1871 vom 17. April bis 15. August auf der Universität zu Marburg gehalten werden sollen, Marburg 1871.
- Verzeichnis der Vorlesungen, welche im Sommerhalbjahre 1872 vom 15. April bis 15. August auf der Universität zu Marburg gehalten werden sollen, Marburg 1872.
- Verzeichnis des Personals und der Studierenden auf der Königlich Preussischen Universität Marburg im Sommer-Semester 1871. Nebst Angabe ihrer Wohnungen, Marburg 1871.
- Watson, Alan (Hg.): The Digest of Justinian, Bd. 1, Philadelphia 1985.
- Werkmüller, Dieter: Aus der Geschichte der Marburger Juristenfakultät bis zum Ende der preussischen Ära (1527–1918), JuS 1987, 920–922.
- Werkmüller, Dieter: s.v. Rechtsaltertümer, in: Adalbert Erler/Ekkehard Kaufmann/Ruth Schmidt-Wiegand (Hgg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 1. Aufl., Bd. 4, Berlin 1990, Sp. 265–268.
- Willems, Constantin: Justinian – ein „Nachruf“, Jura 2016, 1241–1245.

- Willems, Constantin: Justinian als Ökonom. Entscheidungsgründe und Entscheidungsmuster in den quinquaginta decisiones, Köln u.a. 2017.
- Willems, Constantin: Roman Law from Ankara. Some Remarks on C. 10.32.31, in: Prof. Dr. Özcan Karadeniz Çelebican'a Armağan = Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), 69 (2020), 1281–1291.
- Wolgast, Eike: Die kurpfälzische Universität 1386–1803, in: Wilhelm Dörr (Hg.), *Semper apertus. Sechshundert Jahre Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg 1386–1986*, Berlin u.a. 1985, 51 ff.
- Zahn, Bastian: Einführung in die Quellen des römischen Rechts, JURA 2015, 448–458.
- Zahn, Bastian: *Si quid universitati debetur: Forderungen und Schulden privater Personenvereinigungen im römischen Recht*, Köln u.a. 2021.

Varia

Zur Befreiung des Gesellschaftsrechts von politischer Kontrolle – Am Beispiel des Körperschaftsrechts (§§ 43 BGB, 81 GenG, 366 AktG, 62 GmbHG)

Volker Beuthien

Abstract Deutsch

1. Der Staat unterwarf ursprünglich alle Vereine, die einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgten, einer weitreichenden verwaltungsbehördlichen Aufsicht. Auf diese hat er im Vereinsrecht nach und nach verzichtet. Es prüft dort nunmehr nur noch das Registergericht, ob ein eingetragener Verein einen gesetzeswidrigen Zweck oder ein sittenwidriges Ziel verfolgt.

2. Ausdruck des staatlichen Misstrauens war auch, dass sich eingetragene Genossenschaften nur für die förderwirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder einsetzen durften. Heute sind sie dazu auch bezüglich deren sozialer und kultureller Belange befugt. Jedoch sind ihnen allgemeine gesellschaftspolitische Ziele weiterhin verschlossen. Für diese ist wie früher ausschließlich der eingetragene Verein zuständig.

3. Dagegen hat der Staat seine verwaltungsbehördliche Aufsicht über die Kapitalgesellschaften und eingetragenen Genossenschaften bisher nicht vollends zurückgenommen, sondern lässt diese daraufhin überprüfen, ob sie das Gemeinwohl gefährden. Jeweils ist aber das Aufsichtsverfahren trotz gleichen Kontrollinteresses uneinheitlich geregelt. Eine eingetragene Genossenschaft oder Aktiengesellschaft kann auf Antrag der zuständigen obersten Landesbehörde durch landgerichtliches Urteil aufgelöst werden. Dagegen wird eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung durch die Verwaltungsbehörde selbst aufgelöst.

4. Indes muss es gegen Gemeinwohlverstöße überall die grundsätzlich gleiche Sanktion und gegen diese allseits den gleichen Rechtszug und die gleichen Rechtsmittel geben. Vereinigungen, die fortgesetzt das Gemeinwohl gefährden, sollte stets das Registergericht löschen und ihnen damit die Rechtsfähigkeit entziehen dürfen. Gegen die Gemeinwohlverstöße selbst vorzugehen, ist Sache der für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zuständigen Verwaltungsbehörden.

Abstract English

1. The state originally subjected all associations that pursued a political, socio-political or religious purpose to far-reaching administrative supervision. This has been gradually abandoned in the law on associations. Only the registration court now examines whether a registered association is pursuing an illegal or immoral purpose.

2. Another expression of the state's mistrust was the fact that registered cooperatives were only allowed to promote the economic interests of their members. Today, they are also authorized to do so with regard to their members' social and cultural interests. However, general political objectives remain closed to them. As in the past, the registered association is exclusively responsible for these.

3. On the other hand, the state has not yet completely withdrawn its administrative supervision of corporations and registered cooperatives, but has them examined to de-

termine whether they endanger the common good. In each case, however, the supervisory procedure is inconsistently regulated despite the same interest in control. A registered cooperative or stock corporation can be dissolved by a regional court ruling at the request of the competent supreme state authority. In contrast, a limited liability company is dissolved by the administrative authority itself.

4. However, violations of the common good must be subject to the same sanctions everywhere and must be subject to the same legal process and the same legal remedies everywhere. Associations that continue to endanger the common good should always be allowed to be deleted by the registry court, thus depriving them of their legal capacity. It is up to the administrative authorities responsible for public safety and order to take action against the violations of the common good themselves.

1. Grundsätzliche Vereinigungsfreiheit (Art. 9 I GG)

Art. 9 I GG gewährleistet allen Deutschen das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden. Dieses Recht zur freien sozialen Gruppenbildung erstreckt sich auf jegliche Vereinigungsbildung der freien und gleichen Bürger, und zwar unabhängig davon, welchen privatrechtlichen Zweck die Vereinigung verfolgt. Art. 9 II GG verbietet nur Vereinigungen, deren Zweck oder deren Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung richten.

Das war nicht immer so. Zwar gewährte schon das Vereinsgesetz von 1908 grundsätzlich Vereinsfreiheit, aber diese wurde bis 1918 vor allem durch das Vereinsgesetz selbst erheblich eingeschränkt. Insbesondere war sie der Polizeigewalt unterworfen. Die volle Vereinsfreiheit wurde erst im November 1918 durch den „Aufruf mit Gesetzeskraft“ des Rates der Volksbeauftragten¹ eingeführt, der dann förmlich in Art. 124 Weimarer Reichsverfassung (WRV) einging. Danach hatten alle Deutschen das Recht, zu Zwecken, die den Strafgesetzen nicht zuwiderlaufen, Vereine oder Gesellschaften zu bilden. Dieses Recht konnte nicht durch Vorbeugungsmaßregeln beschränkt werden.² Der Erwerb der Rechtsfähigkeit stand jedem Verein gemäß den Vorschriften des bürgerlichen Rechts frei und durfte einem Verein nicht aus dem Grunde versagt werden, dass er einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolge.

Damit wurden die allgemeinen sicherheitspolizeilichen Schranken des § 1 II VereinsG 1908 beseitigt und die Vereinigungsfreiheit entwickelte sich zum „polizeifesten“ Grundrecht. Jedoch wurde Art. 124 WRV im Februar 1933 aufgehoben³ und damit die Vereinigungsfreiheit abgeschafft. Diese wurde erst wieder nach dem Zusammenbruch des Dritten Reiches im Mai 1945 in den meisten Landes-

1 Vom 12.11.1918 (RGBl. 1303, Nr. 2): „Das Vereins- und Versammlungsrecht unterliegt keiner Beschränkung, auch nicht für Beamte und Staatsarbeiter“.

2 Unter Vorbeugungsmaßregeln verstand man „Vorschriften, welche die Vereinsbildung präventiven Beschränkungen unterwerfen, sie also von Fall zu Fall von staatlicher Erlaubnis abhängig machen“ (so *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14. Aufl. 1933, S. 575).

3 Durch VO vom 28.2.1933 (RGBl. I, 83).

verfassungen proklamiert und teilweise durch Richtlinien der Besatzungsmächte in beschränktem Umfang wiedereingeführt.⁴ Art. 9 Abs. I GG gewährleistet sie nunmehr in vollem Umfang, freilich nur in den neu hinzugefügten Grenzen des Art. 9 Abs. II GG.

2. Typologische Grenzen der Vereinigungsfreiheit

1. Mit dem Zugeständnis, dass die Vereinigungsfreiheit nicht dem allgemeinen Zugriff der Polizei unterliegt, hat sich der Staat freilich nicht vollends zurückgenommen. Vielmehr hat er sich vielfältige andere Mittel und Wege vorbehalten, um das korporative Zusammenwirken seiner Bürger zu kanalisieren und zu kontrollieren.

Unter dem Aspekt der gesellschaftspolitischen Kontrolle galt es vor allem, ein wachsames Auge auf die ideellen Vereinsziele zu werfen. Dabei ging es angesichts der umfassenden grundrechtlichen Garantie der Vereinigungsfreiheit nicht an, diese überall, also bei sämtlichen Vereinigungsarten einzugrenzen. Das hat sich auch rechtssystematisch als unnötig erwiesen, weil der Staat auf der Ebene des einfachen Gesetzesrechts nicht beliebig viele Vereinigungsarten zulässt, sondern den Bürgern nur einen in sich geschlossenen Kreis rechtlich zulässiger Vereinigungen bereitstellt. Infolge dieses Numerus clausus der Vereinigungstypen gliedert sich das staatshoheitliche Bedürfnis, die ideellen Vereinigungsziele zu kontrollieren, auf die einzelnen Vereinigungsarten auf.

2. Dieses staatliche Kontrollinteresse erübrigt sich überall dort, wo die Vereinigung wirtschaftliche und damit unpolitische Ziele verfolgt. Das ist bei den *Personenhandelsgesellschaften* (OHG und KG) der Fall, weil diese von Rechts wegen zwingend ein Handelsgewerbe betreiben müssen (§§ 105 Abs. I, 161 Abs. I HGB). Ein wirtschaftliches Unternehmen betreiben regelmäßig auch die *Kapitalgesellschaften* (GmbH und AG), aber das müssen diese nicht tun. Vielmehr darf deren Unternehmensgegenstand auch nicht im Betrieb eines Handelsgewerbes bestehen (§ 3 Abs. I AktG). Sie können also (wie es in klareren Worten in § 1 GmbHG heißt) „zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck“ errichtet werden. Indes droht daraus keine gesellschaftspolitische Gefahr, weil politische Gruppen, um gesellschaftlich Einfluss zu gewinnen, sich fortlaufend um weitere Mitglieder bemühen und ihre Ziele ständig dem gesellschaftlichen Wandel anpassen müssen. Sie sind deshalb darauf angewiesen, dass man ihnen frei und leicht beitreten und sie wiederum frei und unschwer wieder verlassen kann. Kapitalgesellschaften vermögen aber nur höchstens so viele Mitglieder aufzunehmen, wie ihr in Geschäftsanteile oder Aktien zerlegtes Stamm- oder Grundkapital (s. § 1 Abs. II AktG) gestattet.⁵ Die Mitgliedschaft in ihnen kann grundsätzlich⁶ nicht aufgekündigt, sondern nur

4 Zu allem näher *Schultze-v.Lasaulx*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 1967, vor § 21 Rn. 68 m.N.

5 Sonst ist eine förmliche und eintragungsbedürftige Kapitalerhöhung erforderlich.

6 Nur bei der GmbH wird in seltenen Ausnahmefällen bei persönlicher Notlage eine Kündigung aus wichtigem Grund zugelassen.

durch Anteilsveräußerung auf einen anderen übertragen werden (s. §§ 67, 68 AktG; 15 Abs. I GmbHG). Ein Nachfolger steht aber nicht immer bereit. Infolgedessen ist die Zweckoffenheit der §§ 1 GmbHG, 3 Abs. I AktG aus der Sicht des Staates gesellschaftspolitisch unbedenklich.

3. Strukturell nicht ganz so eindeutig sieht es bei der *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* (§ 705 BGB) aus. Die GbR darf zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck gegründet werden und verfolgt meist nichtwirtschaftliche Ziele. Ihre Mitgliederzahl ist gesetzlich unbegrenzt und es darf, wenn die Gesellschaft nicht zeitlich befristet ist, nicht nur die Mitgliedschaft, sondern sogar die Gesellschaft selbst (§ 723 Abs. I S. 1 BGB) jederzeit gekündigt werden. Insofern kann in einer nichtwirtschaftlichen GbR, die bisher in kein gerichtlich geführtes Register eingetragen wird⁷, eine unbegrenzte Vielzahl von Menschen gesellschaftspolitische Ziele verfolgen, ohne dass der Staat insoweit irgendeine verwaltungsbehördliche oder registergerichtliche Aufsicht auszuüben vermag. Dennoch droht personengesellschaftsrechtlich keine Gefahr, weil eine gesellschaftspolitisch ausgerichtete GbR auf möglichst viele Mitglieder angelegt ist, sich infolgedessen in der Regel anstelle der Geschäftsführung aller oder einzelner Gesellschafter (§§ 709 Abs. I, 710 BGB) korporativ mit einer Mitgliederversammlung und einem Vorstand zu versehen pflegt und damit in einen nV (§ 54 S. 1 BGB) umschlägt. Insofern bleibt das Personengesellschaftsrecht als solches gesellschaftspolitisch neutral.

4. Aus der Sicht des Staates unerwünschte oder gar unliebsame Assoziationen drohten daher nur im Vereinsrecht sowie im Genossenschaftsrecht und jeweils hat dieser entsprechende Vorsorge getroffen.

3. Besondere Grenzen der Vereinsfreiheit

1. Mit politischem Misstrauen⁸ begegnete der Staat seit eh und je dem nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteten *bürgerrechtlichen Verein* (§ 21 BGB). Dessen Eintragung im Vereinsregister und der damit verbundene Erwerb der Rechtsfähigkeit als juristische Person wurde deshalb einer weitreichenden verwaltungsbehördlichen Kontrolle unterworfen. Diese erstreckte sich vor allem auf den gem. § 57 Abs. I BGB in der Satzung anzugebenden Vereinszweck. Ließ das über die Registereintragung entscheidende Amtsgericht den mit beigelegter Satzung (§ 59 Abs. II Nr. 1 BGB) angemeldeten Verein zu, so hatte es das der zuständigen Verwaltungsbehörde mitzuteilen (§ 61 Abs. I BGB). Diese konnte gegen die Eintragung nicht nur Einspruch erheben, wenn der Verein nach öffentlichem Vereinsrecht unerlaubt war oder verboten werden konnte, sondern ursprünglich auch „wenn er einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgte“ (so § 61 Abs. II BGB a.F.). Die Registereintragung durfte erst dann erfolgen, wenn

⁷ Dies soll aber künftig nach den §§ 707, 707a des am 1.1.2024 in Kraft tretenden Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz- MoPeG) v. 10.8.2021 ermöglicht werden.

⁸ Zeugnis darüber legen die Reichstagsprotokolle in *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 1899, S. 602 ff. u. 984 ff. ab.

die Verwaltungsbehörde dem Amtsgericht mitteilte, dass seitens des Vereins binnen sechs Wochen kein Einspruch erhoben worden sei oder dieser seine Wirksamkeit verloren habe (§ 63 BGB). Neben die verwaltungsbehördliche Eingangskontrolle nach § 61 Abs. II BGB trat gem. § 43 Abs. III BGB die Befugnis der Verwaltungsbehörde, einem Verein, der nach seiner Satzung „einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck nicht hat“, „die Rechtsfähigkeit zu entziehen, wenn er einen solchen Zweck tatsächlich verfolgt“. Beides gestattete eine nahezu lückenlose staatliche Inquisition aller Vereinszwecke, sodass man nicht zu Unrecht von einem „*verkappten Konzessionssystem*“ auch für nichtwirtschaftliche Vereine sprach.⁹

Dass dies zu weit ging, lag auf der Hand. Insbesondere die Gewerkschaften lehnten es ab, sich einem derart gesellschaftspolitisch überlagerten Vereinsregisterverfahren zu unterziehen.¹⁰ Vielmehr zogen sie es unter Verzicht auf den im Rechtsverkehr nützlichen Status einer juristischen Person vor, sich als nichteingetragener Verein zu betätigen, freilich um auch als solcher erheblichen rechtlichen Nachteilen ausgesetzt zu sein.¹¹ In § 61 Abs. II BGB wurden daher im Jahr 1953, weil nicht mehr in die Zeit passend, die repressiven Worte „oder wenn er einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgt“ rechtsförmlich durch das GesEinhG¹² gestrichen.¹³ Zugleich wurde § 43 Abs. III BGB aufgehoben. Seitdem überprüft das Registergericht den in der Satzung festzulegenden Vereinszweck nur noch daraufhin, ob er gesetzwidrig ist, gegen die guten Sitten verstößt oder auf ein wirtschaftliches Ziel gerichtet ist, und dies ausschließlich in eigener Verantwortung. Endgültig beschränkte der Staat seine verwaltungsbehördliche Registergerichtskontrolle erst im Jahre 1997, indem er die §§ 61–63 BGB aus praktischen Gründen¹⁴ insgesamt aufhob¹⁵ und damit auf das dort geregelte Einspruchsverfahren verzichtete.

Gegen die Entscheidung des Registergerichts gibt es kein verwaltungsbehördliches Rechtsmittel. Ist die Registereintragung mangels rechtmäßigen Vereinszwecks unzulässig, so kann nur dieses sie von Amts wegen oder auf Antrag der berufsständigen Organe (§ 395 Abs. I in Verbindung mit 380 Abs. I FamFG) löschen.¹⁶ Die Verwaltungsbehörde hat das Registergericht davon nur zu unterrichten, wenn

9 S. Bericht der XII. Kommission v. 12.6.1896 S. 8 = *Mugdan*, Bd. 1, S. 952.

10 Insbesondere seit ihnen Art. 159 I WRV die Koalitionsfreiheit gewährleistete.

11 Dazu unten 3.2.

12 Gesetz zur Wiederherstellung der Gesetzeseinheit vom 5.3.1953, Teil 1 Art. 1 Nr. 3 (BGBl. I, 33).

13 Vorher waren sie bereits durch Art. 124 II 2 WRV aufgehoben worden und auch nach deren Geltungsende nicht wieder in Kraft getreten. Näher dazu *Palandt/Danckelmann*, Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Aufl. 1950, §§ 61–63 Anm. 2.

14 Zu kurze Fristen, unnötige Doppelkontrolle, rechtswidriges Verhalten meist erst nach Eintragung (s. Gesetzesbegründung in BT-Ds 13/4709 S. 48 f.).

15 Durch Art. 11 Nr. 1 des Justizmitteilungsgesetzes (JuMiG) vom 18.6.1997 (BGBl. I, 1430).

16 Dabei hat es lediglich ein verwaltungsbehördliches Verbot gem. §§ 3, 17 I 3 VereinsG wegen Verstößen gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder die Völkerverständigung zu vollziehen.

es sich um einen Ausländerverein oder dessen organisatorische Einrichtung handelt (§ 400 FamFG).¹⁷ Im Übrigen hat sich die Informationspflicht umgekehrt. Nicht mehr die Verwaltungsbehörde ist (wie gemäß § 61 Abs. I BGB a.F.) registergerichtlich von einer Vereinsanmeldung zu unterrichten, sondern die Polizei- und Gemeindebehörden haben die ihnen amtlich zur Kenntnis gelangten Fälle einer unrichtigen, unvollständigen oder unterlassenen Registeranmeldung dem zuständigen Registergericht mitzuteilen (§ 379 Abs. I FamFG).

2. Jeder registergerichtlichen Vereinszweckkontrolle entzogen ist freilich mangels Registereintragung der *nichtrechtsfähige Verein* (§ 54 BGB). Insoweit blieb daher nur der Weg, diesen besonders strikten Haftungsregeln zu unterwerfen und so als Organisationsform möglichst wenig anziehend zu machen.¹⁸ Dies erfolgte gesetzestechnisch dadurch, dass der nrV kraft Verweisung den Vorschriften über die Gesellschaft unterstellt wurde (§ 54 S. 1 BGB). Damit waren auf diesen die §§ 705 ff. BGB über die bürgerlichrechtliche Gesellschaft anzuwenden, und zwar vornehmlich das für diese geltende strenge Haftungsrecht. Infolgedessen hafteten die Mitglieder eines nrV für sämtliche Vereinsverbindlichkeiten nicht nur gemeinschaftlich mit dem Vereinsvermögen, sondern auch (und vor allem darin lag die besondere Härte) persönlich mit ihren Privatvermögen (§§ 714, 709 BGB). Sie taten das noch dazu als Gesamtschuldner (§ 421 BGB), also mit der abschreckenden Last, zunächst dem Vereinsgläubiger alles leisten zu müssen, um sodann nur höchst aufwendig und ungewiss bei den meist zahlreichen anderen Vereinsmitgliedern jeweils nur anteilig, Rückgriff nehmen zu können! Die Mitgliederhaftung statutarisch auf das Vereinsvermögen zu beschränken, scheiterte infolge der Verweisung des § 54 S. 2 BGB auf die §§ 705 ff. BGB daran, dass eine GbRmbH bis heute als unzulässig gilt.¹⁹ Doch damit nicht genug. Außer den Vereinsmitgliedern hafteten die nach außen auftretenden Vorstandsmitglieder und verfassungsmäßigen Vertreter persönlich als Handelnde, und zwar wiederum als Gesamtschuldner (§ 54 S. 2 BGB). Nicht zu Unrecht sprach man daher jedenfalls in bezug auf § 54 S. 1 BGB von einem *gesellschaftspolitischen Repressionszweck*.²⁰ Nur dem beharrlich wi-

17 Davor gleichlautend § 159 II FGG.

18 Misslich war auch, dass ein nrV mangels einpersonaler Rechtsfähigkeit nicht selbst als Grundeigentümer eingetragen werden konnte. Aber das war nicht gesellschaftspolitisch repressiv, sondern die sachenrechtlich zwangsläufige Folge dessen, dass der nrV keine juristische Person ist und eine Vielzahl miteinzutragender, aber ständig wechselnder Mitglieder hat. Heute wird empfohlen, auf den nrV den die Grundbuchfähigkeit der GbR regelnden § 47 II GBO entsprechend anzuwenden (so *Demharter*, Grundbuchordnung, 31. Aufl. 2018, § 19 Rn. 101 m.N.). Da demnach auch die Vereinsmitglieder einzutragen sind, muss das Grundbuch freilich ständig an den wechselnden Mitgliederstand angepasst werden.

19 So BGHZ 142, 315 ff. In diesem Sinne auch weiterhin § 721 S. 2 Personengesellschaftsmodernisierungsgesetz (s. oben Fn. 7). Für die Zulässigkeit einer GbRmbH aber, weil § 128 S. 2 HGB lediglich für die wirtschaftliche GbR entsprechend gelte, *Beuthien*, (WM 2012, 1 ff.), freilich um den Preis, dass dann jedenfalls die Handelnden persönlich haften.

20 Dazu statt vieler *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 25 II 2 (S. 740) mit zahlreichen Nachweisen. Der Gesetzgeber (Prot. in *Mugdan*, Bd. 1, S. 640) sprach dabei

dersprechenden gesellschaftsrechtlichen Schrifttum²¹ und der entschlossenen Rechtsprechung²² ist es zu verdanken²³, dass die Mitglieder eines nicht eingetragenen Idealvereins nicht mehr persönlich für die Vereinsschulden in Anspruch genommen werden können.²⁴

4. Besondere Schranken für die eingetragene Genossenschaft

1. Die eG ist eine gesetzlich zweckgebundene Vereinigungsform. Nach § 1 Abs. I des aus dem Jahre 1889 stammenden Genossenschaftsgesetzes durfte sie lange Jahrzehnte durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb nur den Erwerb oder die Wirtschaft ihrer Mitglieder fördern. Dagegen war es ihr nicht gestattet, den ideellen Interessen ihrer Mitglieder zu dienen. Darin kam die besondere staatliche Sorge zum Ausdruck, die Genossenschaften könnten sich zur Lösung der sozialen Frage in unliebsamer Weise sozialpolitisch, wenn nicht sogar parteipolitisch betätigen. Immer wieder hatte man das den im Preußischen Abgeordnetenhaus und später im Reichstag von dem Abgeordneten *Schultze-Delitzsch* vorgelegten Entwürfen eines Genossenschaftsgesetzes vorgehalten. Vergeblich wies dieser darauf hin, dass mit diesen Gesetzesvorlagen lediglich den förderwirtschaftlichen Interessen und keinerlei politischen Zielen der Genossenschaftsmitglieder gedient werden solle. Aber ihm wurde erwidert, dass er selbst, um seinem Anliegen sozialen Nachdruck zu verleihen, davon gesprochen habe, dass hinter diesem ein „Volksheer“ von Genossen stehe. Auch später kam man im Reichstag im Zuge der Beratungen des Entwurfs des GenG von 1889 immer wieder darauf zurück und bezeichnete die

selbst von einer Verweisung der nichtrechtsfähigen Vereine in „die für sie nicht passende Rechtsform der Gesellschaft“. Dieser wollte damit zwar keine Hintertür zum Prinzip der freien Körperschaftsbildung öffnen, vermied es aber zugleich sehenden Auges, das Recht des nRV sachgerecht zu regeln. Im Schrifttum wurde das scharf gerügt: „Von Anfang an verfehlte bewusst tendenziöse Vergewaltigung der Rechtswirklichkeit“ und „Zeugnis elementarer Ungerechtigkeit“ (So *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtswissenschaften und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, 1953, S. 11).

- 21 Wiederum statt vieler mit umfassenden Nachweisen *Schöppflin*, Der nichtrechtsfähige Verein, 2003, S. 413 ff. u. 426 ff. sowie S. 431 in dortiger Fn. 191.
- 22 Insbesondere RGZ 63, 62 (65), 74, 371 (374), 90, 173 (176 f.), zuletzt RG WarnRspr. 1917 Nr. 263, S. 419 f. sowie BGH LM § 31 BGB Nr. 11 (Bl. 2), BGH NJW 1979, 2304 (2306) u. NJW-RR 2003, 1265 (mit zust. Bspr. von *Reuter*, Persönliche Haftung für Schulden des nichtrechtsfähigen Idealvereins, NZG 2004, 217 ff.).
- 23 Wobei die vielfältigen Begründungen dafür durchweg nur im Ergebnis überzeugen.
- 24 In Art. 1 Ziff. 2 des Personengesellschaftsmodernisierungsgesetzes wird daher in § 54 I BGB die persönliche Haftung der Mitglieder eines nichtwirtschaftlichen nRV entsprechend § 721 ausdrücklich ausgeschlossen. Dagegen ist die (zu Recht in § 54 II BGB weiterhin vorgesehene) Handelndenhaftung als subsidiäre Nothaftung unentbehrlich, weil die Handelnden die einzigen sind, an die sich die Vereinsgläubiger persönlich halten können, wenn sie nicht wissen, wo sie den Verein und die Gesamtheit der Mitglieder ausfindig machen können. Näher dazu *Beuthien*, GmbH 2013, 1 ff.

Genossenschaften als eine „politische Macht“.²⁵ Alle Beteuerung, dass die Genossenschafter „viel zu praktische Leute“ seien, „als dass sie politisch auftreten möchten“ und „sehr wohl wüssten, dass die politische Gesinnung nicht beleihbar“ sei²⁶, fruchtete nicht.

Angesichts dieses politischen Misstrauens²⁷ blieb es dabei, dass die Genossenschaften sich nicht für die ideellen Bedürfnisse ihrer Mitglieder einsetzen durften. Erst im Jahre 2006(!) wurde § 1 Abs. I GenG dahin erweitert²⁸, dass eGn auch dazu befugt sind, die „sozialen oder kulturellen Belange“ ihrer Mitglieder durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb zu fördern. Man wollte es diesen damit ermöglichen, ihre Mitglieder in der vollen Bandbreite ihrer Lebensbedürfnisse zu unterstützen. Irgendeine gesellschaftspolitische Sorge kam angesichts dessen, dass sich das gesamte Genossenschaftswesen während der langen Dauer seines Bestehens allgemeinpolitisch zurückgehalten und sich auch mit seinen Genossenschaftsverbänden (außer während ihrer nationalsozialistischen Gleichschaltung)²⁹ nur für förderwirtschaftliche Ziele eingesetzt hatte, nicht mehr auf.

2. Da eine eG nach dem neugefassten § 1 Abs. I S. 1 GenG auch nichtwirtschaftliche Zwecke verfolgen darf, scheint sich eine politische Genossenschaftszweckkontrolle erledigt zu haben. Nicht hinreichend bedacht wurde jedoch, dass die eGn nach dem Wortlaut des § 81 Abs. I GenG nach wie vor unter verwaltungsbehördlicher Aufsicht stehen. Danach kann eine Genossenschaft auf Antrag der zuständigen obersten Landesbehörde nicht nur dann durch landgerichtlichen Beschluss aufgelöst werden, wenn sie durch gesetzeswidriges Verhalten ihrer Verwaltungsträger das öffentliche Gemeinwohl gefährdet. Dies darf auch erfolgen, wenn „der Zweck der Genossenschaft entgegen § 1 nicht auf die Förderung der Mitglieder gerichtet ist“. Da eine eG auch jetzt soziale und kulturelle Ziele nur anstreben darf, wenn sich in diesen dementsprechende Bedürfnisse der Mitglieder widerspiegeln, bleiben ihr allgemein gesellschaftspolitische Zwecke weiterhin verschlossen. Für diese ist wie früher ausschließlich der e.V. (§ 21 BGB) zuständig.

3. Damit fragt sich, wer über die Zulässigkeit der jeweils gewählten genossenschaftlichen Vereinigungsform zu wachen hat, die Verwaltungsbehörde oder aus-

25 So insbesondere der konservative Abgeordnete von *Kleist-Retzow* (Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages – 7. Legislaturperiode – IV. Session 1888/89 – 2. Band, S. 1019–1056, 1058–1086 – s. in *Beuthien/Hüsken/Aschermann*, Materialien zum Genossenschaftsgesetz, Bd. II. Parlamentarische Materialien, 1866–1922, Marburger Schriften zum Genossenschaftswesen, Sonderband 1989, S. 682).

26 So der liberaldemokratische Abgeordnete *Dr. Baumbach* unter Hinweis auf gleichsinnige Äußerungen von Schultze-Delitzsch (s. in *Beuthien/Hüsken/Aschermann*, a.a.O., S. 683).

27 Dazu im Einzelnen *Gerhard Baumgartl*, Die Funktion des Förderungsauftrages in § 1 Genossenschaftsgesetz, Diss. Nürnberg, 1979, S. 68 ff. mit näheren Nachweisen, insbesondere (S. 69 Fn. 223) unter Hinweis auf die seitens *Graf von Schlieffen* schon am 4.2. 1867 im Preußischen Herrenhaus gemachte Äußerung: „Es sind Kautelen notwendig!“

28 BGBl. I, 1911 ff.

29 Dazu näher *Wilhelm Kaltenborn*, Die Überwältigung – Die deutschen Genossenschaften 1933/34, der Anschlusszwang und die Folgen, 2020, S. 56 ff. sowie zu diesem *Beuthien ZfgG 2021 u. WM 2021*, 1305 ff.

schließlich das Registergericht? In § 81 Abs. I GenG werden zwei sachlich ungleichartige Tatbestände nebeneinandergestellt, die gesetzwidrige Gefährdung des Gemeinwohls (§ 81 I 1 Fall 1 GenG) und die Rechtsformverfehlung (§ 81 Abs. I S. 1 Fall 2 GenG). In dem ersteren liegt eine schwere Störung der öffentlichen Ordnung. Diese ist als öffentliche Angelegenheit vorrangig durch die Verwaltungsbehörden zu schützen. Dagegen obliegt die Wahrung der gesellschaftsrechtlichen Vereinigungstypenordnung als privatrechtliche Angelegenheit ausschließlich den Registergerichten. Eine allgemein gesellschaftspolitisch ausgerichtete Genossenschaft darf daher das Registergericht schon aus Gründen der sachlich richtigen Rechtsformzuordnung nicht in das Genossenschaftsregister eintragen.³⁰ Betätigt sich eine eG später fortgesetzt allgemein gesellschaftspolitisch, kann das Registergericht sie, weil damit für die Vereinigung eine wesentliche Eintragungsvoraussetzung weggefallen ist, wieder von Amts wegen löschen (§ 397 S. 2 Fall 2 i.V.m. § 395 Abs. I S. 1 Fall 1 FamFG). Die Löschung tilgt die förderzweckwidrig ausgestaltete Genossenschaft zwar nur aus dem Register und nimmt ihr damit lediglich die durch die Registereintragung vermittelte Eigenschaft als juristische Person. Aufgelöst wird sie dadurch nicht. Vielmehr besteht sie als werbende nichteingetragene Vereinigung so lange weiter, bis ihre Mitglieder ihre Auflösung beschließen.³¹ Dagegen aber ist, wenn ihr Zweck nicht allgemein verboten ist, gesellschaftsrechtlich nichts einzuwenden. Neben den §§ 397 S. 2 Fall 2, 395 Abs. I S. 1 FamFG besteht daher für das in § 81 Abs. I Fall 2 GenG vorgesehene besondere Auflösungsverfahren weder Anlass noch Rechtfertigung.³² Damit hat der Staat nicht nur beim e.V. (§ 21 BGB), sondern auch bei der eG (§ 1 Abs. I GenG) seine verwaltungsbehördliche Vereinigungszweckkontrolle zugunsten der ausschließlichen Zuständigkeit des Registergerichts zurückgenommen und damit in einem wesentlichen Teilbereich des Gesellschaftsrechts für rechtssystematische Ordnung gesorgt.³³

4. Aufschlussreich ist, in welch zögerlichen Schritten sich das verfahrensrechtlich vollzogen hat. Nach der ursprünglichen Fassung des § 81 Abs. II GenG war

30 Allerdings wird die Grenzziehung schwierig, wenn die Genossenschaftsmitglieder das allgemeine gesellschaftspolitische Anliegen auch für sich selbst teilen. Dann wird man es ihr im Zweifel nicht verwehren können, dieses als Teil der Öffentlichkeit für sich mittels gesellschaftsrechtlicher Selbstorganisation eigennützig anzustreben. Es verhält sich dann ebenso, wie wenn die Genossen selbst zu den als gemeinnützig zu fördernden Personen gehören. Dazu *Beuthien*, GenG, 16. Aufl. 2018, § 1 Rn. 98 unter Hinweis auf *Helios/Srieder*; DB 2005, 2794 (2795).

31 Im Einzelnen dazu *Leuschner*, Das Konzernrecht des Vereins, 2011, S. 177! Zu Unrecht gehen freilich etliche Autoren (wie BT-Ds 16/12813 S. 11) davon aus, dass die Vereinigung beendet ist, solange die Mitglieder nicht ihre Fortsetzung beschließen. (Nachweise bei *Leuschner*; a.a.O., in dortiger Fn 209).

32 Die Vorschrift sollte daher gestrichen werden. Stattdessen ist anstelle von § 81 I 1 Fall 2 GenG durch einen Nachsatz klarzustellen: „Ist der Zweck der Genossenschaft entgegen § 1 nicht oder nicht mehr auf die Förderung der Mitglieder gerichtet, entscheidet das Registergericht gem. § 395 FamFG von Amts wegen über deren Löschung im Genossenschaftsregister.“ Näher dazu *Beuthien*, NZG 2020, 681 (688).

33 Zur uneinheitlichen Regelung bei Gemeinwohlverstößen unten 5.

für die Auflösung der ihren wirtschaftlichen Förderzweck verfehlenden eG ausschließlich die Verwaltungsbehörde zuständig. Rechtsschutz gegen deren Ermessensentscheidung gab es dementsprechend nur im öffentlichrechtlichen Verwaltungsstreitverfahren. Die ordentliche Gerichtsbarkeit war ausgeschaltet. Erst durch die GenG-Novelle 2006³⁴ wurde die verwaltungsbehördliche Kompetenz dahin verkürzt, dass die Genossenschaft nur noch auf Antrag der örtlich zuständigen obersten Landesbehörde durch landgerichtliches Urteil aufgelöst werden kann.³⁵ Zugleich wurde die immer noch im Gesetz stehende Drohung gestrichen, dass die Auflösung erfolgen kann, „ohne dass deshalb ein Anspruch auf Entschädigung stattfindet“.³⁶ Denn eine solche erübrigt sich, weil einem Amtshaftungsanspruch aus Art. 34 Abs. I GG i.V.m. § 839 Abs. I S. 1 BGB in aller Regel das Richterprivileg des § 839 Abs. II S. 1 BGB entgegensteht. Die Auflösung der eG wirkt auch nicht im Sinne des Art. 14 Abs. III S. 2 GG enteignend³⁷, weil in dem dann regelgerecht nach Maßgabe der §§ 83–93 GenG einsetzenden Liquidationsverfahren das verbleibende Genossenschaftsvermögen anteilig den Genossen zufällt (§ 91 GenG).³⁸

5. Indes geht auch das noch zu weit. Vielmehr ist die in § 81 Abs. I GenG getroffene Regelung in sich unausgewogen. Denn das lediglich förderzweckwidrige Verhalten (§ 81 Abs. I S. 1 Fall 2 GenG) lässt sich nicht auf eine Stufe mit den das Gemeinwohl gefährdenden Rechtsverstößen (§ 81 Abs. I S. 1 Fall 1 GenG) stellen. Wer in gesetzwidriger Weise nachhaltig das Gemeinwohl verletzt, hat im Rechts- und Wirtschaftsverkehr nichts zu suchen. Wer dagegen nur eine gesetzlich zweckgebundene Vereinigungsform für außerhalb dieser rechtmäßige Ziele benutzt und damit fehlgebraucht, stört zwar das Gesellschaftsrechtssystem, nicht aber die allgemein zu achtende öffentliche Gesamtrechtsordnung. Verhält sich daher eine eG förderzweckwidrig, so genügt es, ihr die Rechtsfähigkeit zu entziehen. Dagegen ist dann ihre zur Liquidation führende Auflösung eine obrigkeitsstaatliche Überreaktion.³⁹

Immerhin hatte schon die GenG-Novelle 1973⁴⁰ den bis dahin geltenden § 149 GenG aufgehoben, wonach sich Mitglieder des Vorstandes strafbar machten, „wenn ihre Handlungen auf andere als die in § 1 erwähnten geschäftlichen Zwecke gerichtet sind“. Die Strafe betrug 3 DM bis 10.000 DM, im Nichtbeitreibungsfall Gefängnis von 1 Tag bis zu 1 Jahr oder Haft von 1 Tag bis zu 6 Wochen!⁴¹

34 BGBl. I, 1911 ff.

35 Dieser Satz findet sich freilich (anders als in § 396 AktG) weiterhin in § 62 I GmbHG, dort allerdings nur in Bezug auf gesetzwidrige Gemeinwohlverstöße.

36 Dazu Begr. RegE BT- Ds 16/1025, S. 94.

37 Zutr. Kropff, Aktiengesetz, Begründung des Regierungsentwurfs, 1965, S. 497.

38 Die Auflösung ist auch nicht etwa „Ausdruck der Sozialpflichtigkeit des Eigentums“ i.S. des Art. 14 II GG (so freilich *Altmeppen*, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 62 Rn. 7), sondern schlicht die Folge einer schweren Störung der öffentlichen Ordnung, also eines Ordnungsverstoßes.

39 Im Einzelnen dazu *Beuthien*, Was tun, wenn eingetragene Genossenschaften ihren Förderzweck missachten?, NZG 2020, 682 u. 685.

40 BGBl. I, 1451.

41 So *Meyer/Meulenbergh*, Genossenschaftsgesetz, 11. Aufl. 1970, § 149 Anm. 2.

5. Uneinheitliche Regelung bei Gemeinwohlgefährdung

1. Uneinheitlich und unübersichtlich ist die Rechtsentwicklung verlaufen, wenn die Verwaltungsträger (Vorstand oder Geschäftsführer) durch gesetzeswidriges Verhalten das Gemeinwohl gefährden. Ursprünglich war dann im Gesamtbereich des Körperschaftsrechts einheitlich vorgesehen, dass die Vereinigung auf Antrag der zuständigen Verwaltungsbehörde durch verwaltungsgerichtliches Gestaltungsurteil aufgelöst werden durfte, wenn die Mitgliederversammlung und (wo vorhanden) der Aufsichtsrat nicht unverzüglich für die Abberufung der verantwortlichen Personen sorgten (§§ 43 Abs. I, 44 BGB a.F., § 62 GmbHG, § 396 Abs. I AktG a.F., § 81 Abs. I S. 1 Fall 2 GenG a.F.). Dieses insgesamt verwaltungsrechtliche Auflösungsverfahren wurde sodann bei der AG und eG (in einer eigenartigen Vermengung von öffentlichem und privatem Recht) dahin verändert, dass die Verwaltungsbehörde nunmehr beim Landgericht die Auflösung der gemeinwohlwidrigen Vereinigung durch Urteil zu beantragen hat (§§ 396 Abs. I AktG, 81 Abs. I S. 1 Fall 2 GenG).⁴² Dagegen beließ man es für die GmbH bei der ausschließlichen Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde und des Verwaltungsgerichts (§ 62 Abs. II GmbHG)⁴³. Dabei ging das gesellschaftsrechtliche Schrifttum fortan davon aus, dass die gemeinwohlwidrige Gesellschaft bereits durch den Verwaltungsakt der Verwaltungsbehörde mit anschließendem Rechtsschutz vor dem Verwaltungsgericht aufgelöst wird.⁴⁴ Dabei blieb es lange Jahrzehnte, bis die alte Fassung des § 43 Abs. I BGB im Jahre 2009 durch das Vereinsrechtsänderungsgesetz (Vereins-RÄndG)⁴⁵ aufgehoben wurde.⁴⁶ Das jedoch war insofern zu unbedacht⁴⁷, als Gleiches im Aktien- und Genossenschaftsrecht unterblieb und als § 62 II GmbHG (wiederum anders die §§ 396 II AktG, 81 II GenG) weiterhin anstelle des Landgerichts das Verwaltungsgericht für zuständig erklärt.⁴⁸ Dabei wird im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum die Parallelvorschrift des § 396 Abs. II AktG⁴⁹ kurzerhand

42 § 44 BGB wurde gestrichen. § 396 I AktG gilt gem. § 398 AktG auch für die KGaA.

43 Die früher in § 62 II 2 u. 3 GmbHG geregelte Ersatzzuständigkeit des Landgerichts am Sitz der Gesellschaft für diejenigen Länder, in denen noch kein Verwaltungsstreitverfahren bestand, wurde 1960 durch die bundeseinheitliche Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit hinfällig.

44 Statt vieler *Casper*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 62 Rn. 26 m.N.

45 BGBl. 2009, I, 3145.

46 Zusammen mit § 43 II BGB a.F. (Entziehung der Rechtsfähigkeit wegen satzungswidrigen Verfolgens eines wirtschaftlichen Zwecks). In Kraft blieb als neuer Absatz 1 nur § 43 IV BGB (Entziehung der Rechtsfähigkeit eines wirtschaftlichen Vereins wegen Verfolgens eines anderen als in der Satzung bestimmten Zwecks).

47 Eine materielle Rechtsanalogie zu den §§ 62 GmbHG, 396 AktG, 81 I 1 Fall 1 GenG lässt sich angesichts der gezielten Aufhebung des § 43 I Fall 2 BGB und der unterbliebenen Änderung der Wirtschaftsvereinsvorschriften kaum begründen.

48 Immerhin wurde aber die Fassung des § 81 I 1 Fall 1 GenG als § 289 in den Entwurf eines neuen GmbHG übernommen (s. BT-Ds VI, S. 230). Sie ist aber nicht in Kraft getreten (näher dazu *Konow*, GmbHR 1973, 217, 218 ff.).

49 Das Gleiche muss dann folgerichtig auch für den (nicht mit ins Auge gefassten) § 81 II GenG gelten.

als „systemwidrig und daher nicht analogiefähig“ bezeichnet⁵⁰. In der Tat lässt sich § 396 Abs. I AktG auf die GmbH nicht entsprechend anwenden, weil dem die ausdrückliche Verweisung des § 62 Abs. II GmbHG auf den Verwaltungsprozess entgegensteht. Aber welche der beiden Vorschriften systemwidrig ist, fragt sich gerade.

2. Unumgänglich ist, dass es bei der derzeitigen Unordnung nicht bleiben kann. Das gemeine Wohl dient allen und ist daher von allen Personen und Personenvereinigungen in gleicher Weise zu achten. Ernstliche Gemeinwohlverstöße müssen daher durchweg unterbunden werden. Der e.V. verdient insoweit keine besondere Nachsicht und damit keine gesellschaftsrechtliche Sonderbehandlung gegenüber den Kapitalgesellschaften und Genossenschaften. Vielmehr muss es überall die grundsätzlich gleiche Sanktion und gegen diese allseits den gleichen Rechtszug und die gleichen Rechtsmittel geben.

Damit fragt sich: Gilt es den gestrichenen § 43 Abs. I BGB a.F. wieder einzuführen oder sind die §§ 396 Abs. I AktG, § 81 Abs. I S. 1 Fall 1 GenG, 62 Abs. I GmbHG ebenfalls zu streichen? Letzteres empfiehlt sich, da das gemeine Wohl ein gesellschaftlich höchstwertiges Rechtsgut ist, nur dann, wenn dieses hinreichend anderweit geschützt wird. Indes ist inzwischen genau das der Fall.

Verfolgt eine gesellschaftsrechtliche Vereinigung von Anfang an einen rechts- oder sittenwidrigen Zweck, ist ihre Satzung insoweit nichtig (§§ 134, 138 Abs. I BGB). Der jeweils durch den Unternehmensgegenstand näher zu bestimmende Gesellschaftszweck ist im Register einzutragen (§§ 3 Abs. I, 23 Abs. III Nr. 2, 39 Abs. I AktG; 3 Abs. I Nr. 2, 10 Abs. I GmbHG; 1 Abs. I, 6 Nr. 2, 12 Nr. 3 GenG). Ist dieser jedoch rechtlich unzulässig, so darf das Registergericht die Vereinigung nicht eintragen. Es kann sie mangels einer wesentlichen Eintragungsvoraussetzung jederzeit von Amts wegen wieder löschen (§ 397 i.V.m. § 395 Abs. I S. 1 FamFG).⁵¹ Das gilt auch, wenn die Vereinigung nachträglich dazu übergeht, planmäßig und fortgesetzt einen gesellschaftsrechtlich unzulässigen Zweck zu verfolgen.⁵² Die guten Sitten i.S. des § 138 Abs. I BGB beinhalten nicht nur moralische Gebote, sondern vor allem als rechtsethische Grundordnung auch einen *ordre public*⁵³ und zu diesem gehört die Achtung und Wahrung des Gemeinwohls.⁵⁴

50 So *Baumbach/Hueck/Haas*, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 62 Rn. 14 im Anschluss an *Scholz/Schmidt/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 62 Rn. 8 sowie unter Hinweis auf *Casper*, in: *Ulmer/Habersack/Löbbe*, GmbHG, Bd. III, 2. Aufl. 2016 ff., § 62 Rn. 24 u. *Nerlich*, in: *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt*, GmbHG, § 62 Rn. 21.

51 Vorgängervorschrift: § 142 FGG.

52 BT-Ds. 16/9733, S. 298.

53 Näher zu diesem im Einzelnen äußerst umstrittenen Problemkreis *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 15. Aufl. 1959, § 191 I Anm. 5, *Hefermehl*, in: *Soergel*, Bürgerliches Recht, Gesetzbuch, Bd. I, 12. Aufl. 1987, § 138 Rn. 7 sowie *Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989, § 22 III (S. 435 ff.), jeweils m.w.N.

54 Dazu, dass das Registergericht Eintragungen sittenwidrigen Inhalts löschen kann, *Keidel/Heinemann*, FGG, 20. Aufl. 2020, § 395 Rn. 21 im Anschluss an KG NJW 1962, 1917.

Die §§ 43 Abs. I BGB a.F., 396 Abs. I AktG, 62 Abs. I GmbHG, 81 Abs. I S. 1 Fall 1 GenG knüpfen zwar nicht an einen rechts- oder sittenwidrigen Vereinigungszweck, sondern an ein rechtlich unzulässiges Verhalten der Mitgliederversammlung und der Verwaltungsträger an. Beschränkt sich dieses aber nicht auf Einzelfälle⁵⁵, sondern dauert es planmäßig an, so wird faktisch ein sittenwidriger Vereinigungszweck verfolgt. Infolgedessen wird dann § 397 i.V.m. § 395 Abs. I S. 1 FamFG anwendbar und wiederum infolgedessen werden (außer § 43 Abs. I BGB a.F.) auch die §§ 396 Abs. I AktG, 62 Abs. I GmbHG, 81 S. 1 Fall 1 GenG überflüssig, wenn nicht sogar von Rechts wegen hinfällig.⁵⁶

Gewiss darf das Registergericht die gegen das Gemeinwohl verstoßende Vereinigung gem. §§ 397 i.V.m. 395 Abs. I FamFG nur im Register löschen, nicht aber rechtsgestaltend auflösen. Dessen bedarf es aber auch nicht, weil diese wegen ihres gemeinwohlwidrigen und damit sittenwidrigen Zweckes allenfalls fehlerhaft wirksam ist, worauf sich jedermann berufen darf. Was ohnehin unwirksam ist, braucht daher nicht auch noch rechtsförmlich aufgehoben zu werden.

Praktisch unterbunden werden muss nur das rechts- oder sittenwidrige Verhalten. Dazu aber sind nicht das Registergericht, sondern kraft öffentlichen Vereinsrechts die für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zuständigen Verwaltungsbehörden berufen.⁵⁷ Diese jedoch dürfen gesellschaftsrechtliche Vereinigungen derzeit nur verbieten⁵⁸ und auflösen (§ 3 Abs. I u. II, § 17 Nr. 1 VereinsG)⁵⁹, wenn deren Zweck oder Tätigkeit den aus Gründen des Staatsschutzes erlassenen Strafgesetzen zuwiderläuft oder sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung richtet.⁶⁰ Ob aber das Gemeinwohl zur verfassungsmäßigen Ordnung gehört⁶¹, ist zweifelhaft, weil darunter in diesem Sachzusammenhang

55 Gegen diese kann, soweit dadurch die öffentliche Ordnung gestört ist, die örtlich zuständige Polizeibehörde vorgehen.

56 S. dazu oben 4. zu § 81 I 1 Fall 2 GenG.

57 Zu Recht heißt es insoweit in BT-Ds 16/12813 S. 11 zu Nummer 8 (§§ 43 und 44 BGB): „eine das Gemeinwohl gefährdende Tätigkeit von Vereinen“ kann „nur mit den Mitteln des öffentlichen Vereinsrechts unterbunden werden.“

58 Im Einzelnen zum Vereinsverbot in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung *Plancker*, NVwZ 1998, 113 ff.

59 Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts vom 5.8.1964 (BGBl. I, 593). Dieses hatte die §§ 43, 44 BGB gem. § 30 II Nr. 1 ursprünglich ausdrücklich unberührt gelassen. Inzwischen trifft das aber nur noch für den früheren § 43 IV BGB (jetzt § 43 I BGB), also lediglich für den wirtschaftlichen Verein i.S. des § 22 BGB zu. Grundsätzlich zum Verhältnis des öffentlichen Vereinsrechts zur registergerichtlichen Vereinszweckkontrolle *Mummenhoff*, Gründungssysteme und Rechtsfähigkeit 1979, S. 70 ff.

60 Möglicherweise ist das eine bisher nicht hinreichend bedachte Rechtsschutzlücke des öffentlichen Vereinsrechts. Diese muss dann gemessen an die in BT-Ds 16/12813 S. 11 (oben Fn. 31) getroffene Erwägung dort und nicht in den gesellschaftsrechtlichen Organisationsgesetzen geschlossen werden.

61 Zur verfassungsmäßigen Ordnung werden nur die diese tragenden Verfassungsprinzipien, insbesondere das Demokratieprinzip sowie das Rechts- und Sozialstaatsprinzip gerechnet. Näher dazu BVerfGE 2, 1 (12f.) u. 144, 20/22 ff. Dabei muss die Vereinigung die verfassungsmäßige Ordnung nicht nur ablehnen, sondern in kämpferisch-aggressiver Weise auf ihre verfassungsfeindlichen Ziele hinwirken (BVerfGE 61, 218, 220).

(anders als bei Art. 2 Abs. I GG) mehr zu verstehen ist, als die Gesamtheit aller verfassungsgemäßen Normen. In aller Regel wird daher bei körperschaftsrechtlichen Gemeinwohlverstößen nur das Registergericht löschend tätig werden können.

Die §§ 395 AktG, 62 GmbHG, 81 Abs. I S. 1 Fall 1 GenG sollten nach alledem als rechtssystematisch verfehlt gestrichen werden. Jedenfalls geht es nicht an, diese Vorschriften teils als gesellschaftsrechtlich und damit privatrechtlich⁶² und teils als öffentlichrechtlich zu begreifen.⁶³ Auch ist es unnötig und unangebracht, in den §§ 395 Abs. I AktG, 81 Abs. I S. 1 Fall 1 GenG die Kompetenzen der Verwaltungsbehörde und des Landgerichts zu mischen.⁶⁴ Denn die für das Rechtsvertrauen der Staatsbürger unerlässliche richterliche Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. I GG) ist heute nicht nur bei den Zivilgerichten, sondern auch bei den Verwaltungsgerichten hinreichend gewahrt.⁶⁵

Größere praktische Bedeutung sollen die §§ 395 AktG, 62 GmbHG, 81 Abs. I S. 1 Fall 1 GenG zwar sämtlich nicht erlangt haben.⁶⁶ Aber ihr Wortlaut verdeckt die sachlich gebotene ausschließliche Zuständigkeit des Registergerichts und kann zu dem Missverständnis führen, als dürften die Verwaltungsbehörden auf diesem Wege die ihnen durch das öffentliche Vereinsrecht gezogenen Grenzen⁶⁷ übersteigen.⁶⁸ Das gilt insbesondere, wenn man das Gemeinwohl (wie § 288 AktG 1937)

62 So im Kern auch die §§ 395 AktG, 81 I 1 Fall 1 GenG.

63 So § 62 GmbHG (in diesem Sinne ausdrücklich *Nerlich*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, § 62 Rn. 2: „Die Vorschrift ist öffentlich-rechtlich und ist dem Gefahrenabwehrrecht/allgemeines Ordnungsrecht, also dem Verwaltungsrecht zuzuordnen.“

64 Für die vorrangige Zuständigkeit der ordentlichen Zivilgerichte (insbesondere des Registergerichts) hatten sich zwar einzelne Abgeordnete schon während der Gesetzberatungen ausgesprochen. Sie konnten sich damit aber nicht durchsetzen, weil es damals noch kein reichseinheitliches öffentliches Vereinsrecht und kein reichseinheitliches Verwaltungsverfahrenrecht gab (s. bei *Mugdan*, Bd. 1, S. 602 sowie 952).

65 Im Einzelnen dazu die Studie des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages über die „Auswahl und Wahl von Richtern in Deutschland“, 2017 (WD7-3000-098/17), 3.1-9. Noch bei *Kropff* (Aktiengesetz, 1965, S. 497) aber hieß es: „Das Verfahren nach der Zivilprozessordnung bietet die beste Rechtsgarantie“.

66 Bekannt geworden sind nur ein Urteil des KG in JW 1937,1270 zur GmbH (ohne Sachverhalt) sowie eine Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts in RIW 1988, 140 f. zu Art. 57 III ZGB (gerichtliche Auflösung einer AG wegen widerrechtlichen Erwerbs von Grundeigentum in der Schweiz durch Ausländer). Zur letzteren Entscheidung *Dagon/Scholtissek*, RIW 1988, 142 u. *Becker*, ZSchweizR 1988, 613 (625 f.). Aber welche repressive Vorwirkung diese Vorschriften entfaltet haben, ist unbekannt.

67 Nach § 1 II VereinsG kann gegen Vereine, die die Vereinsfreiheit missbrauchen, zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung „nur nach Maßgabe dieses Gesetzes eingeschritten werden“!

68 Gemeinwohlverstöße stören zwar die öffentliche Ordnung und sind insoweit eine das öffentliche Recht betreffende Angelegenheit (s. *Reichert*, Handbuch des Vereins- und Verbandrechts, 8. Aufl. 2001, Rn. 2081 in Bezug auf § 43 BGB a.F.: „gehört an sich in das öffentliche Vereinsrecht.“). Sie verletzen aber zugleich die privatrechtlich vom Registergericht zu wahren guten Sitten i.S. des § 138 I BGB (s. oben 5.2). Sie als speziellen Sittenverstoß aus dessen umfassender Zuständigkeit auszugliedern und stattdessen dem bewusst auf den Schutz der verfassungsmäßigen Ordnung und der Völ-

bereits dann als gefährdet aussieht, wenn „gegen Grundsätze verantwortungsbewusster Wirtschaftsführung“ verstoßen wird⁶⁹ und dabei „allgemeine Interessen der Volkswirtschaft“ berücksichtigt⁷⁰ oder gar dafür ausreichen lässt. Denn dann könnten die §§ 396 Abs. I AktG, 81 Abs. I S. 1 Fall 1 GenG, 62 Abs. I GmbHG zu wirtschaftslenkenden Eingriffen des Staates⁷¹ verleiten.

6. Schlusswürdigung

Welche der gesetzlich zugelassenen Vereinigungsarten die gründungswilligen Personen wählen wollen, entscheiden diese zwar selbst. Ob sie aber tatsächlich Zugang zu der gewünschten Vereinigungsform finden, hat das jeweils zuständige Registergericht anhand des eingereichten Organisationsvertrages (Gesellschaftsvertrag oder Satzung) zu entscheiden. Eine politische Kontrolle der Vereinigungsziele hat dabei nichts zu suchen. Dem Registergericht obliegt es auch, in eigener Verantwortung zu beurteilen, ob und inwieweit die Vereinigung noch ihren Eintragungsvoraussetzungen genügt, also nachträglich unzulässig wird (§ 397 i.V.m. § 395 FamFG). Das ist auch dann der Fall, wenn der Vorstand oder die Geschäftsführer planmäßig und fortgesetzt gegen das gemeine Wohl verstoßen. Neben dieser umfassenden Zuständigkeit des Registergerichts bedarf es keiner zusätzlichen Befugnis der Verwaltungsbehörden, die sich gegenwärtig verhaltende Vereinigung selbst durch privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt aufzulösen (so bei der GmbH) oder beim Landgericht zu beantragen, diese durch Gestaltungsurteil aufzulösen (so bei der AG und eG). Die dies jeweils vorsehenden §§ 396 Abs. I AktG, 81 Abs. I S. 1 Fall 1 GenG, 62 Abs. I GmbHG sind daher zu streichen. Gegen einzelne die öffentliche Sicherheit oder Ordnung verstoßende Gemeinwohlverstöße kann in ausreichender Weise die zuständige Polizeibehörde einschreiten. Damit hätte sich die politische Kontrolle des Körperschaftsrechts nach einem über ein Jahrhundert währenden Entwicklungsprozess auf ein sachlich angemessenes und für die betroffenen Vereinigungen erträgliches Maß eingependelt.

kerverständigung beschränkten VereinsG zuzuweisen, empfiehlt sich nicht, weil es im Wesentlichen nur um eine auch vom Registergericht zu bewältigende besondere Wertungsfrage geht.

69 Ähnlich bereits Art. 151 I 1 WRV: „Die Ordnung des Wirtschaftslebens muss den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen.“

70 So *Casper* in: *Ulmer/Habersack/Löbke*, GmbHG, Bd. III, 2. Aufl. 2016, § 62 Rn. 16. Dem zustimmend *Hüffer/Koch*, AktG, 14. Aufl. 2020, § 396 Rn. 2. Auch *Wolff* (in: *Beuthien*, GenG, § 81 Rn. 2) will genügen lassen, dass „gewichtige öffentliche (insbesondere volkswirtschaftliche) Interessen“ ernstlich bedroht sind. Zu Recht sehr viel konkreter demgegenüber *Herzberg*, in: *Hildebrand/Keßler* (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum Genossenschaftsgesetz*, 3. Aufl. 2019, § 81 Rn. 2: „Fortlaufende nachhaltige Steuerhinterziehung, fortgesetzte Belieferung mit gesundheitsschädlichen Nahrungsmitteln, nachhaltige Verstöße gegen außenwirtschaftliche Normen, Bildung einer kriminellen Vereinigung nach § 129 StGB.“

71 Mittels der Drohung, die Vereinigung sonst aufzulösen und zur Unternehmensliquidation zu zwingen.

Literaturverzeichnis

- Altmeppen, Holger*, Kommentar zum GmbHG, 10. Aufl. 2021.
- Anschütz, Gerhard*, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14. Aufl. 1933.
- Baumbach, Adolf/Hass, Ulrich/Hueck, Alfred*, Kommentar zum GmbHG, 22. Aufl. 2019.
- Baumgartl, Gerhard*, Die Funktion des Förderungsauftrages in § 1 Genossenschaftsgesetz, Diss. Nürnberg, 1979.
- Beuthien, Volker*, Kommentar zum Genossenschaftsgesetz, 16. Auflage 2018.
- Beuthien, Volker/Hüskens, Ulrich/Aschermann, Rolf*, Materialien zum Genossenschaftsgesetz, Bd. II. Parlamentarische Materialien, 1866–1922, Marburger Schriften zum Genossenschaftswesen, Sonderband 1989.
- Demharter, Johann*, Grundbuchordnung, 31. Aufl. 2018.
- Enneccerus, Ludwig/Nipperdey, Hans Carl*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 15. Aufl. 1959.
- Hefermehl, Wolfgang*, in: Soergel, Hans Theodor, Bürgerliches Recht, Gesetzbuch, Bd. I, 12. Aufl. 1987.
- Hüffer, Uwe/Koch, Jens*, Kommentar zum AktG, 14. Aufl. 2020.
- Kaltenborn, Wilhelm*, Die Überwältigung – Die deutschen Genossenschaften 1933/34, der Anschlusszwang und die Folgen, 2020.
- Keidel, Theodor/Heinemann, Jörn*, Kommentar zum FGG, 20. Aufl. 2020.
- Kropff, Bruno*, Aktiengesetz, Begründung des Regierungsentwurfs, 1965.
- Larenz, Karl*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989.
- Leuschner, Lars*, Das Konzernrecht des Vereins, 2011.
- Meyer, E.H./Meulenbergh, Gottfried*, Kommentar zum Genossenschaftsgesetz, 11. Aufl. 1970.
- Michalski, Lutz/Heidinger, Lutz/Leible, Stefan/Schmidt, Jessica*, Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2017.
- Mugdan, Benno*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 1899.
- Mummenhoff, Winfried*, Gründungssysteme und Rechtsfähigkeit 1979.
- Palandt, Otto/Danckelmann, Bernhard*, Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Aufl. 1950.
- Reichert, Bernhard*, Handbuch des Vereins- und Verbandrechts, 8. Aufl. 2001.
- Reuter*, Persönliche Haftung für Schulden des nichtrechtsfähigen Idealvereins, NZG 2004, 217 ff.
- Schmidt, Karsten*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002.
- Schöpfunglin, Martin*, Der nichtrechtsfähige Verein, 2003.
- Schultze von Lasaulx, Hermann*, in: Soergel, Hans Theodor, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 1967, vor § 21.
- Ulmer, Peter/Habersack, Mathias/Löbbe, Marc*, Kommentar zum GmbHG, Bd. III, 2. Aufl. 2016.
- Wieacker, Franz*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, 1953.

Das Lieferkettengesetz und seine Bedeutung für die deutsche Wirtschaft

Ralf Jahn

Abstract Deutsch

Das Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten (Lieferkettengesetz) vom 16.7.2021 ist am 22.7.2021 verkündet worden (BGBl. 2021 I S. 2959). Zielsetzung des Lieferkettengesetzes ist es, die internationale Menschenrechtslage zu verbessern, indem das Gesetz Anforderungen an ein verantwortliches Management von Lieferketten für bestimmte Unternehmen festlegt. Unternehmen sollen damit einen klaren, verhältnismäßigen und zumutbaren gesetzlichen Rahmen zur Erfüllung der menschenrechtlichen Sorgfaltspflichten erhalten. Das Gesetz gilt ab 1.1.2023 zunächst nur für Unternehmen, die mehr als 3.000 Mitarbeiter beschäftigen. Ab dem 1.1.2024 sinkt diese Schwelle auf 1.000 Arbeitnehmer (§ 1 Abs. 1 LieferkettenG). Mit dem Lieferkettengesetz werden in Unternehmen umfangreiche Sorgfaltspflichten im Hinblick auf menschenrechtliche und umweltbezogene Risiken auferlegt, um diesen vorzubeugen, sie zu minimieren oder ihren Eintritt zu beenden. Neben präventiven Durchsetzungsmechanismen enthält das Lieferkettengesetz auch ein repressives Sanktionsregime. Das im Gesetzgebungsverfahren von Anfang an umstrittene Gesetz birgt für deutsche Unternehmen eine Vielzahl unkalkulierbarer Risiken und ist geeignet, die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Unternehmen auf Auslandsmärkten zu gefährden.

Der EU-Kommissionsentwurf für ein Europäisches Lieferkettengesetz vom 23.3.2022 geht über den Regelungsinhalt des deutschen Lieferkettengesetzes nochmals hinaus und begründet zusätzliche Haftungsrisiken. Da es sich um eine EU-Richtlinie handelt, die von den Mitgliedstaaten in eigener Verantwortung in innerstaatliches Recht umzusetzen ist, drohen deutschen Unternehmen im internationalen Wettbewerb (weitere) Nachteile.

Abstract English

The Act on Corporate Due Diligence in Supply Chains (Supply Chain Act) of 16 July 2021 was promulgated on 22 July 2021 (BGBl. 2021 I p. 2959). The objective of the Supply Chain Act is to improve the international human rights situation by establishing requirements for responsible supply chain management for certain companies. Companies are thus to be provided with a clear, proportionate and reasonable legal framework for fulfilling human rights due diligence obligations. From 1.1.2023, the law will initially only apply to companies that employ more than 3,000 people. From 1.1.2024, this threshold will drop to 1,000 employees (§ 1 para. 1 Supply Chain Act). The Supply Chain Act imposes extensive due diligence obligations on companies with regard to human rights and environmental risks in order to prevent them, minimise them or stop them from occurring. In addition to preventive enforcement mechanisms, the Supply Chain Act also contains a repressive sanctions regime. The law, which was controversial from the outset in the legislative process, entails a large number of incalculable risks for German companies and is likely to jeopardise the competitiveness of German companies in foreign markets.

The EU Commission's draft for a European Supply Chain Act of 23.3.2022 goes even further than the regulatory content of the German Supply Chain Act and estab-

lishes additional liability risks. As this is an EU directive that member states are responsible for transposing into national law, German companies are threatened with (further) disadvantages in international competition.

1. Hintergrund: Schutz der Menschenrechte durch den Nationalen Aktionsplan (NAP)

Mit den „UN guiding principles on business and human rights“, den Leitprinzipien der Vereinten Nationen für Wirtschaft und Menschenrechte,¹ hat die Völkergemeinschaft neue Maßstäbe für die Einrichtung einer Unternehmensverantwortung gesetzt. In der Wirtschaftswelt ist diese gesellschaftliche Verantwortung von Unternehmen (Corporate Social Responsibility – CSR) längst gelebte Praxis und fester Bestandteil der strategischen Unternehmensführung.² Dabei geht es längst nicht mehr um die Frage, ob Unternehmen überhaupt eine gesellschaftliche Verantwortung – auch beim Schutz von Menschenrechten und der Umwelt – haben, sondern vielmehr darum, wie diese Verantwortung sinnvollerweise in der Praxis umgesetzt werden kann.

Um in Deutschland ihrer Verantwortung zum Schutz der Menschenrechte gerecht zu werden, setzt die Bundesregierung die Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte der Vereinten Nationen mit dem Nationalen Aktionsplan für Wirtschaft und Menschenrechte von 2016 (Nationaler Aktionsplan) um.³ In diesem Nationalen Aktionsplan (NAP) ist die Erwartung an die Unternehmen formuliert, mit Bezug auf ihre Größe, Branche und Position in der Lieferkette in angemessener Weise die menschenrechtlichen Risiken in ihren Liefer- und Wertschöpfungsketten zu ermitteln, ihnen zu begegnen, darüber zu berichten und Beschwerdeverfahren zu ermöglichen. Zugleich wollte die Bundesregierung mit dem Nationalen Aktionsplan (NAP) verlässliche Rahmenbedingungen für deutsche Unternehmen durch faire globale Wettbewerbsbedingungen schaffen. Mit dem am 21.12.2016 im Bundeskabinett verabschiedeten Nationalen Aktionsplan (NAP) ist die Bundesregierung der Aufforderung der EU-Kommission an alle Mitgliedsstaaten nachgekommen, nationale Aktionspläne zur Umsetzung der UN-Leitprinzipien zu erarbeiten. In diesem Nationalen Aktionsplan (NAP) hat die Bundesregierung erstmals die Verantwortung von deutschen Unternehmen für die Achtung der Menschenrechte in einem festen Rahmen verankert. Allerdings formuliert die Bundesregierung nur eine „Erwartung“, dass Unternehmen ihre menschenrechtliche Sorgfaltspflicht ausüben und Menschenrechte entlang ihrer Liefer- und Wirtschaftsket-

1 Siehe dazu die deutsche Übersetzung unter der Geschäftsstelle Deutsches Global Compact Netzwerk (DGCN), Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte, 2. Auflage 2014.

2 Siehe dazu den Überblick zu den Herangehensweisen von CSR in der Wirtschaft bei Genders (Hrsg.), CSR und Institutionen. Etablierung unternehmerischer Verantwortung in Wirtschaft, Politik und Gesellschaft, 2020, S. 35 ff.

3 Siehe zum Nationalen Aktionsplan <https://www.csr-in-deutschland.de/de/wirtschaft-menschenrechte/ueber-den-nap/>.

ten beachten. Ferner enthält der Nationale Aktionsplan (NAP) Maßnahmen zur staatlichen Schutzpflicht und zum Zugang zu Abhilfe für Betroffene.

In der Realität hat sich allerdings gezeigt, dass sich bis 2020 noch kein einheitliches Verständnis von Inhalt und Umfang menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten und deren Verankerung in unternehmensinternen Prozessen durchgesetzt hat. Repräsentative Untersuchungen vom Sommer 2020 haben belegt, dass lediglich zwischen 13 und 17 % der befragten Unternehmen die Anforderungen des Nationalen Aktionsplans erfüllt haben.⁴

2. Umsetzung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten durch das deutsche Lieferkettengesetz

Da der auf dem Prinzip der Freiwilligkeit beruhende Nationale Aktionsplan (NAP) nicht seine gewünschte Wirkung entfaltet hat, war es aus Sicht der Bundesregierung erforderlich, einen rechtlich verbindlichen und international kompatiblen Sorgfaltsstandard zu schaffen, der künftig eine ausreichende Einhaltung der Anforderungen des Nationalen Aktionsplanes (NAP) und damit der Leitprinzipien der Vereinten Nationen zum Schutz der Menschenrechte in der Wirtschaft sicherstellt. Diesen rechtlich verbindlichen Sorgfaltspflichtenstandard wollte der Gesetzgeber nunmehr mit dem Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, nachfolgend: Lieferkettengesetz) schaffen.

3. Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten (Lieferkettengesetz)

3.1. Gesetzgeberische Zielsetzung

Ein wesentlicher Teil des volkswirtschaftlichen Wohlstandes in Deutschland basiert auf der hohen internationalen Verflechtung bedeutender Wirtschaftsbranchen auf den Weltmärkten. Mit der Erschließung neuer Absatzmärkte im Ausland und Schaffung neuer Produktionsstätten werden nicht nur Arbeitsplätze und Wohlstand geschaffen; die Präsenz deutscher Unternehmen auf globalen Beschaffungs- und Absatzmärkten schaffen mit einer entsprechenden Verantwortung der Unternehmen auch unternehmerische Risiken durch Intransparenz und fehlende Durchsetzbarkeit von international anerkannten Menschenrechtsstandards in Lieferketten von Unternehmen in einer globalen Weltwirtschaft.

Zielsetzung des Gesetzes über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten (Lieferkettengesetz)⁵ ist es deshalb, die internationale Menschenrechts-

4 Siehe Gesetzesbegründung für den Entwurf eines Gesetzes über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten, BT-Drs. 19/28649, S. 2.

5 Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten vom 16.7.2021, BGBl. 2021 I S. 2959.

lage zu verbessern, indem das Gesetz Anforderungen an ein verantwortliches Management von Lieferketten für bestimmte Unternehmen festlegt. Unternehmen sollen damit einen klaren, verhältnismäßigen und zumutbaren gesetzlichen Rahmen zur Erfüllung der menschenrechtlichen Sorgfaltspflichten erhalten. Damit sollen Unternehmen stärker als bisher durch den Nationalen Aktionsplan (NAP) auf ihre unternehmerische Verantwortung in Lieferketten in Bezug auf die Achtung international anerkannter Menschenrechte verpflichtet werden. Hierbei sollen zum einen die Rechte der von Unternehmensaktivitäten betroffenen Menschen in Lieferketten und der Umweltschutzgedanke gestärkt werden, zum anderen den legitimen Interessen der Unternehmen an Rechtssicherheit und fairen Wettbewerbsbedingungen Rechnung getragen werden.⁶

3.1.1. *Gang des Gesetzgebungsverfahrens*

Der zunächst interne Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) vom 28.2.2021 ist als offizieller Referentenentwurf vom BMAS am 1.3.2021 veröffentlicht worden. Das Bundeskabinett hat die BMAS-Vorlage am 3.3.2021 beschlossen.⁷ Dieser Regierungsentwurf ist als Gesetzentwurf der Bundesregierung am 22.4.2021 in das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren formell eingebracht worden.⁸ Auf Basis des Regierungsentwurfs vom 3.3.2021 hatten bereits am 25.3.2021 immerhin 28 Wirtschafts- und Arbeitgeberverbände in einer gemeinsamen Eingabe zum Gesetzentwurf an die Mitglieder des Deutschen Bundestages erhebliche Bedenken angemeldet und gefordert, „Kernprobleme des Regierungsentwurfs (zu) beheben“.⁹ Hierbei haben die Verbände klargestellt, dass die Achtung von Menschenrechten in globalen Lieferketten für die deutsche Wirtschaft selbstverständlich ist und die Unternehmen mit ihrem Engagement in Entwicklungs- und Schwellenländern zu höheren Sozial- und Umweltstandards, besserer Bildung und damit zu einer nachhaltigen Entwicklung beitragen. Kritisiert wurde von den Verbänden, dass der Lieferkettengesetzentwurf weit über den im Koalitionsvertrag vereinbarten nationalen Aktionsplan Wirtschaft und Menschenrechte (NAP) und die zugrunde liegenden UN-Leitprinzipien über Wirtschaft und Menschenrechte hinausgehen. Ferner wurde kritisiert, dass der Regelungszweck verfehlt werde, nämlich die Verbesserung der Menschenrechtslage im Ausland, da Unternehmen, welche die Risiken eines Lieferkettengesetzes nicht tragen können, sich aus Regionen mit herausfordernder menschenrechtlicher Lage zurückziehen könnten. Wesentliche Kritikpunkte der Verbände waren im Einzelnen:

- Sorgfaltspflichten unter Wahrung verfassungsrechtlicher Bestimmtheitsanforderungen rechtsklar und praktikabel ausgestalten
- Keine Verpflichtung von Unternehmen unterhalb der Schwellenwerte

6 Vgl. Gesetzesbegründung für ein Lieferkettengesetz, BT-Drs. 19/28649, S. 2.

7 Vgl. BR-Drs. 239/21.

8 Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/28649.

9 Schreiben der Spitzenverbände der Wirtschaft vom 25.3.2021 an die Mitglieder des Deutschen Bundestags.

- Keine Benachteiligung des Wirtschaftsstandorts Deutschland
- Keine zivilrechtliche Haftung durch die Hintertür und keine Umgehung rechtsstaatlicher Anforderungen in Zivilprozessen
- Keine Quasi-Pflicht der Unternehmen, sich selbst und ihre Zulieferer zu belasten.

Im weiteren Gesetzgebungsverfahren haben die Ausschüsse des Bundesrates eine Reihe von Empfehlungen formuliert.¹⁰ Vor allem der Wirtschaftsausschuss hat hierbei Einwendungen in Bezug auf den persönlichen Anwendungsbereich des Sorgfaltspflichtengesetzes, Haftungsrisiken und die Verwendung einer Vielzahl von unbestimmten Rechtsbegriffen erhoben.¹¹ Dennoch hat der Bundesrat in seiner Sitzung vom 7.5.2021 mehrheitlich beschlossen, gegen den Gesetzentwurf der Bundesregierung keine Einwendungen zu erheben.¹² Mit Änderungsantrag vom 8.6.2021¹³ haben die Fraktionen der CDU/CSU und SPD noch umfangreiche Änderungen in das Lieferkettengesetz eingebracht, mit denen zum Teil die Bedenken der Wirtschaftsverbände und aus den Reihen des Bundesrates berücksichtigt und umgesetzt worden sind. In abschließender Lesung hat der Bundestag das Lieferkettengesetz am 11.6.2021 verabschiedet.¹⁴ Das Gesetz vom 16.7.2021 ist am 22.7.2021 verkündet worden.¹⁵

3.2. Regelungseckpunkte des Lieferkettengesetzes

3.2.1. Adressatenkreis der Verpflichteten

Nach dem persönlichen Anwendungsbereich umfasst das Gesetz alle Unternehmen – gleich welcher Rechtsform – die ihre Hauptverwaltung, ihre Hauptniederlassung oder ihren Sitz in Deutschland haben. Das Gesetz gilt ab 1.1.2023 zunächst nur für Unternehmen, die mehr als 3.000 Mitarbeiter beschäftigen. Ab dem 1.1.2024 sinkt diese Schwelle auf 1.000 Arbeitnehmer (§ 1 Abs. 1 Lieferkettengesetz). Bei der Zählweise sind ins Ausland entsandte Arbeitnehmer mit zu berücksichtigen, ferner sind Arbeitnehmer konzernangehöriger Unternehmen der Obergesellschaft mitzuzählen (§ 1 Abs. 3 Lieferkettengesetz). Die Folge hiervon ist, dass spätestens mit Wirkung ab 1.1.2024 ein namhafter Teil in Deutschland ansässiger Unternehmen vom Anwendungsbereich des Lieferkettengesetzes erfasst ist. Dies hat auch Fernwirkung für kleinere und mittelgroße Unternehmen der Zuliefererindustrie: sie werden mittelbar betroffen, weil die direkt durch das Lieferkettengesetz verpflichteten Unternehmen die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften vertraglich an sie weiterreichen werden.¹⁶

10 BR-Drs. 239/1/21 vom 27.4.2021.

11 BR-Drs. 239/1/21, S. 6, 16 ff.

12 BR-Drs. 239/21 (Beschluss).

13 BT – (Ausschuss für Arbeit und Soziales) Drs. 19 (11) 1184.

14 BT-Drs. 19/30505.

15 BGBl 2021 I S. 2959.

16 Siehe dazu Wagner/Ruttloff, NJW 2021, 2145 ff.

3.2.2. Katalog der einzuhaltenden Sorgfaltspflichten

Mit dem Lieferkettengesetz werden in Unternehmen umfangreiche Sorgfaltspflichten im Hinblick auf menschenrechtliche und umweltbezogene Risiken auferlegt, um diesen vorzubeugen, sie zu minimieren oder ihren Eintritt zu beenden (§ 3 Abs. 1 Lieferkettengesetz). Hierzu verweist der Anhang des Gesetzes auf eine Reihe völkerrechtlicher Abkommen, aus denen sich die geschützten Rechtspositionen ergeben, beispielsweise das Recht auf Leben, Gesundheit, einen angemessenen Lebensstandard, das Verbot von Sklaverei und Kinderarbeit sowie der Schutz vor Folter und grausamer bzw. erniedrigender Behandlung. Daneben umfasst der Katalog neben dem Schutz von Menschenrechten (§ 2 Abs. 2 Lieferkettengesetz) auch Verbotstatbestände (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 11 Lieferkettengesetz) hinsichtlich Arbeitnehmerschutz, Schutz der Lebensgrundlagen sowie dem Schutz vor dem Einsatz von Sicherheitskräften.¹⁷ In Bezug auf Umweltbelange enthält das Lieferkettengesetz in § 2 Abs. 3 Lieferkettengesetz umweltbezogene Verbote, etwa das Verbot der Produktion und Verwendung bestimmten Chemikalien oder Verbote gegen die Ausfuhr und Einfuhr gefährlicher Abfälle.

Über die vorgenannten zu schützenden Rechtspositionen hinaus regelt das Lieferkettengesetz eine Reihe von einzuhaltenden Sorgfaltspflichten (§ 3 Abs. 1 Lieferkettengesetz). Diese umfassen Dokumentations- und Berichterstattungspflichten, insbesondere um eine wirksame Kontrolle der einzuhaltenden Verpflichtungen durch das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) als zuständiger Aufsichtsbehörde zu gewährleisten.¹⁸ Zu diesen Verpflichtungen zählt die Verabschiedung einer Grundsatzerklärung zur Menschenrechtsstrategie des Unternehmens (§ 6 Abs. 1 Lieferkettengesetz), Dokumentationspflichten (§ 10 Abs. 1 Lieferkettengesetz), die Durchführung einer Risikoanalyse (§ 5 Lieferkettengesetz) sowie die Pflicht zur Einrichtung eines adäquaten Risikomanagement-Systems (§ 4 Abs. 1 Lieferkettengesetz), das auch die Einrichtung eines Beschwerdeverfahrens (§ 8 Lieferkettengesetz) beinhaltet. Ferner zählt zu den Sorgfaltspflichten die Einrichtung eines angemessenen Systems von Abhilfemaßnahmen bei der Feststellung von Verletzungen menschenrechtsbezogener Rechtspositionen oder umweltbezogener Verpflichtungen (§ 7 Abs. 1 S. 1 Lieferkettengesetz).

Sorgfaltspflichten bestehen aber nur insoweit, als sie „angemessen“ sind. Prüfungsmaßstab ist hierbei Art und Umfang der Geschäftstätigkeit des Unternehmens, der Grad der Beeinflussbarkeit unmittelbarer Verursacher, die Schwere der Verletzung sowie Art und Umfang eines Verursachungsbeitrags.¹⁹

3.2.3. Durchsetzungsmechanismen und Sanktionssystem

Die Wirksamkeit des neuen Lieferkettengesetzes hängt wesentlich von der Effektivität des Sanktionssystems und der Durchsetzungsmechanismen ab. Das Sankti-

¹⁷ Siehe dazu Wagner/Ruttloff, NJW 2021, 2145, 2146; Chatzinerantzis/Grothaus, DB-Beilage Nr. 2/2021, 20.

¹⁸ Wagner/Ruttloff, NJW 2021, 2147.

¹⁹ Vgl. Chatzinerantzis/Grothaus, DB-Beilage Nr. 2/2021, 20.

onssystem und Durchsetzungsmechanismen des neuen Lieferkettengesetzes rücken hierbei vor allem die Prävention, also die Verhinderung künftiger Schäden und Rechtsverletzungen in den Mittelpunkt. Deshalb setzt das Gesetz primär auf die behördliche Durchsetzung der Sorgfaltspflichten im Wege des Verwaltungs- und Ordnungswidrigkeitenrechts.²⁰ Zuständige Behörde für die Kontrolle der Einhaltung der Sorgfaltspflichten ist das BAFA (§ 19 Lieferkettengesetz), das den jährlich vorzulegenden menschenrechtlichen Unternehmensbericht zu prüfen hat (§ 13 Abs. 1 Lieferkettengesetz). Nach § 14 Lieferkettengesetz kann das BAFA von Amts wegen tätig werden oder auf Antrag, wenn eine antragstellende Person glaubhaft geltend macht, durch die Nichterfüllung einer Sorgfaltspflicht in einer geschützten Rechtsposition verletzt zu sein oder eine Rechtsverletzung bevorsteht. In §§ 15–17 Lieferkettengesetz werden dann Ermächtigungsgrundlagen für Eingriffe des BAFA geregelt, insbesondere für den Erlass von Anordnungen zur Beseitigung oder Verhinderung von Pflichtverstößen (§ 15 Lieferkettengesetz), Betretensrechte (§ 16 Lieferkettengesetz) oder Anordnungen zur Durchsetzung von Auskunft- und Herausgabepflichten.

Neben präventiven Durchsetzungsmechanismen enthält das Lieferkettengesetz aber auch ein repressives Sanktionsregime. Zu diesem Zweck regelt § 24 Lieferkettengesetz etliche neue Ordnungswidrigkeiten-Tatbestände, die in Verbindung mit dem OWiG erlauben, bei Verstößen Zwangs- und Bußgelder zu verhängen. Die Bußgeldhöhe bewegt sich hierbei bis zu 8 Millionen € oder 2 % des durchschnittlichen Jahresumsatzes des betroffenen Unternehmens (§ 24 Abs. 1 Nr. 1 b, Abs. 2 Lieferkettengesetz). Über die Festsetzung eines Bußgeldes hinaus kann nach § 17 Abs. 4 OWiG auch ein aus unrechtmäßigem Verhalten erlangter Vermögensvorteil abgeschöpft werden.

Als weitere Sanktion sieht § 22 Lieferkettengesetz den Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge vor. Dies setzt allerdings einen rechtskräftig festgestellten Verstoß mit einer Geldbuße von wenigstens 175.000 € voraus (§ 22 Abs. 1 S. 1 Lieferkettengesetz). Im Übrigen sind die Mindestgrenzen für Vergabesperren nach § 20 Abs. 2 S. 2 Nr. 1–3 Lieferkettengesetz zu beachten. Ein Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge darf aber nur innerhalb eines angemessenen Zeitraums von bis zu drei Jahren erfolgen (§ 22 Abs. 1 S. 2 Lieferkettengesetz).

Abweichend vom Regierungsentwurf stellt die Gesetz gewordene Fassung des Gesetzes in § 3 Abs. 3 S. 1 Lieferkettengesetz nunmehr klar, dass eine Verletzung von Sorgfaltspflichten keine zivilrechtliche Haftung des Unternehmens begründet. Der Gesetzgeber stellt hierzu fest, dass das Lieferkettengesetz nicht zur Erweiterung zivilrechtlicher Haftungsrisiken führen soll, insbesondere stellen die Sorgfaltspflichten des Lieferkettengesetzes keine Schutzgesetze i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB dar.²¹ Allerdings schließt das Lieferkettengesetz in § 3 Abs. 3 S. 2 Lieferkettengesetz zivilrechtliche Haftungsansprüche auch nicht aus. Durch § 11 führt das Lieferkettengesetz eine gewillkürte Prozessstandschaft für inländische Gewerkschaften und Nicht-Regierungsorganisationen (NGO) ein. Voraussetzung für eine

20 BT-Drs. 19/30505, 38.

21 BT-Drs. 19/30505, 38; Wagner/Rudloff, NJW 2021, 2145, 2150.

solche Prozessstandschaft ist, dass der Betroffene geltend machen kann, in einer überragend wichtigen geschützten Rechtsposition verletzt zu sein, nicht jedwedes rechtliches Interesse kann deshalb zivilrechtliche Schadenersatzansprüche begründen. Außerdem bezieht sich diese Norm nur auf Menschenrechtsverletzungen und nicht auf die potentielle Verletzung von umweltbezogenen Pflichten. Der zivilrechtliche Durchsetzungsanspruch bleibt deshalb lückenhaft.²²

4. Lieferkettenregulierung in der EU

4.1. Bisherige EU-Regulierung

Die Regulierungsdichte durch explizite Sorgfaltspflichten und ein regulatorisches Lieferkettenmanagement nimmt nicht nur auf nationaler Ebene, sondern auch auf EU-Ebene zu. Auf EU-Ebene markiert die sogenannte EU-CSR-Richtlinie²³ im Jahr 2014 einen ersten wichtigen Meilenstein. Diese EU-Richtlinie wurde in Deutschland durch das CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz (CSR-RUG)²⁴ im Jahr 2017 umgesetzt. Seit 2017 müssen hiernach Unternehmen des öffentlichen Interesses eine sogenannte nicht finanzielle Erklärung abgeben (§§ 289 b bis e HGB). Berichtspflichtige Unternehmen müssen hierbei nach dem CSR-RUG auch Risiken berücksichtigen, die mit den Geschäftsbeziehungen des berichtspflichtigen Unternehmens, seinen Produkten und Dienstleistungen verknüpft sind.²⁵ Anfang 2020 ist die Konflikt-Mineralien-Verordnung der EU²⁶ in Kraft getreten. Diese verpflichtet Unternehmen, die bestimmte Rohstoffe aus Konflikt- oder Hochrisikogebieten in die EU einführen, zur Beachtung besonderer Sorgfaltspflichten in der Lieferkette.²⁷

Inzwischen arbeiten die EU-Institutionen an einer weitergehenden, sektorunabhängigen Regelung von Verpflichtungen in Lieferketten. Der Rechtsrahmen zum Menschenrechts- und Umweltschutz in der Lieferkette soll dabei vereinheitlicht werden, um ein Level Playing Field mit gleichen Wettbewerbsbedingungen unabhängig von nationalen Rechtsordnungen zu organisieren.²⁸ Zu diesem Zweck kündigte die EU-Justizkommissar *Didier Reynders* umfangreiche legislative Maßnahmen an, die vom Rat der Europäischen Union unterstützt werden.²⁹

22 Wagner/Ruttloff, NJW 2021, 2150.

23 EU-CSR-RL 2014/95/EU, ABI EU vom 15.11.2014 L 330 S. 1; dazu Müller/Stavinoga/Velte, DB 2015, 2217.

24 BGBl 2017 I S. 802, siehe dazu näher Kajüter, DB 2017, 617.

25 Siehe näher Stave/Velte, DB 2021, 1791, 1792.

26 VO (EU) 2017/821 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.5.2017 zur Festlegung von Pflichten zur Erfüllung der Sorgfaltspflicht in der Lieferkette für Unionseinführer von Zinn, Tantal, Wolfram, deren Erzen und Gold aus Konflikt- und Hochrisikogebieten, ABI EU 2017 Nr. L 130/1.

27 Stave/Velte, DB 2021, 1793 ff.

28 Wagner/Ruttloff, NJW 2021, 2145, 2151.

29 Mitteilung des Rats der Europäischen Union vom 1.12.2020 – 13.512/20 REV 1 SOC 772 EMPL 542; siehe dazu Wagner/Ruttloff, NJW 2021, 2145, 2151 mwN.

4.2. Initiative der EU-Kommission

Über die vorgenannten Regulierungsmaßnahmen auf EU-Ebene hat die EU-Kommission inzwischen eine weitere Gesetzgebungsinitiative eingeleitet. Nach einer Studie der EU-Kommission von Anfang 2020³⁰ ergreifen bislang nur wenige der in Europa ansässigen Unternehmen zielführende Maßnahmen zur Einhaltung von Menschenrechten in ihren Lieferketten. Dies veranlasste den EU-Justizkommissar, eine verbindliche Regulierung durch einen entsprechenden Richtlinienentwurf in 2021 auf den Weg zu bringen.³¹ Auf Basis eines Initiativberichtes des Rechtsausschusses der EU-Kommission von Anfang 2021³² hat das EU-Parlament am 10.3.2021 in einer Entschließung die EU-Kommission zur Vorlage einer EU-Richtlinie aufgefordert.³³ Kern dieser Empfehlung ist, dass alle in der EU tätigen Unternehmen, ohne dass es auf ihren Sitz oder ihre Größe ankommt, eine Reihe von Sorgfaltspflichten zur Verringerung des Risikos von Menschenrechtsverletzungen, aber auch von Umweltschädigungen auferlegt werden. Das EU-Parlament spricht sich für eine branchenunabhängige Regelung aus, die überdies nicht von der Mitarbeiterzahl des Unternehmens abhängen soll, diese aber in Bezug auf Umfang und Form der Sorgfaltspflichten berücksichtigt. Der Entwurf zielt ab auf die Verringerung des Risikos von Menschenrechtsverletzungen, aber auch von Umweltschädigungen. Die Regelungen sollen nicht auf die unmittelbaren Zulieferer beschränkt bleiben, sondern sich auch auf die gesamte Lieferkette erstrecken. Im Falle von Pflichtverletzungen sollen Busgelder und eine strafrechtliche Verfolgung drohen. Ferner soll eine zivilrechtliche Haftung für Menschenrechtsverletzungen eingeführt werden, wobei die Durchsetzung nicht nur den Verletzten, sondern auch den Gewerkschaften zur Verfügung stehen sollen.³⁴

Der Richtlinienvorschlag entspricht zwar in etlichen Teilen dem jetzt in Deutschland verabschiedeten Lieferkettengesetz, geht aber teilweise auch über dessen Regelungen hinaus. Insbesondere sollen mehr Unternehmen – auch kleine und mittlere Unternehmen – ohne Rücksicht auf ihre Größe einbezogen werden. Der EU-Vorschlag sieht auch eine nicht näher spezifizierte umweltbezogene Sorgfaltspflicht vor und übernimmt von der Union verabschiedete Umweltstandards, die eingehalten werden müssen. Es sieht anders als das Lieferkettengesetz auch eine klare originäre zivilrechtliche Haftung für Sorgfaltspflichtverstöße und ein Haftungsregime vor, nach dem Unternehmen für Schäden aufgrund potentieller oder

30 EU-Kommission: Study and Due Diligence Requirements through Supply Chain, Final Report, <http://hbfm.link/9990>.

31 Einzelheiten bei Wagner/Ruttloff, NJW 2021, 2145, 2151.

32 Bericht A 9-0018/2021, abrufbar https://www.europapal.europa.eu/doceo/document/A-9-21-0018_de.pdf.

33 Vgl. Europäisches Parlament, Sorgfaltspflicht und Rechenschaftspflicht von Unternehmen. Entschließung des Europäischen Parlaments vom 10.3.2021 mit Empfehlungen an die Kommission zur Sorgfaltspflicht und Rechenschaftspflicht von Unternehmen (2020/2129), <https://hbfm.link/9991>.

34 Einzelheiten bei Stave/Velte, DB 2021, 1791, 1795; Wagner/Ruttloff, NJW 2021, 2145, 2151; Chatzinerantzis/Grothaus, DB-Beilage Nr. 2/2021, 20, 21.

tatsächlich nachteiliger Auswirkungen auf Menschenrechte oder Umwelt haften sollen.

Der Entwurf³⁵ sieht eine zivilrechtliche Haftung der Unternehmen vor und stellt dabei umfassende Anforderungen an deren Strategie zur Einhaltung der auferlegten Sorgfaltspflichten, die sich auf die gesamte Wertschöpfungskette erstrecken. Betroffen sind – unabhängig von ihrem Sitz – Unternehmen ab 500 Beschäftigten und einem Mindestumsatz von 150 Millionen Euro, sowie Unternehmen ab 250 Beschäftigten und einem Mindestumsatz von 40 Millionen Euro, wenn sie in Branchen mit „hohem Schadenspotenzial“, zum Beispiel die Textilindustrie, tätig sind.

Der Entwurf ist nicht als Verordnung, sondern als Richtlinie vorgesehen, die folglich nicht unmittelbar gilt, sondern von den Mitgliedsstaaten in nationales Recht umzusetzen ist. Deshalb ist es durchaus möglich, dass es zu unterschiedlichen Regelungen innerhalb Europas kommt mit dem Risiko, dass deutsche Unternehmen einen Wettbewerbsnachteil erleiden können.

4.3. Verhältnis der EU-Lieferkettenregulierung zum deutschen Lieferkettengesetz

Zu beachten ist zunächst, dass der EU-Richtlinienentwurf erst Ende März 2022 erste konkrete Gestalt angenommen hat.³⁶ Deswegen ist aus derzeitiger Sicht auch unklar, ob und in welchem Umfang eine Lieferkettenregulierung auf EU-Ebene eine Nachbesserung des deutschen Lieferkettengesetzes erforderlich macht. Fest steht allerdings, dass sich die Bundesregierung bereits in ihrem Entwurf für ein Lieferkettengesetz verpflichtet hatte, spätestens sechs Monate nach Verabschiedung einer EU-Verordnung oder Richtlinie über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten das nationale (deutsche) Gesetz zu evaluieren. Dies erfasse auch mögliche Auswirkungen auf kleine und mittlere Unternehmen, hat die Bundesregierung in ihrer Antwort³⁷ auf eine kleine Anfrage der FDP-Fraktion³⁸ betont.

5. Bewertung der Auswirkungen auf die deutsche Wirtschaft

Kaum ein Gesetzesvorhaben, das bereits Gegenstand des Koalitionsvertrages aus dem Jahr 2017 war, war in der zu Ende gegangenen Legislaturperiode politisch so umstritten wie das deutsche Lieferkettengesetz.³⁹ Auch in der Fachliteratur hat

35 Der Entwurf vom 21.4.2021 COM(2021) 189 final ist abrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/1_1_183885_prop_dir_susta_en.pdf (europa.eu).

36 Entwurfstext vom 23.3.2022 abrufbar unter <https://www.ihk-krefeld.de/de/media/pdf/international/richtlinienentwurf-im-rahmen-des-brussels-briefings-15.-maerz-2022-.pdf>.

37 BT-Drs. 19/28642.

38 BT-Drs. 19/27707.

39 Vgl. nur Handelsblatt 11.3.2021, S. 11: EU will Lieferkettengesetz deutlich verschärfen; Süddeutsche Zeitung vom 28.5.2021, S. 12: Lieferketten: Weg für Gesetz frei; Der Tagesspiegel vom 28.5.2021, S. 13: Kompromiss in letzter Sekunde; Main-Post vom 17.6.2021, S. 17, Für und Wider des Lieferkettengesetzes.

das Lieferkettengesetz in einer ersten Bewertung ein zwiespältiges Echo gefunden.⁴⁰ Aus Sicht der deutschen Wirtschaft bleibt jedenfalls ein fader Beigeschmack: Es stellt sich bereits die Frage, ob es überhaupt sinnvoll ist, angesichts der absehbaren Regulierung auf EU-Ebene vorschnell eine eigene nationale Regelung durch das Lieferkettengesetz zu treffen. Da das normative EU-Regelungsregime auch vom nationalen Gesetzgeber zu beachten ist, stellt sich die Frage, ob das deutsche Lieferkettengesetz so betrachtet nicht ein unüberlegter „Schnellschuss“ war.

Auch hinsichtlich seiner Ausgestaltung wirft das Lieferkettengesetz Fragen auf, und zwar sowohl hinsichtlich seiner inhaltlichen Konzeption in einzelnen Punkten als auch der möglichen Folgen in der Praxis. Der jetzt Gesetz gewordene Anwendungsbereich des Sorgfaltspflichtengesetzes birgt das Risiko erheblicher Rechtsunsicherheit. Eine klare Definition des Umfangs der Sorgfaltspflichten lässt das Lieferkettengesetz nicht erkennen. Unklarheiten bleiben auch in Zusammenhang mit dem Haftungsregime. Mit den umfangreichen Dokumentations- und Berichtspflichten begründet der deutsche Gesetzgebungsalleingang auch die Gefährdung von Auslandsinvestitionen in Deutschland, da ausländische Investoren schon wegen der mit dem Lieferkettengesetz verbundenen Bürokratielast abgeschreckt werden. Gleichzeitig droht Deutschland seinen viel beschworenen Nimbus als „Exportweltmeister“ zu verlieren: Angesichts von Klage- und Bußgeldrisiken steht zu befürchten, dass gerade viele kleine und mittelständische Unternehmen ihr Auslandsgeschäft einschränken oder gar aufgeben müssen, weil sie die gesetzlichen Standards des Lieferkettengesetzes nicht erfüllen und ihre Einhaltung nicht gewährleisten können.

Literaturverzeichnis

- Chatzinerantzis/Grothaus, Unternehmensverantwortung in Lieferketten – Status quo und Ausblick“, DB-Beilage „Environment – Social – Governance“ 2021, 20 ff.
- Deutsches Global Compact Netzwerk (DGCN), Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte, 2. Auflage 2014.
- Genders (Hrsg.), CSR und Institutionen. Etablierung unternehmerischer Verantwortung in Wirtschaft, Politik und Gesellschaft, 2020, S. 35 ff.
- Stave/Velte, Regulierung eines nachhaltigen Lieferkettenmanagements, DB 2021, 1791 ff.
- Wagner/Rutloff, Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – Eine erste Einordnung, NJW 2021, 2145 ff.

40 Oberhofer, Wirtschaftsdienst 2021, 3: Gut gemeint, schlecht gemacht; Wagner/Rutloff, NJW 2021, 2145, 2152: „Unklarheiten bei der Auslegung des Gesetzes wegen des oftmals offen gefassten Wortlauts der Normen zeigen sich bereits jetzt“. Chatzinerantzis/Grothaus, DB-Beilage 2021, 20, 21.

Das Bildnis von Kopernikus in The Royal Society

Andrzej Januszajtis

Abstract Deutsch

Die Abhandlung beschreibt eine merkwürdige Geschichte rund um Bildnis von Kopernikus. Vom Ermländischen Bischof Adam Grabowski (ab 1741) auf eine nicht ganz untadelhafte Weise erworben, wurde es von ihm an den letzten Hohen Kommissar der Polnischen Krone in Danzig, Aleksander Hussarzewski, geschenkt. Vor 1939 im Museumschloss Goluchow bei Posen aufbewahrt, wurde es während der deutschen Okkupation nach Deutschland verschleppt und verschollen. Eine Kopie, vom Danziger Doktor und Astronomen Nathanael Matthäus Wolf bei dem Maler Lohrmann bestellt und aus dem Anlass seiner Annahme zum Mitglied der Königlichen Gesellschaft in London im Jahre 1777 an die Gesellschaft geschickt, befindet sich dort bis heute.

Abstract English

In the paper a marvellous history is described of a portray of Copernicus. Acquired in a not quite legal way by the bishop of Ermland (since 1741) Adam Grabowski and presented to the last High Commisar of Polish Crown in Gdańsk Aleksy Hussarzewski, before 1939 exposed in the Museum Castle Gołuchow (Poznań), was during the German occupation taken to Germany and lost. A copy, commissioned in 1777 at the painter Lohrmann by the Gdansk doctor and astronomer Nathanael Matthew Wolf on the occasion of his being accepted to the Fellowship of The Royal Society in London, is there preserved till today.



Illustration. Das Porträt von Kopernikus (Kopie von Friedrich Lohrmann) in London
(aus den Werbungsmaterialien der R.S.)

Im Sitz der berühmten Königlichen Sozietät (The Royal Society) in London, in Carlton House Terrace 6–8 hängt ein Porträt von Nikolaus Kopernikus. Seine Geschichte ist so bunt und sensationell, dass man darüber auch ein Krimi schreiben könnte. Der 36. Fürstbischof von Ermland seit 1741, Adam Stanislaus Grabowski (1698–1766), war ein großer Liebhaber der Kunst, insbesondere der Malerei. 1735, noch als Weihbischof in Posen, weilte er in der Residenz des Fürsten von Sachsen-Gotha in Gotha, wo er sich die berühmte Galerie zeigen ließ. Zu seiner Überraschung entdeckte er dort ein Porträt von Kopernikus, dem Anschein nach noch beim Leben des Astronomen gemalt, für ein Werk eines italienischen Meisters gehalten. Er fiel in Entzückung und wollte es für jeden Preis besitzen. Sein Antrag wurde jedoch abgelehnt. Später hat der Bischof viele Briefe an den Fürst von Sachsen-Gotha geschrieben, ehe dieser seine Einwilligung gab, aber nur im Austausch für das Porträt eines seiner Vorfahren, der vor Jahren Bischof von Ermland gewesen war. Leider konnte ich nicht feststellen, welcher Bischof es wäre. Jetzt dachte Grabowski, der inzwischen selbst Bischof von Ermland wurde, nicht viel, nahm das Bild, das nicht an ihm, sondern an die Diözese gehörte(!), aus der Wand der Kathedrale ab, fuhr mit ihm nach Gotha und tauschte es für das Bildnis des Kopernikus aus. Seit dann zierte das so gewonnene Gemälde die Galerie in seinem Bischofssitz in Heilsberg.

Die Aktion der Geschichte spielt sich in Danzig fort, wo Grabowski 1749 zum Königlich-Polnischen Kommissar nominiert wurde, um den Streit zwischen dem Rat und der Dritten Ordnung zu richten. Hier lernte er den jungen Aleksy Husarzewski kennen, der bald sein Nachfolger sein sollte. Als das geschehen war, hat er ihm das Kopernikus Porträt geschenkt. Seitdem hing es in Residenz von Husarzewski in Danzig. Bei ihm fiel es in Auge von Dr. Nathanael Matthäus Wolf. Über diesen berühmten Doktor und Astronomen hat Herr Dr. Kämpfert im vierten Band dieser Zeitschrift, Jahrgang 2000, ausführlich berichtet. Hier möchte ich nur zusetzen, dass Wolf in der Zeit seiner Studien an den Universitäten in Leipzig, Halle und Erfurt ein Stipendium vom Bischof Grabowski bezog. Seit 1772 in Danzig, hat Dr. Wolf eine rege medizinische und wissenschaftliche Tätigkeit konstituiert und seine früher angebundenen Kontakte mit Ausland weiter gepflegt. Seit 1761, noch aus Warschau, publizierte er kurze Mitteilungen auf verschiedene Themen in den von der Königlichen Sozietät in London herausgegebenen *Philosophical Transactions*. 1777 sollte er zu ihrem Mitglied gewählt werden. Diese Gelegenheit wollte er mit einer Gabe an die Sozietät besonders ehren. Das Bildnis von Kopernikus schien ihm am besten für diesen Zweck geeignet zu sein. Er offerierte dem Kommissar Husarzewski dafür die beträchtliche Summe von 100 Dukaten, aber dieser wollte sich für keinen Preis mit dem Bild scheiden. Bedrängt von Dr. Wolf versprach er ihm endlich das Bild ihm entgeltlich zu schenken, aber erst nach seinem Tode. Da Dr. Wolf viel älter als der Kommissar war, hat er seine Idee modifiziert. Er hat bei dem mit schönen Veduten von Danzig bekannten Maler Friedrich Lohrmann eine Kopie des Porträts bestellt. Nachdem es fertig gewesen war, hat er sie nach London geschickt. In der Sitzung am 10. April 1777, noch ehe das Bild nach London gelangt war, wurde „Nathaniel Matthew“ Wolf zum Mitglied (Fellow) der Royal Society ernannt. Gleichzeitig mit dem Bild sandte Dr. Wolf die

im Dezember 1777 in *Philosophical Transactions* veröffentlichte Geschichte der ganzen Sache, von ihm verfasst, im tadellosen Englisch. mit Anhang im gleich vollkommenen Französisch.

PS.: Der „junge“ Aleksy Husarzewski starb doch 1782 – um zwei Jahre früher als Dr. Wolf! Die weiteren Schicksale des Originalporträts sind nur zum Teil bekannt. Vor dem letzten Kriege befand es sich im Großpolnischen Schloss Goluchow (während der Okkupation in Goldenau, dann Goldenacker verdeutscht!) – etwa 100 km südöstlich von Posen. Aus dieser Zeit stammt ein Schwarz-Weiß-Foto und die von Nora Zinck gemalte Kopie (zur Zeit in Warschau), 1973 als Vorbild für eine Briefmarke benutzt. Das Original wurde 1942 nach Pniewy, 1944 nach Deutschland verschleppt. Über seinen heutigen Bewahrungsort haben wir keine Nachricht, es mag auch zerstört worden sein. Dadurch wird die von Dr. Wolf nach London geschenkte Kopie umso wertvoller.

Bei der Gelegenheit möchte ich mitteilen, dass vor zwei Jahren unsere jungen Exploratoren Überreste des Denkmals von Nathanael Matthäus Wolof auf seinem verfallenen Grabe am Bischofsberg entdeckt und ausgegraben haben. Das Denkmal wurde nach dem Tod des Astronoms von der Naturforschenden Gesellschaft aufgestellt, nach fast hundert Jahren renoviert. Nach 1945 war es noch vorhanden und erst nach der Verwandlung der ehemaligen Paul Beneke Jugendherberge in eine Miliz- (heute Polizei-)Kaserne vernachlässigt. Die gefundene, gut erhaltene Gedenktafel mit der lateinischen Inschrift soll in der Zukunft zur Wiederherstellung des Denkmals ausgenutzt werden.

Diesen Beitrag möchte ich Herrn Prof. Gilbert Gornig widmen, aus dem Anlass seines Jubiläums, mit herzlichen Wünschen von Glück und Gesundheit.

Literaturverzeichnis

An account of a portrait of Copernicus, presented to the Royal Society by Dr. Wolf of Danzick: extracted from a letter of his to Mr. Magellan, F.R.S. Phil.Trans. of The R.S. Vol. LXVII, 1777, pp. 33–37.

Januszajtis, A., *Jak portret Kopernika trafił do Londynu. Gazeta Wyborcza Trójmiasto*. 5 II 2021.

Kämpfert, H.-J., *Gegen Pest und Blattern im Europa des 18. Jahrhunderts. Der Arzt und Astronom Nathanael Matthäus von Wolff in Danzig (1724–1784). Deutsch-polnische Begegnung zu Wissenschaft und Kultur; Schriftenreihe der Danziger Naturforschenden Gesellschaft*, 2000, Bd. 4., S. 103–112.

Nathanael Matthaeus Wolf. Stichwort in *Gedanopedia* (Danziger Internet-Enzyklopädie).

Portret Mikołaja Kopernika, in: <https://muzeumutracone.pl/kolekcje/portret-mikolaja-kopernika>.

Robinson, N. H., *The Royal Society catalogue of portraits*. With biographical notes by Eric G. Forbes. London: Royal Society, 1980.

Über die Grenzen der Verfassungsauslegung des ungarischen Verfassungsgerichts

László Kiss

Abstract Deutsch

Grundlage für die Studie des Verfassers ist, dass das ungarische Parlament nach 2010 mehrere – vom Verfassungsgericht früher schon vernichtete – gesetzliche Anordnungen in das Grundgesetz aufgenommen hat mit dem Zweck, diese der verfassungsgerichtlichen Kontrolle zu entziehen. Der Standpunkt des Verfassers diesbezüglich ist, dass die vorherigen Nichtigkeitsentscheidungen des Verfassungsgerichts auch für das Parlament obligatorisch waren. Daraus folgt, dass die schon vernichteten Anordnungen mit umgeändertem Inhalt – auf dem Weg der Verfassungsänderungsbefugnis – nicht in das Grundgesetz hätten aufgenommen werden dürfen.

Die in der Studie vorgestellten zwei Sondermeinungen beschreiben dieses Grundproblem. Untersucht wird, ob das Verfassungsgericht „das Recht“ hat die Änderungen im Rahmen von Verfassungsauslegungen zu untersuchen. Im Gegensatz zu den Mehrheitsentscheidungen wird bewiesen, dass für alles das Verfassungsgericht zuständig ist. Andernfalls – behauptet der Verfasser entschlossen – würde sich der Weg in Richtung Zerstörung des Rechtsstaates und der konstitutionellen Demokratie öffnen, bei der dann die Hauptrolle ihre wichtigsten Institutionen, die Gesetzgebung und die Verfassungsänderungsbefugnis spielen könnten.

Abstract English

The basis for writing the essay was the fact that the Hungarian Parliament – after the 2010 election – reinstated several legislative provisions into the Fundamental Law of Hungary that were formerly invalidated by the Constitutional Court of Hungary. The aim of such “restorations” were to exclude these legal provisions from constitutional review. The Author is on the view that the Constitutional Court’s former decisions invalidating such provisions were obligatory to the Parliament, as well. Consequently, these once-invalidated legal provisions could not have been incorporated into the Fundamental Law as constitutional amendments without alteration.

The two dissenting opinions presented in the essay concentrate on this fundamental problem, in concreto the issue whether the Hungarian Constitutional Court has competence to review such constitutional amendments via constitutional interpretation. Vis-à-vis the majority opinion, the dissenting opinions prove that the Hungarian Constitutional Court has competence to review such unconstitutional constitutional amendments. Otherwise – the essay states firmly – such ambitions would open the road to dismantle the idea of the rule of law and constitutional democracy for two main actors: the legislative power and constitutional-amending power.

1. Prolog

Die Zeit rennt an uns allen vorbei. Sobald wir anfangen, mit dem Material unseres gewählten Fachgebietes sicher umzugehen, können wir uns auch schon auf

unseren Ruhestand vorbereiten. Diese Behauptung gilt natürlich nicht für alle. Für Professor Gilbert Gornig ganz bestimmt nicht: Er arbeitet und forscht auch heute noch mit der gleichen Lust und Energie, wie er es vor 30 Jahren tat. (So hat er es ganz bestimmt auch noch früher getan, bloß habe ich in jene Zeiten keinen Einblick, da unsere Bekanntschaft – mit Gewissheit kann ich auch Freundschaft sagen – seit 30, 32 Jahren besteht.) Eins steht fest: Ich habe immer seinen Fleiß, seine Aktivität bei der Suche nach den Lösungen für die immer wiederkehrenden rechtlichen Probleme sowie seine einfallsreichen juristischen Lösungen bewundert. Es gibt kaum ein Jahr, da er keine Vorlesungen für die Studierenden der Fakultät für Rechtswissenschaft in Pécs gehalten hat, die durch ihn jedes Mal aktuelles Wissen erwerben konnten. Professor Gilbert Gornig ist mit Recht Doctor honoris causa der Fakultät geworden, zu der und zu deren Dozenten er sowohl fachliche als auch freundschaftliche Beziehungen pflegt. Er hat mehr als einmal Studentengruppen nach Ungarn gebracht, die unsere Verhältnisse, unsere Freuden und unsere Schwierigkeiten kennenlernen konnten. Diese Begegnungen bleiben für uns unvergesslich, wie auch die niveauvollen Vorlesungen, die der Professor in manchen ungarischen Städten wie z.B. in Baja oder Szekszárd gehalten hat, u.a. zum Thema des Minderheitenschutzes. Bei diesen Gelegenheiten hat er oft unmittelbar von den Betroffenen nähere Informationen über die traurige Periode der Vertreibung und über die unmenschliche Politik jener Zeit bekommen.

Wie ich es schon erwähnt habe, hat die Zeit aus unserer Bekanntschaft eine Freundschaft geschmiedet. So endeten unsere Begegnungen in Ungarn oft in einem Weinkeller. Heute kann ich mit Gewissheit behaupten, dass Professor Gornig die ungarischen Weinsorten mindestens so gut kennt wie ich. (Neulich hat er mir die folgenden Sorten aufgezählt: Kadarka, Merlot, Cabernet, Cabernet Franc, Sauvignon, Welschriesling, Blaufränkischer, Zweigelt, Blauer Portugieser, Pinot Noir.) Bei so einer feierlichen Angelegenheit wie dieser ist es vielleicht keine große Sünde, wenn wir uns auch solche menschlichen Faktoren in Erinnerung rufen.

70 Jahre umfassen einen langen Zeitraum (behaupte ich, der ich nur ein paar Monate älter bin als das „Geburtsstagskind“). Er bietet genügend Zeit, eigene Spuren in dem gewählten Beruf hinterlassen zu können. Professor Gornig hat das getan. Dutzende Monographien und Hunderte Studien sind der überzeugende Beweis für einen erfolgreichen Lebensweg. Seine Themenwahl ist von Vielfalt geprägt; sein Hauptaspekt war immer die Aktualität der Themen, und wenn es sein musste, hat er sogar von ihm bislang unerforschte Gebiete mit Mut und Entschlossenheit betreten. Während der Jahrzehnte – so scheint es mir jedenfalls – sind zwei Themen in seinem Repertoire besonders ausgeprägt vorgekommen. Das eine ist der Minderheitenschutz, das andere die Problematik von Rechtsstaat und Rechtsstaatlichkeit. So halte ich es für angebracht, meinen Standpunkt zu einem dieser Themen zu äußern und auf diese Weise meine herzlichsten Glückwünsche zum 70. Geburtstag von Professor Gornig auszusprechen.

Meine berufliche Laufbahn, davon 18 Jahre (Dienstjahre?) als Verfassungsrichter, prädestiniert mich vielleicht von den erwähnten größeren Forschungsgebieten das zweite zu wählen und so das Profil des seit 1990 bestehenden ungarischen Verfassungsgerichts, eines wichtigen Instituts für den Schutz des Rechtsstaates,

unter die Lupe zu nehmen. Genauer gesagt möchte ich mich mit den Grenzen der Auslegungen des Verfassungsgerichts beschäftigen, auch weil mein Standpunkt in diesem Thema konsequent von der Meinung der Mehrheit im Gericht abwich. (Ich möchte nur in Parenthese hinzufügen: Über das Folgende werden wir vielleicht beim nächsten Besuch von Professor Gornig ausführlicher sprechen können. Meine Studie kann also auch als eine formlose Einladung betrachtet werden.)

2. Grundlagen

1/ Die als Grundlage dienenden Fälle hat die ungarische Gesetzgebung selbst geschaffen, indem sie mehrere vom Verfassungsgericht aufgehobene gesetzliche Vorschriften nach deren Aufhebung auf die Ebene der Verfassung hob. Durch diese Konstitutionalisierung von als verfassungswidrig erkannten einfach-gesetzlichen Regelungen wollte der Gesetzgeber sicherstellen, dass seine ursprüngliche Absicht zur Geltung kommt (mit der Vermutung, dass das Verfassungsgericht keine Zuständigkeit zur Überprüfung verfassungsändernder Gesetze hat).

Ich kann es nicht verschweigen: Ich finde es traurig, dass diese Lösung dem Gesetzgeber überhaupt eingefallen ist! Und sie ist ihm nicht nur eingefallen, er hat sie sogar verwirklicht!

Nun, sehen wir einmal, was dies für Fälle waren.

2/ Es können mindestens vier Fälle erwähnt werden:

- 2.1. Das Gesetz, das das Wiederaufleben der Strafbarkeit einer bereits verjährten Straftat anordnete, hat die Rechtssicherheit, die Berechenbarkeit und die Vorhersehbarkeit schwer verletzt, es hat den Grundsatz der Begrenztheit der staatlichen Strafgewalt durchbrochen und mit rückwirkender Kraft verjährte Taten wieder strafbar gemacht. Nachdem das Verfassungsgericht das entsprechende Gesetz für verfassungswidrig erklärt hatte, integrierte der Gesetzgeber diesen unveränderten gesetzlichen Inhalt in die Art. 3, Art. 11 Abs. 6 und Abs. 8 des Grundgesetzes.
- 2.2. Die Verfassungsgerichtsentscheidung 1/2013. (I. 7.) AB vom 7.1.2013 erklärte eine Bestimmung für verfassungswidrig, die politische Werbung ausschließlich durch öffentliche Mediendienste zuließ; diese mussten derartige politische Werbung unter gleichen Bedingungen veröffentlichen. Die laut Art. 5 Abs. 1 der vierten Verfassungsänderung in Kraft getretene Änderung hat die zuvor für verfassungswidrig erklärte Bestimmung mit unverändertem Inhalt in den Art. IX. Abs. 3 Satz 2 des Grundgesetzes inkorporiert.
- 2.3. Laut Art. 6 der vierten Verfassungsänderung ist an die Stelle von Artikel X. Abs. 3 des Grundgesetzes die folgende Bestimmung getreten: „(3) Ungarn schützt die wissenschaftliche und künstliche Freiheit der Ungarischen Akademie der Wissenschaften und der Ungarischen Akademie der Künste. Die Hochschuleinrichtungen sind hinsichtlich des Inhalts und der Methoden von Forschung und Lehre selbstständig, ihre interne Organisation regelt ein Gesetz. Die Ordnung der Wirtschaftsführung der staatlichen Hochschuleinrich-

tungen bestimmt die Regierung in dem gesetzlichen Rahmen, ihre Wirtschaftsführung wird von der Regierung beaufsichtigt.“ Der neue Satz 3 des Art. X. Abs. 3 steht in eindeutigen Gegensatz zu dem aus der Freiheit des wissenschaftlichen Lebens zwingend hergeleiteten Erfordernis, die Hochschulautonomie zu schützen, das vom Verfassungsgericht in § 70/G der alten Verfassung (1989–2011) und in Art. X. des neuen Grundgesetzes von 2011 im Wesentlichen auf gleiche Weise verankert wurde. Weil der „Inhalt“ der früheren Verfassung und des Grundgesetzes in diesem Punkt im Wesentlichen übereinstimmt, hielt ich die Verfassungsgerichtsentscheidung 41/2005. (X. 27.) AB vom 27.10.2005 für brauchbar, die aber vom Parlament völlig außer Acht gelassen wurde.

- 2.4. Das Verfassungsgericht hob in seiner Entscheidung 38/2012 (XI. 14.) AB vom 14.11.2012 einen Ordnungswidrigkeitstatbestand auf, der die Benutzung des öffentlichen Raums als Wohnsitz sanktionierte. Im Mittelpunkt der Entscheidung stand, dass die Obdachlosigkeit nicht mit Strafe sanktioniert werden darf, sondern mit den Mitteln der Sozialverwaltung und der sozialen Fürsorge Erleichterung geschaffen werden soll. Diese – auch für das Parlament obligatorische und nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes gefällte – Verfassungsgerichtsentscheidung wurde von der verfassungsändernden Gewalt außer Acht gelassen, als sie mit Art. 8 der vierten Grundgesetzänderung Art. XXII. Abs. 3 GG erließ. Dieser Artikel widerspricht aber eindeutig Feststellungen des Verfassungsgerichts bezüglich der Interpretation des Rechts auf Menschenwürde in Art. II. GG.

3/ Die Frage der verfassungsgerichtlichen Überprüfung von Verfassungsänderungsgesetzen tauchte – meiner Meinung nach – schon im Zusammenhang mit der Verfassungsgerichtsentscheidung 184/2010. (X. 28.) AB vom 28.10.2010 auf¹.

Die beanstandeten Bestimmungen der §§ 8–12 beinhalteten Vorschriften über eine Sondersteuer auf bestimmte Einkommen von Privatpersonen. Danach sollte eine Sondersteuer von 98 % bezahlen, wer im Zusammenhang mit dem Ende bestimmter Arbeitsverhältnisse im öffentlichen Dienst eine Abfindung von mehr als 2 Mio. HUF erhalten hatte. Die Vorschriften über die Sondersteuer waren auf Einkommen anwendbar, die vor dem 1.1.2010, d.h. vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zum 1.10.2010, erworben worden waren (§ 133). Mit dieser Regelung wollte man den leitenden Beamten und Leitern von Staatsbetrieben, die von der Vorgängerregierung ernannt worden waren und nun entlassen wurden, ihren gesetzlichen Anspruch auf eine Abfindung im Wege der Totalbesteuerung nehmen.

Dem Verfassungsgericht wurden mit der Behauptung, diese Bestimmungen seien verfassungswidrig, zahlreiche Anträge unterbreitet, die sich vor allem auf die Verletzung der folgenden Rechte bezogen: Die Bestimmungen stünden im Gegensatz zu den Erfordernissen der Rechtssicherheit; die Sondersteuer entspreche den verfassungsrechtlichen Erfordernissen der verhältnismäßigen öffentlichen Las-

1 In dieser Entscheidung hob das Verfassungsgericht die §§ 8–12 und § 133 des Gesetzes 2010:XC, das wirtschafts- und steuerrechtliche Gesetze abänderte, ex tunc auf.

tenverteilung nicht; sie stellten eine übertriebene und übermäßige Begrenzung des Eigentumsrechts dar, weil sie das erworbene Eigentum im Ganzen entziehen; sie verletzen das Prinzip des gleichen Schutzes des öffentlichen und des privaten Eigentums sowie die Freiheit des wirtschaftlichen Wettbewerbs; sie benachteiligten die im öffentlichen Sektor beschäftigten Personen; sie verletzen Art. 11 des ILO-Abkommens Nr. 132, der festlegt, dass im Falle der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses die Abgeltung nicht genommenen Urlaubs gewährleistet sein muss (die Auszahlung der Urlaubsabgeltung ermöglicht der Staat so gut wie gar nicht). Die Bestimmungen verletzen nach Ansicht der Antragsteller das Recht auf soziale Sicherheit, weil sie die sozialversicherungsrechtlich relevante Dienstzeit verkürzten. Es gab sogar einen Antrag, nach dem die angefochtenen gerichtlichen Bestimmungen auch das Prinzip des verfassungsmäßigen Schutzes der Familien und der Mütter verletzen.

Das Verfassungsgericht hob hervor, dass die Verfassungsänderung in Bezug auf § 70/I der Verfassung, die das Gesetz begleitete und in dem neuen § 70/I Abs. 2 hierfür eine Ausnahme von den allgemeinen Verfassungsprinzipien der gerechten Besteuerung schaffen sollte, betone, dass die Auszahlung des einzelnen Einkommens „in sittenwidriger Weise“ geschehen müsse, ohne diesen Begriff näher zu definieren.

Das Verfassungsgericht – wie ich schon erwähnt habe – hob die in den Anträgen angegriffenen gesetzlichen Bestimmungen auf. Mit der Aufhebung war ich einverstanden, bloß hätte ich sie aus anderen Grundlagen abgeleitet. In meiner parallelen Begründung ging ich davon aus, dass der neue § 70/I Abs. 2 der Verfassung nicht unabhängig von den anderen Verfassungsbestimmungen interpretiert werden könne. Ganz kurz gesagt: Ich monierte, dass das Verfassungsgericht die Grenzen der eigenen Verfassungsauslegung bezüglich des überprüften und beurteilten Falles nicht bestimmt hat.

Der primäre Zuständigkeitsbereich des Verfassungsgerichts ist die Verfassungsauslegung, deren Grundlagen schon in der frühen Anfangsphase gelegt wurden. Eine darauf beruhende autonome Definition des verfassungsrechtlichen Spielraums hätte ich auch deswegen für nötig gehalten, weil mit gutem Grund angenommen werden konnte, dass der Text der Verfassung neben den „guten Sitten“ in absehbarer Zeit auch mit weiteren „konstitutionellen Wert-Elementen“ angereichert werden würde. Was deren verfassungsgerichtliche Behandlung betrifft, wäre es also angebracht gewesen, die angemessenen und bei der Interpretation maßgebenden Anhaltspunkte für sich selbst festzulegen.

Die nähere Überprüfung dieses Themas ist auch wegen der weit verbreiteten Auffassung begründet, dass das Verfassungsgericht die Verfassung „nicht kritisieren dürfe“. (In diesem Fall den Text, der mit der Hinzufügung des neuen § 70/I Abs. 2 der Verfassung entstanden ist.)

Ich war fest davon überzeugt, dass die Hände des Verfassungsgerichts nicht so fest gebunden sind, wie es viele annehmen.

Ich hatte also den Eindruck, dass der neue § 70/I Abs. 2 der Verfassung auch in diesem Fall nicht unabhängig von den anderen Normen der Verfassung interpre-

tiert werden könne. Meinem Standpunkt nach hätte der Sinn der neuen Verfassungsbestimmung aus jener Sicht entwickelt werden sollen, dass die Verfassung ein System ohne Widersprüche schafft, und obwohl eine Verfassungsänderung – nach ihrem Inkrafttreten – vom Verfassungsgericht tatsächlich nicht überprüft werden darf, ist das Verfassungsgericht verpflichtet, alles dafür zu tun, dass – als Ergebnis der Verfassungsauslegung – zwischen der alten und der neuen Verfassungsordnung keine Widersprüche auftreten. Dieses Erfordernis hatte das Gericht bereits in mehreren Entscheidungen formuliert. Zum ersten Mal wurde diese Auffassung von einer parallelen Begründung im Jahre 1991 erläutert: „das Verfassungsgericht [...] übt seine verfassungsinterpretierende Tätigkeit ausgehend von der Annahme aus, dass die Verfassung wie das Recht auch ein einheitliches und widerspruchsfreies System bildet. Alle ihre Bestimmungen haben einen feststellbaren Zweck und Sinn, zwischen ihnen darf es weder Widersprüche noch Lücken geben, die die Entscheidung verfassungsrechtlicher Fragen vereiteln. Im Zuge der Auslegung legt das Verfassungsgericht keine neue Vorschrift fest, es legt nur dar, was in der Verfassung schon inbegriffen ist, indem es dies aus dem Text der Bestimmungen entfaltet und sich dabei stets die Inhalte und Zusammenhänge vor Augen hält. Durch die Ausübung der ihm zugeordneten Auslegungsbefugnis übt das Verfassungsgericht also eine kognitive und bewertende Tätigkeit aus, es stellt den Verfassungsinhalt fest, der in dem Verfassungstext enthalten ist. Diese Aufgabe gehört ausdrücklich zu seinem Zuständigkeitsbereich.“²

Später wurde diese Auffassung zum Standpunkt der Mehrheit: „(d)as Verfassungsgericht interpretiert die Verfassung nicht nur in ausschließlich darauf gerichteten Verfahren³. Der Sinn der einzelnen Bestimmungen der Verfassung entfaltet sich auf diese Weise im Zuge neuerer Auslegungen, bei denen das Verfassungsgericht sowohl die Eigentümlichkeiten des konkreten Falles als auch die eigenen früheren Interpretationen berücksichtigt. [...] die Auslegungen sollen ein widerspruchsfreies System bilden.“⁴

Eine Entscheidung aus dem Jahre 1996 hat die genannte Auslegung wie folgt bestätigt: „(d)ie Verfassungsauslegung muss von dem Begriff der zu interpretierenden Rechte als neutrale Kategorie ausgehen, über ihre Grenzen kann ein breiter Konsens festgestellt werden, aber was den Inhalt betrifft, gibt es mehrere Konzeptionen mit abweichenden Wertinhalten. Zum Wesen der pluralistischen Gesellschaft gehört, dass auch Rechte mit verschiedenen Wertinhalten durchsetzbar sind, dergestalt, dass dabei das ganze konstitutionelle System der Rechte kohärent und funktionsfähig bleibt. Das Verfassungsgericht soll bei Grenzfällen und Kollisionen nicht kompatibler Konzeptionen intervenieren und jene Linie ziehen, jen-

2 So die parallele Begründung der Verfassungsrichter Antal Ádám, Géza Hercegh, Tamás Lábady und Ödön Tersztyánszky zu der Entscheidung 48/1991. (IX. 26.) AB vom 26.9.1991, Az Alkotmánybíróság határozatai (offizielle Entscheidungssammlung des ungarischen Verfassungsgerichts, abgekürzt: ABH) 1991, S. 217, 242.

3 Zu jenem Zeitpunkt gab es noch ein Verfahren zur abstrakten Verfassungsauslegung; auf diese Verfahrensart zielt diese Bemerkung des Gerichts.

4 Verfassungsgerichtsentscheidung 36/1992. (VI. 10.) AB vom 10.6.1992, ABH 1992, S. 207, 210.

seits derer eine Auslegung mit einem bestimmten Inhalt mit dem System verfassungsrechtlicher Rechte nicht mehr in Einklang gebracht werden kann.“⁵

Was kann man daraus schlussfolgern? Auf jeden Fall, dass die Bestimmungen der Verfassung als Ergebnis der verfassungsgerichtlichen Auslegung ein kohärentes System bilden, und obwohl das Verfassungsgericht eine Verfassungsänderung tatsächlich nicht überprüfen darf, ist es dennoch verpflichtet, alles dafür zu tun, dass es – als Ergebnis seiner Verfassungsauslegung – zwischen den einzelnen Bestimmungen der Verfassung keine Widersprüche gibt. Eines der wichtigsten Ziele der Verfassungsauslegung ist, dass sich das Ergebnis der Verfassungsauslegung – als kohärentes System – so gut wie möglich in das Normsystem der Verfassung im Ganzen einpasst. Jedenfalls darf meiner Meinung nach das Verfassungsgericht nicht zu einem Ergebnis der Verfassungsauslegung kommen, das zur Konsequenz hat, dass die Anwendung irgendeiner Verfassungsbestimmung durch eine andere Auslegung abgeschwächt wird.

3. Neuere Fälle – weitere Erwägungen

In den Jahren 2011 und 2013 haben mir neuere Fälle die Möglichkeit gegeben, meinen früheren Standpunkt über den Auslegungsbereich des Verfassungsgerichts weiter zu vertiefen. Diese Fälle sind die Verfassungsgerichtsentscheidungen 61/2011. (VII. 13.) AB vom 13.7.2011 und 12/2013. (V. 24.) AB vom 24.5.2013.⁶

Sehen wir uns diese Fälle einmal genauer an.

3.1. Sondervotum zu der Verfassungsentscheidung 61/2011. (VII. 13.) AB

3.1.1. *Der Anlassfall. Die Anträge*

Beim Verfassungsgericht gingen zahlreiche Anträge von Privatpersonen, darunter Rechtsprofessoren, Anwälte, ein ehemaliger Verfassungsrichter, Verbände und eine politische Partei, mit dem Begehren ein, die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes 2010: CXIX über die Änderung der Verfassung festzustellen und das Gesetz ex tunc, d.h. rückwirkend aufzuheben. Fünf Antragsteller äußerten sich dazu, aus welchen Gründen das Verfassungsgericht zuständig ist, eine Verfassungsänderung und die durch sie modifizierten Bestimmungen der Verfassung selbst auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin überprüfen und aufheben zu dürfen. Ein Antrag begründete diesen Standpunkt nur kurz: „die geltende Verfassung gewährt dem Verfassungsgericht die Möglichkeit, jede Rechtsnorm zu überprüfen, und das gilt auch für diejenigen, die eine Verfassungsänderung beinhalten“. Ein anderer Antragsteller hat in fünf Punkten zusammengefasst, warum seiner Meinung nach das Verfassungsgericht das Recht zur Überprüfung von Verfassungsänderungen hat: a) eine Verfassungsänderung darf die Prinzipien in den Allgemeinen Bestimmungen nicht

5 Verfassungsgerichtsentscheidung 21/1996. (V. 17.) AB vom 17.5.1996, ABH 1996, S. 74, 83.

6 ABH 2011, S. 345, und ABH 2013, S. 419.

verletzen; b) die Verfassung – als Gesetz – ist auch eine Rechtsnorm, und als solche kann ihre Verfassungswidrigkeit überprüft werden; c) die Verfassungsänderung kann auch als sonstiges rechtliches Mittel der staatlichen Lenkung betrachtet werden, insoweit dies in seiner jetzigen Form im Zusammenhang mit der Durchsetzung einiger Regierungsmaßnahmen in voraussichtlich verfassungswidriger Form durchgesetzt wird. Im Zusammenhang mit der Häufigkeit dieser Änderungen kann es als sonstiges rechtliches Mittel betrachtet werden; d) die Prüfung, ob eine Rechtsvorschrift oder ein sonstiges rechtliches Mittel [...] gegen einen völkerrechtlichen Vertrag verstößt, gehört auch zu den Aufgaben des Verfassungsgerichts. Und zwar verstößt die Verfassungsänderung gegen die EMRK, die durch Gesetz 1993:XXXI verkündet wurde, weil sie die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts nicht einhält. [...]; e) das Verfassungsgericht hat die Aufgabe, die Verfassungsbestimmungen zu interpretieren, und somit muss es auch einzelne Verfassungsänderungen auslegen und Widersprüche auflösen.

Der Antrag eines namhaften Professors für Verfassungsrecht hat mit wissenschaftlichem Anspruch und mit Präzision begründet, warum – seiner Ansicht nach – das Verfassungsgericht von seiner bisherigen Praxis abweichen soll(te). Er ging davon aus, dass die verfassungsgebende Gewalt (*pouvoir constituant*) und die verfassungsändernde Gewalt (*pouvoir constituant institué*) voneinander abgegrenzt werden müssen. Während die verfassungsgebende Gewalt nicht an die Verfassung gebunden sei, sondern eine verfassungschaffende Gewalt ist, gelten für die verfassungsändernde Gewalt (als konstituierte Staatsgewalt) der Vorrang der Verfassung und die Pflicht, das Grundgesetz zu erhalten. Die Verfassung müsse auch von der verfassungsändernden Gewalt respektiert werden. Deshalb sei die verfassungsändernde Gewalt nicht unbegrenzt, sondern an die Verfassung gebunden, aber berechtigt, sie zu ändern, indem sie die Einschränkungen einhalte. In Anbetracht dessen, dass Verfassungen im Allgemeinen den gesetzgebenden Organen ausdrücklich das Recht erteilen, unter speziellen Regeln die Verfassung zu ändern, könne nicht ausgeschlossen werden, dass über die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Einschränkungen jenes Organ wacht, das im Übrigen zum Schutz der Verfassung bestimmt ist. Die Verfassungsauslegung müsse jene Eckpunkte bestimmen, auf die der demokratische Rechtsstaat aufbaut, und diese müsse auch die verfassungsändernde Gewalt berücksichtigen. Mit Rücksicht darauf – so der Antrag – soll(t)e das Verfassungsgericht seine bisherige Praxis, nach der es die Verfassung selbst nicht überprüfen darf, überprüfen, da es um die Rechtsstaatlichkeit und um die Kontinuität des verfassungsmäßigen Lebens des Staates gehe. Nach dem Standpunkt des antragstellenden Rechtsprofessors verstößt es nicht gegen das Prinzip der Gewaltenteilung und das Prinzip der Trennung der Gewalten, wenn das Verfassungsgericht die Produkte der konstituierenden verfassungsändernden Gewalt der Normkontrolle unterzieht. Der Maßstab dieser Überprüfung könne der „Wesenskern“ der Verfassung sein, den die in der Verfassung verankerten herausragenden Grundsätze umreißen. Zu diesem Kreis gehörten diejenigen grundlegenden Normen, die nach dem jetzigen Stand der demokratischen Verfassungsentwicklung in jedem konstitutionellen Rechtsstaat akzeptiert sind und die einen Teil der gemeinsamen Verfassungstradition bilden. Dazu gehörten vor allem die republikanische Staats-

form, die Rechtsstaatlichkeit, die Demokratie, die Souveränität, die Grundsätze des Grundrechtsschutzes, das Recht auf Leben und Menschenwürde, das Recht auf freie Meinungsäußerung und die Pressefreiheit, die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit, das Verbot der Diskriminierung, das Widerstandsrecht und die Grundsätze einer völkerrechtsfreundlichen Außenpolitik. Der Antragsteller betonte auch, dass die Verfassung auch nicht gegen die in der Präambel festgelegten Ziele und Anforderungen geändert werden dürfe. Demzufolge dürfe – seiner Ansicht nach – das Verfassungsgericht den Wesenskern der Verfassung feststellen, das heißt, es könne die Verfassungswidrigkeit von Verfassungsänderungen, die die grundlegende Werteordnung verletzen, feststellen, weil bestimmbar Werte dafür den Maßstab lieferten.

Als Fortsetzung seines Gedankengangs hob er noch hervor, dass sich die Grundprinzipien der Verfassung horizontal durch die Bestimmungen des Grundgesetzes erstreckten. Wenn eine konkrete Verfassungsbestimmung gegen eines der Grundprinzipien verstoße, müsse diese Kollision durch Auslegung gelöst werden. Wenn der Konflikt im Wege der Auslegung nicht aufgelöst werden könne, stünden dem Verfassungsgericht mehrere Lösungen zur Verfügung: Nach dem vermittelnden Ansatz fordere das Verfassungsgericht die verfassungsändernde Gewalt auf, den offensichtlichen Widerspruch zu beheben. In einem radikaleren Ansatz wende das Verfassungsgericht die gegen die Grundwerte verstoßende konkrete Verfassungsbestimmung nicht an und hebe mit Rücksicht auf die Grundwerte die darauf beruhenden Gesetze auf. Der Antragsteller wies auch darauf hin, dass seiner Ansicht nach in einem Fall konkreter Verfassungsänderungen die Zuständigkeit auch dann festgestellt werden könne, wenn die Verfassungsänderungen berücksichtigt würden, aber bei der Prüfung seiner Zuständigkeiten könne das Verfassungsgericht seiner Ansicht nach auf diese Verfassungsbestimmungen keine Rücksicht nehmen.

Weitere Antragsteller betonten noch weitere Aspekte: a) es habe nicht genügend Zeit zur Diskussion über die geplante Änderung gegeben, es seien keine Experten angehört worden, über den endgültigen Entwurf habe kein einziger Parlamentsausschuss verhandelt; b) die Verfassungsänderung erfülle das Erfordernis der normativen Klarheit nicht; c) sie verletze das Erfordernis der Rechtssicherheit; d) sie verstoße gegen das Rückwirkungsverbot; e) sie verstoße gegen das Prinzip des Schutzes erworbener Rechte.

3.2. Die Entscheidung des Verfassungsgerichts

1/ Das ungarische Verfassungsgericht wies alle Anträge ab. Vor der Ausformung seines Standpunktes prüfte es die Verfassungsgesetze anderer Länder, um sich einen Überblick darüber zu verschaffen, welches Verfahren diese bei der Überprüfung der Verfassungswidrigkeit verfassungsändernder Gesetze zulassen. Als Konklusion stellte es fest, dass es Beispiele dafür gibt, dass das Verfassungsgericht eines gegebenen Staates in seiner Zuständigkeit der präventiven oder nachträglichen Normkontrolle die Verfassung oder eine Verfassungsbestimmung überprüfen darf. Es hob jedoch hervor, dass in jedem Fall die Verfassung des gegebenen Staates das

Recht des Verfassungsgerichts zur Überprüfung der Verfassung(sänderung) festlegt oder das Verfassungsschutzorgan – ohne konkrete verfassungsmäßige Ermächtigung – seine Zuständigkeit um die Überprüfung der Verfassung erweitert. In diesen Fällen stellt die verfassungsgebende Gewalt selbst die unabänderbaren Bestimmungen des Grundgesetzes fest, die die verfassungsändernde Gewalt im Zuge einer Verfassungsänderung einhalten muss.

Unter bestimmten Bedingungen verschließt sich das Organ des Verfassungsschutzes in Österreich, Zypern, Frankreich, Deutschland und Spanien nicht vollständig der Überprüfung der formellen Verfassungsmäßigkeit. Die Verfassungsgerichte von Zypern, Deutschland und Österreich haben sich auch mit der Überprüfungsmöglichkeit hinsichtlich des Inhalts beschäftigt, und in jedem dieser Länder waren die Meinungen geteilt. Das österreichische Verfassungsgericht ist der Ansicht, es müsse zwischen der technischen Verfassungsänderung, d.h. einer von den Umständen notwendig gemachten Adaptation (bei der der Standpunkt der Verfassungsrichter im Hinblick auf die Überprüfbarkeit eher „nein“ war), und der konzeptionellen Neufassung (bei der die Verfassungsrichter die Frage der Überprüfbarkeit eher mit „ja“ beantworteten) unterschieden werden.

Laut Art. 79 Abs. 3 GG der Bundesrepublik Deutschland ist „eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundrechte berührt werden, [...] unzulässig“. Artikel 1 des Grundgesetzes ist die erste Bestimmung des ersten Kapitels mit dem Titel „Die Grundrechte“, und Art. 20 GG enthält die Grundsätze der Demokratie, der Volkssouveränität und der Gewaltenteilung. Das Bundesverfassungsgericht überprüfte in den Jahren 1960 und 1970 Verfassungsänderungen, hob sie aber in keinem dieser Fälle auf. Seiner Ansicht nach ist im Zuge einer Verfassungsänderung seine primäre Aufgabe die Auslegung; im Zuge dessen ist die Änderung auf der Grundlage des Verfassungsganzen, in dieses eingebettet und unter Gewährleistung der Werteordnung der Verfassung auszulegen.

In der Praxis der untersuchten europäischen Verfassungsgerichte gab es nach den Feststellungen des ungarischen Verfassungsgerichts kaum Beispiele, dass eine Verfassungsänderung für verfassungswidrig erklärt worden wäre. Eine Ausnahme bildet die Entscheidung E. 2008/116 des Verfassungsgerichts der Türkischen Republik über das Tragen des Kopftuches. Dennoch schließen die Verfassungsgerichte mehrerer Staaten eine solche Möglichkeit nicht aus.

2/ Nach der Inaugenscheinnahme der internationalen Praxis analysierte das ungarische Verfassungsgericht seine frühere Praxis.

Die wichtigeren Feststellungen diesbezüglich lauteten wie folgt.

- a) „Laut § 32/A Abs. 1–2 der Verfassung und § 1 Abs. 1 Buchst. b) und c) VerfGG erstreckt sich die Zuständigkeit des Verfassungsgerichts auf die Prüfung, ob Gesetze und Rechtsvorschriften von niedrigerem Rang sowie sonstige Mittel der staatlichen Leitung gegen die Verfassung oder völkerrechtliche Verträge verstoßen. Das Verfassungsgericht darf [...] keine einzige Verfassungsbestimmung aufheben. Wenn irgendeine Bestimmung mit den Stimmen von zwei Dritteln

der Abgeordneten in die Vorschriften der Verfassung eingefügt wurde, wird sie zu einem Teil der Verfassung, und noch nicht einmal begrifflich kann deren Verfassungswidrigkeit festgestellt werden.“⁷

- b) „Das Verfassungsgericht ist nicht zuständig, bei der Feststellung einer Verfassungsverletzung durch legislatives Unterlassen dem Gesetzgeber einen Vorschlag zur Ergänzung der geltenden Verfassung zu machen.“⁸
- c) „Die Überprüfung der Verfassung – einschließlich des vorherigen Verbots der Verfassungsänderung – gehört nicht in den Zuständigkeitsbereich des Verfassungsgerichts.“⁹
- d) „Begrifflich ist die Verfassungsprüfung der Verfassung selbst ausgeschlossen, daraus ergibt sich, dass das Verfassungsgericht für die Auflösung angenommener oder echter Widersprüche innerhalb der Verfassung nicht zuständig ist.“¹⁰
- e) „Laut den gesetzlichen und Verfassungsvorschriften über die Zuständigkeiten des Verfassungsgerichts erstreckt sich die Zuständigkeit des Verfassungsgerichts nicht auf die Überprüfung, Änderung und Abänderung der Vorschriften der Verfassung, weshalb die Überprüfung gesetzlicher Bestimmungen, die die Regeln der Verfassung ändern, auch nicht zu den Befugnissen des Verfassungsgerichts gehört. (D)as Verfassungsgericht [...] ist nicht berechtigt, die Verfassungsmäßigkeit der Verfassungsbestimmungen, die zu einem Teil der Verfassung geworden sind [...], zu überprüfen...“¹¹

Im Zuge der Analyse seiner Präzedenzentscheidungen stellte das Verfassungsgericht eine ungebrochene Spruchpraxis fest, dass es seine eigene Zuständigkeit bislang weder auf die Überprüfung der Verfassung selbst noch auf die Überprüfung eines verfassungsändernden Gesetzes erstreckt hat. Es stellte fest, dass es diesen Grundsatz auch dann konsequent angewandt habe, wenn die Antragsteller die Verfassungswidrigkeit einzelner Verfassungsänderungen oder -bestimmungen behaupteten, aber auch dann, wenn die Antragsteller ein Unterlassen des Inhalts behaupteten, dass die Verfassung irgendeine Bestimmung nicht enthalte, und schließlich auch dann, wenn zwischen den Bestimmungen der Verfassung nach Ansicht der Antragsteller eine Kollision oder ein Widerspruch bestehe.

3/ Im Hinblick darauf nahm das Verfassungsgericht hinsichtlich der verfassungsmäßigen Überprüfung verfassungsändernder Gesetzesbestimmungen einen ablehnenden Standpunkt ein und zog dabei die folgenden Aspekte in Betracht.

7 Verfassungsgerichtsverfügung 293/1994. AB, ABH 1994, S. 862. Inhaltlich genau dasselbe besagt die Verfassungsgerichtsverfügung 23/1994. (IV. 29.) AB vom 29.4.1994, ABH 1994, S. 375, 376.

8 Verfassungsgerichtsverfügung 1338/E/1999. AB, ABH 1999, S. 901.

9 Verfassungsgerichtsverfügung 613/B2004. AB, ABH 2004, S. 2131.

10 Verfassungsgerichtsentscheidung 290/B/2002. AB, ABH 2008, S. 1863, 1868.

11 Verfassungsgerichtsentscheidung 160/B/1997. AB, ABH 1998, S. 816, 818–820. Die nachfolgenden Verfassungsgerichtsentscheidungen bestätigten den Inhalt der zitierten Entscheidung: Entscheidung 963/E/1998. AB, Verfügung 14/2003. (IV. 9.) AB vom 9.4.2003, Verfügung 247/B/2007. AB, Präsidialverfügung 1180/I/2006. AB, Präsidialverfügung 283/I/2007. AB, Entscheidung 296/B/2010. AB.

- a) Die Verfassung sieht nicht *expressis verbis* vor, dass sich die Zuständigkeit des Verfassungsgerichts auch auf die Überprüfung und Aufhebung einzelner Verfassungsbestimmungen erstreckt. Außerdem gibt es in der ungarischen Verfassung keine Bestimmungen, die die verfassungsgebende Gewalt hervorgehoben hat und als unabänderlich betrachtet (im Gegensatz z.B. zum Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland) und die als verfassungsmäßiger Maßstab im Fall der Änderung der geltenden Verfassung oder bei der Verabschiedung einer neuen Verfassung herangezogen werden könnten. Das heißt: Bei uns gibt es keine „Ewigkeitsklausel“.
- b) Es gibt keinen „über der Verfassung stehenden“ konstanten und unverletzlichen Maßstab, der selbst die verfassungsgebende und verfassungsändernde Gewalt bände, obwohl die verfassungsgebende Gewalt selbst einen solchen unverletzlichen Maßstab nicht festgelegt hat.
- c) Die Verfassungsgerichte sehen die Möglichkeit, die Verfassung selbst zu überprüfen, nur wenn eine ausdrückliche Verfassungsbestimmung sie dazu ermächtigt oder in ganz außergewöhnlichen Fällen.
- d) Das Verfassungsgericht darf die Verfassung – die zu schützen es berufen ist und die es als Maßstab im Zuge der Verfassungsprüfung von Rechtsvorschriften verwenden soll – weder schaffen noch abändern.
- e) Das ungarische Verfassungsgericht betonte, dass ein einmal erreichtes Niveau und Garantiesystem des Verfassungsrechtsschutzes nicht wieder abgesenkt werden dürfe, der Kreis seiner Grundelemente nicht verengt werden könne, höchstens – in ganz außergewöhnlichen Fällen – zum Schutz eines anderen Grundrechts, unter Berücksichtigung des Maßstabs der Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit und auf eine Weise, dass der wesentliche Inhalt der betroffenen Grundrechte dabei nicht verletzt wird. Eine Absenkung des Verfassungsschutzniveaus, die dem nicht entspricht, verstoße gegen die Erfordernisse des verfassungsmäßigen Rechtsstaats.

4/ Das ungarische Verfassungsgericht hat nicht nur das bereits Dargestellte betont, sondern auch in wichtigen Fragen seine Meinung geäußert und dabei die verfassungsändernde Gewalt gewarnt und sogar getadelt. Sehen wir uns diese Feststellungen einmal näher an.

„Das Verfassungsgericht hält im Zusammenhang mit der Einschränkung seiner Zuständigkeiten fest: Wenn die Einschränkung der Zuständigkeiten des Verfassungsgerichts einen Punkt überschreitet, kippt das System der Gewaltenteilung, das auf checks und balances beruht, zugunsten der verfassungsgebenden, der gesetzgebenden oder aber auch der gubernativen-exekutiven Gewalt. Wenn die verfassungsgebende Gewalt einen Gesetzestext, den das Verfassungsgericht zuvor aufgehoben hat, wieder verabschieden will, indem es ihn in die Verfassung integriert und auf diese Weise seine Überprüfung dem Zuständigkeitsbereich des Verfassungsgerichts entzieht, greift die verfassungsgebende und gesetzgebende Gewalt auf eine Weise in das System des Gleichgewichts der Gewalten ein, die zu einer schweren Verletzung der verfassungsmäßigen Grundrechte führt oder führen kann. Bei so einer ‚Zusammenarbeit‘ zwischen der verfassungsgebenden und der gesetzgebenden Gewalt wird die Macht des Verfassungsgerichts gefährlich geschwächt,

es kann seine Aufgaben des Grundrechtsschutzes nicht wahrnehmen, der Schutz der verfassungsmäßigen Grundrechte wird verletzt, die Mitglieder der Gesellschaft sind – aus Mangel an Mitteln zum Schutz ihrer verfassungsmäßigen Rechte – dem Verfassungs- und Gesetzgeber ausgeliefert.“¹²

Gleichzeitig lockerte aber das Verfassungsgericht selbst die erwähnte Strenge dadurch auf, dass es ausführte: „Das Verfassungsgericht darf nicht einmal bei der unverhältnismäßigen Verringerung seiner Mittel und Zuständigkeiten für den Schutz der verfassungsmäßigen Rechte seinerseits auf rechtsstaatswidriges Verhalten und rechtsstaatswidrige Entscheidungen mit rechtsstaatswidrigem Verhalten und rechtsstaatswidrigen Entscheidungen reagieren.“¹³ Es zitierte an diesem Punkt eine frühere Entscheidung: „Der Rechtsstaat kann nicht gegen den Rechtsstaat verwirklicht werden.“¹⁴ Es fügte noch hinzu, dass das Verfassungsgericht nicht zur Regierungsgewalt „im Talar“ werden darf.¹⁵ Aufgrund all dessen wies das Verfassungsgericht Anträge auf verfassungsmäßige Überprüfung und Aufhebung verfassungsändernder Gesetze wegen fehlender Zuständigkeit zurück.

3.2.1. Die Eckpunkte des Sondervotums

1/ Die Grundlage meines Sondervotums war, dass ich den antragstellerischen Standpunkt akzeptiert habe, nach dem die verfassungsgebende und die verfassungsändernde Gewalt voneinander getrennt werden müssen. Ich war auch mit denjenigen Argumenten vollkommen einverstanden, die die Antragsteller in diesem Zusammenhang vorgebracht hatten. Im Mittelpunkt meines Votums stand die Überzeugung, dass die verfassungsschützende Rolle des Verfassungsgerichts nicht passiv, sondern aktiv ist. Das bedeutet, dass das Verfassungsgericht der Erosion des einmal erreichten verfassungsrechtlichen und rechtsstaatlichen Niveaus zu Zwecken der Tagespolitik nicht tatenlos zusehen darf. Wenn es das tun würde, wäre dies das Ende der effektiven ungarischen Verfassungsgerichtsbarkeit. Meiner Ansicht nach darf auch das Verfassungsgericht nicht tatenlos zusehen, wenn unter Einhaltung der formalen Verfahren des Rechtsstaates das bisher errichtete Institutionensystem der Rechtsstaatlichkeit abgebaut wird.¹⁶

Für wesentlich hielt ich, welche Bestimmungen die grundlegende Struktur und den wesentlichen Kern der Verfassung bilden. Ich hielt es für offensichtlich, dass zum Kreis des wesentlichen Kerns der Verfassung jene Grundsatznormen gehören, die nach dem jetzigen Stand der demokratischen Staatsentwicklung in jedem konstitutionellen Rechtsstaat anerkannt sind, sie bilden einen Teil der gemeinsamen europäischen Verfassungstradition und spiegeln sich in mehreren auch für

12 Verfassungsgerichtsentscheidung 61/2011. (VII. 13.) AB vom 13.7.2011, ABH 2011, S. 323.

13 Ebd.

14 Verfassungsgerichtsentscheidung 11/1992. (III. 5.) AB vom 5.3.1992, ABH 1992, S. 77, 82.

15 Verfassungsgerichtsentscheidung 31/1990. (XII. 18.) AB vom 18.12.1990, ABH 1990, S. 136, 137.

16 Im Detail A. Sajó, Önvédő jogállam, in: Fundamentum 2002/3–4, S. 55 ff.

Ungarn verbindlichen internationalen Dokumenten sowie in den Dokumenten der Europäischen Union und des Europarats und in den Entscheidungen der Gerichte dieser Organe wieder. Ich war also der Ansicht, dass es (auch) in der ungarischen Verfassung sehr wohl einen Maßstab gibt und dass das Verfassungsgericht auch zu dessen Anwendung befugt ist. Die Grundlage dazu liefert § 32/A Abs. 1 der Verfassung, der besagt: „Mit Ausnahme der in der Verfassung bestimmten Fälle überprüft das Verfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit von Rechtsvorschriften beziehungsweise erfüllt die Aufgaben, die durch Gesetz in seine Zuständigkeit verwiesen sind.“ Diese Bestimmung zählt die verfassungsändernden Gesetze nicht zu den Ausnahmen: Es ist offensichtlich, dass der Gesetzgeber diese Ausnahme benannt hätte, wenn das sein Ziel gewesen wäre. Dieser Themenkreis wird also nicht *expressis verbis* dem allgemeinen verfassungsschützenden Zuständigkeitsbereich des Verfassungsgerichts entzogen. Im Hinblick darauf konnte das Verfassungsgericht z.B. in einer Entscheidung erklären, dass „das Parlament mit dem Abschluss beziehungsweise der Verkündung eines völkerrechtlichen Vertrags keine verborgene Verfassungsänderung durchführen kann“.¹⁷ Wenn das dennoch einmal vorkommen sollte, könnte das Verfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit feststellen (erklären)? Wenn ja, würde es nicht über den gesetzgeberischen Willen zur Verfassungsänderung entscheiden? Wahrscheinlich doch.

2/ Die Verfassung ist ein Instrument auf der höchsten Regelungsebene der Rechtsordnung, ihre Grundlagen, Institutionen und Regeln bilden ein kohärentes System. Der Bedarf, ein kohärentes (widerspruchsfreies) inneres System zu schaffen, ist auch im Zuge der Auslegungstätigkeit des Verfassungsgerichts spürbar.

Das hat mehrere eigene Züge. Die wichtigsten davon sind die folgenden.

- a) In Bezug auf ein- und dieselbe Verfassungsbestimmung kann der Schwerpunkt der Auslegung unterschiedlich sein, aber die Auslegung soll ein widerspruchsfreies System bilden. [...] ¹⁸
- b) Das Verfassungsgericht soll in Grenzfällen und bei der Kollision inkompatibler Konzeptionen eingreifen, es soll jene Linie ziehen, jenseits derer eine bestimmte inhaltliche Auslegung mit dem System der verfassungsmäßigen Rechte nicht mehr in Einklang gebracht werden kann. ¹⁹
- c) Auch die Verfassungsauslegungen des Verfassungsgerichts können allgemeine, „ewig gültige“ Formulierungen der Verfassungswidrigkeit des überprüften Rechtsinstituts enthalten. ²⁰
- d) Das Parlament hat die Befugnis, für die Ordnung aller gesellschaftlichen Verhältnisse, die eine rechtliche Regelung benötigen, Gesetze zu erlassen, seine

¹⁷ Verfassungsgerichtsentscheidung 30/1998. (VI. 25.) AB vom 25.6.1998, ABH 1998, S. 234.

¹⁸ Verfassungsgerichtsentscheidung 36/1992. (VI. 10.) AB vom 10.6.1992, ABH 1992, S. 207, 210–211.

¹⁹ Verfassungsgerichtsentscheidung 21/1996. (V. 17.) AB vom 17.5.1996, ABH 1996, S. 83.

²⁰ Verfassungsgerichtsentscheidungen 23/1990. (X. 31.) AB vom 31.10.1990, ABH 1990, S. 88; 15/1991. (IV. 13.) AB vom 13.4.1991, ABH 1991, S. 40; 75/2008. (V. 29.) AB vom 29.5.2008, ABH 2008, S. 664–665.

gesetzgeberische Zuständigkeit hat nur eine Schranke, nämlich dass das vom Parlament verabschiedete Gesetz nicht gegen die Verfassung verstoßen darf.²¹ Die Verfassung schweigt – scheinbar – zu dieser Problematik, aber aus der Existenz impliziter Ewigkeitsklauseln und aus dem Grund, dass das verfassungsändernde Gesetz nicht ausdrücklich aus dem Kreis der überprüfbaren Gesetze ausgenommen ist, kann man darauf schließen, dass auch auf diesem Gebiet sowohl die formelle als auch die materielle Überprüfungsbefugnis des Verfassungsgerichts besteht.

3/ Selbst der Mehrheitsbeschluss erkennt an, dass „Verfassungsänderungen mögliche inhaltliche, den Rechtsstaat betreffende Bedenken aufwerfen können. Die reinweisen Verfassungsänderungen zu tagespolitischen Zwecken sind wegen der Erfordernisse des demokratischen Rechtsstaats, vor allem wegen der Stabilität und Berechenbarkeit der verfassungsmäßigen Rechtsordnung und wegen der widerspruchsfreien Integrierung der weiten gesellschaftlichen Legitimität in das konstitutionelle System außerordentlich besorgniserregend.“²² Wie ich schon ausgeführt habe, ist der Mehrheitsbeschluss dennoch der Meinung, dass „es die Verfassungsgerichte im Allgemeinen unterlassen, sich selbst Zuständigkeiten zur Verfassungsüberprüfung zu schaffen.“²³

Meiner Ansicht nach kann aber die heimische und die ausländische Situation überhaupt nicht miteinander verglichen werden, denn die heimischen und ausländischen Verfassungsverletzungen unterscheiden sich wesentlich in ihrem Gewicht. Während woanders im Allgemeinen einzelne isolierte verfassungsändernde Akte (regulatorische Lösungen) dazu geführt haben, ein Gesetz, das zu einer Verfassungsänderung führt, dem Verfassungsgericht vorzulegen (z.B. in Österreich und Tschechien), bilden bei uns die Regierungsvorstellungen, die sich in verfassungsändernder oder gesetzgeberischer Form niederschlagen und in etlichen Fällen die im Laufe von zwanzig Jahren kontinuierlich und systematisch errichteten Pfeiler des Schutzes des Rechtsstaats, der Rechtsstaatlichkeit und der Grundrechte ins Wanken bringen, fast ein System. All das wertet ohne Zweifel die Rolle des ungarischen Verfassungsgerichts beim Schutz der Verfassung auf und rechtfertigt darüber hinaus sein aktiveres Rollenverständnis. Diese erhöhte Aufmerksamkeit ist nach einem der Anträge besonders bedenkenswert. Es taucht darin nämlich das Motiv auf, dass in der jetzigen ungarischen öffentlich-rechtlichen (verfassungsändernden, gesetzgebenden und rechtsetzenden) Praxis „das Streben nach dem ausschließlichen Machtbesitz“ feststellbar und nachweisbar ist. Selbst die Verfassungsgerichtsentscheidung 14/2000. (I. 12.) AB vom 12.1.2000 bestätigt das Erfordernis, dass alle das Recht und die Pflicht haben, gegen das Streben nach dem ausschließlichen Machtbesitz mit gesetzlichen Mitteln einzuschreiten.²⁴ Es ist auch

21 Verfassungsgerichtsentscheidung 46/2006. (X. 5.) AB vom 5.10.2006, ABH 2006, S. 571–572.

22 Verfassungsgerichtsentscheidung 61/2011. (X. 5.) AB vom 5.10.2011, ABH 2011, S. 352.

23 Ebd.

24 ABH 2000, S. 83, 96.

offensichtlich, dass die Möglichkeit einzuschreiten auch gegen ein diesbezügliches Vorhaben des Staates besteht. Dies kann darauf beruhen, dass ein „überverfassungsmäßiges beziehungsweise sich verfassungswidrig verwirklichendes“ Übergewicht einer Gewalt, eine Dominanz auftritt.²⁵

Dass dieses Ersuchen in den Anträgen auftaucht, kann schon für sich das Bestreben rechtfertigen, dass das Verfassungsgericht das System selbst, die ganze ungarische Verfassungsstruktur in den Mittelpunkt seiner Prüfung hätte stellen sollen. Und – wie bewiesen – hatte es dazu die angemessenen und nötigen Mittel, die es aber nicht verwendet hat.

4. Sondervotum zu der Verfassungsentscheidung 12/2013 (V. 24.) AB vom 24.5.2013

4.1. Der Anlassfall. Die Anträge

Die Frage, ob die Verfassungswidrigkeit verfassungsändernder Gesetze geprüft werden kann, hat die Entscheidung des Verfassungsgerichts 12/2013. (V. 24.) AB vom 24.5.2013 unter etwas anderen Umständen angeschnitten.

Der direkte Verfahrensgegenstand war die vierte Änderung von Ungarns Grundgesetz²⁶, die die Aufmerksamkeit auf alt-neue Zusammenhänge lenkte.

Der Beauftragte für die Grundrechte (Ombudsperson) beantragte die Überprüfung einzelner Bestimmungen des 4. Verfassungsänderungsgesetzes teils wegen formeller Verfassungswidrigkeit, teils wegen Kollisionen innerhalb des Grundgesetzes. In diesem Beitrag interessiert nur die zweite Problematik.

Der Beauftragte für die Grundrechte wies nach der Analyse der bisherigen Praxis des Verfassungsgerichts darauf hin, dass laut Art. 24 Abs. 5 des Grundgesetzes²⁷ in Bezug auf das Grundgesetz eine inhaltliche Verfassungsprüfung nicht durchgeführt werden könne. Seiner Beurteilung nach kann aber neben der formellen Verfassungswidrigkeit i.e.S. (ein verfassungswidriger Fehler im Gesetzgebungsverfahren) auch zur formellen Verfassungswidrigkeit i.w.S. führen, dass infolge einer Grundgesetzänderung ein innerer Widerspruch (innere Kohärenzstörung) im Grundgesetz entsteht. Das sei nämlich – wie er es nannte – „eine nach einem objektiven Maßstab beurteilbare“ „inhaltsneutrale Frage“. Er meinte, dass das Verfassungsgericht im Interesse der Auflösung der im Grundgesetz entstandenen Kollision einschreiten dürfe. Nach seinem Verständnis könne dies (auch) aus dem Umstand abgeleitet werden, dass das Verfassungsgericht das oberste Organ des Verfassungsschutzes ist. Nach seiner Auslegung werden Änderungen, die die Einheit des Grund-

25 Das Verfassungsgericht äußerte dies in seiner Entscheidung 62/2003. (XII. 15.) AB vom 15.10.2003, ABH 2003, S. 637, 611, im Zusammenhang mit der Gewaltenkonzentration in der Einparteiendiktatur.

26 Vierte Änderung von Ungarns Grundgesetz vom 25. März 2013.

27 Diese Vorschrift lautet: „Das Verfassungsgericht kann das Grundgesetz und Änderungen des Grundgesetzes nur im Hinblick auf die grundgesetzlichen Anforderungen in Bezug auf deren Erlass und Verkündung überprüfen“.

gesetzes zerstören und innere Widersprüche hervorrufen, nicht in das Grundgesetz integriert.

Er zitierte auch konkrete Fälle zur Begründung seiner Behauptung, so z.B., dass es zur Verletzung der Einheit des Grundgesetzes führt, wenn es zu einer sog. „Überverfassunggebung“ kommt.²⁸

Der Beauftragte für die Grundrechte beantragte die Aufhebung der monierten Bestimmungen wegen der inneren Kohärenzstörung innerhalb des Grundgesetzes unter Berufung auf Art. 24 Abs. 5 Grundgesetz i.V.m. den Anforderungen der Rechtsstaatlichkeit in Art. B) Abs. 1 und dem Grundsatz der Einheitlichkeit des Grundgesetzes, der aus Art. R) Abs. 1 und 3 folgt.

4.2. Die Entscheidung des Verfassungsgerichts

1/ Das Verfassungsgericht zitierte vor allem seinen früheren Standpunkt, wonach es Verfassungsgerichte möglichst vermeiden, für sich selbst die Befugnis zu einer Verfassungsprüfung zu schaffen und selbst den Maßstab zu bestimmen, den sie bei der Überprüfung von Verfassungsänderungen und bei der Verabschiedung einer neuen Verfassung anwenden. Es wurde erneut betont, dass andere Verfassungsgerichte nur im Fall von ausdrücklichen Verfassungsbestimmungen oder in Ausnahmefällen (bei einem Verstoß gegen die Grundsätze in völkerrechtlichen Verträgen oder gegen *ius cogens*) die Möglichkeit der Überprüfung der Verfassung (einer Verfassungsänderung) sehen. Eine der wichtigsten Begründungen gegen die Zuständigkeit des Verfassungsgerichts für die Überprüfung der Verfassung und von Verfassungsänderungen war nach wie vor, dass das Verfassungsgericht die Verfassung, die es schützen und die es bei der Verfassungsprüfung von Rechtsnormen als Maßstab verwenden soll, weder schaffen noch verändern darf.

2/ Nach Ansicht des Verfassungsgerichts beantragte der Beauftragte für die Grundrechte nicht in einer verfahrensrechtlichen, sondern in einer inhaltlichen Problematik die Stellungnahme des Gerichts: „[...] in dem Antrag geht es in Wirklichkeit darum, dass das Verfassungsgericht die Änderungen inhaltlich mit anderen Bestimmungen des Grundgesetzes und mit den daraus abgeleiteten, in früheren verfassungsgerichtlichen Entscheidungen dargelegten Argumenten und Erfordernissen vergleichen soll. Die Zuständigkeiten des Verfassungsgerichts erstrecken sich aber nicht so weit: Die Überprüfung der geänderten Bestimmungen des Grundgesetzes wäre nämlich – anders als der Antragsteller behauptet – notwendigerweise inhaltlicher Natur, noch dazu auf der Grundlage der früheren Verfassung und auf der darauf fußenden verfassungsgerichtlichen Praxis.“²⁹ Im Hinblick darauf wies das Verfassungsgericht den Antrag des Beauftragten für die Grundrechte zurück.

28 Der Antragsteller hielt die Verletzung der Einheit des Grundgesetzes in den Fällen für offensichtlich, dass die vierte Grundgesetzänderung Verfassungsgerichtsentscheidungen, die auf einer anderen Verfassungsbestimmung beziehungsweise einer wortgleichen Bestimmung der alten Verfassung beruhen, widerspricht (die sog. „Überverfassunggebung“).

29 Verfassungsgerichtsentscheidung 12/2013. (V. 24.) AB vom 24.5.2013, ABH 2013, S. 400.

Das Verfassungsgericht hob jedoch hervor, dass es als das oberste Organ für den Schutz des Grundgesetzes im Zuge der Ausübung seiner Zuständigkeiten das Grundgesetz auch weiterhin als kohärentes System auslegt und anwendet und sämtliche für die Beurteilung eines gegebenen Falls relevanten Aspekte des Grundgesetzes berücksichtigt und abwägt. Bei der Entscheidung der gegebenen Verfassungsfrage werde es weiterhin die Pflichten Ungarns aus völkerrechtlichen Verträgen und der EU-Mitgliedschaft sowie die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts und die darin zum Ausdruck kommenden Grundprinzipien und -werte berücksichtigen. Alle diese Regeln – betonte das Verfassungsgericht – bildeten ein einheitliches System (Wertordnung), das weder bei der Verfassungsgebung noch bei der Rechtsetzung oder bei der Durchführung verfassungsgerichtlicher Prüfungen außer Acht gelassen werden dürfe.³⁰

4.3. Die Eckpunkte des Sondervotums

1/ In meinem Sondervotum bemängelte ich vor allem, dass die Mehrheitsentscheidung ihr Verhältnis zu der Verfassungsentscheidung 61/2011. (VII. 16.) AB vom 13.7.2011 nicht geklärt hatte, weshalb die – aus der Sicht unseres Falls wohl sehr wichtige – Feststellung in jener Entscheidung in Vergessenheit geriet. Dies möchte ich jetzt nicht wieder wortwörtlich zitieren, sondern ich gebe nur ihre Inhalte wieder.

- a) Die Feststellung ging verloren, dass die reihenweisen Änderungen der Verfassung zu rein tagespolitischen Zwecken aus der Sicht ihrer widerspruchsfreien Einpassung in das Verfassungsrechtssystem außerordentlich besorgniserregend sind.³¹
- b) Die Verringerung des Verfassungsschutzniveaus widerspricht den Anforderungen des verfassungsmäßigen Rechtsstaates.³²
- c) Wenn die Einschränkung der Zuständigkeiten des Verfassungsgerichts einen Punkt überschreitet, kippt das System der Gewaltenteilung, das auf checks und balances beruht, zugunsten der verfassungsgebenden, der gesetzgebenden oder aber auch der gubernativen-exekutiven Gewalt.³³
- d) Die Übermacht, die sich bei irgendeiner Organisation des Machtsystems konzentriert, und die Umgestaltung des demokratischen Systems von checks and balances sei es zu der verfassungsgebenden Gewalt, sei es zu den Regierungs- oder Rechtsprechungsorganen führt zu einer schweren Schädigung des demokratischen Rechtsstaates.³⁴

Der Mehrheitsbeschluss ließ auch die Verfassungsgerichtsentscheidung 45/2012. (XII. 29.) AB vom 29. Dezember 2012 außer Acht, die ebenfalls zahlreiche neue Standpunkte entwickelte.

30 Verfassungsgerichtsentscheidung 12/2013. (V. 24.) AB vom 24.5.2013, ABH 2013, S. 400.

31 ABH 2011, S. 290, 318.

32 ABH 2011, S. 290, 322.

33 ABH 2011, S. 290, 323.

34 ABH 2011, S. 290, 323.

Einige Beispiele:

- a) Es ist ein rechtsstaatliches Erfordernis, dass der Umfang und der Inhalt der geltenden Verfassung jederzeit eindeutig bestimmt werden können, und das einzuhalten ist auch die verfassungsgebende Gewalt verpflichtet.
- b) Die verfassungsgebende Gewalt kann ausschließlich in den Regelungsbereich des Grundgesetzes gehörende Gegenstände von verfassungsrechtlicher Bedeutung im Grundgesetz regeln. Die Bestimmungen, die zu einem Teil der Verfassung werden, müssen sich kohärent in die redaktionelle Ordnung des Grundgesetzes einpassen. Die Änderungen des Grundgesetzes dürfen also zu keinen unauflösbaren Widersprüchen im Grundgesetz führen.
- c) Gegebenenfalls kann das Verfassungsgericht die ungebrochene Geltung der inhaltlichen Verfassungsanforderungen des demokratischen Rechtsstaats, seiner Garantien und Werte sowie ihre Integrierung in die Verfassung überprüfen.

Die oben zitierten Gesichtspunkte („Maßstäbe“) tauchen in der Mehrheitsentscheidung nicht auf, denn diese berücksichtigte ausschließlich die engsten formellen Aspekte.

2/ Der Antrag richtete sich vor allem auf die verfassungsgerichtliche Überprüfung des Art. 24 Abs. 5 Grundgesetz, den das vierte Grundgesetz-Änderungsgesetz in die Verfassung eingefügt hatte. Diese Vorschrift lautete: „(d)as Verfassungsgericht kann das Grundgesetz und eine Änderung des Grundgesetzes nur im Hinblick auf die in dem Grundgesetz niedergelegten Verfahrensanforderungen in Bezug auf deren Erlass und Verkündung überprüfen“. Diese Bestimmung macht nämlich – auch meiner Ansicht nach – die Umsetzung der oben erwähnten Erwartungen, Anforderungen und Maßstäbe unmöglich, da sie bei einer eventuellen Verfassungsänderung das endgültige Auslegungsmonopol des Verfassungsgerichts nur bezüglich der Verfahrenserfordernisse gewährleistet. Wenn aber dem Verfassungsgericht die Durchsetzung der inhaltlichen Anforderungen – egal ob es um staatsorganisatorische oder um menschenrechtliche Fragen geht –, die sich in der bisherigen Normsetzung und Verfassungsinterpretation herausgebildet haben, verschlossen wird, kann es seine im Grundgesetz festgelegte Aufgabe nicht erfüllen, weil es nicht verhindern kann, dass einander widersprechende Bestimmungen in den Text des Grundgesetzes gelangen. Da Art. 24 Abs. 5 des Grundgesetzes die verfassungsgerichtliche Aufgabenerfüllung (und so die Durchsetzung der erwähnten Maßstäbe) ausschließt, hätte das Verfassungsgericht wegen des engen Zusammenhangs auch diese Bestimmung aufheben müssen.

Ich betonte nachdrücklich: Solange das Grundgesetz mit seinem Grundsatz der Gewaltenteilung das Verfassungsgericht zum obersten Organ des Schutzes der Verfassung erklärt (Art. 24 Abs. 1), kann eben im Interesse des Schutzes des Grundgesetzes das Grundgesetz nicht so geändert werden, dass dieser Grundsatz durchbrochen wird. Natürlich können die Gewaltenteilungsklausel des Grundgesetzes und auch Art. 24 Abs. 1 geändert werden (und damit das letztgültige Grundgesetzauslegungsmonopol des Verfassungsgerichts aufgehoben werden). Das käme aber der Aufhebung der modernen ungarischen Verfassungsgerichtsbarkeit gleich, und das Verfassungsgericht wäre bloß noch ein Ornament im Grundgesetz. Ich

kann es nicht verschweigen: Mit der vierten Grundgesetzänderung sind wir diesem Zustand schon sehr nahe gekommen. (All das bedeutet aber nicht, dass den Erfordernissen der modernen Verfassungsmäßigkeit nur eine Verfassungsgerichtsbarkeit entsprechen würde, die nur über diese Merkmale verfügt: In zahlreichen Rechtsordnungen, in denen Verfassungswerte und -kultur viel mehr respektiert werden als in Ungarn und in denen die Organe der Verfassungsrechtsprechung andere Rollen haben, tauchen die von der vierten Grundgesetzänderung ausgelösten Probleme gar nicht erst auf, da es unvorstellbar ist, dass die verfassungsändernde Gewalt solche schafft.)

3/ Den schwersten Fehler der heutigen öffentlich-rechtlichen Praxis in Ungarn sah ich (und sehe auch heute noch) darin, dass die Zweidrittelmehrheit des Parlaments sich dazu befugt fühlt, die aus der Gewaltenteilung – als dem entscheidend wichtigen Staatsorganisationsprinzip des demokratischen Rechtsstaates – fließenden Erfordernisse beiseite zu schieben und so den seinerzeit aus der Verfassung gestrichenen Status des Parlaments als „oberstes Organ der Staatsgewalt“ (das heißt: „Alleinherrscher“) wiederherzustellen, wodurch es im Grunde das System der checks and balances aufbrechen kann. Deshalb bleibt auch Art. C) Abs. 1 Grundgesetz, wonach der ungarische Staat auf dem Grundsatz der Gewaltenteilung tätig ist, bloßes Papier, nur ein geschriebener Text, denn die Tätigkeit der Verfassungsorgane entspricht nur dem Schein nach einem funktionierenden System von checks and balances. Meiner Ansicht nach hat die Mehrheitsbegründung des Beschlusses tatsächlich die allein maßgebliche Rolle des (zu Grundgesetzänderungen befugten) Parlaments anerkannt und damit praktisch auch das Prinzip des letztendlichen Grundgesetzauslegungsmonopols des Verfassungsgerichts aufgegeben.

4/ Ich glaube, dass der von mir mit einem Sondervotum versehene Mehrheitsbeschluss in der Zukunft nicht ohne Folgen bleiben wird. Ich bin davon überzeugt, dass all das bei einer modernen und europäischen rechtsstaatlichen Anforderungen genügenden Auslegung des Grundgesetzes als Ganzes und besonders der Gewaltenteilung in Art. C) Abs. 1 sehr ernste, verfassungsrechtliche Probleme verursachen wird. Demzufolge wird das Verfassungsgericht erklären müssen, ob die Beschränkung der Zuständigkeiten des Verfassungsgerichts (auf reine „Verfahrensanforderungen“ bei der Überprüfung verfassungsändernder Gesetze) das auf dem Prinzip von checks and balances beruhende System der Gewaltenteilung nicht umstürzt. Es wird auch darauf eine Antwort geben müssen, warum es nicht zu einer Verletzung des bisherigen Schutzniveaus der rechtsstaatlichen Erfordernisse und verfassungsmäßigen Grundrechte führt, wenn die verfassungsändernde Gewalt einen durch das Verfassungsgericht zuvor aus inhaltlichen Gründen aufgehobenen Gesetzestext in das Grundgesetz überführt. Auch die Frage muss beantwortet werden, ob die „Übergewalt“ der verfassungsändernden Gewalt nicht die Eigenschaft des Parlaments als „oberstes Organ der Staatsgewalt“ wieder in das Grundgesetz zurückgeführt hat. (Die doch aus guten Gründen daraus gestrichen worden ist.)

Es war meine Überzeugung, dass das Verfassungsgericht, wenn es die angefochtenen Bestimmungen für verfassungswidrig erklärt und aufgehoben hätte, wenigstens hätte verhindern können, dass das Parlament in der Zukunft das Grundgesetz

so ändert, dass dadurch das geschlossene, von inneren Widersprüchen freie System durchbrochen wird. Durch seinen Mehrheitsbeschluss hat es jetzt eine Schleuse geöffnet, durch die tagespolitische Erwartungen befriedigende Grundgesetzänderungen ohne wirksame verfassungsgerichtliche Kontrolle zu einem Teil des Grundgesetzes werden können. Zwei von diesen kann ich schon jetzt zitieren: „Der Aufenthalt im öffentlichen Raum als Lebensmittelpunkt ist verboten.“³⁵ und „Die Mutter ist eine Frau, der Vater ein Mann.“³⁶

5. Schlusswort

Sehr geehrter Herr Professor! Lieber Gilbert!

Ich kann mich noch gut an Deinen Vortrag in Pécs erinnern, als Du die Störungen des Rechtsstaates diskutiert hast. Schon damals habe ich – natürlich nur in meinen Gedanken – festgestellt, wie schön es wäre, wenn es bei uns auch nur so viele „Störungen“ geben würde, die Du in Deinen deutschen Erfahrungen gesammelt hast. Vor mehr als 30 Jahren habe ich eineinhalb Jahre lang an der Marburger Philipps-Universität als Forscher gearbeitet, und ich habe mit offenen Augen auch die Straßen der Stadt beobachtet. Heute kann ich leider mit Sicherheit sagen, dass zahlreiche „Lösungen für den Rechtsstaat“, die ich damals bei Euch gesehen und gehört habe, bei uns vielleicht noch nicht einmal nach Ablauf der nächsten 30 Jahre eingeführt werden können. Ich wurde in dieser Meinung nur bestärkt, als ich am Ende meiner obigen Meditation angekommen bin.

Möge Gott Dir ein langes Leben schenken!

Literaturverzeichnis

András, Sajó., Önvédő jogállam, in: Fundmentum 2002/3–4, S. 55–68.

35 Art. XXI. Abs. 3 Grundgesetz.

36 Art. L) Grundgesetz.

Staatliches Handeln, Daseinsvorsorge und Kartellrecht Zugleich eine Bestandsaufnahme des Verhältnisses des Regulierungsrechts zum Wirtschaftsprivatrecht in den Jahren 2020/21

Michael Kling

Abstract Deutsch

Der vorliegende Beitrag behandelt das schwierige Verhältnis zwischen dem Öffentlichen Recht und dem Unternehmensrecht, namentlich dem Kartellrecht. Normadressaten des Kartellrechts sind Unternehmen. Der Unternehmensbegriff des Kartellrechts wird allerdings funktional und weit ausgelegt. Daher werden das staatliche Angebot und die staatliche Nachfrage nach Gütern und Leistungen hiervon grundsätzlich erfasst. Dies führt zu erheblichen Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zu dem originär hoheitlichen Bereich, der dem Öffentlichen Recht unterliegt, und von öffentlich-rechtlichen Sondermaterien wie dem Regulierungsrecht. Die Problematik wird durch den Vorrang des Europäischen Rechts gegenüber dem nationalen Recht zusätzlich verschärft. Der Verfasser untersucht die neuere Rechtsprechung zu diesen Fragen und führt sie einer Lösung zu.

Abstract English

This article deals with the difficult relationship between Public law and Corporate law, namely Competition law. The norm addressees of Competition law are undertakings. However, the term “undertaking” in Competition law is interpreted functionally and broadly. Therefore, the state’s supply of and the demand for goods and services are basically covered by it. This leads to considerable difficulties in the demarcation from the original sovereign area, which is subject to Public law, and from special Public law matters such as Regulatory law. The problem is further exacerbated by the primacy of European law over National law. The author examines recent case law on these issues and provides a solution.

1. Einführung

Bei vordergründiger Betrachtung dürfte das Thema des vorliegenden Beitrags, der meinem Freund und Kollegen *Gilbert Gornig* herzlich zugeeignet ist, kurz und knapp abzuhandeln sein: Das Öffentliche Recht regelt das Verhältnis zwischen dem Staat, also den Trägern der öffentlichen Gewalt, und den Privatrechtssubjekten. Unternehmensrecht ist demgegenüber das Sonderprivatrecht der Unternehmen. Dazu zählen alle Rechtsvorschriften, welche die Rechtsbeziehungen unter rechtlich (nicht zwingend auch wirtschaftlich) gleichgestellten unternehmerisch tätigen Rechtssubjekten regeln. Setzt man statt des Begriffs Unternehmensrecht den

Begriff Wirtschaftsrecht oder wie im Titel Wirtschaftsprivatrecht¹, stellt sich die Lage nicht anders dar, denn das Wirtschaftsrecht regelt die Rechtsbeziehungen der am Wirtschaftsleben Beteiligten, also der Unternehmen. Wo also gibt es mögliche Überschneidungen zwischen dem staatlichen Handeln und dem Handeln von Unternehmen, und worin bestehen mögliche Regelungskonflikte?

Eine erste Annäherung an das Thema könnte in der Weise stattfinden, dass man darauf abstellt, dass auch der Staat mitunter Beteiligungen an Unternehmen hält und deshalb in diesen Fällen rechtlich wie ein privater Unternehmer zu behandeln sei. Dies könnte beispielsweise für die zahlreichen Fallgestaltungen der Daseinsvorsorge zutreffen, jene Fälle also, in denen die Versorgung des Bürgers mit elementaren Gütern wie Strom und Gas, Wasser, Verkehrsinfrastruktur bzw. die Entsorgung von Abfällen, Abwasser usw. in Rede steht. Nicht geklärt wäre damit aber, wieso ausgerechnet auch originär staatliches Handeln wie beispielsweise die Beschaffung von Waren und Dienstleistungen durch staatliche Rechtsträger oder etwa die staatliche Angebots- und Informationstätigkeit für das Unternehmensrecht Relevanz besitzen sollte.

Die Antwort auf diese Fragen liegt in dem funktionalen und weiten Ansatz und dem damit einhergehenden weiten Anwendungsbereich des europäischen und deutschen Kartellrechts, den man schlagwortartig als *funktionalen Unternehmensbegriff* bezeichnet. Die funktionale und weite Interpretation dieses kartellrechtlichen Zentralbegriffs macht es möglich, die staatliche Nachfrage- bzw. Angebotstätigkeit grundsätzlich als eine unternehmerische Tätigkeit im Sinne des Kartellrechts zu erfassen.

Zahlreiche weitere Abgrenzungsfragen sind die Folge: Muss nicht für hoheitliches Handeln eine Ausnahme gelten? Kann die Nachfragetätigkeit aus dem Anwendungsbereich herausgenommen werden, wenn es sich um Fälle handelt, in denen der Staat nur „für seine Bürger“ tätig wird oder wenn staatliche Einrichtungen mit rein sozialem Zweck eben diesem Zweck nachgehen? Kann es nicht auch Fälle geben, in denen die staatliche Angebotstätigkeit nicht als unternehmerisch bewertet wird, etwa weil sie primär der Information des Bürgers in zentralen Lebensbereichen wie etwa der öffentlichen Gesundheit dient? Worin bestehen im Übrigen die Folgen, wenn die staatliche Tätigkeit als wirtschaftliches Handeln qualifiziert wird? Gelten die Kartellverbote des Art. 101 AEUV und des § 1 GWB bzw. die Missbrauchsverbote des Art. 102 AEUV und der §§ 19 ff. GWB immer uneingeschränkt oder lässt sich ggf. aus Art. 106 Abs. 2 AEUV eine Rechtfertigung für die Herausnahme der konkreten Tätigkeit aus der Anwendung der genannten Kartellrechtsnormen gewinnen?

Sämtliche der hier gestellten Ausgangsfragen haben Rechtsprechung, Wissenschaft und Praxis über Jahrzehnte intensiv beschäftigt. Auch der Verfasser hat dazu einige Arbeiten vorgelegt.² Im Folgenden soll es nicht darum gehen, die gewon-

1 In Abgrenzung zum Begriff Wirtschaftsverwaltungsrecht.

2 M. Kling, Staatliches Handeln, Daseinsvorsorge und Kartellrecht, 2014; M. Kling/C. Dally, ZWeR 2014, S. 3 ff.; M. Kling, NZKart 2017, S. 611 ff.; M. Kling, NZBau 2018, 715 ff.; M. Kling, Kartellrechtliche Aspekte der Koordination des Marktverhal-

nenen Erkenntnisse lediglich zu wiederholen oder die eigenen Thesen nochmals zu begründen; lediglich die Prämissen werden eingangs offengelegt. Vielmehr soll die neueste Rechtsprechung, die sich mit einigen bemerkenswerten Fällen zu beschäftigen hatte, zum eigentlichen Ausgangspunkt der folgenden Überlegungen und zum Prüfstein der früher aufgestellten Thesen gemacht werden.

2. Acht Prämissen zur Anwendung des Kartellrechts auf staatliche und quasistaatliche Akteure im öffentlichen Sektor

Im Folgenden benenne ich zunächst acht zentrale Prämissen, die sich aus meinen früheren Analysen zum Thema ergeben haben. Dies erleichtert die Einordnung der neueren Fälle, die sodann im Anschluss erfolgt.

- (1) Staatliche Einheiten sind nicht schon deshalb von der Anwendung des Kartellrechts ausgenommen, weil sie öffentliche Aufgaben erfüllen oder Tätigkeiten im Bereich der Daseinsvorsorge entfalten. Das folgt aus dem funktionalen Unternehmensbegriff des Kartellrechts. An dem universalen Geltungsanspruch des Kartellrechts ist grundsätzlich festzuhalten. Das gilt gleichermaßen auf europäischer wie nationaler Ebene.
- (2) Damit korrespondiert zunächst ein enges Verständnis der (rein) hoheitlichen Tätigkeiten. Der Begriff der „öffentlichen Gewalt“ in Artt. 45 Abs. 4 und 51 AEUV erfasst bei unionsrechtlich-autonomer Auslegung nur wesentliche Staatsaufgaben. Das wirtschaftsbezogene Handeln staatlicher Einrichtungen ist aber zu vielfältig, als dass man es insgesamt unter diesen eng auszulegenden Begriff subsumieren könnte.
- (3) Ein kartellrechtlicher Privatisierungszwang besteht nicht. Die Delegation bestimmter hoheitlicher Tätigkeiten auf Private ändert nichts an der Zuordnung der jeweiligen Tätigkeit zur staatlichen Sphäre. Auch der Umstand, dass für eine solche Tätigkeit ein Entgelt zu entrichten ist, schließt den hoheitlichen, nichtwirtschaftlichen Charakter der Tätigkeit nicht von vornherein aus.³ Trägt die handelnde Einheit aber auch ein eigenes wirtschaftliches Risiko, handelt sie unternehmerisch.⁴

tens öffentlicher Auftraggeber, in: Schriftenreihe des forum vergabe e.V., Jahrbuch 2019, Bd. 66, 2020, S. 141 ff.; M. Kling, Festschrift für Wiedemann zum 70. Geburtstag, 2020, S. 948 ff.

- 3 EuGH, Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-138/11, ECLI:EU:C:2012:449 Rn. 39 – Compass-Datenbank: „Darüber hinaus reicht der Umstand, dass die öffentliche Einheit ein Erzeugnis oder eine Dienstleistung, die mit der Ausübung ihrer hoheitlichen Befugnisse in Zusammenhang stehen, gegen ein gesetzlich vorgesehenes und nicht unmittelbar oder mittelbar von ihr bestimmtes Entgelt liefert bzw. erbringt, für sich genommen nicht aus, um die ausgeübte Tätigkeit als wirtschaftliche Tätigkeit und die Einheit, die sie ausübt, als Unternehmen einzustufen (...).“, st. Rspr.; ebenso H. Schweitzer/E.-J. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 106 Abs. 1 AEUV Rn. 16.
- 4 EuGH, Urt. v. 12.12.2013 – Rs. C-327/12, ECLI:EU:C:2013:827 Rn. 29 – Soa Nazionale Costruttori: „Die Tätigkeit der SOA ist eine wirtschaftliche Tätigkeit. Diese ertei-

- (4) Die staatliche Nachfrage wird vom EuGH⁵ als nicht unternehmerische Tätigkeit qualifiziert, wenn der spätere Verwendungszweck der nachgefragten Güter oder Dienstleistungen einem nichtwirtschaftlichen Zweck zukommen soll. Diese Ansicht begründet der Gerichtshof damit, dass der Kauf eines Erzeugnisses bzw. die Nachfrage nach einer Dienstleistung von dem späteren Verwendungszweck nicht getrennt werden könne, so dass der wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Charakter der späteren Verwendung zwangsläufig den Charakter der Nachfragetätigkeit bestimme. Dieser sog. Akzessorietätsgrundsatz wird vom EuGH nicht auf soziale Tätigkeiten beschränkt, sondern gilt für die staatliche Nachfrage insgesamt. Er hat zudem Relevanz für die „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ (DAWI) im Sinne des Art. 14 AEUV, die schlagwortartig mit dem von *Ernst Forsthoff* für das deutsche Verwaltungsrecht geprägten Begriff „Daseinsvorsorge“ umschrieben werden können.⁶

Die vorerwähnte Rechtsprechung des EuGH ist nach hier vertretener Auffassung als verfehlt abzulehnen, weil die Nachfrageaktivität staatlicher oder sozialer Einrichtungen ohne Weiteres von dem Verwendungszweck der Güter oder Dienstleistungen getrennt betrachtet werden kann.⁷ Diese Betrachtungsweise erscheint geradezu geboten, um die effektive Durchsetzung der europäischen Wettbewerbsregeln sicherzustellen. Die Gegenansicht des EuGH läuft dem Schutzzweck derselben diametral zuwider. Das Nachfrageverhalten der Marktgegenseite muss von Verzerrungen (scil. Missbrauch von Marktmacht bzw. Diskriminierungen, s. Art. 102 Satz 2 lit. c AEUV) freigehalten werden. Eine Rechtfertigung mit dem Argument, dass der Staat „für seine Bürger“ handle oder Ähnliches, wäre vor dem Hintergrund des genannten Schutzzwecks nicht tragfähig. Schlagworte wie „Solidarität“, „soziale Zwecksetzung“, „fehlende Gewinnerzielungsabsicht“, „Gemeinwohlorientierung der Tätigkeit“ usw. sind jedenfalls für die Frage der Anwendbarkeit des Unionskartellrechts auf den öffentlichen Sektor nicht entscheidend. Die deutsche Rechtsprechung⁸ wendet den funktionalen Unternehmensbegriff seit jeher konse-

len nämlich gegen Entgelt und ausschließlich auf der Grundlage der tatsächlichen Nachfrage des Marktes Zertifikate. Außerdem tragen sie die mit dieser Tätigkeit verbundenen finanziellen Risiken (...).“; ebenso F. J. Säcker/J. Steffens, in: *MüKo-WettbR*, Art. 101 AEUV Rn. 26.

- 5 EuGH, Urt. v. 11.7.2006 – Rs. C-205/03, Slg. 2006, I-6295 Rn. 26 – FENIN/Kommission; EuGH, Urt. v. 26.3.2009 – Rs. C-113/07, Slg. 2009, I-2207 Rn. 103 – SELEX.
- 6 H. Schweitzer/E.-J. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 106 Abs. 1 AEUV Rn. 76 definieren den Begriff „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ als „solche wirtschaftlichen Tätigkeiten (...), die von den Mitgliedstaaten im öffentlichen Interesse in Dienst genommen werden.“ Der Begriff ist weiter zu verstehen als der Dienstleistungsbegriff der Art. 56, 57 AEUV, da er die Herstellung und Verteilung anderer Güter umfasst (H. Schweitzer/E.-J. Mestmäcker, ebd.).
- 7 Ebenso H. Schweitzer/E.-J. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 106 Abs. 1 AEUV Rn. 156; F. J. Säcker/J. Steffens, in: *MüKo-WettbR*, Art. 101 AEUV Rn. 45.
- 8 BGH v. 12.11.2002 – KZR 11/01, WRP 2003, 765 (768 f.) – Feuerlöschzüge; BGHZ 36, 91 = NJW 1962, 196 – Gummistrümpfe.

quent auf die staatliche Nachfragetätigkeit an, und die überwiegende Zahl der Vertreter der Literatur⁹ folgt ihr darin.

Daraus folgt für die oben genannten Bereiche, dass das Kartellrecht regelmäßig einschlägig ist. Nach der hier vertretenen Konzeption ist typischerweise nicht die Unternehmenseigenschaft der handelnden Einheit problematisch, sondern die nachgelagerte Frage, ob die Anwendung der Wettbewerbsregeln die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe i.S. des Art. 106 Abs. 2 AEUV unmöglich machen würde. Die Unternehmenseigenschaft ist zumindest in den Fällen gegeben, in denen die handelnde Einheit in Bezug auf das „Wie“ der Leistungserbringung weitgehend „freie Hand“ hat, wo sie also selbständig agiert (und zwar sowohl in Bezug auf die Festsetzung der Gegenleistung als auch bezüglich der Festlegung von Vertragsinhalten durch AGB). Allgemein gilt: Je größer die Selbständigkeit der betreffenden Einheit ist, je größer also ihre Handlungsspielräume sind, desto geringer ist der Zusammenhang mit der Ausübung von hoheitlichen Vorrechten und desto eher ist die Trennbarkeit von der hoheitlichen Aufgabenerfüllung zu bejahen.

- (5) Für das Bestehen von (Angebots-)Wettbewerb kommt es nicht darauf an, ob das Recht der Mitgliedstaaten den Marktzutritt privater Akteure ausdrücklich erlaubt. Vielmehr ist entscheidend, ob die Tätigkeit der jeweiligen staatlichen Einrichtung unter Marktbedingungen betrieben wird. Es genügt, wenn sie zumindest potentiell für Private wirtschaftlich interessant ist und von diesen rentabel ausgeübt werden kann (sog. hypothetischer Wettbewerbstest).¹⁰
- (6) Wenn Wettbewerb zwischen quasi-staatlichen Einheiten untereinander oder zwischen diesen und privaten Einheiten stattfindet, gilt das Kartellrecht, weil insoweit (relative) Unternehmen im Sinne des Kartellrechts handeln. Etwaige Besonderheiten der Aufgabenerfüllung müssen auf nachgelagerter Ebene Berücksichtigung finden. Der Rechtfertigungsgrund des Art. 106 Abs. 2 AEUV bildet insofern ein sachgerechtes und gerichtlich überprüfbares Korrektiv zum Schutz von legitimen öffentlichen Interessen (vgl. Prämisse 8).¹¹
- (7) Nationale bzw. EU-sekundärrechtliche Regulierungsvorschriften im Bereich der Daseinsvorsorge (z.B. Energieversorgung, Verkehrsnetze) schließen die Anwendbarkeit des Art. 102 AEUV nicht aus. Unfaire Netznutzungsentgelte u.Ä.

9 W. Möschel, NZKart 2014, 42 (45); ders., FAZ Nr. 39 v. 15.2.2007, S. 12; W.-H. Roth, Festschrift für Bechtold, 2006, S. 393 (396); C. Weiß, Der Unternehmensbegriff im europäischen und deutschen Kartellrecht, 2012, S. 161 f.; grundlegend F. Rittner, DB 1957, 1091 ff., 1118 ff.; s. weiter D. Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 13; F. J. Säcker/J. Steffens, in: MüKo-WettbR, Art. 101 AEUV Rn. 45 a.E.: „Eine reine Beschaffungstätigkeit fällt auch dann als wirtschaftliche Tätigkeit unter den Unternehmensbegriff, wenn das beschaffende Unternehmen nicht weiterverkauft.“; H. Schweitzer/E.-J. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 106 Abs. 1 AEUV Rn. 33: „Diese Rspr. steht im Widerspruch zur wettbewerbsrechtlichen Praxis in zahlreichen Mitgliedstaaten.“

10 H. Schweitzer/E.-J. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 106 Abs. 1 AEUV Rn. 9 f.

11 H. Schweitzer/E.-J. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 106 Abs. 1 AEUV Rn. 19: Den Mitgliedstaaten ist „kein unüberprüfbares Zuständigkeitsreservat für den öffentlichen Sektor verblieben“.

können daher am Maßstab des Missbrauchsverbots des Unionskartellrechts gemessen werden, soweit die Voraussetzungen der Zwischenstaatlichkeitsklausel gegeben sind.

- (8) Art. 106 Abs. 2 AEUV bildet die Schnittstelle zwischen dem Unionsziel der Gewährleistung eines unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt (s. das Protokoll Nr. 27 zum EUV und AEUV) und den Souveränitätsinteressen der Mitgliedstaaten.¹² Letzteren kommt in den betroffenen Sektoren ein unionsrechtlich kontrollierter, begrenzter Gestaltungsspielraum zu,¹³ innerhalb dessen sie Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse definieren und organisieren können. Daraus folgt, dass sie im Bereich der DAWI (Art. 14 AEUV) bzw. der „Daseinsvorsorge“ voneinander abweichende politische Konzepte verfolgen können, so wie es den jeweiligen Rechtstatsachen und -kulturen in den Mitgliedstaaten entspricht. Vor dem Hintergrund, dass sie die Funktionsgarantie für die DAWI trifft, ist das konsequent. Die Rechtfertigung der Nichtanwendung der Vertragsvorschriften unterliegt allerdings einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung.¹⁴ Art. 106 Abs. 2 AEUV statuiert somit keine Bereichsausnahme für bestimmte Sektoren.¹⁵

3. Neuere Entwicklungen – eine Bestandsaufnahme der Rechtsprechung zum Kartellrecht in den Jahren 2020 und 2021

3.1. Die Ausnahme für rein hoheitliches Handeln

Die europäischen Grundfreiheiten und die Regelungen des europäischen und deutschen Kartellrechts setzen ein wirtschaftliches Handeln der Betroffenen voraus. Für die Anwendung des Kartellrechts ist eine Angebots- oder Nachfragetätigkeit am Markt erforderlich.¹⁶ Zwischen der Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV und den Wettbewerbsregeln der Artt. 101, 102 AEUV gibt es eine gewisse strukturelle Parallelität im Hinblick auf die Einordnung als „wirtschaftliche Tätigkeit“, die im Übrigen auch in der Rechtsprechung des EuGH identifiziert werden kann.¹⁷

12 H. Schweitzer/E.-J. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 106 Abs. 2 AEUV Rn. 18.

13 H. Schweitzer/E.-J. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 106 Abs. 2 AEUV Rn. 84: Kontrolle auf „offensichtliche Fehler“.

14 H. Schweitzer/E.-J. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 106 Abs. 2 AEUV Rn. 92, 95 ff.; Gundel, in: MüKo-WettbR, Art. 106 Rn. 93 ff.

15 Zutreffend J. Gundel, in: MüKo-WettbR, Art. 106 Rn. 93.

16 H. Schweitzer/E.-J. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 106 Abs. 1 AEUV Rn. 7 mit Rechtsprechungsnachweisen.

17 Als Beispiel diene die Rechtsprechung des EuGH zum Profisport, wo häufig neben Art. 56 AEUV auch die Art. 101, 102 AEUV geprüft werden, s. statt aller EuGH, Urt. v. 18.7.2006 – Rs. C-519/04 P, ECLI:EU:C:2006:492 = Slg. 2006, I-6991 – Meca-Medina und Majcen.

Angesichts der funktionalen und weiten Auslegung der Anwendungsbereiche der genannten Normen ist zu fragen, welche Tätigkeiten überhaupt noch als nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten qualifiziert werden können, die dazu führen, dass weder die Grundfreiheiten noch das Unionskartellrecht einschlägig sind. Schlagwortartig ist das der Fall bei der Erfüllung sog. „wesentlichen Staatsaufgaben“, d.h. in jenen Bereichen, in denen der Staat in seiner Funktion als Hoheitsträger tätig wird. Gemäß den grundsätzlichen Aussagen des Generalanwalts *Henri Mayras* in dessen Schlussanträgen zur Rechtssache *Reyners* sind diese Bereiche so charakterisiert: „Die öffentliche Gewalt entspringt der staatlichen Herrschaftsmacht, dem staatlichen Imperium. Sie beinhaltet für denjenigen, der sie ausübt, die Möglichkeit, dem Bürger gegenüber von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien und Zwangsbefugnissen Gebrauch zu machen.“¹⁸

Die begriffliche Einordnung vollzieht sich dabei einheitlich nach autonomen unionsrechtlichen Kriterien, wobei den Mitgliedstaaten gewisse Handlungsspielräume bei der Ausgestaltung verbleiben.¹⁹ Nach der Rechtsprechung des EuGH liegt hoheitliches Handeln vor, wenn Tätigkeiten betroffen sind, mit denen staatliche Allgemeininteressen durch die Ausübung hoheitlicher Befugnisse verfolgt werden.²⁰ Solche Tätigkeitsbereiche sind typischerweise dem Staat exklusiv vorbehalten. Es handelt sich konkret um jene Tätigkeiten, die üblicherweise hoheitlicher Natur sind und innerhalb der Mitgliedsstaaten zu den wesentlichen Staatsaufgaben gehören.²¹ Das Gleiche soll für Tätigkeiten gelten, die aufgrund ihrer Eigenart nur durch staatliche Stellen und nicht durch private Unternehmen ausgeübt werden können,²² wie die Ausübung hoheitlicher Gewalt aufgrund gesetzlicher Eingriffsbefugnisse.²³

18 Generalanwalt H. Mayras, Schlussanträge v. 21.6.1974 – Rs. 2/74, Slg. 1974, 631, 665 – Jean Reyners/Belgischer Staat; s. ferner K. W. Lange, WuW 2002, 953 (958): „Eine solche hoheitliche Tätigkeit liegt demnach insbesondere dann vor, wenn hoheitliche Gewalt oder staatliche Vorrechte ausgeübt werden oder zumindest ein enger Bezug zwischen der Tätigkeit und der hoheitlichen Gewalt besteht.“

19 Generalanwalt H. Mayras, Schlussanträge v. 21.6.1974 – Rs. 2/74, Slg. 1974, 631, 665 – Jean Reyners/Belgischer Staat; s. auch H. Schweitzer/E.-J. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 106 Abs. 1 AEUV Rn. 2, 13.

20 EuGH, Urt. v. 18.6.1998 – Rs. C-35/96, Slg. 1998, I-3851 Rn. 41 ff. – Kommission/Italien; EuGH, Urt. v. 18.3.1997 – Rs. C-343/95, Slg. 1997, I-1547, Rn. 22 f. – Diego Cali & Figli/SEPG; s. auch W.-H. Roth/Th. Ackermann, in: Frankfurter Kommentar z. Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 91 (Januar 2009); P. Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 101 AEUV Rn. 70 f.; H. Schweitzer/E.-J. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art 106 Abs. 1 AEUV Rn. 13.

21 EuGH, Urt. v. 4.5.1988 – Rs. C-30/87, Slg. 1988, 2479 Rn. 18 – Bodson/Pompes; EuGH, Urt. v. 18.3.1997 – Rs. C-343/95, Slg. 1997, I-1547, Rn. 22 f. – Diego Cali & Figli/SEPG; EuGH, Urt. v. 19.1.1994 – Rs. C-364/92, Slg. 1994, I-43 Rn. 30 – SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol; EuGH, Urt. v. 13.11.1975 – 26/75, Slg. 1975, 1367 Rn. 7 – General Motors/Kommission; R. Dohms, in: Wiedemann, Hdb. d. Kartellrechts, § 35 Rn. 20.

22 W. Weiß, in: Calliess/Ruffert, Art. 101 AEUV Rn. 32.

23 E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 33 Rn. 28.

Der EuGH beschränkt sich in seiner Rechtsprechung zum Kartellrecht zumeist auf die lapidare Feststellung, dass Tätigkeiten, die in Ausübung hoheitlicher Befugnisse erfolgen, keinen wirtschaftlichen Charakter haben, der die Anwendung der Wettbewerbsregeln des AEU-Vertrags rechtfertigen würde.²⁴ Bei der Anwendung der Grundfreiheiten rekurriert er typischerweise auf die geschriebenen Rechtfertigungsgründe in Art. 36, 45, 51, 52, 62 AEUV. Diese eng auszulegenden Ausnahmebestimmungen, die nur einen Teilbereich hoheitlicher Tätigkeiten erfassen, bieten aber nicht viel mehr als einen „Ausgangspunkt“ für weitere Überlegungen.²⁵ Im EU-Vertrag und im AEU-Vertrag findet sich nämlich keine abschließende Auflistung hoheitlicher Tätigkeiten und Ausnahmereiche. Die Kommission hat in ihrer Mitteilung zu „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“ ausgeführt, „(...) dass auf Aufgaben, die per se dem Staat vorbehalten sind, wie die Wahrung der inneren und äußeren Sicherheit, die Justizverwaltung, die Pflege auswärtiger Beziehungen und andere hoheitliche Aufgaben, die Wettbewerbsregeln und Binnenmarktvorschriften keine Anwendung finden und somit auch Artikel 86 [jetzt: Art. 102 AEUV] und seine Bedingungen nicht greifen.“²⁶

Einen allgemein konsentierten Kanon an „typischen“ Staatsaufgaben gibt es zwar nicht. Beispielhaft können aber die sicherheitsrelevanten Bereiche eines Staates wie der Strafvollzug und die Wahrnehmung von Aufgaben der inneren und äußeren Sicherheit durch die Polizei und das Militär, die Pflege auswärtiger Beziehungen, die nationalen Bildungssysteme sowie die sozialen Sicherungssysteme der Mitgliedstaaten, genannt werden.²⁷ Weiter zählen dazu alle diejenigen Tätigkeiten der öffentlichen Verwaltung, die dazu dienen, übergeordnete und der Allgemeinheit zugutekommende politische Ziele zu verfolgen und mit der Verfolgung dieser Ziele untrennbar verbunden sind.²⁸ Eine abstrakte Umschreibung dessen, was hoheitliches Handeln ausmacht, lässt jedoch regelmäßig keinen präzisen Rück-

24 EuGH, Urt. v. 1.7.2008 – Rs. C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376 Rn. 24 – MOTOE: „Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs haben Tätigkeiten, die in Ausübung hoheitlicher Befugnisse erfolgen, keinen wirtschaftlichen Charakter, der die Anwendung der Wettbewerbsregeln des Vertrags rechtfertigen würde (...).“

25 H. Schweitzer/E.-J. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 106 Abs. 1 AEUV Rn. 14.

26 Kommission, Mitteilung „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“ v. 19.1.2001, ABl. EG 2001 Nr. C 17, S. 4 Rn. 28.

27 Vgl. EuG v. 12.12.2000 – Rs. T-128/98, Slg. 2000, II-3929 Rn. 112, 120 – Aéroports/Kommission; Kommission, Mitteilung „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“ v. 19.1.2001, ABl. EG 2001 Nr. C 17, S. 4, Rn. 28 ff.; R. Dohms, in: Wiedemann, Hdb. d. Kartellrechts, § 35 Rn. 21 ff., 29.

28 Generalanwalt G. Tesaro, Schlussanträge v. 10.11.1993 – Rs. C-364/92, Slg. 1994, I-43 Rn. 9 – Eurocontrol: „(...) Zu den Tätigkeiten und Funktionen, die hier von Bedeutung sind, gehören ohne Zweifel diejenigen, die die grundlegenden Aufgaben der Staatsgewalt in Bereichen wie der allgemeinen Verwaltung und der Finanzverwaltung, der Justiz, der Sicherheit oder der Landesverteidigung betreffen. Wenn sich dagegen Funktionen, die mit der Ausübung einer Tätigkeit als öffentliche Gewalt verbunden sind, von der Gesamtheit der von einer Stelle ausgeübten Tätigkeiten trennen lassen, bleiben die Wettbewerbsregeln des Vertrages auf diese Funktionen anwendbar.“; s. auch F. J. Säcker/J. Steffens, in: MüKo-WettbR, Art. 101 AEUV Rn. 42.

schluss auf die richtige Einordnung der untersuchten Tätigkeit im Einzelfall zu. Ein und dieselbe Organisation kann mehrere Tätigkeiten ausüben, von denen eine hoheitliche Natur hat, eine andere aber unternehmerischen Charakter hat. In diesem Fall spricht man im Kartellrecht von „relativen Unternehmen“.²⁹

Die bestehenden Restunsicherheiten bei der Identifizierung der Ausnahmebereiche sind daher erheblich. Dies ist zuletzt an einem Fall deutlich geworden, den der EuGH am 6. Mai 2021 entschieden hat.³⁰ Er betraf die Regulierung der Lebensmittelüberwachung in Italien; konkret ging es um Fragen der Akkreditierung von Laboren. Hintergrund war ein Rechtsstreit zwischen der Analisi G. Caracciolo Srl, einem Analyselabor, das als Konformitätsbewertungsstelle für Lebensmittelunternehmen in Italien tätig ist (im Folgenden: Labor Caracciolo), und der Regione Siciliana (Region Sizilien, Italien) über die Gültigkeit der diesem Labor von der Perry Johnson Laboratory Accreditation Inc. (im Folgenden: PJLA), einer Einrichtung mit Sitz in den USA, ausgestellten Akkreditierungsbestätigung. Nach italienischem Recht war eine einzige Akkreditierungsstelle, die Accredia – Ente Italiano di accreditamento (im Folgenden: Accredia) für die Akkreditierung der Labore zuständig. Dies entsprach zugleich den Vorgaben der Verordnung Nr. 765/2008 (sog. System der „einzigen Stelle“). Danach sollen die Mitgliedstaaten nicht mehr als eine nationale Akkreditierungsstelle unterhalten und zudem gewährleisten, dass diese Stelle durch ihre Organisationsweise objektiv und unparteilich arbeitet (Erwägungsgrund 15). Art. 6 der Verordnung Nr. 765/2008 sieht hinsichtlich der Akkreditierung vor, dass auf die Bewertungs- und die Akkreditierungsstellen das Wettbewerbsverbot Anwendung findet. Diese sind außerdem an die Einhaltung der in Art. 8 dieser Verordnung vorgesehenen Anforderungen gebunden, zu denen die Unabhängigkeit, die Objektivität, die Unparteilichkeit und die Freiheit von kommerziellen Einflüssen sowie das Nichtvorliegen eines Interessenkonflikts gehören.

Infolge eines im Jahr 2012 bei der Accredia gestellten Antrags war das Labor Caracciolo zunächst vorläufig zugelassen worden. Das weitere Akkreditierungsverfahren verlief allerdings erfolglos, sodass es im Jahr 2017 aus dem regionalen Verzeichnis der akkreditierten Labore der Region Sizilien wieder gestrichen wurde. Seit 2014 hatte das Labor Caracciolo auf der Grundlage einer von PJLA erteilten Akkreditierung in Italien die Tätigkeiten ausgeübt, die den Konformitätsbe-

29 Vgl. dazu sub specie der Abgrenzung zwischen hoheitlichem Handeln und dem Beihilfenrecht der Art. 107 ff. AEUV EuGH v. 10.1.2006 – Rs. C-222/04, ECLI:EU:C:2006:8 = Slg. 2006, I-289 Rn. 120 ff. – Cassa di Risparmio di Firenze, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato und Cassa di Risparmio di San Miniato; zum relativen Unternehmensbegriff des Unionskartellrechts s. F. J. Säcker/J. Steffens, in: MüKo-WettbR, Art. 101 AEUV Rn. 41 f.

30 EuGH, Urt. v. 6.5.2021 – Rs. C-142/20, ECLI:EU:C:2021:368 = NZKart 2021, 342 – Analisi G. Caracciolo/Regione Siciliana – Assessorato regionale della salute – Dipartimento regionale per la pianificazione, Regione Sicilia – Assessorato della salute – Dipartimento per le attività sanitarie e osservatorio, Accredia – Ente Italiano di Accreditamento, Azienda sanitaria provinciale di Palermo; s. dazu auch C. Wagner, NZKart 2021, 411 ff.

wertungsstellen im Rahmen des Verfahrens der Selbstkontrolle für die Lebensmittelunternehmen übertragen wurden.

Vorliegend war u.a. fraglich, ob die einschlägigen Regelungen in Kapitel II der Verordnung Nr. 765/2006 mit Art. 56 AEUV und Art. 102 AEUV insoweit vereinbar sind, als die Akkreditierungstätigkeit ausschließlich durch die einzige nationale Stelle im Sinne dieser Verordnung ausgeübt wird. Der EuGH bejaht beides:

In Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 56 AEUV beurteilt er die Akkreditierungstätigkeit als „unmittelbar und spezifisch im Sinne von Art. 51 AEUV mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden“.³¹ Hierfür genügte es, dass die Accredia als nationale Akkreditierungsstelle Akkreditierungen im Auftrag des Staates durchführt. Diese Einschätzung deckt sich mit der obigen Prämisse Nr. 3, wonach die Delegation einer hoheitlichen Aufgabe auf einen Dritten deren Charakter als hoheitliche Aufgabe unverändert lässt. Zusätzlich konnte der EuGH das Argument anführen, dass die Accredia als nationale Akkreditierungsstelle über eine Entscheidungsbefugnis sowie eine Kontroll- und Sanktionsbefugnis verfügte. Dies gehöre zu den Gesichtspunkten, die bei der Feststellung, ob eine Tätigkeit mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse zusammenhängt, zu berücksichtigen sind.³²

In Bezug auf das Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV ist fraglich, ob die nationalen Akkreditierungsstellen als „Unternehmen“ im Sinne dieser Vorschrift eingestuft werden können. Auch diese Frage verneint der EuGH wegen des hoheitlichen Charakters der Akkreditierungstätigkeit. Hoheitliche Tätigkeiten hätten keinen wirtschaftlichen Charakter, sodass die Anwendung der Wettbewerbsregeln des AEU-Vertrags nicht gerechtfertigt sei.³³ Diese grundsätzliche Aussage unterliegt keinen Zweifeln. Wenn der EuGH im Folgenden auf das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht rekurriert,³⁴ ist dies allerdings ein zweischneidiges Schwert, denn unstreitig ist die Gewinnerzielungsabsicht *kein* konstituierendes Merkmal des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs. Überzeugender ist der Rückgriff auf die einschlägigen Bestimmungen der Verordnung Nr. 765/2008, denen zu entnehmen ist,

31 EuGH, Urt. v. 6.5.2012 – Rs. C-142/20, ECLI:EU:C:2012:368 Rn. 52 = NZKart 2021, 342 – Analisi G. Caracciolo/Regione Siciliana u.a.; s. auch EuGH, Urt. v. 12.12.2013 – Rs. C-327/12, ECLI:EU:C:2013:827 Rn. 50 f. – SOA Nazionale Costruttori.

32 EuGH, Urt. v. 6.5.2012 – Rs. C-142/20, ECLI:EU:C:2012:368 Rn. 51 = NZKart 2021, 342 – Analisi G. Caracciolo/Regione Siciliana u.a.; s. auch EuGH, Urt. v. 7.5.2020 – Rs. C-641/18, ECLI:EU:C:2020:347 Rn. 45 ff. – Rina.

33 EuGH, Urt. v. 6.5.2012 – Rs. C-142/20, ECLI:EU:C:2012:368 Rn. 56 = NZKart 2021, 342 – Analisi G. Caracciolo/Regione Siciliana u.a.; EuGH, Urt. v. 1.7.2008 – Rs. C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376 Rn. 24 – MOTOE.

34 EuGH, Urt. v. 6.5.2012 – Rs. C-142/20, ECLI:EU:C:2012:368 Rn. 57 = NZKart 2021, 342 – Analisi G. Caracciolo/Regione Siciliana u.a. Die einschlägige Textpassage lautet: „Hinsichtlich der möglichen Auswirkung des Umstands, dass mit der Akkreditierungstätigkeit keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgt wird, auf die Einstufung der betreffenden Einrichtung als Unternehmen ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof ausgeführt hat, dass hierbei die Tatsache ausschlaggebend ist, dass das Angebot an Gütern oder Dienstleistungen mit dem von Wirtschaftsteilnehmern, die eine Gewinnerzielungsabsicht verfolgen, nicht konkurriert (...)“.

dass die nationale Akkreditierungsstelle eine von gewerblichen Tätigkeiten unabhängige hoheitliche Tätigkeit ausübt. Konkret bedeutet das, „dass sie nicht gewinnorientiert arbeitet und dass diese Akkreditierungstätigkeit den Grundsatz des Wettbewerbsverbots beachten muss“.³⁵ Unter diesen Umständen – dem Ausschluss von Wettbewerb unter den Akkreditierungsstellen – kann eine solche Stelle nach Ansicht des EuGH nicht als „Unternehmen“ im Sinne des Unionsrechts angesehen werden. Daher fällt sie nicht unter die Bestimmungen über das Verbot des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung.³⁶

Allerdings war im vorliegenden Fall weiter fraglich, ob die Verordnung Nr. 765/2008 mit dem ihr zugrundeliegenden Prinzip der „einzigen Stelle“ nicht insoweit eine Diskriminierung zwischen den nationalen Akkreditierungsstellen enthält, als sie es ausschließt, dass eine Konformitätsbewertungsstelle eine Akkreditierung bei einer anderen Akkreditierungsstelle als derjenigen beantragt, die von dem Mitgliedstaat, in dem sie niedergelassen ist, benannt wurde. Damit sind der Gleichheitsgrundsatz des Art. 20 und der Nichtdiskriminierungsgrundsatz des Art. 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union angesprochen. Der EuGH verneint indessen auch Gleichheitsverstöße in diesem Sinn. Die grundsätzliche Pflicht der Konformitätsbewertungsstellen, sich von dieser mit hoheitlichen Befugnissen ausgestatteten Stelle in dem Mitgliedstaat, in dem sie niedergelassen sind, akkreditieren zu lassen, sei nicht in Frage zu stellen.³⁷

Damit bleibt allenfalls die Frage im Raum, ob das Prinzip der „einzigen Stelle“ dadurch ausgehebelt werden kann, dass die Mitgliedstaaten der Europäischen Union im Wege der wechselseitigen Anerkennung den Kreis möglicher Akkreditierungsstellen auf solche mit Sitz außerhalb der Europäischen Union erweitern. In dem Streitgegenständlichen Fall hatte das Labor Caracciolo die Akkreditierung durch PJLA, einer Einrichtung mit Sitz in den USA, erreicht. Die Verordnung Nr. 765/2008 stellt in Erwägungsgrund 13 selbst die Vorzüge des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung heraus, bezieht dies aber ausschließlich auf die nationalen Akkreditierungsstellen der Mitgliedstaaten.³⁸ Diese Aussage ist nicht dahin

35 EuGH, Urt. v. 6.5.2012 – Rs. C-142/20, ECLI:EU:C:2021:368 Rn. 58 = NZKart 2021, 342 – Analisi G. Caracciolo/Regione Siciliana u.a.

36 EuGH, Urt. v. 6.5.2012 – Rs. C-142/20, ECLI:EU:C:2021:368 Rn. 58 = NZKart 2021, 342 – Analisi G. Caracciolo/Regione Siciliana u.a.

37 EuGH, Urt. v. 6.5.2012 – Rs. C-142/20, ECLI:EU:C:2021:368 Rn. 63 = NZKart 2021, 342 – Analisi G. Caracciolo/Regione Siciliana u.a.

38 Erwägungsgrund 13 der Verordnung Nr. 765/2008 hat folgenden Wortlaut: „Ein Akkreditierungssystem, das durch Verweis auf verbindliche Regelungen funktioniert, hilft, das gegenseitige Vertrauen der Mitgliedstaaten in die Kompetenz der Konformitätsbewertungsstellen und folglich auch in die von ihnen ausgestellten Bescheinigungen und Prüfberichte zu stärken. Dadurch stärkt es den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, weshalb die Bestimmungen dieser Verordnung über die Akkreditierung für Stellen gelten sollten, die Konformitätsbewertungen sowohl in reglementierten als auch in nicht reglementierten Bereichen durchführen. Worum es hier geht, ist die Qualität von Bescheinigungen und Prüfberichten, unabhängig davon, ob sie aus dem reglementierten oder dem nicht reglementierten Bereich stammen, weshalb kein Unterschied zwischen diesen Bereichen gemacht werden sollte.“

zu verstehen, dass andere – unterstellt gleichwertige – Akkreditierungsstellen innerhalb oder außerhalb der EU zugelassen werden sollen. Das wird besonders im 20. Erwägungsgrund deutlich, wo es heißt: „Um Mehrfachakkreditierungen zu vermeiden (...), sollten die Konformitätsbewertungsstellen die Akkreditierung bei der nationalen Akkreditierungsstelle desjenigen Mitgliedstaates beantragen, in dem sie niedergelassen sind.“

Der EuGH stellt in seiner Entscheidung zwar nicht in Abrede, dass „eine Akkreditierungsstelle eines Drittstaats über eine Qualifikation verfügen kann, die die Einhaltung der internationalen Normen für die Ausübung der Akkreditierungstätigkeit und für den Abschluss von Vereinbarungen über die gegenseitige Anerkennung im Rahmen internationaler Vereinigungen wie etwa hier der ILAC bestätigt“.³⁹ Er macht aber deutlich, dass die Unterzeichnung einer Vereinbarung über die gegenseitige Anerkennung nicht gewährleistet, dass die Akkreditierungsstelle die Anforderungen der Verordnung Nr. 765/2008 erfüllt. Denn selbst wenn die Unterzeichner der Anerkennungsvereinbarung nachweisen könnten, dass sie den internationalen ISO-Normen betreffend die Anforderungen an Akkreditierungsstellen für Konformitätsbewertungsstellen sowie zusätzlichen Anforderungen, insbesondere hinsichtlich der Erfahrung, genügen, ergäbe sich letztlich nichts anderes. Diese Anforderungen entsprächen nämlich nicht den in der Verordnung Nr. 765/2008 festgelegten Anforderungen. Diese Anforderungen beständen insbesondere darin, dass die nationalen Akkreditierungsstellen nach Art. 4 Abs. 5 der Verordnung eine hoheitliche Tätigkeit unter Erfüllung der in Art. 8 dieser Verordnung aufgeführten Anforderungen, insbesondere in Bezug auf Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Kompetenz, ausüben.⁴⁰

Damit wird der hoheitliche Charakter der Tätigkeit der nationalen Akkreditierungsstellen letztlich zum entscheidenden Argument für den Ausschluss eines internationalen Akkreditierungswettbewerbs im Bereich der Lebensmittelüberwachung in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union – bei unterstellt gleicher fachlicher Eignung der Akkreditierungsstelle in den USA. Vor dem Hintergrund, dass die Europäischen Verträge eine starke Prägung durch das Wettbewerbsprinzip erhalten haben (s. das Protokoll Nr. 27 zum EUV und zum AEUV), ist das ein bemerkenswertes Ergebnis. Zugleich wird deutlich, dass im Einzelfall sehr viel von der richtigen Einordnung einer bestimmten Tätigkeit als „wirtschaftlich“ oder „hoheitlich“ abhängt.

3.2. Horizontale Koordinierung als Verstoß gegen die Kartellverbote (Art 101 AEUV und § 1 GWB)

Wie dargelegt, umfasst der Begriff des Unternehmens im Sinne des Kartellrechts jede Einrichtung, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt (funktionaler Unterneh-

39 EuGH, Urt. v. 6.5.2012 – Rs. C-142/20, ECLI:EU:C:2021:368 Rn. 42 = NZKart 2021, 342 – Analisi G. Caracciolo/Regione Siciliana u.a.

40 EuGH, Urt. v. 6.5.2012 – Rs. C-142/20, ECLI:EU:C:2021:368 Rn. 43 = NZKart 2021, 342 – Analisi G. Caracciolo/Regione Siciliana u.a.

mensbegriff). Darunter ist jede Tätigkeit – unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung – zu verstehen, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.⁴¹ Daraus folgt, dass es für die Frage, ob eine Tätigkeit wirtschaftlichen Charakter hat, weder darauf ankommt, ob die ausübende Einrichtung privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Status hat, noch auf die Rentabilität der Tätigkeit.⁴²

Auf der Grundlage des funktionalen Unternehmensbegriffs können staatliche Stellen demnach als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts zu qualifizieren sein, wenn sie die o.g. Voraussetzungen erfüllen. Als Schulfälle können der Verkauf von Wein durch Staatsweingüter (Angebotswettbewerb) oder der Kauf von Computern durch ein Ministerium (Nachfragewettbewerb) benannt werden. Maßnahmen der horizontalen oder vertikalen Koordinierung zwischen den staatlichen Akteuren und Privaten können wettbewerbsbeschränkende Abreden⁴³ darstellen und somit den Tatbestand der Kartellverbote (Art. 101 AEUV, § 1 GWB) erfüllen.⁴⁴ Wenn es sich um horizontale Wettbewerbsbeschränkungen handelt, kommt eine Rechtfertigung grundsätzlich nur unter den besonderen Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 GWB in Betracht. Das ist der Fall, wenn die wettbewerbsbeschränkende Abrede – ökonomisch betrachtet – letztlich mehr Vorteile als Nachteile hat. Diese Voraussetzung ist jedoch nur in seltenen Fällen erfüllt.

Auch diese Konstellation ist unlängst praktisch geworden. Mit Urteil vom 10. Februar 2021 untersagte das Landgericht München I die Kooperation zwischen dem Bundesgesundheitsministerium und Google in Form eines „Nationalen Gesundheitsportals“ (im Folgenden: NGP, Webadresse: <http://gesund.bund.de>), wonach bei Suchanfragen zu Gesundheitsthemen in einer Infobox (sog. Knowledge Panel) privilegiert Informationen des Ministeriums angezeigt werden sollten.⁴⁵ Ge-

41 EuGH, Ur. v. 19.12.2012 – Rs. C-288/11 P, EU:C:2012:821 Rn. 50 – Mitteldeutsche Flughafen AG und Flughafen Leipzig-Halle GmbH/Kommission; EuGH, Ur. v. 1.7.2008 – Rs. C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376 Rn. 21 f. – MOTOE, st. Rspr.

42 EuGH, Ur. v. 19.12.2012 – Rs. C-288/11 P, EU:C:2012:821 Rn. 50 – Mitteldeutsche Flughafen AG und Flughafen Leipzig-Halle GmbH/Kommission.

43 Das Kartellrecht unterscheidet insoweit zwischen (bezweckten oder bewirkten) Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen zwischen Unternehmen sowie Beschlüssen zwischen Unternehmensvereinigungen. Auf die Details kommt es vorliegend nicht an.

44 Für das deutsche Kartellrecht verdient die Sonderregelung des § 21 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 1 GWB Beachtung. Danach ist u.a. das Angebot eines bezahlten Wettbewerbsverzichts kartellrechtlich verboten, s. BGH v. 13.7.2020 – KRB 21/20, NZKart 2020, 610 = WuW 2020, 612 – Bezirksschornsteinfeger.

45 Landgericht München I, Ur. v. 10.2.2021 – 37 O 15720/20, WuW 2021, 190 – Nationales Gesundheitsportal (rechtskräftig); siehe auch die Parallelentscheidung mit der Bundesrepublik Deutschland als Verfügungsbeklagten, LG München I v. 10.2.2021 – 37 O 15721/20, juris = GRUR-RS 2021, 1338 (rechtskräftig); s. auch die Anmerkungen und Besprechungsaufsätze von N. Wimmer/K. Nawrath, MMR 2021, 435 ff.; D. Kendziur, GRUR-Prax 2021, 123; Th. Höppner, NZKart 2021, 207 ff.; P. v. Czettritz,

klagt hatte ein Unternehmen, das seit mehr als 20 Jahren unter der Domain www.netdoktor.de ein werbefinanziertes Onlineportal zum Thema Gesundheit betreibt, welches nach wissenschaftlichen Standards aber zugleich für Laien verständlich medizinische Informationen zu Krankheiten, Symptomen, Medikamenten, Behandlungsmethoden und Laborwerten aufbereitet.

Der Betrieb des nationalen Gesundheitsportals durch das Bundesgesundheitsministerium wurde vorliegend nicht als eine rein hoheitliche Tätigkeit, sondern als eine wirtschaftliche Tätigkeit qualifiziert, die folglich anhand des Kartellrechts zu prüfen war. Grundlage der Einordnung des Bundesgesundheitsministeriums als *Unternehmen* war der funktionale Unternehmensbegriff des (europäischen und deutschen) Kartellrechts. Entscheidender Gesichtspunkt sei dabei nicht, ob das Unternehmen, dessen Normadressateneigenschaft zu beurteilen ist, ein Entgelt erhebt. Entscheidend sei vielmehr, ob im räumlich und sachlich relevanten Markt, der von einer Wettbewerbsbeschränkung betroffen ist, die in Frage stehende Leistung üblicherweise gegen Entgelt angeboten wird. Dann sei auch der Erbringer einer unentgeltlichen Leistung Unternehmen und damit Normadressat des Art. 101 Abs. 1 AEUV.⁴⁶ Der Betrieb von Gesundheitsportalen sei eine geschäftliche Tätigkeit, die darin besteht, eine Dienstleistung, nämlich die Bereitstellung von Informationen zu Gesundheitsfragen, für Nutzer im Internet anzubieten. Die erhebliche Nachfrage nach diesem Angebot werde aktuell und sei in der Vergangenheit von einer Vielzahl privater Anbieter bedient worden, wobei die Portale aus der Sicht der Marktgegenseite funktional austauschbar seien. Das Landgericht knüpft an die ebenso grundlegende wie umstrittene Höfner und Elser-Rechtsprechung des EuGH⁴⁷ an, wenn es ausführt, dass der Betrieb von Gesundheitsportalen in der Vergangenheit nicht ausschließlich durch öffentliche Einrichtungen erfolgt sei und auch nicht generell durch solche Einrichtungen erfolgen müsse.⁴⁸

Die Qualifizierung des Bundesgesundheitsministeriums als Unternehmen im vorliegenden Fall überzeugt. Sie deckt sich mit der oben genannten Prämisse Nr. 5. Dass in der Hinnahme von Werbung auch ein Entgelt entrichtet wurde, stützt diese rechtliche Einordnung lediglich zusätzlich; zwingend erforderlich war dies nicht. Nicht durchschlagend war demgegenüber der Einwand, dass das Bundesgesundheitsministerium bei dem Betrieb des Nationalen Gesundheitsportals öffentliche Aufgaben wahrnehme, indem es Gesundheitsaufklärung leiste. Die Teilnahme am allgemeinen Geschäftsverkehr durch einen Träger hoheitlicher Gewalt verliert den Charakter einer geschäftlichen, den Bindungen des Kartellrechts unterliegenden Tätigkeit nicht schon deshalb, weil mit ihr auch öffentliche Aufgaben erfüllt oder öffentlichen Interessen genügt werden soll. Greift ein Hoheitsträger – wie hier – bei der Erfüllung seiner Aufgaben zu den von der Privatrechtsordnung be-

PharmR 2021, 374 f.; L. Lorenz, jurisPR-ITR 7/2021 Anm. 6; M. Rössel, IRTB 2021, 83 ff.; T. Lichtenberg, NZKart 2021, 286 ff.

46 LG München I, Urt. v. 10.2.2021 – 37 O 15720/20, WuW 2021, 191 (193).

47 EuGH, Urt. v. 23.4.1991 – Rs. C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 Rn. 22 – Höfner und Elser.

48 LG München I, Urt. v. 10.2.2021 – 37 O 15720/20, WuW 2021, 191 (193).

reitgestellten Mitteln, unterliegt er den gleichen Beschränkungen wie jeder andere Teilnehmer am privatrechtlich organisierten Markt und hat dabei die durch das Wettbewerbsrecht gezogenen Grenzen einer solchen Tätigkeit zu beachten.⁴⁹

Unproblematisch ist weiter die Einordnung der Kooperation als eine *Vereinbarung* im Sinne des Kartellrechts. Dafür genügte die Willensübereinstimmung zwischen dem Bundesgesundheitsministerium und Google, sich am Markt auf eine bestimmte Weise zu verhalten. Google und der damalige Bundesgesundheitsminister *Jens Spahn* hatten auf einer gemeinsamen Pressekonferenz am 10.10.2020 erkennen lassen, künftig bei der Erstellung von Infoboxen zu Gesundheitsthemen auf der Suchergebnisseite der Verfügungsbeklagten exklusiv zusammenarbeiten zu wollen. Das Ziel der Kooperation wurde seitens des früheren Bundesgesundheitsministers *Jens Spahn* in der Pressemitteilung wie folgt zum Ausdruck gebracht:

„Wer Gesundheit googelt, soll auf unserem Portal des Bundes landen und dort die Informationen finden, die er braucht. Gesund.bund.de soll die zentrale Anlaufstelle werden für verlässliche Gesundheitsinformationen im Internet. Was liegt da näher, als direkt mit Deutschlands populärste[r] Suchmaschine zusammenzuarbeiten, nämlich mit Google. Dort werden künftig bei einer medizinischen Stichwortsuche Antworten des [NGPs] in einem prominenten, hervorgehobenen Infokasten präsentiert. [...] Ich bin sicher, die Zusammenarbeit mit Google bedeutet für das [NGP] einen enormen Bekanntheitsschub und diese Zusammenarbeit wird dafür sorgen, dass das Portal zu einem der wichtigsten Anlaufpunkte für Bürgerinnen und Bürger im Netz für Gesundheitsinformationen werden kann. (...)“

Ferner gab er an:

„Wenn wir ein Interesse daran haben, objektive, fundierte, evidenzbasierte Informationen rüberzubringen, dann bringt es mir nichts, wenn wir bei Google an Stelle 783.000 auftauchen.“⁵⁰

Diese Kooperation war durch die Merkmale der Ausschließlichkeit und der Dauerhaftigkeit geprägt. Lediglich ergänzt sei, dass der Probetrieb seit 1. September 2020 nicht zufriedenstellend verlaufen war, jedenfalls war der erhoffte „Besucheransturm“ ausgeblieben.⁵¹

Nach Auffassung des LG München I handelte es sich bei der streitgegenständlichen Vereinbarung zwar nicht um eine bezweckte, wohl aber um eine *bewirkte Wettbewerbsbeschränkung* auf dem Markt für Gesundheitsinformationen im Internet.⁵² Konkret führe diese Vereinbarung zu einer spürbaren Einschränkung des Wettbewerbs auf dem Markt für Anbieter von Gesundheitsinformationen.

Für die Ermittlung der objektiven Folgen sei der Wirkungszusammenhang zwischen der Vereinbarung und der aktuellen Wettbewerbssituation zu untersuchen.

49 LG München I, Ur. v. 10.2.2021 – 37 O 15720/20, WuW 2021, 191 (193), s. ferner BGH, Beschl. v. 9.3.1999 – KVR 20/97, WuW/E DE-R 289 (293) = WUW0199534 – Lottospielgemeinschaft.

50 Zitate jeweils nach LG München I v. 10.2.2021 – 37 O 15721/20, juris Rn. 15 ff. = GRUR-RS 2021, 1338.

51 Th. Höppner, NZKart 2021, 207.

52 LG München I, Ur. v. 10.2.2021 – 37 O 15720/20, WuW 2021, 191 (193).

Die Vereinbarung muss zumindest hypothetisch kausal für die herrschende Wettbewerbssituation sein. Nach ständiger Rechtsprechung sei eine kontrafaktische Analyse vorzunehmen, d.h. eine Gegenüberstellung der aktuellen Wettbewerbssituation mit der hypothetischen Situation, die herrschen würde, wenn die Vereinbarung nicht durchgeführt worden wäre. Dabei seien nicht nur die tatsächlichen, sondern auch die potentiellen Auswirkungen auf den Wettbewerb zu berücksichtigen, zumindest in Situationen, in denen eine Vereinbarung noch gar nicht praktiziert wurde, und solchen, in denen eine Vereinbarung zwar schon praktiziert wurde, die Wirkungen, deren Eintritt sehr wahrscheinlich ist, aber noch nicht feststellbar sind. Dies trägt dem präventiven Charakter des Kartellverbots Rechnung.

Im vorliegenden Fall durfte das Landgericht München I davon ausgehen, dass die Nutzer ihren Weg zu den Gesundheitsportalen zu 88–90 % über eine Google-Suche finden. Daher seien die Betreiber von Gesundheitsportalen in besonderem Maße davon abhängig, auf der Suchergebnisseite von Google eine gute Sichtbarkeit zu erzielen, um von den Nutzern angesteuert zu werden und so einen Nutzertraffic zu erzeugen, den sie wiederum mit dem Abschluss von Werbeverträgen monetarisieren können. Die Portalbetreiber hätten bisher die Möglichkeit gehabt, mit Wettbewerbsmitteln, nämlich entweder durch die Erstellung besonders relevanter Inhalte und weiterer Optimierungsmaßnahmen in Bezug auf das Ranking in den generischen Suchergebnissen, oder – jedenfalls theoretisch – durch den Kauf von Anzeigenplätzen ganz oben auf der Suchergebnisseite zu landen. Nunmehr aber sei die „Poleposition“ dem Wettbewerb entzogen, weil an prominenter Stelle neben bzw. vor den generischen Suchergebnissen die allein den Inhalten des NGP vorbehaltene Infobox ständen, zu der die Wettbewerber des BMG auf dem Markt für Gesundheitsportale auf absehbare Zeit keinen Zugang hätten.⁵³ Somit werde ein zentrales Marketinginstrument dem Wettbewerb entzogen und dem Bundesgesundheitsministerium durch eine festgelegte „Poleposition“ ein nicht anderweitig ausgleichbarer Wettbewerbsvorteil gewährt.⁵⁴

Eine *Rechtfertigung* nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 1 GWB kam vorliegend nicht in Betracht, da die erforderlichen Effizienzvorteile nicht vorlagen. Qualitative Effizienzgewinne, etwa wegen einer Verringerung des Suchaufwands für die Nutzer oder einer Verbesserung der Gesundheitsaufklärung der Bevölkerung durch die Infoboxen, waren nicht ersichtlich. Nach Ansicht der Münchener Richter stellt die Steigerung der Attraktivität des Produkts eines einzelnen Marktteilnehmers keine Steigerung der gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrt dar. Denn die attraktive Gestaltung des Produkts eines einzelnen Anbieters für die Verbraucher könne auch nicht die Nachteile aufwiegen, die hier durch die Wettbewerbsbeschränkung für sämtliche andere Marktteilnehmer entstehen. Dies gelte vor allem dann, wenn – wie vorliegend – ein marktbeherrschendes Unternehmen als „Gatekeeper“ auf dem vorgelagerten Suchmaschinenmarkt zum Nachteil der von ihm abhängigen privaten Mitbewerber dem steuerfinanzierten Angebot des Staates dauerhaft eine

53 LG München I, Urt. v. 10.2.2021 – 37 O 15720/20, WuW 2021, 191 (194).

54 LG München I, Urt. v. 10.2.2021 – 37 O 15720/20, WuW 2021, 191 (194).

„Poleposition“ im Kampf um die Aufmerksamkeit der Nutzer vermittele, um die Attraktivität bzw. Visibilität ihrer jeweils eigenen Produkte aufzubessern. Hier griffen zwei Akteure in den relevanten Markt ein, die selbst ein geringes wirtschaftliches Risiko eingingen. Sie erschwerten den bereits vorhandenen Marktteilnehmern den Zugang zu ihren Nutzern, was bei dem speziell betroffenen Markt auch noch einen Eingriff in die Medien- und Meinungsvielfalt mit sich bringe.

Dieser Entscheidung ist im Ergebnis wie in der Begründung zuzustimmen; der Bund hat dies anerkannt und auf Rechtsmittel verzichtet.⁵⁵ Sie verdeutlicht, dass die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe durch den Staat – sogar wenn es sich dabei um eine so bedeutsame Aufgabe wie die Erteilung von Informationen im Gesundheitsbereich handelt – nicht vom Kartellrecht ausgenommen ist. Die Höfner und Elser-Doktrin des EuGH und der sog. hypothetische Wettbewerbstest entfalten also weiterhin ihre nützliche Wirkung.

3.3. Das Kartellrecht und die liebe Eisenbahn – Verstöße gegen die Missbrauchsverbote (Art. 102 AEUV, §§ 19 ff. GWB) im Verkehrssektor

Das Kartellrecht verbietet marktbeherrschenden Unternehmen missbräuchliches Verhalten (Art. 102 AEUV, §§ 19 ff. GWB). Marktbeherrschung liegt vor, wenn man sich als Unternehmen gegenüber den anderen Marktakteuren gegenüber im Wesentlichen unabhängig verhalten kann. Dafür genügt regelmäßig ein Marktanteil von 40 bis 50 % auf dem relevanten sachlichen und geographischen Markt. Besondere Formen der Marktbeherrschung können bei wesentlichen Einrichtungen (engl. essential facilities) vorliegen. Das ist namentlich bei Infrastrukturunternehmen der Fall, also bei netzgebundenen Industrien im Bereich der Daseinsvorsorge. Im Berichtszeitraum sind vor allem Sachverhalte vor die Gerichte gebracht worden, in denen die Bahninfrastruktur bzw. die eisenbahnrechtliche Regulierung betroffen war. Darauf sollen sich die folgenden Überlegungen *pars pro toto* konzentrieren.

3.3.1. Wesentliche Infrastruktureinrichtungen im Sinne des Art. 102 AEUV

Besonders einprägsam im Hinblick auf die Lehre von den (verkehrs)wesentlichen Einrichtungen ist der vom EuG entschiedene Fall zum Gleisabbau in Litauen.⁵⁶ Dem lag folgender Sachverhalt⁵⁷ zugrunde: Die staatliche litauische Eisenbahngesellschaft Lietuvos geležinkeliai AB (im Folgenden: LG) verfügte über ein gesetzliches Monopol zum Betrieb der Schieneninfrastruktur in Litauen. Die Orlen Lietuva AB (im Folgenden: OL) betrieb eine Erdölraffinerie in Litauen, in der Nähe der Grenze zu Lettland. Der überwiegende Teil ihrer Produktion wurde von LG über ihr Schienennetz zum litauischen Seehafen Klaipėda befördert. Im Jahr

55 Th. Höpner, NZKart 2021, 207.

56 EuG, Urt. v. 18.11.2020 – T-814/17, ECLI:EU:T:2020:545 = NZKart 2020, 674 – Lietuvos geležinkeliai AB/Kommission (= Gleisabbau in Litauen).

57 Die Wiedergabe folgt der Zusammenfassung des Sachverhalts in NZKart 2020, 674.

2008 erwog OL, auf lettische Seehäfen umzusteigen, und dafür die Dienste des lettischen Eisenbahnunternehmens LDZ für den Schienentransport über eine 34 km lange Gleisstrecke von der Raffinerie in Litauen bis zur lettischen Grenze zu nutzen. LG legte daraufhin eine 19 km lange Teilstrecke (die im Urteil als „Track“ bezeichnet wird) wegen angeblicher Verformung still und baute sie vollständig ab. Ein Transport zu den lettischen Seehäfen war deshalb nur unter Inkaufnahme langer Umwege möglich. Die Kommission stellte einen Verstoß von LG gegen Art. 102 AEUV fest und verhängte eine Geldbuße von über EUR 27 Mio. Das EuG reduzierte die Geldbuße zwar auf knapp über 20 Mio. Euro, folgte der Kommission aber im Übrigen bei der rechtlichen Bewertung des Falles. Ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV habe vorgelegen. Durch die Beseitigung des Gleises sei der Wettbewerb auf dem Markt für die Erbringung von Eisenbahntransportleistungen für Erdölzeugnisse zwischen der Raffinerie und den Seehäfen Klaipėda, Riga und Ventspils ausgeschlossen worden.

LG war der Auffassung, dass es sich bei dem beanstandeten Verhalten um eine neuartige Kategorie des Missbrauchs gehandelt habe und dass ihr die Rechtswidrigkeit dieses Verhaltens nicht bekannt gewesen sei. Tatsächlich aber hat es einen vergleichbaren Fall des Rückbaus von Verkehrsinfrastruktur in der Rechtsprechung des EuGH zu essential facilities bislang nicht gegeben. LG meinte zudem, sie sei nicht verpflichtet gewesen, in eine Infrastruktur zu investieren, die weder wesentlich noch unerlässlich ist, bloß um einen Wettbewerber in die Lage zu versetzen, mit ihr in Wettbewerb zu treten.

Das EuG widersprach diesem Vorbringen von LG.⁵⁸ Die Kommission habe LG als Unternehmen in beherrschender Stellung nicht dazu verpflichtet, einen Wettbewerber zu subventionieren, um dessen Markteintrittsrisiken zu verringern.⁵⁹ Vielmehr habe LG durch die überstürzte Beseitigung des Gleises, ohne die erforderlichen Mittel zu beschaffen und ohne die üblichen vorbereitenden Schritte für den Wiederaufbau zu unternehmen, ein missbräuchliches Verhalten an den Tag gelegt. Das missbräuchliche Verhalten habe darin bestanden, auf andere Methoden zurückzugreifen als diejenigen, die den normalen Wettbewerb bedingen.⁶⁰

Im Zusammenhang mit der Frage des Verschuldens von LG stellte das EuG außerdem klar, dass das Fehlen von Präzedenzfällen eine Ahndung des Verstoßes gegen Art. 102 AEUV mit einer Geldbuße nicht hindere.⁶¹ Ein umsichtiger Wirtschaftsteilnehmer könne keinen Zweifel daran haben, dass dem Besitz großer Marktanteile eine erhebliche Bedeutung zukomme, die er in Bezug auf sein mögliches

58 EuG, Urt. v. 18.11.2020 – T-814/17, ECLI:EU:T:2020:545 Rn. 339 = NZKart 2020, 674 – Lietuvos geležinkeliai AB/Kommission (= Gleisabbau in Litauen).

59 EuG, Urt. v. 18.11.2020 – T-814/17, ECLI:EU:T:2020:545 Rn. 339 = NZKart 2020, 674 – Lietuvos geležinkeliai AB/Kommission (= Gleisabbau in Litauen).

60 EuG, Urt. v. 18.11.2020 – T-814/17, ECLI:EU:T:2020:545 Rn. 339 = NZKart 2020, 674 – Lietuvos geležinkeliai AB/Kommission (= Gleisabbau in Litauen).

61 EuG, Urt. v. 18.11.2020 – T-814/17, ECLI:EU:T:2020:545 Rn. 340 = NZKart 2020, 674 – Lietuvos geležinkeliai AB/Kommission (= Gleisabbau in Litauen). Ggf. fällt die Geldbuße geringer aus oder beschränkt sich auf eine rein symbolische Geldbuße.

Verhalten auf dem Markt zwangsläufig berücksichtigen müsse.⁶² Damit ist die sog. Verantwortung für den Restwettbewerb angesprochen, welche marktbeherrschenden Unternehmen nach ständiger Rechtsprechung des EuGH zukommt.⁶³ Demnach konnte LG als etablierter Eisenbahnbetreiber und Betreiber der einzigen in Litauen bestehenden Infrastruktur für die Erbringung von Schienengüterverkehrsdiensten nicht in Unkenntnis darüber sein, dass sie auf den relevanten Märkten eine beherrschende Stellung innehatte. LG hätte ferner klar sein müssen, dass die der Gleisabbau zu schwerwiegenden Wettbewerbsbeschränkungen führen konnte, insbesondere in Anbetracht ihrer rechtlichen oder faktischen Monopolstellung auf den relevanten Märkten. Letztlich wird die Handlungsfreiheit von Monopolunternehmen durch das Kartellrecht erheblich reduziert. Das gilt gerade auch für Monopolunternehmen aus dem Bereich der Verkehrsinfrastruktur, die über eine von Dritten nicht duplizierbare wesentliche Einrichtung verfügen. Da Art. 102 AEUV keine besonders hohen Anforderungen an die Erfüllung der Zwischenstaatlichkeitsklausel stellt,⁶⁴ ergeben sich hieraus gewisse Haftungsgefahren für die Eigentümer von Infrastruktureinrichtungen.

3.3.2. *Die kartellrechtliche Überprüfung von Trassen-, Stations- und Stornierungsentgelten anhand des Missbrauchsverbots in Art. 102 AEUV*

Als besonders brisant hat sich in jüngerer Zeit das Verhältnis zwischen der eisenbahnrechtlichen Entgeltregulierung und dem Missbrauchsverbot des Unionskartellrechts in Art. 102 AEUV erwiesen. Die Deutsche Bahn und ihre Tochterunternehmen erheben von privaten Eisenbahnverkehrsunternehmen Entgelte u.a. für die Benutzung von Strecken und Bahnhöfen, die sog. Trassen- und Stationsentgelte. Daneben werden ggf. auch sog. Stornierungsentgelte fällig, wenn bestellte und bereits zugewiesene Trassen von den privaten Eisenbahnverkehrsunternehmen storniert werden.⁶⁵

Sofern derartige Entgelte überhöht erscheinen, könnte die Lösung des Problems im Zivilrecht, namentlich in der Billigkeitskorrektur durch die Zivilgerichte gemäß § 315 Abs. 3 BGB oder im Bereicherungsrecht gemäß §§ 812, 818 BGB (im

62 EuG, Urt. v. 18.11.2020 – T-814/17, ECLI:EU:T:2020:545 Rn. 346 = NZKart 2020, 674 – Lietuvos geležinkeliai AB/Kommission (= Gleisabbau in Litauen).

63 Grundlegend EuGH, Urt. v. 13.2.1979 – Rs. 85/76, Slg. 1979, 461 = EU:C:1979:36 Rn. 91, 133 – Hoffmann-La Roche/Kommission.

64 Im Ausgangsfall war ein grenzüberschreitender Bezug gegeben. Ein solcher ist aber – anders als bei den EU-Grundfreiheiten – nicht zwingend erforderlich. Es würde z.B. auch die Abschottung eines Mitgliedstaats vor Wettbewerb genügen. Zudem kann ausreichend sein, wenn lediglich bestimmte Regionen innerhalb der Mitgliedstaaten betroffen sind. Schließlich wird der kartellrechtlich relevante Markt bei Flug- und Seehäfen von verkehrswesentlicher Bedeutung auf eben diese Orte beschränkt. Die Zwischenstaatlichkeitsklausel ist in der Praxis jedenfalls keine unüberwindliche Hürde für die Anwendung des Art. 102 AEUV.

65 Es handelt sich dabei um Pauschalbeträge zuzüglich eines prozentualen Anteils des bei der Nutzung zu entrichtenden Trassenpreises, s. BGH, Urt. v. 8.12.2020 – KZR 60/16, WuW 2021, 365 – Stornierungsentgelt II.

Fall der Rückforderung von Überzahlungen) zu suchen sein. Der EuGH hat allerdings die Billigkeitskorrektur nach § 315 Abs. 3 BGB als von der Richtlinie 2001/14/EG⁶⁶ gesperrt angesehen.⁶⁷ Damit wird der Blick frei auf das Kartellrecht, denn ein etwaiger Verstoß gegen Art. 102 AEUV würde zivilrechtlich zunächst die Nichtigkeit nach § 134 BGB zur Folge haben, darüber hinaus Unterlassungs- bzw. Beseitigungsansprüche gemäß § 33 GWB, Schadensersatzansprüche gemäß § 33a GWB sowie Rückzahlungsansprüche gemäß § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt., § 818 Abs. 2 BGB zur Folge haben.

Normhierarchisch betrachtet steht Art. 102 AEUV über der Richtlinie 2001/14/EG, was aus der Sicht des BGH die Anwendung der Norm auf die kartellrechtliche Kontrolle von Nutzungsentgelten im Eisenbahnverkehr rechtfertigt.⁶⁸ Das Kammergericht vertrat jedoch die gegenteilige Ansicht und rief deshalb den EuGH an.⁶⁹ Die Berliner Richter bezweifelten zwar nicht den Geltungsvorrang des Art. 102 AEUV als Norm des Primärrechts gegenüber der sekundärrechtlichen Richtlinie 2001/14/EG; auch die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 102 AEUV steht natürlich außer Frage.⁷⁰ Das Kammergericht war aber der Auffassung, dass sich die vom EuGH gegen die Zulässigkeit einer zivilrechtlichen Billigkeitskontrolle angeführten Argumente ohne wesentliche Einschränkungen auf die kartellrechtliche Überprüfung von Nutzungsentgelten übertragen lassen.⁷¹ Es bestehe insbesondere die Gefahr, dass verschiedene Eisenbahnverkehrsunternehmen für die Inanspruch-

66 Richtlinie 2001/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2001 über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn, die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur und die Sicherheitsbescheinigung, ABl. EG Nr. L 75, S. 29 v. 15.3.2001.

67 EuGH, Urt. v. 9.11.2017 – Rs. C-489/15, ECLI:EU:C:2017:834 = EuZW 2018, 74 – CTL Logistics GmbH/DB Netz AG. Nach dieser Rechtsprechung stehen die Art. 4 Abs. 5 und deren Art. 30 Abs. 1, 3, 5 und 6, sind dahin auszulegen, dass sie der Anwendung einer nationalen Regelung wie § 315 BGB entgegen, wonach die Weegeentgelte im Eisenbahnverkehr von den ordentlichen Gerichten im Einzelfall auf Billigkeit überprüft und gegebenenfalls unabhängig von der in Art. 30 der Richtlinie 2001/14 vorgesehenen Überwachung durch die Regulierungsstelle abgeändert werden können. Dem folgend BGH, Urt. v. 29.10.2019 – KZR 39/20, NZKart 2020, 198 = WuW 2020, 209 = NJW 2020, 1436 – Trassenentgelte; BGH, Urt. v. 1.9.2020 – KZR 12/15, NZKart 2021, 51 = WuW 2021, 119 – Stationspreissystem II; BGH, Urt. v. 8.12.2020 – KZR 60/16, WuW 2021, 365 – Stornierungsentgelt II.

68 BGH, Urt. v. 29.10.2019 – KZR 39/20, NZKart 2020, 198 = WuW 2020, 209 = NJW 2020, 1436 – Trassenentgelte; s. auch die Folgerechtsprechung OLG Frankfurt, Urt. v. 15.9.2020 – 11 U 128/14 (Kart), NZKart 2021, 56 – Regionalfaktor im Eisenbahn-Trassenentgelt BGH, Urt. v. 5.4.2022 – KZR 84/20, NZKart 2022, 413 – Regionalfaktoren II. OLG Dresden, Urt. v. 18.1.2021 – U 8/15 Kart, NZKart 2021, 191 – Trassenentgelte.

69 KG, Beschl. v. 10.12.2020 – Az. 2 U 4/12, NZKart 2021, 54 = WuW 2021, 178 – Stationspreise; nachfolgend EuGH, Urt. v. 27.10.2022 – Rs. C-721/20, ECLI:EU:C:2022:832 = NZKart 2022, 637.

70 KG, Beschl. v. 10.12.2020 – Az. 2 U 4/12, NZKart 2021, 54 Rn. 30 = WuW 2021, 178 – Stationspreise.

71 KG, Beschl. v. 10.12.2020 – Az. 2 U 4/12, NZKart 2021, 54 Rn. 29 = WuW 2021, 178 – Stationspreise.

nahme gleicher Leistungen unterschiedliche Entgelte entrichten müssten, wenn unterschiedliche Zivilgerichte zur Entscheidung berufen wären – und dies alles unabhängig von der behördlichen Überwachung durch die zuständige Regulierungsbehörde. Dadurch würde zugleich das Ziel der Richtlinie, einen diskriminierungsfreien Zugang zur Eisenbahninfrastruktur und damit einen fairen Wettbewerb zu gewährleisten, gefährdet.⁷² Diese Argumente sind durchaus tragfähig. Es wäre auch nicht das erste Mal, dass in der Rechtsprechung des EuGH Sekundärrecht nach dem Spezialitätsgrundsatz vor dem Primärrecht zur Anwendung käme.⁷³ Der EuGH hat z.B. in der Rs. Rüffert bei Tariftreueerklärungen das einschlägige Sekundärrecht der damals gültigen Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie gemäß den Vorgaben des primären Unionsrechts der Grundfreiheiten (Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit) ausgelegt.⁷⁴ Dass Art. 102 AEUV im vorliegenden Fall trotz seiner normhierarchisch betrachteten höheren Stellung – wie § 315 BGB – gesperrt sein und für die Lösung des Problems keinerlei Rolle spielen wird, erscheint allerdings fernliegend. Es entspricht der obigen Prämisse Nr. 7 und dem universalen Geltungsanspruch der Wettbewerbsregeln, dass die Vorschrift auch auf die Entgeltkontrolle im Eisenbahnsektor Anwendung findet.

Das Verhältnis zwischen Regulierungsrecht und Kartellrecht musste letztlich auf höchster Ebene vom EuGH geklärt werden. Dies betrifft sowohl das materielle Recht einschließlich der Fragen der Normenhierarchie bzw. Spezialität als auch die Ebene der verschiedenen behördlichen Zuständigkeiten (Kommission bzw. Bundeskartellamt versus Bundesnetzagentur). Mit Urteil vom 27. Oktober 2022 hat der EuGH⁷⁵ entschieden, dass die nationalen Gerichte bei der Entscheidung über eine Klage auf Rückzahlung von Infrastrukturentgelten nicht daran gehindert sind, Art. 102 AEUV und das einzelstaatliche Kartellrecht gleichzeitig anzuwenden, sofern die zuständige Regulierungsstelle vorher über die Rechtmäßigkeit der betreffenden Entgelte entschieden hat. Insoweit seien die nationalen Gerichte allerdings zur loyalen Zusammenarbeit verpflichtet. Sie müssten bei ihrer Würdigung die Entscheidungen der zuständigen Regulierungsstelle berücksichtigen und sich bei der Begründung ihrer eigenen Entscheidungen mit dem gesamten Inhalt der ihnen vorgelegten Akten auseinandersetzen. Art. 102 AEUV greift relativ „niedrigschwellig“ ein: Ein Preishöhenmissbrauch muss im konkreten Einzelfall nicht festgestellt werden, sondern es reicht die Feststellung aus, dass das streitgegenständliche Preissetzungsverhalten „eine wettbewerbswidrige Wirkung auf dem nachgelagerten Markt erkennen lässt“.⁷⁶ Dafür genügt der Nachweis einer poten-

72 KG, Beschl. v. 10.12.2020 – Az. 2 U 4/12, NZKart 2021, 54 Rn. 29 = WuW 2021, 178 – Stationspreise.

73 S. zum Problem der Spezialität des Regulierungsrechts demnächst J. Ante, Die kartellrechtliche Kontrolle von Energienetzentgelten, Diss. Tübingen 2021, B. IV. 3.

74 EuGH v. 3.4.2008 – Rs. C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189 = Slg. 2008, 1989 = EuZW 2008, 306 – Dirk Rüffert/Land Niedersachsen.

75 EuGH, Ur. v. 27.10.2022 – Rs. C-721/20, ECLI:EU:C:2022832 = NZKart 2022, 637 – DB Station & Service, Leitsatz.

76 BGH, Ur. v. 8.12.2020 – KZR 60/16, WuW 2021, 365 Rn. 37 – Stornierungsentgelt II; OLG Frankfurt, Ur. v. 15.9.2020 – 11 U 128/14 (Kart), NZKart 2021, 56 Rn. 143 –

tiell wettbewerbswidrigen Wirkung, durch die zumindest ebenso effiziente Wettbewerber wie das beherrschende Unternehmen verdrängt werden.⁷⁷ Bei Trassen- und Stationsentgelten reicht für den Verstoß gegen Art. 102 AEUV bereits die Schaffung eines komplexen und intransparenten und damit unfairen Vergütungssystems⁷⁸ bzw. der sprunghafte Anstieg der Entgelte (als Indiz für einen solchen Missbrauch)⁷⁹. Der BGH zieht in diesem Zusammenhang auch eine Parallele zur Richtlinie 2001/14/EG, wenn er darlegt, dass dem Verbot des so umschriebenen Preisstrukturmissbrauchs die sektorspezifischen Vorgaben der Richtlinie 2001/14/EG entsprechen.⁸⁰ Damit sind die Vorgaben der Nichtdiskriminierung und der Widerspruchsfreiheit für die Festlegung von Entgelten durch den Normadressaten angesprochen.

Man kann allerdings nicht behaupten, dass die Anwendung des unionskartellrechtlichen Missbrauchsverbots auf den regulierten, netzgebundenen Verkehrssektor alle Probleme einer einfachen und klaren Lösung zuführen könnte. Die kartellrechtliche Preiskontrolle steht vor enormen methodischen Schwierigkeiten (scil. „Anmaßung von Wissen“ i.S. der Grundsatzkritik von Hayeks⁸¹)⁸², zumal bei der Kontrolle von Monopolpreisen, wo es an Wettbewerb grundsätzlich fehlt. Letzt-

Regionalfaktor im Eisenbahn-Trassenentgelt stellt klar, dass eine Preisdiskriminierung nicht per se aus wettbewerbsrechtlicher Sicht problematisch sei, „sondern nur dann, wenn sie gegenwärtig oder potentiell eine wettbewerbschädigende Wirkung hat“. Insoweit wird in den Urteilsgründen auf die Schlussanträge des Generalanwalts Wahl v. 20.12.2017 in der Rechtssache C-525/16, ECLI:EU:C:2017:1020 Rn. 61 ff. – MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA gegen Autoridade da Concorrência verwiesen; s. ferner EuGH, Urt. v. 15.3.2007 – Rs. C-95/04, ECLI:EU:C:2007:166 = Slg. 2007, I-166 Rn. 145 – British Airways/Kommission: „(...) In einer solchen Situation kann nicht verlangt werden, dass zusätzlich der Beweis einer tatsächlichen, quantifizierbaren Verschlechterung der Wettbewerbsstellung einzelner Handelspartner erbracht wird.“

77 BGH, Urt. v. 8.12.2020 – KZR 60/16, WuW 2021, 365 Rn. 37 – Stornierungsentgelt II; EuGH, Urt. v. 15.3.2007 – Rs. C-95/04, ECLI:EU:C:2007:166 = Slg. 2007, I-166 Rn. 144 – British Airways/Kommission.

78 BGH, Urt. v. 1.9.2020 – KZR 12/15, NZKart 2021, 51 Rn. 63 f. = WuW 2021, 119 – Stationspreissystem II.

79 BGH, Urt. v. 8.12.2020 – KZR 60/16, WuW 2021, 365 Rn. 24 – Stornierungsentgelt II legt dar, dass „eine sprunghafte Preissteigerung von einigem Gewicht ein bedeutsames Indiz für die missbräuchliche Ausnutzung von Handlungsspielräumen des marktbeherrschenden Unternehmens darstellen [kann], die durch den Wettbewerb nicht hinreichend kontrolliert sind“.

80 BGH, Urt. v. 1.9.2020 – KZR 12/15, NZKart 2021, 51 Rn. 64 = WuW 2021, 119 – Stationspreissystem II.

81 F. A. v. Hayek, Die Verfassung der Freiheit, S. 304 (313 f.).

82 Hayeks Schüler Jochen Röpke (1938 – 2020), ein Marburger Ökonom, hat dazu vor Jahrzehnten zutreffend ausgeführt, die Vertreter des Als-ob-Konzepts glauben, „ein hochkomplexes Wettbewerbssystem so steuern zu können, als ob es weniger komplex wäre, als ob sie jene Informationen bereits besäße(n), welche erst durch normativ geregelten Wettbewerb unvorusschaubar geschaffen werden“, s. J. Röpke, Eine Wettbewerbspolitik des „Als-ob“ führt zu behördlicher Willkür, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 26.2.1974, S. 14.

lich bleibt der Rechtsprechung nichts anderes übrig, als einen kostenbezogenen Ansatz zu pflegen.⁸³ Hierbei werden „sprunghafte Preiserhöhungen von einigem Gewicht“ als ein „bedeutsames Indiz für die missbräuchliche Ausnutzung von Handlungsspielräumen des marktbeherrschenden Unternehmens“ qualifiziert.⁸⁴ Meistens wird bei der kartellrechtlichen Überprüfung von Preismissbräuchen auf die überkommene Vergleichsmarktmethode abgestellt. Zwingend ist das aber nicht. Der BGH hat für das deutsche Kartellrecht entschieden, dass als zulässige weitere Kontrollmethode etwa eine Überprüfung der Preisbildungsfaktoren unter Rückgriff auf einschlägige und gegebenenfalls weiterzuentwickelnde ökonomische Verfahren und Modelle in Betracht kommt.⁸⁵

Für die gerichtliche Praxis mag der kartellrechtlichen Preiskontrolle ein praktisch handhabbarer Ansatz zugrunde liegen; rechtsmethodisch befriedigend ist das aber zumindest nicht zur Gänze (auch dann nicht, wenn man mit Sicherheitszuschlägen und -abschlägen arbeitet). Lediglich am Rand sei darauf hingewiesen, dass man im Bereich der Entgeltkontrolle im Energiesektor auf die sog. „cost plus“-Regulierung verzichtet und stattdessen die Anreizregulierung eingeführt hat.⁸⁶ Dafür dürfte entscheidend gewesen sein, dass die Energiepreise – anders als erwartet – nach der Liberalisierung nicht gesunken waren. Kostenbezogene Regulierungsansätze gewährleisten nicht zwingend mehr Wettbewerb, anders als bei der Anreizregulierung, deren Konzeption darin besteht, dass Wettbewerb simuliert wird.

Ob die kartellrechtliche Entgeltkontrolle nach Art. 102 AEUV im Eisenbahnsektor zu mehr Wettbewerb und weniger Diskriminierung (vgl. Art. 102 Satz 2 lit. c AEUV) führen würde, steht derzeit in den Sternen. Offenbar sind die Regulierungsbehörden nicht dazu in der Lage, der Probleme zügig und in der Sache zufriedenstellend Herr zu werden.⁸⁷ M.E. täte man gleichwohl besser daran, die sachnähere Regulierungsbehörde mit hinreichenden Personal- und Sachmitteln auszustatten, um die behördliche Entgeltkontrolle zu effektivieren. Das Kartellrecht für sämtliche Probleme des Regulierungsrechts als eine vermeintliche „Allzweckwaffe“ zu gebrauchen, mag dessen universalen Geltungsanspruch entsprechen, bringt aber notwendigerweise eine Vielzahl von Folgeproblemen mit sich, auf die die zuständigen Zivilgerichte möglicherweise nur unzureichend vorbereitet sind. Es handelt sich hierbei um eine grundsätzliche Frage, die z.B. auch in dem sehr umstrittenen Bereich der kartellrechtlichen Kontrolle von Datenmacht zu Tage tritt. Auch dort wird

83 BGH, Urt. v. 1.9.2020 – KZR 12/15, NZKart 2021, 51 Rn. 67 = WuW 2021, 119 – Stationspreissystem II.

84 BGH, Urt. v. 1.9.2020 – KZR 12/15, NZKart 2021, 51 Rn. 67 = WuW 2021, 119 – Stationspreissystem II.

85 BGH, Beschl. v. 15.5.2012 – KVR 51/11, WuW 2012, 848 Rn. 14 f. = NJW 2012, 3243 – Wasserpreise Calw (zu § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB a.F.); BGH, Urt. v. 3.12.2019 – KZR 29/17, NZKart 2020, 255 Rn. 28 – NetColone II (zu § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB).

86 S. dazu M. Kling, Die Rechtskontrolle von Netzentgelten im Energiesektor, 2013, S. 7 ff.

87 S. BGH, Urt. v. 29.10.2019 – KZR 39/20, NZKart 2020, 198 Rn. 45 = WuW 2020, 209 = NJW 2020, 1436 – Trassenentgelte: „Im Streitfall ist jedoch nicht zu erwarten, dass die Bundesnetzagentur – wenn überhaupt – in absehbarer Zeit in eine Sachprüfung der hier beanstandeten Wegeentgelte eintritt.“

der EuGH auf Vorlage des OLG Düsseldorf demnächst für Klarheit bezüglich des Verhältnisses des Kartellrechts zum Datenschutzrecht und dem richtigen Umgang mit „Datenmacht“ zu sorgen haben.⁸⁸ Das ist wahrlich keine leichte Aufgabe.

4. Fazit

Die richtige Einordnung des Verhaltens staatlicher Akteure und öffentlicher Unternehmen ist eine hohe Kunst, denn der Grat zwischen einer hoheitlich einzuordnenden Tätigkeit und einem unternehmerischen Handeln, das vom Kartellrecht erfasst wird, ist mitunter schmal. Die Bestimmung des Verhältnisses des Regulierungsrechts in den Sektoren der Daseinsvorsorge zum Kartellrecht ist ebenso spannend wie stets aktuell. Es ist daher eine Daueraufgabe der Rechtsprechung und der Wissenschaft, zur Klärung dieses Verhältnisses beizutragen.

Literaturverzeichnis

- Ante, Johann, Die kartellrechtliche Kontrolle von Energienetzentgelten, Diss. Tübingen 2021 (im Erscheinen).
- Callies, Ralf/Ruffert, Christian, EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 5. Auflage, München 2016.
- Czettritz, Peter von, Urt. v. 10.2.2021 – 37 O 15721/20, PharmR 2021, 364, PharmR 2021, 374 f.
- Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Werkstand: 99. EL März/April 2021.
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin, Das Recht der Europäischen Union, Werkstand: 72. EL Februar 2021.
- Hayek, Friedrich August von, Die Verfassung der Freiheit, 4. Auflage, Tübingen 2005 (hrsg. von Alfred Bosch und Reinhold Veit).
- Höppner, Thomas, Wer Gesundheit googelt, soll beim Gesundheitsminister landen? NetDoktor vs. Bund & Google, NZKart 2021, 207.
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage, Band 1: EU. Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, München 2019 ff. (hrsg. von Torsten Körber, Heike Schweitzer und Daniel Zimmer).
- Kendziur, Daniel, Anmerkung zu LG München I, Urt. v. 10.2.2021 – 37 O 15721/20, 37 O 15720/20, GRUR-RS 2021, 1338 und GRUR-RS 2021, 1339, GRUR-Prax 2021, 123.
- Kling, Michael/Dally, Christoph, Staatliches Handeln und Kartellrecht, ZWeR 2014, S. 3–31.
- Kling, Michael, Hoheitliche versus wirtschaftliche Betätigung des Staates – Zur Anwendbarkeit des Kartellrechts auf staatliches Handeln –, NZKart 2017, S. 611–618.
- ders., Kartellrechtliche Aspekte der Koordination des Marktverhaltens öffentlicher Auftraggeber, in: Schriftenreihe des forum vergabe e.V., Jahrbuch 2019, Bd. 66, Berlin 2020, S. 141–154.
- ders., Die Bedeutung des Kartellrechts für das modernisierte Vergaberecht, in: Festschrift für Gerhard Wiedemann zum 70. Geburtstag, München 2020, S. 948–963.

88 OLG Düsseldorf, 1. Kartellsenat, (Vorlage-)Beschluss v. 24.3.2021 – Kart 2/19 (V), NZKart 2021, 306 – Facebook Datenschutzvorlage.

- ders., Staatliches Handeln, Daseinsvorsorge und Kartellrecht, Monographie, Schriftenreihe des Forschungsinstitutes für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb (FIW) e.V., Bd. 248, Köln 2014.
- ders., Vergaberecht und Kartellrecht: Eine Analyse der Entscheidungspraxis im Zeitraum 2015 – 2018, NZBau 2018, 715–722.
- ders., Die Rechtskontrolle von Netzentgelten im Energiesektor, Tübingen 2013.
- Lange, Knut Werner, Kartellrechtlicher Unternehmensbegriff und staatliches Wirtschaftshandeln in Europa, WuW 2002, 953–961.
- Lichtenberg, Tim, Googles Knowledge Panels nach der 10. GWB-Novelle, NZKart 2021, 286–290.
- Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl/Riesenkampff, Alexander/Kersting, Christian/Meyer-Lindemann, Hans-Jürgen, Kartellrecht: Kommentar zum Deutschen und Europäischen Recht, 4. Auflage, München 2020.
- Lorenz, Luisa, Knowledge-Panels: Exklusive staatliche Google-Gesundheits-Infoboxen als wettbewerbskonformes Mittel gegen Desinformation?, jurisPR-ITR 7/2021 Anm. 6.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim/Schweitzer, Heike, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, München 2014.
- Möschel, Wernhard, Geistige Umnachtung im Kartellrecht, FAZ Nr. 39 v. 15.2.2007, S. 12.
- Möschel, Wernhard, Kartellrecht in Deutschland seit Stein-Hardenberg – Eine Reminiszenz, NZKart 2014, 42–47.
- Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), 3. Auflage, Band 1: Europäisches Wettbewerbsrecht, München 2020.
- Rittner, Fritz, Die Ausschließlichkeitsbindungen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, DB 1957, 1091–1095 und 1118–1123.
- Röpke, Jochen, Eine Wettbewerbspolitik des „Als-ob“ führt zu behördlicher Willkür, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 26.2.1974, S. 14.
- Rössel, Markus, Anmerkung zu Landgericht München I, Urt. v. 10.2.2021 – 37 O 15720/20, IRTB 2021, 83–85.
- Roth, Wulf-Henning, Zum Unternehmensbegriff im europäischen Kartellrecht, in: Festschrift für Bechtold, München 2006, S. 393–408.
- Wagner, Christian, Jäher Fall ins Wettbewerbsrecht, NZKart 2021, 411–413.
- Weiß, Carsten, Der Unternehmensbegriff im europäischen und deutschen Kartellrecht, Baden-Baden 2012.
- Wiedemann, Gerhard, Handbuch des Kartellrechts, 4. Auflage, München 2020.
- Wimmer, Norbert/Nawrath, Katharina, Anmerkung zu einer Entscheidung des LG München I, Urteil vom 10.2.2021 – 37 O 15720/20 – Zur kartellrechtswidrigen Kooperation des Bundesgesundheitsministeriums mit Google beim Gesundheitsportal des Bundes, MMR 2021, 435–437.

Das dreifache Leben der Gertrud Bäumer

Frauenbewegung – Politik – Literatur

Hans Hugo Klein

Abstract Deutsch

Gertrud Bäumer, bis in die 60er-Jahre des vergangenen Jahrhunderts vielgelesene Autorin bedeutsamer historischer Romanbiographien, ist heute nur noch wenigen bekannt. Dabei gebührt ihr durchaus ein Platz in der deutschen Geschichte der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts. In fast noch jugendlichem Alter hat sie sich der bürgerlichen deutschen Frauenbewegung angeschlossen, dort alsbald eine führende Rolle gespielt, war 1919 bis 1932 für die Deutsche Demokratische Partei (DDP) Mitglied der Weimarer Nationalversammlung und des Reichstags und (was damals möglich war) gleichzeitig in leitender Funktion im Reichsministerium des Innern tätig und schließlich, nachdem ihr in der Zeit des „Dritten Reiches“ politisches Wirken weitestgehend versagt war, eine überaus erfolgreiche Schriftstellerin. Ich schildere zunächst ihren Lebenslauf, wende mich dann ihrem Wirken in der Frauenbewegung und in der Politik zu und beschäuf-tige mich abschließend mit der Schriftstellerin *Gertrud Bäumer*.

Abstract English

Gertrud Bäumer, until the 1960s a widely read author of important historical novel biographies, is known to only a few people today. Yet she certainly deserves a place in the German history of the first half of the 20th century. From 1919 to 1932, she was a member of the Weimar National Assembly and the Reichstag for the German Democratic Party (DDP) and (as was possible at the time) simultaneously held a leading position in the Reich Ministry of the Interior. Finally, after she was largely denied political activity during the “Third Reich”, she became an extremely successful writer. I will first describe her life, then turn to her work in the women’s movement and in politics, and finally deal with the writer Gertrud Bäumer.

1. Biographie

Gertrud Bäumer wurde als ältestes von drei Kindern am 12.9.1873 in Hohenlimburg im Sauerland geboren.¹ Ihr Vater *Emil Bäumer* war, wie eine ganze Generationenfolge ihrer Vorfahren, protestantischer Geistlicher, der an rasch wechselnden Orten, in Pommern an der Odermündung, im Ruhrgebiet und in Halle seinen Dienst versah. Die Familie folgte, wie es damals selbstverständlich war, seinen Wegen. Er starb früh, 1883 im Alter von 38 Jahren, als Tochter *Gertrud* gerade zehn Jahre alt war. Ihre Mutter zog daraufhin mit den drei Kindern ins Haus der Großmutter in Halle, wo *Gertrud* fortan eine behütete Kindheit in altpreußischer Nüch-

1 Zum Folgenden: Gertrud Bäumer, *Lebensweg durch eine Zeitenwende*, 1933; dies., *Im Licht der Erinnerung*, 1953.

ternheit verlebte. Der Lebensstil war puritanisch, nicht nur, wenngleich sicher auch aus Mangel an materiellen Mitteln. *Gertrud Bäumer* hat unter der geistigen Selbstgenügsamkeit der mütterlichen Verwandtschaft, in deren Mitte sie aufwuchs, wohl gelitten. In Halle besuchte sie die „Höhere Töcherschule“ und absolvierte danach das Lehrerinnenseminar in Magdeburg, denn sie wollte und musste aus wirtschaftlichen Gründen Lehrerin werden, es war dies einer der wenigen Frauen damals offestehenden Berufe – außerhalb der Fabrik.

Nach Abschluss ihrer Ausbildung wirkte *Bäumer* dann an Volksschulen in Halberstadt, Kamen (Westfalen) und Magdeburg als Lehrerin (ihr Jahresgehalt belief sich auf 980 Mark), wo sie mit den Problemen der Industrialisierung konfrontiert wurde. In diese Zeit fällt ihr erster Kontakt zu dem 1890 gegründeten Allgemeinen Deutschen Lehrerinnenverein (ADLV), der sich, mit mittelfristigem Erfolg, für eine der der Jungen gleichwertige Ausbildung der Mädchen einsetzte.² Mädchen, es ist kaum zu glauben, durften in Preußen noch in den 90er-Jahren des 19. Jahrhunderts keine Gymnasien besuchen.

Im Vorstand des ADLV war u.a. dessen Mitbegründerin *Helene Lange* (1848–1930), die zu den führenden Persönlichkeiten der bürgerlichen Frauenbewegung gehörte. *Gertrud Bäumer* traf mit ihr 1896/97 erstmals zusammen. Es war eine für *Bäumer* in jeder Hinsicht schicksalhafte Begegnung. *Bäumer* wurde 1898 *Helene Langes* engste Mitarbeiterin, nicht zuletzt bei der Herausgabe der Zeitschrift „Die Frau“, die 1893 bis 1944 erschienen ist. *Lange* gewann *Bäumer* für das langjährige hauptberufliche Engagement in der Frauenbewegung, und beide bezogen 1901 eine gemeinsame Wohnung in Berlin. Ihre Lebensgemeinschaft bestand bis zu *Langes* Tod 1930.³

Neben ihrer beruflichen Tätigkeit setzte *Gertrud Bäumer* ihre Ausbildung fort. Sie konnte – ohne eine förmliche Immatrikulation, die nicht zulässig war, mit Erlaubnis des Dozenten – an der Berliner Universität Theologie, Germanistik, Philologie und Nationalökonomie studieren. Erst 1908 wurde in Preußen die Immatrikulation von Frauen erlaubt. Ihr Studium schloss *Gertrud Bäumer* 1904 mit der Promotion ab. Thema ihrer Dissertation war *Goethes* 1773 entstandenes, erst 1817 gedrucktes, von ihm selbst so genanntes Fastnachtsspiel⁴ „Satyros oder der vergötterte Waldteufel“. *Goethe* hat *Bäumer* während ihres ganzen Lebens immer wieder beschäftigt, so etwa in ihrem 1910 erschienenen Werk „Die soziale Idee in den Weltanschauungen des 19. Jahrhunderts. Die Grundzüge der modernen Sozialphilosophie“. *Goethe* wird hier als Vertreter einer sozialen Ordnung vorgestellt, in welcher der Mensch durch Arbeit seinem Leben Gestalt gibt, wie es beispielhaft im Handwerk geschieht. Die heraufziehende Industrialisierung droht die im Handwerk gegebene Ganzheit des Lebens zu zerstören. „Dieser schöne Begriff von Macht und Schranken, von Willkür / und Gesetz, von Freiheit und Maß, von beweglicher Ordnung, / Vorzug und Mangel“, den *Goethe* in der „Metamorphose

2 Vgl. E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Band IV, S. 921.

3 Vgl. A. Schaser, Helene Lange und Gertrud Bäumer. Eine politische Lebensgemeinschaft, 2. Aufl., 2010.

4 Dichtung und Wahrheit, 13. Buch.

5 G. Bäumer, Goethes Satyros, 1905.

der Tiere“ der Natur abgelauscht hat, ist ihm auch das Maß des Menschen. Es folgte ein Buch über „Goethes Freundinnen“ (1909) und gegen Ende ihres Lebens (1950) die kleine Schrift „Das geistige Bild Goethes im Licht seiner Werke“, die sie dem Bundespräsidenten *Theodor Heuß* gewidmet hat, „eingedenk der entscheidenden Einwirkungen, die wir gemeinsam jahrelang durch unseren geistigen Führer Friedrich Naumann erlebten“.

Nachhaltig gefördert durch *Helene Lange* – mit ihr gemeinsam hat sie das von 1901 bis 1906 erscheinende fünfbändige „Handbuch der Frauenbewegung“⁶ herausgegeben – nahmen Engagement und Einfluss *Gertrud Bäumers* im Bund Deutscher Frauenvereine kontinuierlich zu. 1910 übernahm sie den Vorsitz, den sie bis 1919 innehatte. Auch danach blieb sie einflussreich. Der Schwerpunkt ihrer Tätigkeit verlagerte sich allerdings jetzt in die Politik. Seit 1906 war sie *Friedrich Naumann* (1860–1919)⁷ eng verbunden, dem evangelischen Theologen, der 1896 den Nationalsozialen Verein gegründet hatte, welcher sich einerseits zum „nationalen Machtstaat“ und andererseits zu einem „christlichen Sozialismus“ bekannte, zur sozialen Überwindung des kapitalistischen Individualismus. Politisches Ziel war ein Brückenschlag zwischen Sozialdemokraten und Liberalen, eine „Zukunftsmehrheit von Bebel bis Bassermann“, wie *Naumann* schrieb.⁸ Auf hier nicht nachzuzeichnenden Umwegen kam es 1910 zur Bildung der Fortschrittlichen Volkspartei, in der sich mehrere links-liberale Strömungen zusammenfanden. Die Partei errang in den Reichstagswahlen 1912 zwar nur 42 Mandate, bildete aber das Zünglein an der Waage, da sie zusammen mit dem Zentrum entweder der Sozialdemokratie oder den Rechtsparteien zur Mehrheit verhelfen konnte.⁹ *Naumann* war Mitglied des Reichstags von 1907 bis 1912 und von 1913 bis 1918. *Gertrud Bäumer* übernahm 1912 als verantwortliche Redakteurin den Kulturteil von *Naumanns* Zeitschrift „Die Hilfe“, deren alleinige Herausgeberin sie nach *Naumanns* Tod 1919 vorübergehend war. Nachdem das Reichsvereinsgesetz vom 19.4.1908 (RGBl. S. 151)¹⁰ „alle(n) Reichsangehörige(n)“, also auch Frauen, das Recht eingeräumt hatte, „Vereine zu bilden“, traten *Helene Lange* und *Gertrud Bäumer Naumanns* damaliger Partei, der Freisinnigen Vereinigung, bei. Nach der Revolution scheiterte die Bildung einer liberalen Einheitspartei: die Fortschrittliche Volkspartei ging in der Deutschen Demokratischen Partei (DDP) auf, die Nationalliberalen fanden sich in der Deutschen Volkspartei zusammen, in der sehr bald *Gustav Stresemann* zur führenden Figur aufstieg.¹¹

Die DDP, zu der sich auch *Gertrud Bäumer* bekannte, sie war von 1920 bis 1930 deren stellvertretende Vorsitzende, stand für eine auf dem Privateigentum beruhende Wirtschaftspolitik, eine aktive Sozialpolitik und eine selbstbewusste Außen-

6 Nachdruck 1980.

7 T. Heuß, Friedrich Naumann: der Mann, das Werk, die Zeit, 1937: vgl. auch E. Eppler, Der linke Liberale in: Frankfurter Rundschau vom 16.2.2011.

8 In: Die Hilfe vom 4. April 1909, S. 211.

9 Huber (Fn. 2), S. 90 f.

10 Text bei E. R. Huber, Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Band II, Nr. 251.

11 E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, V. Band, S. 973 ff.

politik – in den Worten *Naumanns*: für einen „vaterländischen Sozialismus auf christlicher Grundlage“. Am 19.1.1919 wurde die Nationalversammlung nach den Grundsätzen des Verhältniswahlrechts (ohne Sperrklausel) gewählt. Durch Verordnung des Rates der Volksbeauftragten vom 30.11.1918 war das Frauenwahlrecht eingeführt worden. Nach dem Wahlergebnis entfielen auf die DDP 75 von 423 Mandaten, eines davon errang *Gertrud Bäumer*. Bei den folgenden Reichstagswahlen erlitt die DDP eine Niederlage nach der anderen,¹² nicht zuletzt wegen wiederkehrender interner Spannungen. Im Juli 1930 schloss sich die DDP unter aktiver Beteiligung *Bäumers* mit dem „Jungdeutschen Orden“, einer national orientierten, aber keineswegs rechtsextremen, dem Brünningschen Präsidialsystem zugehörigen Vereinigung zur Deutschen Staatspartei zusammen, in der allerdings vergeblichen Hoffnung, so Zugang zur jungen Wählerschaft zu finden. *Gertrud Bäumer* behielt ihr Mandat bis zu den Juliwahlen 1932. Eine Reihe ihrer ehemaligen Fraktionskollegen ist auch nach dem 2. Weltkrieg wieder politisch hervorgetreten: *Theodor Heuß*, *Hermann Höpker-Aschoff*, *Ernst Lemmer*, *Marie-Elisabeth Lüders*, *Reinhold Maier*. Sowohl in der Nationalversammlung als auch im Reichstag hat *Gertrud Bäumer* häufig das Wort ergriffen – zu den unterschiedlichsten Themen: von der Außenpolitik über Finanzausgleich und Beamtenrecht bis zur Strafbarkeit gewerbsmäßiger Unzucht. Interessant ist, dass sie dabei gelegentlich nicht als Abgeordnete sondern als Beamtin des Reichsinnenministeriums sprach, in dessen Namen also parlamentarische Anfragen beantwortete. Denn von 1920 bis zu ihrer Entfernung aus dem Dienst durch die Nationalsozialisten 1933 war *Gertrud Bäumer* Ministerialrat (nicht etwa: Ministerialrätin) im Reichsministerium des Innern und in dieser Funktion zuständig für Fragen der Jugendwohlfahrt und der Schule. Inkompatibel waren parlamentarisches Mandat und Exekutivamt damals nicht.

In der Zeit der Naziherrschaft und danach – sie war „mit Pension und auch unter Anrechnung meiner früheren Lehrerinnenzeit“¹³ materiell versorgt, also einigermaßen glimpflich davongekommen – entwickelte sich *Gertrud Bäumer* zu einer vielgelesenen Schriftstellerin. Sie starb am 25. März 1954 in Bethel. Auf dem dortigen Friedhof befindet sich ihr Grab.

2. Frauenbewegung und Politik

Es ist die Zeit um 1848/49, die die Frauen in Deutschland sich ihrer geistigen Proletarisierung bewusst werden ließ. *Louise Otto-Peters* (1819–1899) gründete 1849 die „Frauen-Zeitung“ unter dem Motto „Dem Reich der Freiheit werb' ich Bürgerinnen“, und zehn Jahre später entstand, von Großherzogin Luise von Baden tatkräftig unterstützt, der Badische Frauenverein. Immerhin waren schon in den 20er Jahren des 19. Jahrhunderts viele Frauen unter den Hörern von *Alexander von Humboldts* Berliner Vorträgen gewesen – und *Humboldt* war nicht nur ein genialer Naturforscher, sondern auch ein liberaler Denker. „Mit dem Wissen kommt

¹² E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, VI. Band, S. 209 ff.

¹³ G. Bäumer in einem Brief vom 28. April 1933, zit. nach Wikipedia.

Die „proletarische“, vor allem in die Sozialdemokratie eingebettete Frauenbewegung fand – vor allem seit *August Bebels* 1879 erschienenem Buch „Die Frau und der Sozialismus“ – in der arbeitenden Bevölkerung, die in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts schon zu einem großen Teil aus Frauen bestand, breiten Widerhall. Wichtige Repräsentantinnen waren *Rosa Luxemburg* (1871–1919) und *Klara Zetkin* (1857–1933), die sich beide in der Zeit des 1. Weltkriegs von den Mehrheitssozialdemokraten trennten und an der Gründung des Spartakusbundes beteiligt waren. Ihre Bestrebungen unterschieden sich von denen der bürgerlichen Frauenbewegung deutlich. Deren Bemühungen richteten sich vornehmlich auf gleichen Zugang von Frauen zu Bildung und Beruf, den sozialistischen Organisationen ging es demgegenüber vor allem um die Rechte und den Schutz der Arbeiterinnen: gleicher Lohn für gleiche Arbeit, Arbeitsschutz und Frauenwahlrecht – dieses forderte zwar auch die bürgerliche Frauenbewegung, aber nur als Endpunkt einer Entwicklung, die sich innerhalb des bestehenden gesellschaftlichen Systems vollziehen sollte. Die Vertreterinnen der proletarischen Bewegung bevorzugten hingegen eine revolutionäre Umwälzung der gesellschaftlichen Verhältnisse, weil sie im Sinne des orthodoxen Marxismus die mangelnde Gleichberechtigung der Frau als ein Produkt der herrschenden sozialen und ökonomischen Bedingungen und deren Beseitigung als notwendige Voraussetzung der Herstellung der Gleichheit der Geschlechter betrachteten.

Auch im BDF gab es Meinungsverschiedenheiten zwischen eher konservativen und radikaleren, primär auf die politische Gleichberechtigung der Frau ausgerichteten Bestrebungen. Jene, angeführt von *Helene Lange* und ihrer Vertrauten *Gertrud Bäumer*, setzten sich durch. *Gertrud Bäumer* zumal wollte die Frauenbewegung nicht auf „Frauenrechtlerinnen“ reduziert wissen.²¹ Natürlich erstrebte auch sie die volle staatsbürgerliche und rechtliche Gleichstellung von Mann und Frau. Aber sie setzte beide nicht gleich. Vielmehr wies sie ihnen unterschiedliche Rollen in der Gesellschaft zu. Die Frau war ihrer Meinung nach kein Mann in anderer Gestalt. Auch das Frauenleben sollte „unter das große Ideal Kants und Fichtes von der sittlichen Selbstbestimmung des innerlich freien Menschen“ gestellt werden.²² Die Frau habe Anspruch auf gleichberechtigte Mitgestaltung der Kultur, auf Bildung und gemeinschaftsbezogene Leistung. Der Wille der Frau, schrieb *Bäumer* in ihrem Essay „Die Frau im deutschen Staat“ (1932), sei nicht „individualistisch-emanzipatorisch, sondern vom Bewusstsein sozialer Bindung und biologischer Einordnung in die auf- oder absteigende Generationenkette erfüllt“. Ihre rechtliche Gleichstellung ziele nicht darauf, „sie aus der sachlichen Bindung an die Verantwortungen von Ehe und Mutterschaft zu entlassen“. Der Krieg offenbarte in *Bäumers* Augen die spezifischen Unterschiede weiblicher und männlicher Mitwirkung am Wohlergehen des Volkes. Während die Männer den Feind bekämpften, erfüllten die Frauen ihre nationale Pflicht an der Heimatfront. *Helene Lange* prägte dafür den später seiner Missverständlichkeit wegen wieder aufgegebenen Begriff der „geistigen“ oder „organisierten Mütterlichkeit“. So war es folgerichtig,

21 G. Bäumer, *Lebensweg durch eine Zeitenwende*, 1933, S. 183.

22 G. Bäumer, *Die Frau in Volkswirtschaft und Staatsleben der Gegenwart*, 1914, S. 261.

dass sich der BDF unter der Führung *Gertrud Bäumers* vor allem in der Organisation der gleichwertigen Eingliederung der Frauen in Arbeitswelt und Volk engagierte, um auf diese Weise die „Idee der mitverantwortlichen Bürgerin“ durchzusetzen. Im August 1914 rief der BDF den Nationalen Frauendienst ins Leben, der sich um die Verteilung von Lebensmitteln kümmerte, um die Fürsorge für Familien, um die Vermittlung von Arbeit für Frauen.²³ *Marie-Elisabeth Lüders* leitete von 1916 bis 1918, vom BDF nachhaltig unterstützt, die Zentrale für Frauenarbeit im Kriegsamt des preußischen Kriegsministeriums.²⁴

Gertrud Bäumer war eine überzeugte Patriotin. An ihrer nationalen Gesinnung war kein Zweifel. Mit der großen Mehrheit sah sie die Frauen im August 1914 als Teil eines angegriffenen Volkes, das im Überlebenskampf zur Einheit finden sollte. Diese natürliche Aufgabe erschien ihr wichtiger als Frauenrechtlerum und der Internationalismus der Frauenbewegung.²⁵ Pazifismus war ihr fremd. Aber sie stritt für einen friedlichen Wandel der Gesellschaft und diplomatische Lösungen in der Außenpolitik. Ihr Engagement in der links-liberalen, national-sozialen DDP der Nachkriegsjahre lag ganz auf dieser Linie. Die DDP bildete mit SPD und Zentrum die „Weimarer Koalition“. Mit der großen Mehrheit ihrer Fraktionsgenossen stimmte *Gertrud Bäumer* aber am 22.6.1919 gegen das Versailler „Friedensdiktat“, das vor allem mit den Stimmen von SPD und Zentrum angenommen wurde. Grund der Ablehnung waren vor allem der Kriegsschuldartikel 231, in dem Deutschland anerkannte, dass es für alle Verluste und Schäden der Kriegsgegner verantwortlich sei, und die Artikel 227 bis 230 des Vertrags über die Auslieferung des Kaisers und weiterer Politiker und Soldaten zur Strafverfolgung wegen angeblicher Kriegsverbrechen.²⁶ Es scheint, als habe *Gertrud Bäumer* die Demütigung, die der Versailler Vertrag Deutschland zufügte, nie verwunden. Mit dem Nationalsozialismus hat sie gleichwohl nie wirklich sympathisiert, wenn sie sich auch wie viele andere, die am Gelingen der parlamentarischen Demokratie verzweifelten, zeitweilig von seinen Vorstellungen über die Wiederherstellung von Deutschlands Größe wohl hat verführen lassen. Die ursprünglich von *Naumann* konzipierte Idee einer national-sozialen Politik des Kreises um *Gertrud Bäumer* unterschied sich vom Nationalsozialismus dadurch, dass sie unlöslich mit der Demokratie verbunden war. Der Nationalsozialismus war für *Gertrud Bäumer* „eine Macht, die auf Kosten der Achtung vor dem lebendigen Gewissen des Einzelnen und durch gewaltsame Stilllegung aller anderen Anschauungen den Staatsbürger durch den politischen Soldaten ersetzen will – etwas im tiefsten Kern Undeutsches, Ungermanisches“.²⁷ *Hitler* war für sie ein „hysterischer Schaumschläger“.²⁸

23 Karl (Fn. 15), S. 91 f.

24 Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, V. Band, S. 91 Fn. 90.

25 A. Schaser, „Corpus mysticum“. Die Nation bei Gertrud Bäumer in: Frauen und Nation, 1996, S. 118 ff (125).

26 Vgl. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, VI. Band, S. 1177.

27 Die Hilfe vom 20. September 1930, S. 938.

28 G. Bäumer, Grundlagen demokratischer Politik, 1928, S. 75. – In ihrem 2021 posthum erschienenen „Tagebuch 1940–1945“ (vollständiger Titel: „Denken ist heute überhaupt

Im Reichstag war die DDP ungeachtet ihrer rückläufigen Mandatszahl und trotz einer Reihe innerparteilicher Querelen²⁹ über lange Zeit eine Stütze der häufig wechselnden Regierungen. In den verschiedenen Kabinetten war sie beispielsweise durch *Walter Rathenau* und *Otto Geßler*, den langjährigen Reichswehrminister, vertreten. Zu den Gegenständen, die innerhalb der DDP zu tiefgreifenden Konflikten und immer wieder zu Parteiaustritten führten, gehörte das von Reichsinnenminister *Külz*, einem Mitglied der Partei, vorgelegte Gesetz über die Bekämpfung der Schmutz- und Schundliteratur, das in Art. 118 WRV vorgesehen war; der Streit um die Fürstenenteignung, der zum Austritt des Mitbegründers der DDP *Hjalmar Schacht* geführt hat, und der Streit um die Wehrpolitik, in dem der Hamburger Jungdemokrat *Erich Lüth*, Jahre später Auslöser eines wichtigen Urteils des Bundesverfassungsgerichts,³⁰ vergeblich für ein Recht auf Kriegsdienstverweigerung eintrat. *Gertrud Bäumer* gehörte zum regierungsnahen Flügel ihrer Partei. In besonderer Weise beteiligt war sie am Zustandekommen des Jugendwohlfahrtsgesetzes vom 9.7.1922, das am 1.4.1924 in Kraft getreten ist. Sie war Mitherausgeberin und Co-Autorin eines Kommentars zu diesem Gesetz.³¹ Von 1926 bis 1933 war *Bäumer* Mitglied der deutschen Delegation beim Völkerbund in Genf. Ihr Wirken hat sie selbst³² unter das ursprünglich *J. G. Fichte* in den Mund gelegte Wort gestellt: „Und handeln sollst du so, als hinge / von dir und deinem Tun allein / das Schicksal ab der deutschen Dinge / und die Verantwortung wär' dein.“³³

nicht mehr Mode“) zitiert *Anna Haag* (1888–1982) ohne Quellenangabe „aus einem Artikel Gertrud Bäumers“ unter dem „8.2.43“. Das Zitat lautet: „[...] Wir Frauen verstehen die große geschichtliche Notwendigkeit dieses Kampfes, und wir danken Gott, dass unser Vaterland das höchste, unbestreitbare Recht, das es in einer solchen Auseinandersetzung der Völker gibt, für sich hat: das Recht, seiner machtvoll aufsteigenden Entwicklung, seiner Leistungen, seiner bewiesenen Fähigkeiten, das Recht dessen, dem eine Übermacht gütigste, unbestreitbare Menschheitskräfte brachlegen will [...]. Wir deutschen Frauen sind mit jeder Liebe und jedem Hass [...] ein Teil unseres Landes [...]. Nie erschien uns die Kraft der deutschen Männer herrlicher als in der Todesbereitschaft dieser Schicksalsstunde [...]“ *Haag* kommentiert *Bäumers* (aus heutiger Sicht befremdliche) Äußerung u.a. mit dem Satz: „Ich hatte gehofft, die Schande des Nationalsozialismus werde diese Frau von ihren früheren nationalsozialistischen und militaristischen Idealen kurieren.“ *Haag* irrt. *Gertrud Bäumer* hat, soweit ersichtlich, solchen „Idealen“ niemals angehangen. Die zitierte Äußerung belegt freilich ihre bekannte, offenbar auch noch im vierten Kriegsjahr ungebrochene vaterländische Gesinnung, die zum damaligen Zeitpunkt von den meisten Deutschen geteilt worden sein dürfte. Man erinnere sich: Erst 40 Jahre nach Kriegsende konnte *Richard von Weizsäcker*, Bundespräsident der Bundesrepublik Deutschland, die Kapitulation von 1945 als Akt der Befreiung bezeichnen!

29 Huber (Fn. 26), S. 215.

30 BVerfGE 7, 198.

31 G. Bäumer u.a., Das Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt, 1923.

32 Vgl. Schaser (Fn. 25), S. 120.

33 Der Text stammt von *A. Matthäi* (1855–1924).

3. Die Schriftstellerin

Schon vor der Veröffentlichung ihrer Dissertation im Jahr 1905 hat *Gertrud Bäumer* in dem von ihr mitherausgegebenen großen „Handbuch der Frauenbewegung“³⁴ in dessen erstem Band über die Geschichte der Frauenbewegung in Deutschland geschrieben. Neben den ungezählten Artikeln in der Zeitschrift „Die Hilfe“ hat sie in der Zeit vor und nach dem 1. Weltkrieg eine große Zahl von Sachbüchern publiziert,³⁵ die aus ihrer Tätigkeit in der Frauenbewegung und in der Politik hervorgingen, wie z.B. das schon erwähnte Werk über die soziale Idee in den Weltanschauungen des 19. Jahrhunderts (1910), Grundlagen demokratischer Politik (1928) und Die Frau im deutschen Staat (1932). Die großen schöngeistigen Werke der Schriftstellerin *Gertrud Bäumer* gehören freilich der Zeit des erzwungenen Ruhestandes an. In der Mitte ihres literarischen Schaffens stand das hohe Mittelalter. Die bevorzugte Form ihrer Geschichtsschreibung war die Biographie oder besser: der biographische Roman, zuweilen der Essay, in denen sie sich Person und Wirken ihres Gegenstandes verstehend und deutend zu nähern versuchte. In einer Würdigung ihrer Schriftstellerkollegin *Ricarda Huch* schrieb *Gertrud Bäumer*: „Geschichtliches Verstehen ist immer intuitiv, die Wissenschaft trägt den Stoff zusammen – alles andere ist dann kaum noch Erkenntnis, sondern Schau und Formung“, „epische Dichtung“.³⁶ Treffender kann man auch *Bäumers* eigene Geschichtsschreibung nicht kennzeichnen. Sie fußt indes stets auf einer genauen Kenntnis der vorhandenen Quellen. Nur wo die Überlieferung lückenhaft war, blieb Raum für *Bäumers* reiche Phantasie. Immer wieder überrascht ihre umfassende Kenntnis allen ihre Themen betreffenden Schrifttums. Ihre Bildung war stupend.

In „Der Berg des Königs“ schreibt *Gertrud Bäumer* die Geschichte der Langobarden, ein lange vernachlässigtes Zeitalter germanischer Stammesgeschichte, das mit der Gründung des langobardischen Königreichs 568/69 in der Hauptstadt Pavia begann und mit dessen Unterwerfung durch *Karl den Großen* 774 endete. *Bäumers* Werk war wegweisend, insofern es ihr als einer der ersten gelang zu zeigen, dass die Herrschaft der Langobarden keine Zeit der Barbarei gewesen ist, wie man lange gemeint hat. Die im 7. Jahrhundert unter König *Rothari* entstandenen *Leges Langobardorum* sind, wie man heute weiß und eben auch *Gertrud Bäumer* wusste, eines der bedeutendsten germanischen Volksrechte.

Bäumers wohl umfangreichstes historiographisches Werk ist *Dante* (1265–1321) gewidmet, dem Dichter der Göttlichen Komödie.³⁷ Sie schildert in dichterischer Freiheit seine Knabenjahre, seine Liebe zu Beatrice Portinari (vielleicht nur eine literarische Fiktion), sein politisches Engagement in den unübersichtlichen und Spannungsgeladenen Wirren seiner Heimatstadt Florenz (hin- und hergerissen nicht nur zwischen Guelfen und Ghibellinen, Kaiser und Papst, den Königen von Frank-

34 S.o. zu Fn. 6.

35 Leider fehlt eine vollständige Bibliographie.

36 In: *Gestalt und Wandel der Frau*, 2. Band, 1959, S. 380 ff.

37 *Die Macht der Liebe*, 1941. S.a. G. Bäumer, *Die drei göttlichen Komödien des Abendlandes*. Wolframs Parsifal, Dantes Divina Commedia, Goethes Faust, 1949.

reich und Neapel), die langen Jahre des Exils (in denen ihm in Florenz der Scheiterhaufen drohte), und sie erzählt schließlich das Entstehen der größten Schöpfung des Dichters *Dante Alighieri* und seinen Tod in Ravenna, seinem letzten Zufluchtsort, wo er begraben liegt.

Dante, um dies exkursweise anzumerken, war ein scharfer Gegner des Papstes *Bonifaz VIII.* (1294–1303), der u.a. durch seine Bulle *Unam Sanctam* bekannt geworden ist, in der er mit erhabener Klarheit die kirchliche Lehre von der Oberhoheit des Nachfolgers Petri über alle weltliche Herrschaft in geistlicher und zeitlicher Hinsicht postulierte. Das Ende dieses Papstes entbehrte nicht der Tragik. Seine Feinde waren zahlreich. Seit er sich mit Frankreich überworfen hatte, waren sie vor allem dort zu finden. Franzosen waren es denn auch, die ihn am 9.9. 1303 überfielen und für die Dauer von zwei Tagen gefangen setzten. Dieser Schlag traf ihn hart, er brach zusammen und starb kurz darauf. *Dante*, der ihn hasste und in seiner *Divina Commedia* als „Knecht aller Knechte“³⁸ und „Fürsten der neuen Pharisäer“ geißelte und ihn „fieberhafter Herrschsucht“ beschuldigte³⁹, war gleichwohl über die dem Papst angetane Schmach aufs tiefste empört: er sah Christus selbst in seinem Stellvertreter gefangen und zum zweiten Mal Marter und Kreuzestod erleiden:

Das alt und neue Weh zu überbieten,
seh ich das Lilienbanner in Anagni
und Christum selbst in seinem Stellvertreter
zum zweitenmal erhascht, verhöhnt, getränkt
mit Essig und mit Galle, zwischen Schächern
gekreuzigt ...⁴⁰

*Gertrud Bäumer*s besonderes Interesse galt den Ottonen, den Sachsenkaisern des 10. und des beginnenden 11. Jahrhunderts, und mit ihnen *Adelheid von Burgund*, der Gemahlin *Ottos des Großen* und – in der Zeit der Unmündigkeit ihres Enkels *Ottos III.* – zeitweilige Regentin des Reiches, heiliggesprochen rund 100 Jahre nach ihrem Tod im Jahr 1097. Ihr Gedenktag ist der 16. Dezember, weshalb eine alte Bauernregel sagt: „Um die Zeit von Adelheid, da macht sich gern der Winter breit.“ Zwei große Romane sind diesem Gegenstand gewidmet.⁴¹ *Bäumer* lässt vor uns die der Politik der Ottonen in sich wandelnder Form zugrunde liegende Reichsidee erstehen, die, beruhend auf Kräften, die unvergänglich sind, das „Reich“ als Zusammenfassung der Völker unter dem Wahrzeichen des Kreuzes begriff. Der Idee des Reichs sei die Gewinnung der Feinde des Christentums eingestiftet, wofür die Ostpolitik der Ottonen wie noch der Welfen und Staufer beispielhaft steht. Nichts anderes habe *Otto III.* in seinem Traum von der (in den Quellen un-

38 Hölle 15. Gesang.

39 Hölle 27. Gesang.

40 Fegefeuer 20. Gesang.

41 *Adelheid* – Mutter der Königreiche, 1936; *Der Jüngling im Sternenmantel*. Größe und Tragik Ottos III., 1939. S.a. die Novelle „Otto I. und Adelheid“, 1951, und den Essay „Die Reichsidee bei den Ottonen. Heinrich I. und Otto der Große. Otto III. und Heinrich II.“, 1946.

deutlich bleibenden⁴²) renovatio imperii Romanorum (mit der Hauptstadt Rom!) vorgeschwebt, der auch der Politik seines realistischeren Nachfolgers *Heinrich II.* zugrunde gelegen haben soll. „Die Reichsidee der Ottonen“, schreibt *Bäumer* in der gleichnamigen Abhandlung (deren Entstehungszeit unmittelbar nach dem 2. Weltkrieg ist zu bedenken), „– eine der großen schöpferischen Mächte der Geschichte – Zeit und Ewigkeit, die irdische Berufung der Menschheit und ihre in der religio, der Rückverbindung mit dem göttlichen Ursprung, bestehende Würde in sich beschließend – eine konstruktive politische Idee der Ordnung Europas, die jedoch den über das Diesseits hinausreichenden Sinn des Lebens einbezieht: wir stehen heute vor ihrem Glanz als die im Dunkel Wohnenden, vor ihrer Hoheit als die seelisch Verarmten, vor ihrer Klarheit als die Verstörten.“

Die mittelalterliche Reichsidee mag *Gertrud Bäumer* im Blick auf die von ihr nachhaltig so empfundene Demütigung des deutschen Volkes durch den Vertrag von Versailles sowohl als auch auf den moralischen Abgrund, in den das Reich zu ihrer Zeit gestürzt war, als ein fernes Zeichen der Hoffnung erschienen sein. Wie sie in den weiblichen Stifterfiguren des Naumburger Doms die „natürliche und dunkle Kraft eines jungen Volkes, mit der formenden Kraft des Christentums“ vereinigt sah: „das ist es, was den deutschen Menschen auf seinem ersten Höhepunkt prägt“.⁴³ Die ehemalige Studentin der Germanistik erkannte in *Wolfram von Eschenbach*, dem Dichter des Parsifal und Zeitgenossen *Walters von der Vogelweide*, „einen der größten deutschen Menschen, die sich Geschichte und Ewigkeit gestellt haben“.⁴⁴ Aber es war keine verbohrt Deutscheit, der sie sich hingab. Ihre Portraits historischer Persönlichkeiten weiblichen Geschlechts wie *Heloise*, *Vittoria Colonna*, *Maria Theresia* oder *Caroline Schelling* und vieler anderer (neben einer großen Zahl von Zeitgenossinnen, denen sie begegnet war)⁴⁵ zeigen vielmehr, dass sie sich ihren Figuren „aus Anteilnahme und Liebe“ zuwandte.⁴⁶ Wie sie es *Ricarda Huch* bescheinigte: sie schuf ihre Werke „mit bewegtem Herzen“.

Literaturverzeichnis

Althoff, Gerd, Otto III., 1996.

Bäumer, Gertrud, Adelheid – Mutter der Königreiche, 1936.

Bäumer, Gertrud, Der Jüngling im Sternenmantel. Größe und Tragik Ottos III., 1939.

Bäumer, Gertrud, Die drei göttlichen Komödien des Abendlandes. Wolframs Parsifal, Dantes Divina Commedia, Goethes Faust, 1949.

Bäumer, Gertrud, Die Frau in Volkswirtschaft und Staatsleben der Gegenwart, 1914.

Bäumer, Gertrud, Die Frauengestalt der deutschen Frühe, 1940.

Bäumer, Gertrud, Die Macht der Liebe, 1941.

42 Dazu: G. Althoff, Otto III., 1996, S. 114 ff.

43 G. Bäumer, Die Frauengestalt der deutschen Frühe, 1940, S. 10.

44 G. Bäumer, Wolfram von Eschenbach, 1941, S. 24.

45 Vgl. die beiden posthum erschienenen Werke Gestalt und Wandel der Frau, 1958/59.

46 Gestalt und Wandel der Frau I, S. 5.

- Bäumer, Gertrud, Die Reichsidee bei den Ottonen. Heinrich I. und Otto der Große. Otto III. und Heinrich II., 1946.
- Bäumer, Gertrud, Gestalt und Wandel der Frau I, 1958.
- Bäumer, Gertrud, Gestalt und Wandel der Frau II, 1959.
- Bäumer, Gertrud, Goethes Satyros, 1905.
- Bäumer, Gertrud, Grundlagen demokratischer Politik, 1928.
- Bäumer, Gertrud, Im Licht der Erinnerung, 1953.
- Bäumer, Gertrud, in: Die Hilfe vom 20. September 1930, S. 938.
- Bäumer, Gertrud, Lebensweg durch eine Zeitenwende, 1933.
- Bäumer, Gertrud, Otto I. und Adelheid, 1951.
- Bäumer, Gertrud, u.a. (Hrsg.), Das Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt auf Grund amtlichen Materials, 1923.
- Bäumer, Gertrud, Wolfram von Eschenbach, 1941.
- Eppler, Erhard, Der linke Liberale in: Frankfurter Rundschau vom 16.2.2011.
- Haag, Anna, „Denken ist heute überhaupt nicht mehr Mode“. Tagebuch 1940–1945, 2021.
- Heuß, Theodor, Friedrich Naumann: der Mann, das Werk, die Zeit, 1937.
- Huber, Ernst Rudolf, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Band IV. Struktur und Krisen des Kaiserreichs 1969.
- Huber, Ernst Rudolf, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Band V. Weltkrieg, Revolution und Reichserneuerung 1914–1919, 1978.
- Huber, Ernst Rudolf, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Band VI. Die Weimarer Reichsverfassung, 1981.
- Huber, Ernst Rudolf, Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Band 2. Deutsche Verfassungsdokumente 1851–1900, 3. Aufl. 1986.
- Karl, Michaela, Die Geschichte der Frauenbewegung, 2. Aufl. 2016.
- Naumann, Friedrich, Die Entscheidung, in: Die Hilfe, Nr. 14, 4. April 1909.
- Nave-Herz, Rosemarie, Die Geschichte der Frauenbewegung in Deutschland, 5. Aufl. 1997.
- Schaser, Angelika, „Corpus mysticum“. Die Nation bei Gertrud Bäumer in: Frauen und Nation, 1996.
- Schaser, Angelika, Helene Lange und Gertrud Bäumer. Eine politische Lebensgemeinschaft, 2. Aufl. 2010.
- Wulf, Andrea, Alexander von Humboldt und die Erfindung der Natur, 9. Aufl. 2015.

Quotale Kürzung von Versicherungsleistungen im Bereich grober Fahrlässigkeit

Martin Notthoff

Abstract Deutsch

In dem nachfolgenden Beitrag wird die quotenmäßige Kürzung von Versicherungsleistungen im Fall grober Fahrlässigkeit gem. § 81 Abs. 2 VVG erörtert. Die Einführung der quotalen Leistungskürzung ist eine der wesentlichen Neuerungen der VVG-Reform im Jahr 2008. Sie stellt eine Abkehr vom sog. „Alles-oder-nichts Prinzips“ im Rahmen der grob fahrlässigen Herbeiführung des Versicherungsfalls zu einer verschuldensunabhängigen, quotalen Kürzung der Versicherungsleistung dar. In dem Betrag werden die Kriterien der Quotelung vorgestellt sowie verschiedene Quotenmodelle diskutiert. Weiterhin die einerseits die Umsetzung in der Rechtsprechung erörtert und andererseits werden die wesentlichen Entwicklungen im Rahmen der wichtigsten Fallgruppen der Kraft- und Sachversicherung dargestellt. Im Fazit wird zusammenfassend festgestellt, dass noch immer keine höchstrichterliche Aussage darüber getroffen wurde, wie eine Quotelung zu erfolgen hat. Die damit verbundenen Fragen werden in der Literatur kontrovers diskutiert. Auch wenn der Ansatz der verschiedenen Quotenmodelle unterschiedlich ist, so ist erkennbar, dass eine Abzugsquote in 25 %-Schritten seit der Änderung des VVG 2008 gerichtlich häufig bestätigt wurde. Es bleibt abzuwarten, wie die Rechtsprechung sich zukünftig in Bezug auf die Quotenmodelle positioniert.

Abstract English

The following article discusses the proportionate reduction of insurance benefits in the event of gross negligence pursuant to Section 81 (2) VVG. The introduction of the quota-based reduction of benefits is one of the major innovations of the VVG reform in 2008. It represents a departure from the so-called “all-or-nothing principle” in the context of grossly negligent causation of the insured event to a fault-independent, quota-based reduction of insurance benefits. The article presents the criteria for quota reduction and discusses various quota models. Furthermore, the implementation in case law and the main developments in the context of the most important case groups of motor and property insurance are discussed.

The article concludes that still no supreme court statement exists on how a quotation has to be made. The related issues are controversially discussed in the literature. Even though the approach of the various quota models differs, it can be seen that a deduction quota in 25% steps has frequently been confirmed by the courts since the amendment of the Insurance Contract Act in 2008. It remains to be seen how case law will position itself in the future with regard to the quota models.

1. Einleitung

Das quotale Leistungskürzungsrecht ist eine der wesentlichen Neuerungen der VVG-Reform im Jahr 2008. Sie stellt eine Abkehr vom sog. „Alles-oder-nichts-

Prinzip“ im Rahmen der grob fahrlässigen Herbeiführung des Versicherungsfalls zu einer verschuldensabhängigen, quotalen Kürzung der Versicherungsleistungen dar. Der Hauptanwendungsfall ist neben der Verletzung von Obliegenheiten nach § 28 VVG die Herbeiführung des Versicherungsfalles gemäß § 81 VVG.¹

Zuvor war der Versicherer sowohl bei Vorsatz als auch bei grober Fahrlässigkeit des Versicherungsnehmers gem. § 61 VVG a.F. nicht zur Leistung verpflichtet. Demgegenüber bestand vollständiger Versicherungsschutz, sofern dem Versicherungsnehmer weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit zur Last zu legen waren.²

Seit der Neueinführung des § 81 VVG, welcher einen subjektiven Risikoabschluss für den Bereich der Schadensversicherung normiert, ist der Versicherer nun berechtigt, seine Leistung in einem der Schwere des Verschuldens des Versicherungsnehmers entsprechenden Verhältnis zu kürzen. Nach dem Wortlaut der Vorschrift erfolgt die Kürzung nicht kraft Gesetzes. Vielmehr muss diese vom Versicherer geltend gemacht werden. Der Versicherer ist nicht zur Leistungskürzung verpflichtet, sondern kann hierauf einseitig verzichten. Bei der Ausübung des Kürzungsrechts ermäßigt sich die Leistungspflicht des Versicherers in dem durch die gesetzlichen Kriterien vorgegebenen Umfang. Das Ausmaß der Kürzung unterliegt der vollen gerichtlichen Kontrolle, sodass dem Versicherer insoweit kein Ermessens- oder Beurteilungsspielraum zusteht.³

Die damit verbundenen Fragen werden in der Literatur kontrovers diskutiert. Es haben sich jedoch zwischenzeitlich überwiegende Meinungen herausgebildet und auch die Entscheidungen der diversen Gerichte haben noch weitere Klarheit gebracht.⁴

Die Regelung des § 81 VVG orientiert sich an der vergleichbaren Regelung in Art. 14 Abs. 2 des Schweizerischen Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag. Durch die Einführung des Quotenmodells soll den berechtigten Interessen des Versicherungsnehmers Rechnung getragen werden, auch im Falle grober Fahrlässigkeit durch eine Abwägung im Einzelfall zumindest einen Teil des Leistungsanspruchs behalten zu können. Dies eröffnet eine sachgerechte und am jeweiligen Einzelfall orientierte Abwägung, die eine schematische Lösung vermeidet, wie es vor der Reform des VVG der Fall war. Zuvor hatte die Rechtsprechung bei einem als ungerecht empfundenen Ergebnis versucht, dem Versicherungsnehmer durch hohe Anforderungen an das Vorliegen grober Fahrlässigkeit, insbesondere im subjektiven Bereich, zu helfen, um ihm den Versicherungsschutz zu erhalten.⁵

Die Abschaffung des „Alles-oder-nichts Prinzip“ war nicht unumstritten. Insbesondere wurde dem Quotenmodell mangelnde Praktikabilität, eine Gefährdung der Rechtssicherheit sowie der Verlust der Präventionswirkung vorgeworfen.⁶ Die-

1 R. Heß, Die Quotenbildung nach dem VVG-Erfahrungen seit 2008, in: r+s 1/2013, 1–10 (1).

2 Langheid/Wandt/Looschelders, Münchener Kommentar zum VVG, § 81 Rn. 2.

3 Langheid/Wandt/Looschelders (Anm. 2), § 81 Rn. 132.

4 R. Heß (Anm. 1).

5 P. Schimikowski, Versicherungsvertragsrecht, München 2017, Rn. 266.

6 Langheid/Wandt/Looschelders (Anm. 2), § 81 Rn. 4, auch T. Mergner, Auswirkungen der VVG-Reform auf die Kraftfahrtversicherung, in: NZV 8/2007, 385–391 (388 f.).

sen Bedenken kann mit dem Argument entgegengetreten werden, dass die für die Quotelung notwendige Bestimmung der Schwere des Verschuldens sogar leichter durchzuführen sei als die Abgrenzung beider Verschuldensformen voneinander. Darüber hinaus bleibe auch das Präventionsinteresse gewahrt, weil der Versicherungsnehmer weiter eine nicht unerhebliche Anspruchskürzung in gravierenden Fällen einkalkulieren müsse.⁷

Die Notwendigkeit der Abgrenzung der leichten Fahrlässigkeit von der groben Fahrlässigkeit bleibt auch nach der neuen Gesetzeslage erhalten, auch wenn die Schärfe auf der Rechtsfolgenseite gemindert wurde. Bei einem leicht fahrlässigen Verhalten des Versicherungsnehmers bleibt der Versicherungsschutz nämlich bestehen, während bei grober Fahrlässigkeit ein Kürzungsrecht des Versicherers besteht. Wie dieses Kürzungsrecht im Einzelfall oder in bestimmten Fallgruppen auszugestalten sei, lässt sich dem Gesetzeswortlaut und der Entstehungsgeschichte nicht entnehmen. Es wird nur allgemein darauf verwiesen, dass für die Leistungsfreiheit des Versicherers entscheidend sei, ob die grobe Fahrlässigkeit näher im Bereich des bedingten Vorsatzes oder eher im Grenzbereich zur einfachen Fahrlässigkeit liege.⁸

Das Modell der Quotenteilung kommt nicht nur in § 81 Abs. 2 VVG, sondern auch für vertraglich vereinbarte Obliegenheitsverletzungen in § 28 Abs. 2 VVG, für Gefahrerhöhungen gem. § 26 Abs. 1 und 2 VVG sowie in Fällen der Verletzung der Rettungspflicht in § 82 Abs. 3 VVG zum Tragen. Im Zuge all dieser Regelungen gilt der Grundsatz, dass bei schuldlosem oder fahrlässigem Handeln des Versicherungsnehmers eine vollständige Leistungsfreiheit des Versicherers, bei grober Fahrlässigkeit eine quotale Leistungskürzung und bei vorsätzlichem Handeln vollständige Leistungsfreiheit anzunehmen ist.⁹

2. Kriterien der Quotelung

Um eine quotale Leistungskürzung vornehmen zu können, muss zunächst bestimmt werden, wie die Schwere der groben Fahrlässigkeit bestimmt werden kann und wo die Grenze zur einfachen Fahrlässigkeit zu ziehen ist. Nach der Gesetzesbegründung soll für die Bestimmung des Gewichts der groben Fahrlässigkeit entscheidend sein, ob die grobe Fahrlässigkeit im konkreten Fall näher am bedingten Vorsatz oder eher im Grenzbereich zur einfachen Fahrlässigkeit liegt. Dies soll allerdings nur der Veranschaulichung dienen; der Gesetzgeber hat bewusst darauf verzichtet, den Verschuldensgrad der groben Fahrlässigkeit schematisch zu unterteilen.¹⁰

7 Langheid/Wandt/Looschelders (Anm. 2), § 81 Rn. 4, auch P. Schimikowski, Überlegungen zu einer Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, in: r+s 9/2000, 353–359 (358).

8 Rüffer/Halbach/Schimikowski/Karczewski, Versicherungsvertragsgesetz, § 81 Rn. 97.

9 K. Stahl, Quotenbildung nach dem VVG in der Kraftfahrtversicherung – Bemessungskriterien und Quotenmodelle –, in: NZV 6/2009, 265–270 (266).

10 Langheid/Wandt/Wandt (Anm. 2), § 28 Rn. 239.

Grundsätzlich ist es möglich, vertragliche Vereinbarungen über die Quotelung durch allgemeine Vertragsbedingungen zu treffen. Darauf weist die Gesetzesbegründung des neuen VVG ausdrücklich hin. Derartige Vereinbarungen dürfen aber wegen des halbzwingenden Charakters des § 28 VVG nicht zum Nachteil des Versicherungsnehmers von der gesetzlichen Regelung abweichen.¹¹ Der halbzwingende Charakter macht den Unterschied zu absolut zwingenden Vorschriften deutlich, der darin liegt, dass von einer halbzwingenden Vorschrift zwar nicht zum Nachteil des Versicherungsnehmers, wohl aber zu dessen Vorteil abgewichen werden kann.¹² Folglich sind Vertragsbestimmungen in AGB eines Versicherers, nach denen eine grob fahrlässige Obliegenheitsverletzung des Versicherungsnehmers grundsätzlich zur Leistungsfreiheit des Versicherers führt, aufgrund eines Verstoßes gegen das Leitbild des § 28 Abs. 2 Satz 2 VVG nach § 307 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Abs. 2 Nr.2 BGB unwirksam.¹³

Die grobe Fahrlässigkeit hat eine objektive und eine subjektive Komponente, die im Einzelfall in ihrer Gesamtheit die Schwere der groben Fahrlässigkeit ausmachen. Diese sollen im Folgenden erläutert werden.

2.1. Objektive Schwere der Pflichtverletzung

Ein objektiv grob fahrlässiges Verhalten im Sinne der bereits angeführten Vorschriften liegt bereits dann vor, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maß verletzt, schon einfachste, ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt und dasjenige nicht beachtet wurde, was im konkreten Fall jedermann einleuchten musste. Für die Anwendung von § 81 VVG setzt grobe Fahrlässigkeit ein Verhalten des Versicherungsnehmers voraus, von dem er wusste oder wissen musste, dass es geeignet war, den Eintritt des Versicherungsfalls herbeizuführen oder die Vergrößerung des Schadens zu fördern.¹⁴

Es ist daher nicht zwingend erforderlich, dass der Versicherungsnehmer die Gefahren erkennt, sondern es genügt, dass er sie unterschätzt oder aus Gedankenlosigkeit nicht beachtet.¹⁵

Allein auf Grund eines objektiv gegebenen Verstoßes darf nicht auf das subjektive Element geschlossen werden. Der Verstoß gegen Sorgfaltspflichten und der Schweregrad des Verschuldens sind zwar einerseits getrennt voneinander zu prüfen, sind jedoch andererseits auch eng miteinander verknüpft.¹⁶ So ist beispielsweise eine Entlastung des Versicherungsnehmers umso schwerer möglich, je gefährlicher eine konkrete Verkehrssituation oder das Verhalten des Versicherungsnehmers ist. Zur Beurteilung der objektiven Schwere der Pflichtverletzung ist auch ein Blick in andere Rechtsgebiete sinnvoll. Beispielsweise kommt bei der Einord-

11 M. Wandt, Versicherungsrecht, München 2016, Rn. 637.

12 Ibid., Rn. 183.

13 BGH, Urteil v. 24.10.2012 – XII ZR 40/11, in: NZM 5/2013, 165–166 (166).

14 Prölss/Martin/Armbrüster, Versicherungsvertragsgesetz, § 81 Rn. 30.

15 P. Schimikowski (Anm. 5).

16 K. Stahl (Anm. 9), 267, auch J. Felsch, Neuregelung von Obliegenheiten und Gefahrerhöhung, in: r+s 12/2007, 485–497 (493).

nung einer Ordnungswidrigkeit eine geringere Abzugsquote als bei der Verwirklichung eines Straftatbestandes, dem regelmäßig ein wesentlich höheres Unrechtsbewusstsein zugrunde liegt, in Betracht.¹⁷

Überdies spielt insbesondere bei gefahrvorbeugenden Obliegenheiten auch die zeitliche Komponente eine entscheidende Rolle. Je länger ein gefahrerhöhender Zustand vom Versicherungsnehmer hingenommen wird, umso mehr ist ihm dieses Verhalten vorwerfbar.¹⁸

Es wird vereinzelt im Rahmen der Gewichtung der groben Fahrlässigkeit als objektives Kriterium der Grad der Ursächlichkeit zwischen der Pflichtverletzung und dem Eintritt oder der Feststellung des Versicherungsfalles angeführt.¹⁹ Dies ist jedoch abzulehnen, da das Vorliegen der Kausalität für die Leistungskürzung wegen eines grob fahrlässigen Verhaltens ohnehin vorliegen muss, wobei diese bei Obliegenheitsverletzungen im Sinne des § 28 Abs. 2 VVG gesetzlich vermutet wird.²⁰

Die Kausalität bestimmt sich nach den im Zivilrecht geltenden Kriterien.²¹ Bereits aus § 28 Abs. 3 VVG und dem Grundsatz der hypothetischen Kausalität ergibt sich die Möglichkeit des Kausalitätsgegenbeweises durch den Versicherungsnehmer.²²

Demnach ist der Versicherer zur Leistung verpflichtet, wenn bei der Wahl einer nicht grob fahrlässigen Verhaltensalternative der Versicherungsfall ebenfalls eingetreten wäre. Der Versicherungsnehmer muss in diesem Zusammenhang beweisen, dass bei nicht grob fahrlässigem Verhalten ein anderer Geschehensablauf zum Versicherungsfall geführt hätte.²³ Dies folgt daraus, dass nach allgemeinen Grundsätzen derjenige hypothetische Tatsachen nachweisen muss, der sich auf diese beruft. Andernfalls wäre § 81 VVG in erheblicher Form entwertet, da häufig andere Möglichkeiten eines Versicherungsfalles in Betracht kommen.²⁴

2.2. Subjektive Vorwerfbarkeit

Drüber hinaus ist für den Vorwurf der groben Fahrlässigkeit erforderlich, dass auch in subjektiver Hinsicht ein erheblich gesteigertes Verschulden vorliegt. Dies bedeutet zum Beispiel, dass konstitutionelle Schwächen oder eine momentan verminderte Einsichtsfähigkeit den Versicherungsnehmer im konkreten Fall entlasten können.²⁵ Ebenso können persönliche Defizite wie fehlende Erfahrungen und ein

17 K. Stahl (Anm. 9), 267.

18 Ibid., 268.

19 R. Rixecker, Rechtsfragen der Quotenbildung nach dem VVG, in: ZfS 1/2009, 5–10 (9).

20 K. Stahl (Anm. 9), 267 f., auch Bruck/Möller/Waldkirch, Versicherungsvertragsgesetz, § 28 Rn. 34.

21 Langheid/Wandt/Looschelders (Anm. 2), § 81 Rn. 42.

22 Ibid., Rn. 52.

23 Langheid/Rixecker/Langheid, Versicherungsvertragsgesetz, § 81 Rn. 115.

24 Pröls/Martin/Armbrüster (Anm. 14), § 81 Rn. 68.

25 Ibid., Rn. 39.

hohes Alter zur Entlastung beitragen. Auch die psychische Situation, in der sich der Versicherungsnehmer befindet, ist heranzuziehen. Aufgrund einer Notsituation, die schnelles Handeln erfordert, belastende Ausnahmesituationen infolge von Trauer oder Ablenkungen durch Mitfahrer, kann der Schuldvorwurf gemindert sein.²⁶

Besondere Bedeutung hat innerhalb der Bestimmung der groben Fahrlässigkeit der Aspekt des Augenblicksversagens, also solche Situationen, in denen der Versicherungsnehmer lediglich für einen kurzen Moment die erforderliche Sorgfalt nicht beachtet. Grundsätzlich lässt nicht jedes kurzfristige Versagen die grobe Fahrlässigkeit entfallen; dazu müssen vielmehr weitere Umstände hinzutreten. Dies relativiert die Bedeutung des Augenblicksversagens erheblich.²⁷

3. Quotenmodelle

Um den Umfang der Leistungsfreiheit bei einem grob fahrlässigen Verhalten des Versicherungsnehmers zu bestimmen, muss eine Quotelung nach der Schwere des Verschuldens vorgenommen werden. Die durch den Versicherer geschuldete Leistung muss um den Prozentsatz gekürzt werden, der für das Maß des Verschuldens auf einer Skala von 0–100 zu veranschlagen ist.²⁸ Zu der Frage, wie die Quotenbildung zu erfolgen hat, werden unterschiedliche Ansichten vertreten.

In der Rechtsprechung und in der Literatur hat sich die Ansicht herausgebildet, dass eine Kürzung auf Null aufgrund eines grob fahrlässigen Verstoßes, welcher besonders nahe am bedingten Vorsatz liegt oder bei einem Zusammentreffen von mehreren Verstößen des Versicherungsnehmers, in Ausnahmefällen in Betracht kommt.²⁹

Wie das Kürzungsrecht im Einzelfall oder in bestimmten Fallgruppen auszugestalten ist, lässt sich dem Gesetzeswortlaut und der Entstehungsgeschichte des Gesetzes nicht entnehmen. Daher haben sich verschiedene Quotenmodelle in der Praxis und Literatur herausgebildet, die nun erläutert werden.

3.1. Drei-Bereichs-Modell

Nach einer Ansicht bietet es sich an, eine Einstufung des Versicherungsnehmers in die Kategorien leichte, normale oder schwere grobe Fahrlässigkeit vorzunehmen. Bei leichter grober Fahrlässigkeit sollte sich der Abzug bei diesem Modell bei 25 %, bei normaler grober Fahrlässigkeit bei 50 % und bei schwerer grober Fahrlässigkeit bei 75 % und nur in absoluten Ausnahmefällen auch bei 100 % bewegen. Die Quoten stellen allerdings nur eine Grobeinteilung dar. Insbesondere

26 K. Stahl (Anm. 9), 268.

27 Ibid., auch Prölls/Martin/Armbrüster (Anm. 14), § 81 Rn. 40.

28 Prölls/Martin/Armbrüster (Anm. 14), § 28 Rn. 215.

29 BGH, Urteil v. 22.6.2011 – IV ZR 225/10, in: NJW 45/2011, 3299–3303 (3303), auch R. Heß, M. Burmann, Die Quote bei grob fahrlässiger Obliegenheitsverletzung – Vom Alles oder Nichts zum Mehr oder Weniger –, in: NZV 1/2009, 7–12 (10).

aufgrund von Besonderheiten im subjektiven Bereich können Abweichung nach oben oder unten erforderlich sein.³⁰

Dem OLG Hamm zufolge ist dieses Modell zu grob und würde die Umstände des Einzelfalls nicht angemessen berücksichtigen; es soll stattdessen eine Kürzung in Schritten zu 10 % möglich sein, um die Umstände des Einzelfalls angemessen zu berücksichtigen.³¹ Dies stelle einen praktikablen Lösungsweg dar und würde der Unterscheidung der groben Fahrlässigkeit vom Vorsatz und zur einfachen Fahrlässigkeit Rechnung tragen und einer gekünstelten Kürzung bis zu 99 % entgegenwirken.³²

3.2. Mittelwertmodell

Nach dem Mittelwertmodell ist der Versicherer regelmäßig berechtigt, bei grob fahrlässiger Herbeiführung des Versicherungsfalles eine Kürzung um 50 % vorzunehmen³³. Der Versicherungsnehmer hat ein geringeres Verschulden zu beweisen. Möchte der Versicherungsnehmer mehr als 50 % der Entschädigungsleistung erhalten, hat er die Umstände darzulegen und ggf. zu beweisen, die ihn entlasten und die sein Verhalten „in einem milderen Licht“ erscheinen lassen. Möchte demgegenüber der Versicherer um mehr als 50 % kürzen, steht er in der Darlegungs- und Beweislast im Hinblick auf ein schwereres Verschulden des Versicherungsnehmers.³⁴

Diese „Regelfallkürzung“ um 50 % wird zum Teil abgelehnt³⁵. Das Mittelwertmodell könne schon bei § 28 Abs. 2 S.2 Hs. 2 VVG nicht überzeugen, weil die Beweislast für das Maß der groben Fahrlässigkeit danach beim Versicherer liege. Diese Beweisverteilung würde durch das Mittelwertmodell partiell unterlaufen werden. Bei § 81 Abs. 2 VVG muss der Versicherer unstreitig alle objektiven und subjektiven Voraussetzungen des Risikoausschlusses nachweisen. Überdies sei dieses Modell nicht mit den Grundsätzen der Beweislastverteilung nach § 82 Abs. 3 nicht zu vereinbaren.³⁶

Gegen das Mittelwertmodell spricht vor allem, dass sich das Maß des Verschuldens am objektiven Gewicht der verletzen Verhaltensnorm orientiert. Aufgrund dessen, dass dieses Gewicht sehr unterschiedlich sein kann, erscheint ein einheitlicher Einstieg bei 50 % sehr willkürlich. Auch aus Gründen der Praktikabilität und Nachvollziehbarkeit der Kürzungsquote sei das Mittelwertmodell nicht notwendig. Aufgrund dessen, dass für das „Ob“ der groben Fahrlässigkeit maßgeblichen Umstände bei § 81 Abs. 2 VVG nicht vermutet werden, sondern vom Versi-

30 R. Heß (Anm. 1), 5.

31 OLG Hamm, Urteil v. 25.8.2010 – 20 U 74/10, in: NJW 1/2/2011, 85–88 (87).

32 Pröls/Martin/Armbrüster (Anm. 14), § 28 Rn. 234.

33 T. Langheid, Die Reform des Versicherungsvertragsgesetzes – 1. Teil: Allgemeine Vorschriften, in: NJW 51/2007, 3665–3672 (3670).

34 T. Langheid, Die Reform des Versicherungsvertragsgesetzes – 1. Teil: Allgemeine Vorschriften, in: NJW 51/2007, 3665–3672 (3670).

35 Langheid/Wandt/Looschelders (Anm. 2), § 82 Rn. 70.

36 Langheid/Wandt/Looschelders (Anm. 2), § 82 Rn. 70.

cherer nachgewiesen werden müssen, kann der Sachverhalt individuell in die Schwereskala eingeordnet werden.³⁷

3.3. Musterquoten

In der Literatur gibt es verschiedene Vorschläge zur Entwicklung von Musterquoten für einzelne Fallgruppen. Allerdings wird die Bildung von Musterquoten dadurch erschwert, dass es im Rahmen des § 81 Abs. 2 VVG zahlreiche objektive und subjektive Umstände gibt, die für das Maß des Verschuldens relevant sein können. Daher kommt es bei der Quotierung stets auf die Umstände des Einzelfalls an. „Regelquoten“ ergeben nur Sinn, wenn sich aufgrund der Typizität Regelfallgruppen bilden lassen, wie dies insbesondere bei Trunkenheitsfahrten im Straßenverkehr der Fall ist. Aber auch insoweit zeigt sich, dass eine Regelquote, eine Kürzung um 100 %, wohl nur hinsichtlich absoluter Fahruntüchtigkeit in Betracht kommt. Dies entspricht auch dem sog. „Goslarer Orientierungsrahmen“, der auf der Grundlage einer Empfehlung des 47. Goslarer Verkehrsgerichtstags von 2009 erarbeitet worden ist. Der Verkehrsgerichtstag 2009 hatte sich dafür ausgesprochen, dem Rechtsanwender im Massengeschäft Hilfsmittel an die Hand zu geben, die es ihm ermöglichen, in der Praxis die passende Leistungsabzüge zu ermitteln. Er hielt daher die Bildung von Musterquoten für gängige Fallkonstellationen für sachlich geboten. Dabei gab er Quotelungsstufen in 25 % Schritten den Vorzug.³⁸ Die Experten sahen folgende Standardfälle für geeignet an, eine „Musterquote“ zu definieren.³⁹

Fallbeispiele	Leistungskürzung in Prozent
Alkohol:	
ab 0,5 bis 1,0 Promille	50
ab 1,1 Promille	100
Drogen:	
Drogenbedingte Fahruntüchtigkeit	50–100
Fahren ohne gültige Fahrerlaubnis:	
Halter lässt Fahrzeug führen, ohne die Fahrerlaubnis geprüft zu haben	
gewerbliche Fahrt	25
Fahrt im privaten Bereich	0
Überfahren von Stoppschild/grünem Pfeil:	25
Rotlichtverstoß:	50
verkehrsunsichere Bereifung:	25
Diebstahl:	
Schlüssel bleibt im Fahrzeug stecken	75
sonstiger grob fahrlässiger Umgang mit Schlüsseln	25

37 Ibid., § 81 Rn. 142.

38 K. Stahl, Leistungskürzung nach dem VVG in der Kraftfahrtversicherung – Überblick über die ersten Gerichtsurteile, in: r+s-Beil. 1/2011, 115–121 (117).

39 K. Nehm, „Goslarer Orientierungsrahmen“ (Quotenbildung nach dem neuen Versicherungsvertragsgesetz), in: ZfS 1/2010, 12–14.

4. Quotierung bei mehreren Verstößen des Versicherungsnehmers

Auch stellt sich die Frage, wie im Fall einer Mehrfachquotierung, d.h. bei mehreren Obliegenheitsverletzungen des Versicherungsnehmers, vorzugehen ist. Treffen mehrere Obliegenheitsverletzungen zusammen, so ist grundsätzlich eine einheitliche Quote unter Berücksichtigung aller Verstöße zu bilden. Dies gilt auch, wenn der Versicherungsnehmer neben einer Obliegenheitsverletzung nach § 28 Abs. 2 VVG den Versicherungsfall nach § 81 Abs. 2 VVG herbeigeführt hat. Dabei kann es zur Bildung einer einheitlichen Quote nur kommen, wenn mehrere Verstöße gegen Vorschriften mit unterschiedlicher Schutzrichtung vorliegen. Verletzt der Versicherungsnehmer hingegen durch ein und dieselbe Handlung mehrere Verhaltensregeln mit identischer Schutzrichtung, kann von vornherein nur eine einheitliche Quote im Wege einer Gesamtbewertung gebildet werden. Andernfalls würde das Fehlverhalten des Versicherungsnehmers mehrfach in Ansatz gebracht werden.⁴⁰

Wie die Quotenbildung zu erfolgen hat, ist wiederum umstritten.

4.1. Additionsmodell

Nach einer Ansicht wird eine Addition der einzelnen Quoten vorgeschlagen.⁴¹ Gegen diesen Ansatz spricht jedoch, dass der Versicherungsnehmer oftmals bei der Herbeiführung des Versicherungsfalles zuvor auch eine gefahrverhindernde Obliegenheit verletzt. Würde ihm jeweils ein Verschuldensvorwurf mit einer Quote von 50 % zur Last fallen, wäre der Versicherer bei einer Addition vollständig leistungsfrei. Dies würde zu einer Übersanktionierung führen und die gesetzgeberische Wertung unterlaufen.⁴²

4.2. Konsumtionsmodell

Zum Teil wird auch die Ansicht vertreten, dass sich die Quote ausschließlich nach dem schwersten Verstoß bestimmt.⁴³ Demnach sollen alle sonstigen Verstöße dahinter zurücktreten. Gegen diese Konsumtion spricht bereits die nicht angemessene Berücksichtigung des Verschuldens des Versicherungsnehmers. Ferner würde hierdurch ein falscher Anreiz für den Versicherungsnehmer gesetzt. Hat er bereits eine Obliegenheit vor Eintritt des Verschuldensfalls verletzt, hätte er nur eine geringe Motivation auch seine Obliegenheit nach Eintritt des Versicherungsfalles gewissenhaft zu erfüllen. Der für die Konsumtion angeführte Gewinn an Praktikabi-

40 Pröls/Martin/Armbrüster (Anm. 14), § 28 Rn. 224 f.

41 Darstellung der Modelle in: K. E. Böhme/A. Biela/C. Tomsen, Kraftverkehrs-Haftpflicht-Schäden, 2. Die Quotierung (§§ 26 Abs. 1, Satz 2, 28 Abs. 2 Satz 2 VVG), Heidelberg 2018, Rn. 86 f., sowie in: P. Kuhn, Schadensverteilung bei Verkehrsunfällen, § 3 Kaskoversicherung – Leistungskürzungen bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, Rn. 25 f.; auch LG Kassel, Urteil v. 27.5.2010 – 5 O 2653/09, in: ZfS 1/2011, 33–36.

42 Pröls/Martin/Armbrüster (Anm. 14), § 28 Rn. 229, auch J. Felsch (Anm. 16), 493.

43 P. Schimikowski (Anm. 5), Rn. 215, auch J. Felsch (Anm. 16), 493.

lität, der zweckmäßig erscheint, da zur Bestimmung des schwersten Verschuldensvorwurfs ohnehin zunächst Einzelquoten gebildet werden müssen, wiegt die genannten Nachteile nicht auf und entspricht auch nicht dem Willen des Gesetzgebers, der von einer mehrfachen Quote ausgeht. Aus diesen Gründen ist das Konsumtionsmodell abzulehnen.⁴⁴

4.3. Multiplikationsmodell (Stufenmodell)

Nach einer weiteren Ansicht wird ein Stufenmodell befürwortet.⁴⁵ Danach wird bei zwei Obliegenheitsverletzungen, die für sich allein betrachtet jeweils zu einer Kürzung von 50 % führen würden, die Quotelung wie folgt ermittelt: zunächst wird die Quote der ersten Obliegenheitsverletzung von der vollen Leistungspflicht abgezogen, sodass 50 % verbleiben. Diese 50 % sind wegen der Quote für die zweite Obliegenheitsverletzung zu halbieren, sodass der Versicherungsnehmer im Ergebnis 25 % des Betrages der vollen Leistungspflicht des Versicherers erhält. In welcher Reihenfolge, also ob zeitlich oder nach dem Verschuldensgrad, die einzelnen Quoten dabei voneinander in Abzug gebracht werden, spielt in der Praxis keine Rolle. Dieses Modell begründet sich damit, dass es dem Versicherungsnehmer nicht zugutekommen soll, wenn er durch mehrere, gesonderte Handlungen jeweils grob fahrlässig mehrere Verstöße begeht.⁴⁶

4.4. Gesamtabwägungsmodell

Schließlich wird aufgrund der gesetzgeberischen Grundintention der Quotelung, den Umständen des Einzelfalls möglichst gerecht zu werden, auch bei der Verletzung mehrerer Obliegenheitsverletzungen mit unterschiedlichen Zwecken, die Vornahme einer Gesamtbetrachtung vertreten.⁴⁷ Praktisch lässt sich dies dadurch umsetzen, dass in Anlehnung an die Gesamtstrafenbildung gem. § 54 Abs. 1 S. 2 und S. 3, Abs. 2 S. 1 StGB die Quote des schwersten Vorwurfs um ein angemessenes Maß erhöht wird. Nach der Gesamtabwägung bleibe nicht unklar, nach welchen Kriterien die Erhöhungsquote zu bilden ist. Überdies werde dem Verschulden des Versicherungsnehmers ausreichend Rechnung getragen. Zwar verlangt dieses Modell dem Rechtsanwender einiges ab, da er nicht allein für jeden Verstoß des Versicherungsnehmers eine verschuldensabhängige Quote bilde müsse, sondern die Einzelquoten zudem noch zu einer Gesamtquote zusammenführen muss. Jedoch vermeidet die Gesamtwürdigung die Einwände, die mit der schematischen Vorgehensweise der anderen Modelle verbunden sind.⁴⁸

44 Prölls/Martin/Armbrüster (Anm. 14), § 28 Rn. 228.

45 M. Nugel, Die Quotenbildung bei einer Leistungskürzung nach dem „neuen“ VVG, eine Übersicht zu den aktuellen Streitständen, in: MDR 23/2008, 1320–1328 (1325).

46 Prölls/Martin/Armbrüster (Anm. 14), § 28 Rn. 230.

47 R. Heß, M. Burmann (Anm. 29), auch Prölls/Martin/Armbrüster (Anm. 14), § 28 Rn. 231, auch LG Dortmund, Urteil v. 15.7.2010 – 2 O 8/10, in: NJOZ 27/2011, 1126–1130 (1130).

48 Prölls/Martin/Armbrüster (Anm. 14), § 28 Rn. 231.

5. Umsetzung in der Rechtsprechung

Im Folgenden werden die wesentlichen Entwicklungen im Rahmen der wichtigsten Fallgruppen der Kraftfahrt- und Sachversicherung dargestellt.

5.1. Kürzungsquote in der Kraftfahrtversicherung

Im Bereich der Kraftfahrtversicherung haben sich bereits anschauliche Fallgruppen entwickelt.

5.1.1. Alkoholbedingte Fahruntüchtigkeit

Zu der Fallgruppe der alkoholbedingten Fahruntüchtigkeit liegen Grundsatzentscheidungen des BGH vor, aus denen hervorgeht, dass der Versicherer bei einem groben Verschulden des Versicherungsnehmers in den Fällen einer absoluten Fahruntüchtigkeit im Einklang mit dem Willen des Gesetzgebers zu einer vollständigen Leistungsfreiheit berechtigt sein kann.⁴⁹ Dabei ist zur Feststellung der einschlägigen Quote insbesondere der Alkoholisierungsgrad des Betroffenen zu berücksichtigen.⁵⁰

5.1.1.1. Absolute Fahruntüchtigkeit

Wie bereits soeben erwähnt, ist grundsätzlich im Falle einer absoluten Fahruntüchtigkeit unter Überschreitung des Grenzwertes von 1,1 ‰ auf grobe Fahrlässigkeit zu schließen. In diesem Fall wird zunächst die Kausalität zwischen der Alkoholbeeinflussung und der Herbeiführung des Versicherungsfalles vermutet. Dieser Beweis kann durch den Versicherungsnehmer entkräftet werden, indem er Umstände nachweist, aus denen sich die ernsthafte und nicht nur theoretische Möglichkeit eines anderen Geschehensablaufs ergibt.⁵¹ Auch die gesteigerte subjektive Vorwerfbarkeit ist in Fällen absoluter Fahruntüchtigkeit in der Regel gegeben und kann indiziell aus dem objektiven Fehlverhalten hergeleitet werden. Allerdings ist im Rahmen der Prüfung der groben Fahrlässigkeit zu berücksichtigen, wenn sich der Versicherungsnehmer auf eine Krankheit beruft, die das Gedächtnis- und Konzentrationsvermögen beeinträchtigt, auch wenn nicht erwiesen ist, dass die Krankheit im Unfallzeitpunkt zur völligen Unzurechnungsfähigkeit geführt hatte.⁵² Jedoch ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass auch trotz erheblicher Einschränkung der Einsichts- und Hemmungsfähigkeit die grobe Fahrlässigkeit anzunehmen ist, wenn ganz elementare Verhaltensregeln verletzt werden, deren Einhaltung auch in diesem Zustand unbedingt beachtet werden mussten. So verhält es sich bei dem Führen eines Fahrzeugs in alkoholbedingt fahruntüchtigem Zu-

49 BGH (Anm. 29), auch BGH, Urteil v. 11.1.2012 – IV ZR 251/10, in: r+s 4/2012, 166–167 (166).

50 F. H. Böhm, M. Nugel, Die aktuelle Entwicklung in der Rechtsprechung zur quotalen Leistungskürzung, in: MDR 22/2013, 1328–1332 (1328).

51 Rüffer/Halbach/Schimikowski/Karczewski (Anm. 8), § 81 Rn. 33.

52 Ibid., Rn. 34, auch BGH, Urteil v. 29.10.2003 – IV ZR 10/03, in: NJW-RR 3/2004, 173–174 (174).

stand. Dies stellt einen groben Verstoß der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt dar. Daraus ergibt sich in aller Regel auch das für die Annahme der groben Fahrlässigkeit gesteigerte Verschulden.⁵³

5.1.1.1.1. BGH

Der BGH hat mit dem Urteil vom 11.1.2012 entschieden, dass eine Leistungskürzung auf Null bei einer grob fahrlässigen Verletzung von vertraglichen Obliegenheiten durch den Versicherungsnehmer gemäß § 28 VVG ebenso wie bei der grob fahrlässigen Herbeiführung des Versicherungsfalls gemäß § 81 Abs. 2 VVG grundsätzlich zulässig ist.

Der Versicherungsnehmer fuhr am Ende einer von ihm befahrenen Straße, ohne nach rechts oder links abzubiegen, geradeaus und durchbrach die Grundstücksmauer des dort liegenden Anwesens. Eine ca. eine Stunde später erfolgte Blutentnahme ergab eine BAK von 2,10 Promille. Dem Versicherungsverhältnis liegen die AKB 2008 zugrunde. Demnach darf das Fahrzeug nicht gefahren werden, wenn der Fahrer durch den Genuss alkoholischer Getränke nicht in der Lage ist, das Fahrzeug sicher zu führen. Bei einer vorsätzlichen Verletzung besteht nach den AKB kein Versicherungsschutz und bei einer grob fahrlässigen Verletzung ist die Versicherung berechtigt die Leistung in einem der Schwere des Verschuldens entsprechenden Verhältnis zu kürzen.

Der BGH hat, wie bereits erstmalig in seinem Urteil von 22.6.2011 (IV ZR 225/10, NJW 45/2011, 3299–3303) geklärt, dass im Rahmen des § 81 Abs. 2 VVG die Möglichkeit einer Leistungskürzung auf Null in Ausnahmefällen bestehe. Die in § 81 Abs. 2 VVG geregelte Rechtsfolge stehe einer vollständigen Versagung der Leistung in Ausnahmefällen entgegen. Auch der mit der Abschaffung des Alles-oder-nichts Prinzips verfolgte Gesetzeszweck führe nicht zur Unzulässigkeit der vollständigen Leistungsfreiheit des Versicherers. Dies gelte insbesondere in den Fällen, in denen sich der Schweregrad der groben Fahrlässigkeit dem Vorsatz annähere. Diese aufgestellten Grundsätze treffen nach Ansicht des BGH ebenso auf die Regelung des § 28 Abs. 2 VVG zu. Hinsichtlich der Rechtsfolgen weisen beide Vorschriften einen identischen Wortlaut auf und weisen darüber hinaus dieselbe Entstehungsgeschichte auf. Es gebe nach Auffassung des BGH keine Anhaltspunkte für den Ausschluss einer Leistungskürzung auf Null. Die vertraglichen Regelungen in den AKB seien nicht wegen fehlender Transparenz gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam. Diese Bestimmungen, die sich im Kern dem Gesetzeswortlaut anschließen, könne der durchschnittliche Versicherungsnehmer entnehmen, dass eine Leistungskürzung auf null in Fällen grober Fahrlässigkeit nicht ausgeschlossen sei.⁵⁴

5.1.1.1.2. OLG Dresden

Das OLG Dresden hat mit Beschluss vom 13.11.2017 entschieden, dass bei einem vom Versicherungsnehmer mit einer Blutalkoholkonzentration von mehr als 2 Pro-

⁵³ Rüffer/Halbach/Schimikowski/Karczewski (Anm. 8), § 81 Rn. 35.

⁵⁴ BGH, Urteil v. 11. 1.2012 – IV ZR 251/10 (Anm. 47), 166 f.

mille verursachten Unfall ein besonderer Ausnahmefall vorliegt, der in der Kaskoversicherung gemäß § 81 Abs. 2 VVG wegen grob fahrlässiger Herbeiführung des Versicherungsfalles eine Kürzung der Versicherungsleistung „auf Null“ rechtfertigt⁵⁵. Ein besonderer Ausnahmefall könne bei der Herbeiführung des Versicherungsfalles im Zustand absoluter Fahruntüchtigkeit in Betracht kommen, da sich derartige Fälle in der Regel im Grenzbereich zwischen grober Fahrlässigkeit und bedingtem Vorsatz bewegen.⁵⁶

5.1.1.1.3. OLG Stuttgart

Das OLG Stuttgart hat mit seinem Beschluss von 18.10.2010 entschieden, dass der Versicherer zur vollständigen Leistungskürzung berechtigt sein kann, wenn der Grad des Verschuldens sehr nahe am Vorsatz liegt. Im vorliegenden Fall hatte sich der Betreffende mit 1,29 Promille über sein ursprüngliches Vorhaben, zu Fuß zu gehen, hinweggesetzt und ist nach einer Fahrtunterbrechung bei einem Freund, den er bei der Unfallstelle abgesetzt hat, erneut losgefahren⁵⁷. Die Tatsache, dass sich der Betreffende spontan über seinen ursprünglichen Plan hinwegsetzte, zeigt vielmehr, dass er es in ganz besonderem Maße am erforderlichen Verantwortungsbewusstsein fehlen ließ.⁵⁸

5.1.1.1.4. LG Saarbrücken

Das Landgericht Saarbrücken hat mit dem Urteil vom 6.9.2018 entschieden, dass im Falle eines bewussten Ausweichens eines Fuchses oder aufgrund eines alternativen Geschehensablaufs, der in der Verursachung des Unfalls aufgrund absoluter Fahruntüchtigkeit liegt, eine Leistungskürzung auf Null in Betracht kommt⁵⁹.

Der Kläger verlor die Kontrolle über sein Fahrzeug und kollidierte mit einem Baum. Bei ihm wurde ca. 2 Stunden nach dem Unfall eine BAK von 1,57 Promille festgestellt. Ein Anspruch scheide unter dem Aspekt von sogenannten Rettungskosten aus, da der Kläger nicht hinreichend dargelegt habe, dass zum Zeitpunkt des Ausweichens ein Versicherungsfall unmittelbar bevorstand. Eine objektive Rettungsmaßnahme liege nicht vor, da ein durchschnittlich ausgewachsener Fuchs zwischen 5 und 7,5 kg wiege und eine Risthöhe von 35–50 cm aufweise, sodass es bei einem Aufprall zu keinem nennenswerten Fahrzeugschaden gekommen wäre. Auch habe der Kläger keine besonderen Umstände dargelegt, weshalb er mit einem besonders hohen Risiko für das versicherte Fahrzeug hätte rechnen müssen; daher sei nur eine Leistungsreduzierung auf Null gerechtfertigt⁶⁰. Dieses Ergebnis sei auch allein aufgrund des Alkoholisierungsgrades des Versicherungsneh-

55 OLG Dresden, Beschluss v. 13.11.2017 – 4 U 1121/17, in: BeckRS 2017, 137872.

56 OLG Dresden, Beschluss v. 13.11.2017 – 4 U 1121/17, in: BeckRS 2017, 137872.

57 OLG Stuttgart, Hinweisbeschluss vom 18.8.2010 – 7 U 102/10, in: r+s 7/2011, 280–282.

58 OLG Stuttgart, Hinweisbeschluss vom 18.8.2010 – 7 U 102/10, in: r+s 7/2011, 280–282.

59 LG Saarbrücken, Urteil v. 6.9.2018 – 14 O 162/17, in: BeckRS 2018, 23916.

60 LG Saarbrücken, Urteil v. 6.9.2018 – 14 O 162/17, in: BeckRS 2018, 23916.

mers gerechtfertigt. Da die BAK 2 Stunden nach dem Unfall noch 1,57 Promille betrug und somit im Bereich der absoluten Fahruntüchtigkeit liege, sei eine Leistungsreduktion auf Null angemessen. Aus diesem Grund könne dahinstehen, welche Alternative sich wirklich zugetragen habe.⁶¹

5.1.1.2. Relative Fahruntüchtigkeit

Demgegenüber folgt bei einer unter 1,1 % liegenden Alkoholisierung die Fahruntüchtigkeit nicht allein aus dem Grad der Alkoholisierung. Für die Annahme einer relativen Fahruntüchtigkeit, die etwa ab einem Blutalkoholgehalt von 0,3 % beginnt, müssen zusätzliche Anzeichen für eine alkoholbedingte Fahruntüchtigkeit hinzukommen, wie etwa alkoholtypische Fahrfehler oder Ausfallerscheinungen.⁶²

Der Versicherer muss diese relative Fahruntüchtigkeit beweisen. Aufgrund des Anscheinsbedarf darf nicht auf die Fahruntüchtigkeit des Versicherungsnehmers geschlossen werden. Es bedarf vielmehr einer individuellen Feststellung, ob die Fahruntüchtigkeit gegeben war. Allerdings sind Anforderungen an die Beweisanzeichen für das Vorliegen alkoholbedingter Fahrfehler oder Ausfallerscheinungen umso geringer, je stärker sich der Blutalkoholgehalt der Grenze von 1,1 % annähert.⁶³ Dabei sind typische alkoholbedingte Fahrfehler das Abkommen von der Fahrbahn auf gerader Strecke oder in Kurven ohne erkennbaren Anlass. Werden einfachste Verkehrssituationen nicht gemeistert, spricht das dafür, dass der Versicherungsnehmer alkoholbedingt zu einer sachgerechten Reaktion nicht mehr in der Lage war.⁶⁴

Eine sorgfältige Prüfung bedarf im Rahmen der relativen Fahruntüchtigkeit auch die Frage der subjektiv gesteigerten Vorwerfbarkeit in den Fällen, in denen zwischen dem Ende des Alkoholkonsums und dem Beginn der Fahrt ein längerer Zeitraum liegt. Grundsätzlich ist jedoch zu beachten, dass es sich einem Verkehrsteilnehmer aufdrängen muss, dass auch nach einem mehrstündigen Schlaf und der Zunahme von Nahrung nicht ohne Weiteres von der Wiederherstellung der Fahruntüchtigkeit ausgegangen werden darf.⁶⁵

5.1.1.2.1. OLG Saarbrücken

Nach einem Urteil des OLG Saarbrücken vom 30.10.2014 wurde bei einer Alkoholisierung von 0,93 % eine Kürzungsquote von 75 % angenommen. Der Senat ist in dieser Entscheidung davon überzeugt, dass die relative Fahruntüchtigkeit von 0,93 % für den streitgegenständlichen Unfall kausal war.⁶⁶

Der Versicherungsnehmer war, nachdem er in seinem Fahrzeug 6 Stunden nächtigte, von der Fahrbahn abgekommen und auf eine Verkehrsinsel aufgefahren, wo-

61 LG Saarbrücken, Urteil v. 6.9.2018 – 14 O 162/17, in: BeckRS 2018, 23916.

62 Rüffer/Halbach/Schimikowski/Karczewski (Anm. 8), § 81 Rn. 36, auch OLG Saarbrücken, Urteil v. 7.4.2004 – 5 U 688/03-66, in: NZV 10/2004, 530–532 (530).

63 OLG Jena, Urteil v. 27.11.2002 – 4 U 621/02, in: NJW-RR 5/2003, 320–321.

64 Rüffer/Halbach/Schimikowski/Karczewski (Anm. 8), § 81 Rn. 37.

65 Rüffer/Halbach/Schimikowski/Karczewski (Anm. 8), § 81 Rn. 38.

66 Urteil, OLG Saarbrücken v. 30.10.2014 – 4 U 165/13, in: NJW-RR 7/2015, 411–417.

bei er eine Ampelanlage und einen Baum beschädigte. Es wurde am Unfallort eine Blutalkoholkonzentration von 0,93 % festgestellt⁶⁷.

Der Senat ist der Auffassung des BGH gefolgt, nach der grobe Fahrlässigkeit grundsätzlich dann gegeben ist, wenn der Versicherungsnehmer den Verkehrsunfall auf Grund alkoholbedingter Fahruntüchtigkeit verursacht hat (BGH, Urteil v. 22.2.1989 – IVa ZR 274/87, NJW 25/1989, 1612–1613). Zwar läge noch kein Fall der absoluten Fahruntüchtigkeit vor, die ebenso wie im Strafrecht (§§ 315c, 316 StGB) erst ab einem Blutalkoholgehalt von 1,1 % vorliegt. Jedoch liegt auch bei relativer Fahruntüchtigkeit ein Fall der groben Fahrlässigkeit vor, wenn über die Alkoholmenge hinaus Fahrfehler vorliegen, die auf die Alkoholbedingtheit des Unfalls schließen lassen⁶⁸. Der Versicherungsnehmer ist auf eine an sich leicht zu umfahrende Verkehrsinsel aufgefahren, was ein nüchterner Autofahrer ohne jedes Problem hätte vermeiden können. In Fällen, in denen ein Fahrer infolge von alkoholbedingt erklärbarem Fehlverhalten von der Fahrbahn abkommt und gegen ein Hindernis prallt, sei regelmäßig davon auszugehen, dass dies eine typische Folge der Alkoholisierung sei. Für die Frage der subjektiven Voraussetzungen, ob grobe Fahrlässigkeit für den Versicherungsnehmer anzunehmen ist, ist darauf abzustellen, ob ausreichende Vorkehrungen gegen den Antritt oder die Fortsetzung einer Alkoholfahrt ergriffen wurden. Insbesondere sei regelmäßig das Maß der Alkoholisierung und ihre Umstände (Zeitnähe des Alkoholkonsums zum Fahrtantritt) als Faktor für die Vorwerfbarkeit zu berücksichtigen. Rechtsfolge des § 81 Abs. 2 VVG ist nach Ansicht des OLG Saarbrücken bei einer relativen Fahruntüchtigkeit, deren Grad der absoluten Fahruntüchtigkeit stark angenähert ist, eine Kürzung um 70 % bis 75 %.⁶⁹

5.1.1.2.2. OLG Karlsruhe

Das OLG Karlsruhe hat in seinem Urteil von 15.4.2014 entschieden, dass eine Kürzung um 25 % vorzunehmen ist, da die Fahrerin zum Zeitpunkt eines Unfalls mindestens eine Blutalkoholkonzentration von 1,09 Promille hatte⁷⁰. Dabei wurde berücksichtigt, dass der BAK-Wert zum Unfallzeitpunkt nahe an der absoluten Grenze von 1,1 Promille lag. Die Fahrerin, die Klägerin, machte Ansprüche gegen die Beklagte aus einer Kaskoversicherung geltend.

Die Klägerin befuhr mit ihrem Fahrzeug eine Bundesstraße und bemerkte an einer Baustelle die Markierung zu spät, sodass sie im Bereich der Fahrbahnschwenkung nicht der baustellenbedingten Straßenführung nach rechts folgte, sondern nahezu geradeaus weiterfuhr. Infolgedessen geriet das Fahrzeug auf die Gegenfahrbahn und erlitt bei einem Unfall einen Totalschaden. Zuvor hatte die Klägerin mehrere Gläser Rotwein getrunken.

Das OLG Karlsruhe entschied, dass der Klägerin grundsätzlich ein Anspruch auf die Versicherungsleistung zustehe, dieser jedoch gem. § 81 Abs. 2 VVG zu

67 Urteil, OLG Saarbrücken v. 30.10.2014 – 4 U 165/13, in: NJW-RR 7/2015, 411–417.

68 Urteil, OLG Saarbrücken v. 30.10.2014 – 4 U 165/13, in: NJW-RR 7/2015, 411–417.

69 Urteil, OLG Saarbrücken v. 30.10.2014 – 4 U 165/13, in: NJW-RR 7/2015, 411–417.

70 OLG Karlsruhe, Urteil v. 15.4.2014 – 9 U 135/13, in: r+s 1/2015, 12–14.

kürzen sei, da die Klägerin den Versicherungsfall grob fahrlässig herbeigeführt habe⁷¹. Der Einwand der Klägerin, dass der Unfall nicht aufgrund des Alkohols, sondern aufgrund dessen, dass sie unmittelbar vor dem Unfall abgelenkt gewesen sei verursacht wurde, kann nicht überzeugen. Die Klägerin sei zum Zeitpunkt des Unfalls alkoholbedingt fahruntauglich gewesen. Kennzeichnend für den alkoholbedingten Fahrfehler sei vor allem, dass bei der Klägerin die sogenannte Mehrfachleistungsfähigkeit nicht mehr gegeben war. Schon eine geringe Ablenkung, das Wischen an der beschlagenen Scheibe habe dazu geführt, dass die Klägerin auf eine Vielzahl von Warnhinweisen nicht reagierte. Außer diesem alkoholbedingten Fahrfehler komme keine andere Ursache in Betracht. Die Klägerin habe grob fahrlässig gehandelt, da bei alkoholbedingter Fahruntauglichkeit in der Regel von grober Fahrlässigkeit auszugehen sei. In objektiver Hinsicht handele es sich um einen besonders gefährlichen Verstoß im Straßenverkehr und in subjektiver Hinsicht sei davon auszugehen, dass jeder Kraftfahrer die Gefährlichkeit des Alkoholgenusses kennt.⁷²

5.1.1.2.3. OLG Hamm

Das OLG Hamm hat mit seinem Urteil vom 25.8.2010 entschieden, dass bei Vorliegen relativer Fahruntüchtigkeit (ab ca. 0,3 %) in der Regel mit einer Kürzungsquote von 50 % zu beginnen sei⁷³. In dem Fall hat die Beklagte auf die in Ziff. A.2.8.1. Absatz 2 der vereinbarten „Allgemeinen Bedingungen für die Kfz-Versicherung (AKB 2008)“ gegenüber der Klägerin bei grob fahrlässiger Herbeiführung des Schadens auf den Einwand der groben Fahrlässigkeit verzichtet. Jedoch gilt nach Absatz 3 Satz 1 dieser AVB dieser Verzicht jedoch nicht bei Herbeiführung des Versicherungsfalls infolge des Genusses alkoholischer Getränke. Die Beklagte hat sich in diesem Fall in Absatz 3 Satz 2 das Recht „zur Kürzung“ in einem der Schwere des Verschuldens entsprechenden Verhältnis vorbehalten. Ein solcher Fall ist hier gegeben. Diese Quote steige je nach dem Grad der Alkoholisierung bis auf 100 % bei Erreichen der absoluten Fahruntüchtigkeit von 1,1 % an. Bei Vorliegen entlastender Umstände kann die so gefundene Quote korrigiert werden⁷⁴.

Der Senat hat im vorliegenden Fall, bei dem die Fahrzeugführerin mit 0,59 Promille in einer Linkskurve geradeaus gefahren ist, entlastende Umstände angenommen: Die Fahrerinnen hatte kurz vor dem Unfall von der Krebserkrankung der Schwiegermutter und der stationären Krankenhausaufnahme ihres Vaters erfahren, sodass aufgrund der emotional belastenden Situation 50 % anstatt 60 % angenommen wurden.⁷⁵

71 OLG Karlsruhe, Urteil v. 15.4.2014 – 9 U 135/13, in: r+s 1/2015, 12–14.

72 OLG Karlsruhe, Urteil v. 15.4.2014 – 9 U 135/13, in: r+s 1/2015, 12–14.

73 OLG Hamm, Urteil v. 25.8.2010 – 20 U 74/10, in: BeckRS 2010, 22886.

74 OLG Hamm, Urteil v. 25.8.2010 – 20 U 74/10, in: BeckRS 2010, 22886.

75 OLG Hamm, Urteil v. 25.8.2010 – 20 U 74/10, in: BeckRS 2010, 22886.

5.1.1.3. Alkoholisierung anderer Fahrer als der Versicherungsnehmer

Des Weiteren gibt es eine Reihe an Gerichtsentscheidungen, nach denen sich der Versicherungsnehmer das Verhalten anderer Fahrer zurechnen lassen muss.

5.1.1.3.1. LG Dortmund

Das Landgericht Dortmund hat mit dem Urteil vom 27.2.2014 entschieden, dass der Versicherer die Kaskoleistung auf Null reduzieren könne, wenn der Ehemann der Versicherungsnehmerin im Zustand absoluter Fahruntüchtigkeit den Versicherungsfall herbeiführt⁷⁶. Die Versicherungsnehmerin hat bei der Beklagten eine Fahrzeugvollversicherung für das durch ihren Ehemann geleaste Fahrzeug abgeschlossen. Dieser verunfallte im betrunkenen Zustand mit einer Blutalkoholkonzentration von 2,07 Promille auf trockener und beleuchteter Fahrbahn. Das Landgericht hat entschieden, dass sich die Versicherungsnehmerin das grob fahrlässige Handeln ihres Ehemannes über § 47 Abs. 1 VVG zurechnen lassen müsse. Die Beklagte sei daher nach § 81 Abs. 2 VVG nicht zur Leistung verpflichtet.⁷⁷

5.1.1.3.2. LG Bonn

Das Landgericht Bonn hat mit dem Urteil vom 31.7.2009 entschieden, dass eine Leistungskürzung von 75 % angemessen sei, wenn der Versicherungsnehmer einem Bekannten, der alkoholisiert ist, durch Übergabe des Fahrzeugschlüssels die Fahrt mit seinem Fahrzeug ermöglicht und dieser im Zustand der Fahruntüchtigkeit einen Unfall verursacht⁷⁸. Er handele damit grob fahrlässig im Sinne des § 81 Abs. 2 VVG. Das Verhalten des Versicherungsnehmers stelle einen besonders groben Verstoß gegen die ihm obliegenden Sorgfaltsverpflichtungen dar. Auch in subjektiver Hinsicht liege ein Verstoß vor, da es für die Annahme ausreiche, dass der Versicherungsnehmer zum Zeitpunkt des eigenen Alkoholgenusses zurechnungsfähig war. Er hätte Vorkehrungen treffen müssen, damit nicht er selbst oder ein Dritter im alkoholisierten Zustand das Fahrzeug benutzt. Der Versicherer dürfe trotz der vereinbarten Besonderheiten des Versicherungsvertrages, dass auf den Einwand der groben Fahrlässigkeit verzichtet wird, die Leistung kürzen. Diese Besonderheit gelte nach den Bedingungen jedoch nicht für den Fall der Herbeiführung des Versicherungsfalles infolge des Genusses „alkoholischer Getränke“. Hiervon sei im vorliegenden Fall auszugehen. Das grob schuldhaftes Verhalten des Versicherungsnehmers sei im oberen Bereich grober Fahrlässigkeit anzusiedeln, jedoch komme eine Kürzung auf Null nicht in Betracht, da der Versicherungsnehmer das Fahrzeug nicht selbst im alkoholisierten Zustand geführt habe. Es fehle daher an einem entsprechenden Gewicht der Pflichtverletzung.⁷⁹

76 LG Dortmund, Urteil v. 27.2.2014 – 2 O 370/13, in: r+s 2014, 347–348.

77 LG Dortmund, Urteil v. 27.2.2014 – 2 O 370/13, in: r+s 2014, 347–348.

78 LG Bonn, Urteil v. 31.7.2009 – 10 O 115/09, in: BeckRS 2010, 2599.

79 LG Bonn, Urteil v. 31.7.2009 – 10 O 115/09, in: BeckRS 2010, 2599.

5.1.2. Missachtung einer roten Lichtzeichenanlage

Die Missachtung einer roten Lichtzeichenanlage ist in der Regel grob fahrlässig und berechtigt den Versicherer zu einer quotalen Leistungskürzung nach § 81 VVG. Es stellt einen objektiv besonders groben Verstoß gegen die Straßenverkehrsregeln dar, welche in der Regel den Schluss zulässt, dass der Fahrer auch subjektiv unentschuldigbar gehandelt hat⁸⁰. Auch ein sog. Augenblicksversagen stellt ohne Hinzutreten weiterer besonderer Umstände keinen ausreichenden Grund dar, eine grobe Fahrlässigkeit abzulehnen. Je länger die Lichtzeichenanlage bereits rotes Licht angezeigt hat, desto schwerer wiegt das Fehlverhalten des Versicherungsnehmers und desto höher fällt die Anspruchskürzung aus. Jedem Straßenverkehrsteilnehmer ist bekannt, dass Rotlichtverstöße eine besonders gefährliche und häufige Unfallursache darstellen und somit besondere Sorgfalt geboten ist⁸¹. Den Versicherungsnehmer können in erster Linie subjektive Umstände entlasten, insbesondere der sogenannte „Mitzieheffekt“, eine unübersichtliche Kreuzung bzw. Lichtzeichenanlagen oder eine Ablenkung durch Fahrzeuginsassen.⁸² Auch innerhalb dieser Fallgruppe hat die Bemessung der Quote der Leistungskürzung nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zu erfolgen.⁸³

5.1.2.1. OLG Koblenz

Das OLG Koblenz hat mit dem Urteil vom 9.9.2013 entschieden, dass bei dem Streitgegenständlichen Rotlichtverstoß eine Haftungsquote von 50 % anzunehmen sei⁸⁴. Die Fahrerin hatte das Rotlicht der Ampelanlage missachtet und ist deshalb mit einem querenden Fahrzeug, das bei Grün in den Kreuzungsbereich eingefahren ist, kollidiert. Das OLG Koblenz hat grobe Fahrlässigkeit angenommen⁸⁵. Eine Entlastung, weil die Fahrerin fremd in der Stadt gewesen sei, käme nicht in Betracht. Aufgrund der Tatsache, dass der Fahrer kurzfristig abgelenkt war, lag nach Auffassung der OLG nur eine kurzfristige Pflichtverletzung vor. Ein leichtsinniges oder rücksichtsloses Verhalten scheide daher aus, sodass eine Haftungsquote von 50 % angenommen wurde.⁸⁶

5.1.2.2. LG Münster

Das Landgericht Münster hat mit dem Urteil vom 20.8.2009 entschieden, dass die Höhe der Leistungskürzung bei grob fahrlässiger Herbeiführung des Versicherungsfalls weder auf maximal 50 % beschränkt werden könne und die grobe Fahrlässigkeit nicht stets zur völligen Leistungsfreiheit führe. Überdies könne die Leistungskürzung auch nicht auf der Basis eines „Standard-Einstiegswerts“ von 50 %

80 F. H. Böhm, M. Nugel (Anm. 48), 1329.

81 F. H. Böhm, M. Nugel (Anm. 48), 1329.

82 F. H. Böhm, M. Nugel (Anm. 48), 1329.

83 LG Münster, Urteil v. 20.8.2009 – 15 O 141/09, in: ZfS 11/2009, 641–644.

84 OLG Koblenz, Urteil v. 9.9.2013 – 12 U 1198/12, in: r+s 11/2013, 545–546.

85 OLG Koblenz, Urteil v. 9.9.2013 – 12 U 1198/12, in: r+s 11/2013, 545–546.

86 OLG Koblenz, Urteil v. 9.9.2013 – 12 U 1198/12, in: r+s 11/2013, 545–546.

erfolgen, sondern müsse nach den besonderen Umständen des Einzelfalls ohne starre Vorgaben vorzunehmen sein⁸⁷. Um ein zu großes Auseinanderfallen etwaiger Entscheidung zu verhindern, sei es sinnvoll und geboten, einzelne Quotenstufen von 0, 25, 50, 75 und 100 % festzulegen, innerhalb derer dann die Quote nach dem Grad des Verschuldens unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu bemessen sei.

Die Klägerin machte Ansprüche aus einer bei der Beklagten abgeschlossenen Vollkaskoversicherung geltend. Die Beklagte hat die geltend gemachten Ansprüche zu 50 % reguliert. Es kam an einer Ampelkreuzung zu einer Kollision zwischen dem Fahrzeug der Klägerin und einem anderen Fahrzeug. In einem Ordnungswidrigkeitsverfahren wurde die Klägerin wegen eines Rotlichtverstoßes zur Zahlung einer Geldbuße verurteilt. Die Klägerin hat behauptet, dass die Ampel für sie Grün gezeigt habe. Im Übrigen habe die Sonne so gestanden, dass sie geblendet worden sei und den Unterschied zwischen Rot und Grün nicht habe sehen können. Sie ist der Ansicht, dass jedenfalls subjektiv der Vorwurf der groben Fahrlässigkeit nicht gerechtfertigt sei. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Beklagte habe sich zu Recht auf eine mindestens hälftige Leistungsfreiheit gemäß der Nr. A 2.17.2 der AKB 2008 berufen, der seinem Inhalt nach § 81 II VVG entspreche. Die Voraussetzungen für die Anspruchskürzung liegen vor, da die Klägerin den Versicherungsfall grob fahrlässig herbeigeführt habe. In dem Rotlichtverstoß der Klägerin ist ein grob fahrlässiges Handeln der Klägerin zu sehen, welches auch subjektiv nicht entschuldbar ist. Die Klägerin hätte aufgrund der Lichtverhältnisse ihre Fahrweise anpassen müssen, sodass sie auch subjektiv grob fahrlässig gehandelt habe. Das Landgericht ist der Auffassung, dass die Schwere des Rotlichtverstoßes so groß ist, dass eine Leistungsfreiheit von weniger als 50 % unter keinen Umständen angemessen ist. Damit wird berücksichtigt, dass die Missachtung des Rotlichts im Straßenverkehr einen besonders gravierenden Pflichtverstoß darstellt und jegliche Unachtsamkeit in diesem Bereich als besonders schwerwiegend anzusehen ist.⁸⁸

5.1.2.3. AG Duisburg

Das Amtsgericht Duisburg hat mit dem Urteil vom 24.2.2010 ein Leistungskürzungskürzungsrecht der Vollkaskoversicherung von 50 % für den Fall angenommen, indem ein Versicherungsnehmer grob fahrlässig einen Rotlichtverstoß beging und mit einem von rechts kommenden Fahrzeug kollidierte⁸⁹. Der Unfall resultierte daraus, dass der Versicherungsnehmer trotz Sonneneinblendung, ohne seine Geschwindigkeit zu reduzieren bei roter Lichtzeichenanlage in den Kreuzungsbereich eingefahren ist. In objektiver Hinsicht ist das Überfahren einer roten Verkehrsampel wegen der besonderen Gefahrenträchtigkeit ein schwerwiegender Verkehrsverstoß. Es gehört zu den wichtigsten Grundregeln des Straßenverkehrs, dass Lichtsignale von Verkehrsampeln strikt befolgt werden. Ampelanlagen werden grund-

87 LG Münster, Urteil v. 20.8.2009 – 15 O 141/09 in: NJW 4/2010, 240–242.

88 LG Münster, Urteil v. 20.8.2009 – 15 O 141/09 in: NJW 4/2010, 240–242.

89 AG Duisburg, Urteil v. 24.2.2010 – 50 C 2567/09, in: SVR 8/2010, 307–308.

sätzlich nur an besonders verkehrsreichen oder gefährlichen Kreuzungen, Einmündungen oder Engstellen aufgestellt. Sie dienen dem Zweck, einen geordneten Verkehrsablauf zu ermöglichen und folglich auch dem Schutz der Verkehrsteilnehmer, die darauf vertrauen dürfen, dass Lichtsignale einer Verkehrsampel befolgt werden.⁹⁰

5.1.3. *Missachtung der Durchfahrtshöhe*

Für die Quotenbildung in Bezug auf die Missachtung der Durchfahrtshöhe lässt sich feststellen, dass je besser die eingeschränkte Durchfahrtshöhe ausgeschildert worden ist und je deutlicher vor ihr gewarnt wird, desto schwerer wiegt das Verschulden des Versicherungsnehmers⁹¹. War er hingegen nicht mit dem Fahrzeug besonders vertraut, verringert dies sein Verschulden, es sei denn, die besonderen Höhenausmaße haben sich dem Versicherungsnehmer gerade aufgedrängt. Zu Gunsten des Versicherungsnehmers kann es auch zu berücksichtigen sein, wenn sich ausnahmsweise die Höhenmaße des Fahrzeugs geändert haben, wie zum Beispiel durch die Befestigung eines Dachgepäckträgers. Innerhalb dieser Fallgruppe wird eine Kürzung im Bereich von 1/3 bei ungewohnten und angemieteten Fahrzeugen bis zu 2/3 bei einer gewerblichen Benutzung und einem besonders krassen Fehlverhalten angenommen.⁹²

5.1.3.1. *OLG Düsseldorf*

Mit dem Beschluss vom 17.9.2012 hat das OLG Düsseldorf darauf hingewiesen, dass ein grob fahrlässiges Handeln angenommen werden könne, wenn der Mieter eines kleinen Lkw von 3,50 m unter Missachtung des Zeichens 265 nach § 41 StVO das auf eine Höchstbegrenzung von 2,60 m hinweist, in eine offene Parkgarage einfährt (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.9.2012, I-24 U 54/12). Das Fehlverhalten des Mieters hat nach Auffassung des OLG insbesondere darauf beruht, dass er sich in erster Linie nicht hinreichend mit den Abmessungen des Fahrzeugs vertraut gemacht und diese verinnerlicht habe, weshalb er in der konkreten Verkehrssituation (fremdes Fahrzeug, nicht bekannte Örtlichkeit) überfordert war. Kann ihm allerdings nur ein kurzfristiges, momentanes Versagen vorgeworfen werden, weil er das ihm nicht vertraute Fahrzeug nur für einen Tag gemietet hat, nähert sich der zu beurteilende Fall in der Bandbreite der Fälle, die als grob fahrlässig anzusehen sind, eher der Grenze der einfachen Fahrlässigkeit an als dem bedingten Vorsatz. In entsprechender Anwendung der Grundsätze des § 81 Abs. 2 VVG und sei dann eine Haftungsquote von unter 50 %, in dem Fall von 40 % angemessen.

5.1.3.2. *LG Dessau-Roßlau*

Das Landgericht Dessau-Roßlau hat mit dem Urteil vom 15.7.2016 entschieden, dass sich der Fahrer eines Mietfahrzeugs mit einer gegenüber herkömmlichen Pkw

90 AG Duisburg, Urteil v. 24.2.2010 – 50 C 2567/09, in: SVR 8/2010, 307–308.

91 F. H. Böhm, M. Nugel (Anm. 48), 1329.

92 F. H. Böhm, M. Nugel (Anm. 48), 1329.

größeren Aufbauhöhe vor Fahrtantritt mit dem Ausmaß und den sonstigen Besonderheiten des Fahrzeuges gewissenhaft vertraut machen und sich diese auch in jeder Verkehrssituation vor Augen halten müsse⁹³. Ist dies nicht der Fall, käme grobe Fahrlässigkeit und folglich eine Kürzung des Leistungsanspruchs in Betracht. Im vorliegenden Fall hat das Landgericht eine Kürzung um 50 % angenommen⁹⁴.

Der Beklagte hat bei der Klägerin, einer Autovermietung, einen Transporter gemietet. An der Frontscheibe des gemieteten Fahrzeugs befand sich ein Warnhinweis auf eine Fahrzeughöhe von 3,10 m. Tatsächlich war der Transporter 2,70 m hoch. Bei der Einfahrt auf den überdachten Parkplatz eines Einkaufszentrums kollidierte das Mietfahrzeug mit dem Dach und wurde erheblich beschädigt. An der Überdachung selbst war kein Hinweis angebracht. Allerdings befand sich davor ein Verkehrszeichen 265 der Anlage 2 zu § 41 Abs. 1 StVO, das die Durchfahrtshöhe auf 2,30 m begrenzt.

Das Landgericht hat zulasten des Mieters eine Haftungsquote von 50 % angenommen. Das schädigende Ereignis sei auf grob fahrlässiges Verhalten des Fahrers zurückzuführen. Der Vermieter habe einen deutlich sichtbaren Hinweis auf die beschränkte Durchfahrtshöhe angebracht, der dem Fahrer seine dahingehende Sorgfaltspflicht permanent anzeigen soll. Es stelle in objektiver Hinsicht eine grobe Missachtung seiner Sorgfaltspflichten dar, wenn der Fahrer vor dem Durchfahren keine Prüfung vornimmt, ob die Durchfahrtshöhe ausreiche. Bei der Schwere des Verschuldens komme dem Fahrer jedoch die Unerfahrenheit im Umgang mit Kleintransportern zugute.⁹⁵

5.1.3.3. LG Hagen

Das Landgericht Hagen hat mit dem Beschluss vom 1.8.2012 entschieden, dass eine Haftungsquote von 50 % angemessen sei, wenn der Fahrer eines Mietfahrzeugs mit einer großen Aufbauhöhe (3,50 m) die niedrige Durchfahrtshöhe einer Unterführung oder eines Tunnels (3,10 m) missachte und damit gegen die Vorschrift des § 41 Abs. 2 Nr. 6 i.V.m. Verkehrszeichen 265 StVO verstoße⁹⁶. In dem Fall sei in objektiver Hinsicht ein grober Verstoß gegen die allgemeine Sorgfaltspflicht gegeben und auch in subjektiver Hinsicht liege grobe Fahrlässigkeit vor. Der Fahrer sei durch mehrere Verkehrszeichen im Vorfeld der Tunneldurchfahrt bereits auf die niedrige Höhe aufmerksam gemacht worden und für ihn war es auch erkenntlich, dass er den Tunnel nicht mittig, mithin an der höchsten Stelle des Tunnelbogens durchfahren konnte, weil dieser dem Straßenbahnverkehr vorbehalten war. Der Fahrer habe sich über Bedenken hinweggesetzt, die sich jedem in der Lage befindlichen Verkehrsteilnehmer geradezu aufdrängen mussten. Konkrete Umstände, die die Annahme einer subjektiv grob fahrlässigen Verhaltensweise ausgeschlossen erscheinen lassen, lägen nach Ansicht des Landgerichts nicht vor.⁹⁷

93 LG Dessau-Roßlau, Urteil v. 15.7.2016 – 2 O 103/16, in: BeckRS 2016, 113952.

94 LG Dessau-Roßlau, Urteil v. 15.7.2016 – 2 O 103/16, in: BeckRS 2016, 113952.

95 LG Dessau-Roßlau, Urteil v. 15.7.2016 – 2 O 103/16, in: BeckRS 2016, 113952.

96 LG Hagen, Beschluss v. 1.8.2012 – 7 S 31/12 in: NZV 1/2013, 37–38.

97 LG Hagen, Beschluss v. 1.8.2012 – 7 S 31/12 in: NZV 1/2013, 37–38.

5.1.4. *Fahren mit abgefahrenen Reifen*

Diese Fallgruppe dürfte unter dem Gesichtspunkt der grob fahrlässigen Gefahrerhöhung zu erfassen sein, wenn die Benutzung des Fahrzeugs mit abgefahrenen Reifen einen Zustand von erheblicher Dauer erreicht hat und nicht nur einmalig gewesen ist.⁹⁸ Der Profiltiefe dürfte eine erhebliche Indizwirkung zukommen. Auch hier wird vorausgesetzt, dass der Versicherungsnehmer von der mangelhaften Profiltiefe Kenntnis hat. Weisen die Reifen des Fahrzeugs eine Profiltiefe unter 1 mm auf oder sind die Hinterreifen stark abgefahren und weisen kein Profil oder weniger als 1 mm auf, wird grundsätzlich eine Gefahrerhöhung angenommen.⁹⁹

5.1.4.1. *LG Darmstadt*

Das Landgericht Darmstadt hat mit dem Beschluss vom 19.5.2011 entschieden, dass eine Leistungskürzung des Versicherungsnehmers von 50 % in Betracht kommen könne, wenn der Versicherungsnehmer der Kaskoversicherung mit abgefahrenen Reifen bei einer Profiltiefe von 0,4 mm von der Fahrbahn abkommt und dem Versicherungsnehmer keine vorsätzliche Gefahrerhöhung in Kenntnis der abgefahrenen Reifen bei dauerhafter Benutzung des Pkw nachgewiesen wird¹⁰⁰. Der Versicherer muss jedoch beweisen können, dass der Unfall zumindest auch auf den abgefahrenen Reifen beruhe.¹⁰¹

5.1.4.2. *LG Passau*

Das Landgericht Passau hat demgegenüber mit dem Beschluss vom 19.7.2011 eine Leistungskürzung von 75 % für den Fall angenommen, in dem der Versicherungsnehmer aufgrund der Profiltiefe der Reifen seines hochmotorisierten Sportwagens von lediglich 1 mm bei einem Überholmanöver auf regennasser Fahrbahn von der Straße abkam.¹⁰²

5.1.5. *Einbau eines Fahrzeugmotors mit gesteigerter Leistung*

Das OLG Saarbrücken hat mit Urteil vom 4.3.2020 entschieden, dass die vom Landgericht vorgenommene Kürzung der Versicherungsleistung um 2/3 angemessen sei, da das nach dem Unfall bekannt gewordene Motor-Tuning eine Gefahrerhöhung im Sinne des § 23 VVG sei, die der Kläger schuldhaft nicht angezeigt habe¹⁰³. Das Landgericht habe die Versicherungsleistung zu Recht wegen einer von dem Kläger nach Abschluss des Versicherungsvertrages vorgenommenen Gefahrerhöhung gemäß § 26 Abs. 2 Satz 2 VVG um 2/3 gekürzt. Die vom Landgericht angenommene bewusste und relevante Gefahrerhöhung liege darin, dass durch den

98 F. H. Böhm, M. Nugel (Anm. 48), 1330.

99 Langheid/Wandt/Reusch (Anm. 2), § 23 Rn. 160.

100 LG Darmstadt, Beschluss v. 19.5.2011 – 1 O 9/11, in: BeckRS 2011, 34857.

101 LG Darmstadt, Beschluss v. 19.5.2011 – 1 O 9/11, in: BeckRS 2011, 34857.

102 LG Passau, Beschluss v. 19.7.2011 – 1 O 329/11, zitiert nach juris.

103 OLG Saarbrücken, Urteil v. 4.3.2020 – 5 U 64/19, in: r+s 8/2020, 447–451.

Kläger nach Abschluss des Versicherungsvertrages an die Stelle des ursprünglichen 179 kW-Motors ein anderer Fahrzeugmotor mit einer wesentlich stärkeren Leistung von 298 kW eingebaut wurde und das so in erheblicher Weise baulich veränderte Fahrzeug in Kenntnis dieses Umstandes bis zum Eintritt des Versicherungsfalles im Straßenverkehr benutzt wurde¹⁰⁴. Das OLG Saarbrücken ist der Ansicht, dass der Kläger die kraft Gesetzes gemäß § 26 Abs. 1 Satz 2 VVG gegen ihn bestehende Vermutung, er habe die Obliegenheit aus § 23 Abs. 1 VVG grob fahrlässig verletzt, nicht widerlegt¹⁰⁵.

Bezugspunkte der groben Fahrlässigkeit im Rahmen des § 26 Abs. 1 VVG seien die Unkenntnis der Gefahrerhöhung als solche oder die irrtümliche Annahme der Einwilligung des Versicherers. Demnach liege grobe Fahrlässigkeit vor, wenn der Versicherungsnehmer durch einfachste Überlegungen hätte erkennen können, dass die von ihm vorgenommene oder gestattete Änderung der gefahrerheblichen Umstände den Eintritt des Versicherungsfalles generell wahrscheinlich mache. Im vorliegenden Fall hätte sich dem Kläger aufdrängen müssen, dass der Einbau des wesentlich stärkeren Fahrzeugmotors und die so geänderte Fahrzeugnutzung im Straßenverkehr mit einer deutlichen Erhöhung des versicherten Risikos verbunden waren. Dies zähle zum absoluten Allgemeinwissen, dass die Motorisierung eines Fahrzeugs Einfluss auf die Höhe der Versicherungsprämie habe.¹⁰⁶

5.1.6. Ausweichen eines Tieres

Das OLG Saarbrücken hat mit dem Urteil vom 26.1.2011 entschieden, dass der Versicherer im Rahmen der Teilkaskoversicherung den Anspruch des Versicherungsnehmers auf Rettungskostenersatz gem. § 82 VVG i.V.m. 90 VVG um 50 % kürzen könne, wenn dieser bei einer nächtlichen Fahrt einen Zusammenstoß mit einem Tier verursacht, dessen Größe er nicht belegen kann¹⁰⁷. Bei größeren Tieren ist das Ausweichenmanöver bereits objektiv erforderlich, um die Beschädigung des Fahrzeugs abzuwenden. Bei kleineren Tieren hingegen sei die Gefahr durch einen bevorstehenden Zusammenstoß so gering, dass das Risiko eines ungleich größeren Schadens durch eine plötzliche Fahrtrichtungsänderung nicht in Kauf genommen werden darf. Der Versicherungsnehmer habe die Gebotenheit der Rettungshandlung grob fahrlässig verkannt. Sein Verhalten sei sowohl objektiv als auch subjektiv unentschuldbar, da er ohne seine Geschwindigkeit nennenswert zu reduzieren einem ca. 100 m entfernten Tier von geringer Größe auswich und eine übermäßige Lenkbewegung vornahm und zusätzlich die Kontrolle über das Fahrzeug dadurch aus der Hand gab, dass er gar nicht mehr weiter lenkte, sondern die Hand vor das Gesicht schlug. Das OLG hat dabei das Verhalten des Versicherungsnehmers im mittleren Bereich der groben Fahrlässigkeit angesiedelt.¹⁰⁸

104 OLG Saarbrücken, Urteil v. 4.3.2020 – 5 U 64/19, in: r+s 8/2020, 447–451.

105 OLG Saarbrücken, Urteil v. 4.3.2020 – 5 U 64/19, in: r+s 8/2020, 447–451.

106 OLG Saarbrücken, Urteil v. 4.3.2020 – 5 U 64/19, in: r+s 8/2020, 447–451.

107 OLG Saarbrücken, Urteil v. 26.1.2011 – 5 U 356/10, in: NJOZ 48/2011, 1965–1969.

108 OLG Saarbrücken, Urteil v. 26.1.2011 – 5 U 356/10, in: NJOZ 48/2011, 1965–1969.

5.1.7. Entwendungsfälle

Eine Vielzahl von Entscheidungen befassen sich mit der Frage, unter welchen Umständen der Versicherungsnehmer den Diebstahl seines Pkw grob fahrlässig herbeiführt.

5.1.7.1. OLG Dresden

Das Oberlandesgericht Dresden hat mit dem Beschluss vom 21.11.2019 entschieden, dass der Anspruch des Versicherungsnehmers nach § 81 Abs. 2 VVG um 75 % zu kürzen sei, da er sein Fahrzeug unverschlossen und mit steckendem Zündschlüssel abgestellt hat und es daraufhin entwendet wurde¹⁰⁹. Er habe mit seinem Verhalten den Versicherungsfall grob fahrlässig herbeigeführt. Eine vom Versicherer geforderte Kürzung um 100 % käme nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht¹¹⁰. Ein solcher Ausnahmefall sei im vorliegenden Fall bei Abwägung aller maßgeblichen Umstände zu verneinen. Dabei sei auf der einen Seite zu beachten, dass der Versicherungsnehmer keine ausreichenden Vorkehrungen gegen die Entwendung des Fahrzeugs getroffen habe, indem er dieses unverschlossen und mit steckendem Fahrzeugschlüssel abgestellt hat. Demgegenüber müsse jedoch berücksichtigt werden, dass das Fahrzeug direkt neben einem Waschsalon für 10 Minuten abgestellt wurde und aufgrund verschlossener Türen und Fenster für Dritte nicht sofort ersichtlich war, dass das Fahrzeug leicht zu entwenden war.¹¹¹

5.1.7.2. OLG Karlsruhe

Das Oberlandesgericht Karlsruhe hat mit dem Urteil vom 31.7.2014 entschieden, dass der Kaskoversicherer bei einem Diebstahl des Fahrzeugs auch dann zu 100 % leistungspflichtig bleibe, wenn dieses über einen längeren Zeitraum (ca. 3 Wochen) auf einem Bahnhofplatz abgestellt wird und sich Schlüssel und Fahrzeugpapiere im Fahrzeuginneren befinden¹¹². Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Zeitpunkt des Diebstahls nicht feststehe. Damit kann die Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden, dass die Entwendung des Fahrzeugs bereits in den ersten Stunden nach dem Abstellen erfolgte. Unter diesen Umständen könne nicht von grob fahrlässigem Verhalten ausgegangen werden. Hierzu müsse bewiesen sein, dass der Täter vor seinem Diebstahlsentschluss gesehen hat, dass sich die Fahrzeugpapiere und der Zweitschlüssel im Fahrzeug befinden¹¹³. Nicht nur die Leistungskürzung nach § 81 Abs. 2 VVG sei ausgeschlossen, sondern auch eine Leistungskürzung nach §§ 23 Abs. 1, 26 Abs. 1 S. 2 VVG, da keine Gefahrerhöhung nach § 23 Abs. 1 VVG vorliege.¹¹⁴

109 OLG Dresden, Urteil v. 21.11.2019 – 4 U 2082/19, in: r+s 3/2020, 148–149.

110 OLG Dresden, Urteil v. 21.11.2019 – 4 U 2082/19, in: r+s 3/2020, 148–149.

111 OLG Dresden, Urteil v. 21.11.2019 – 4 U 2082/19, in: r+s 3/2020, 148–149.

112 OLG Karlsruhe, Urteil v. 31.7.2014 – 12 U 44/14, in: r+s 5/2015, 226–227.

113 OLG Karlsruhe, Urteil v. 31.7.2014 – 12 U 44/14, in: r+s 5/2015, 226–227.

114 OLG Karlsruhe, Urteil v. 31.7.2014 – 12 U 44/14, in: r+s 5/2015, 226–227.

5.1.7.3. OLG Hamm

Das OLG Hamm hat mit seinem Urteil vom 3.7.2013 entschieden, dass der Versicherer die Beweislast für die Herbeiführung des Versicherungsfalles und die Kausalität des grob fahrlässigen Verhaltens des Versicherungsnehmers trage¹¹⁵. Das grob fahrlässige Verhalten des Versicherungsnehmers ist nach Ansicht des OLG Hamm nicht nachgewiesen, wenn dieser die Papiere in einem öffentlichen Verkehrsgrund geparkten Fahrzeugs lässt und die Umstände des Fahrzeugdiebstahls sowie die Verletzung von Sicherungsmaßnahmen unklar bleiben. Selbst wenn die Fahrzeugpapiere bewusst von außen nicht sichtbar im Fahrzeug aufbewahrt werden, begründet dies keine Gefahrerhöhung im Sinne von § 23 Abs. 1 VVG. Eine Gefahrerhöhung wegen eines Schlüsselverlustes kommt nur dann in Betracht, wenn der Verlust des Schlüssels zu einem objektiven Risiko einer Zugriffsmöglichkeit von Dritten auf das Kfz führt. Eine solche Gefahr bestehe nicht, wenn der Schlüssel innerhalb der Wohnung verlegt worden ist oder wenn der außerhalb der Wohnung verlorene Schlüssel für den Finder nicht auf das versicherte Fahrzeug hindeute¹¹⁶. Auch in diesem Fall wurde ein Leistungskürzungsrecht oder eine Leistungsfreiheit des Versicherers nach den §§ 81 Abs. 2, § 26 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 23 Abs. 1 sowie § 26 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 23 Abs. 3 VVG nicht angenommen.¹¹⁷

5.1.7.4. LG Magdeburg

Weiterhin hat das Landgericht Magdeburg mit dem Urteil vom 11.9.2018 entschieden, dass ein Leistungskürzungsrecht der Kaskoversicherung von 30 % anzunehmen sei, wenn ein Fahrzeug außerhalb der Garage trotz gegenteiliger Vereinbarung im Versicherungsvertrag abgestellt und daraufhin entwendet wird¹¹⁸. Im Versicherungsvertrag wurde als nächtlicher Einstellplatz die Garage des Versicherungsnehmers vereinbart. Dieser hat das Fahrzeug trotz dessen über Nacht vor der Garage belassen und daher den Versicherungsfall nach § 81 VVG, den Fahrzeugdiebstahl, grob fahrlässig herbeigeführt. Die Gefahr des Diebstahls wurde durch das Abstellen außerhalb der Garage erheblich erhöht, da die Täter nicht mehr in die Garage eindringen mussten, um das Fahrzeug zu entwenden.¹¹⁹

5.1.8. Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort

Welche Folgen es für den Versicherungsschutz hat, wenn sich der Versicherungsnehmer unerlaubt vom Unfallort entfernt, soll im Folgenden dargestellt werden.

5.1.8.1. BGH

Der BGH hat mit dem Urteil vom 21.12.2012 entschieden, dass keine Verletzung der Aufklärungsobliegenheit gegeben sei, wenn der Versicherungsnehmer sich nach

115 OLG Hamm, Urteil v. 3.7.2013 – 20 U 226/12, in: r+s 8/2013, 373–375.

116 OLG Hamm, Urteil v. 3.7.2013 – 20 U 226/12, in: r+s 8/2013, 373–375.

117 OLG Hamm, Urteil v. 3.7.2013 – 20 U 226/12, in: r+s 8/2013, 373–375.

118 LG Magdeburg, Urteil v. 11.9.2018 – 11 O 2018 (042), in: VersR 8/2021, 504–506.

119 LG Magdeburg, Urteil v. 11.9.2018 – 11 O 2018 (042), in: VersR 8/2021, 504–506.

einem Verkehrsunfall erlaubt vom Unfallort entfernt habe, seiner Pflicht zur unverzüglichen Ermöglichung nachträglicher Feststellung jedoch nicht rechtzeitig nachgekommen ist und stattdessen seinen Versicherer zu einem Zeitpunkt, zu dem er durch Mitteilung an den Geschädigten eine Strafbarkeit nach § 142 Abs. 2 StGB noch hätte abwehren können, informiert¹²⁰. Allein die unterlassene Erfüllung der Pflicht nach § 142 Abs. 1 StGB begründe keine Verletzung der Aufklärungsobliegenheit.¹²¹

5.1.8.2. OLG Naumburg

Das OLG Naumburg hat mit dem Urteil vom 21.6.2012 entschieden, dass in den Fällen, in denen der Versicherungsnehmer entgegen seiner Aufklärungsobliegenheit unerlaubt den Unfallort verlässt, der Versicherungsschutz nach § 28 Abs. 2 S. 1 VVG versagt werden könne¹²².

Verlasse der Versicherungsnehmer entgegen seiner Aufklärungsobliegenheit unerlaubt den Unfallort, entstünden hieraus regelmäßig konkrete Feststellungsnachteile für den Versicherer, die einen Kausalitätsgegnachweis nach § 28 Abs. 3 S. 1 VVG unmöglich machen und damit entsprechend § 28 Abs. 2 S. 1 VVG zum Verlust des Vollkaskoschutzes führen. Insbesondere sei dies der Fall, wenn keine Feststellungen zu einer möglichen Alkoholisierung oder Drogenbeeinträchtigung, die gegebenenfalls aufgrund eines entsprechenden Verbots der AKB zum Wegfall des Versicherungsschutzes oder zu einer Leistungskürzung hätten führen können, mehr möglich sind. Im vorliegenden Fall wurde dem Kläger, welcher im Bereich einer Baustelle einen Unfall verursachte und die erforderlichen Feststellungen nicht ermöglichte, der Versicherungsschutz vollständig versagt.¹²³

5.2. Kürzungsquoten in der Sachversicherung

5.2.1. Frostschäden

In dieser Fallgruppe zeichnet sich in der Regel eine Tendenz zu hohen Kürzungsquoten ab. Die Schwere des Verschuldens des Versicherungsnehmers bestimmt sich insbesondere nach seinem Fehlverhalten.

Bei einer umfassenden Kenntnis des Versicherungsnehmers von der besonderen Gefahrenlage ist eine besonders hohe Leistungskürzung anzunehmen. Liegt ein besonders schwerwiegendes Fehlverhalten in einer besonderen Gefährdungssituation vor, kann eine vollständige Leistungskürzung gerechtfertigt sein. Zugunsten des Versicherungsnehmers wirken sich jedoch unter anderem Vorsorge- und Kontrollmaßnahmen aus.¹²⁴

120 BGH, Urteil v. 21.11.2012 – IV ZR 97/11, in: SVR 2/2013, 64–66.

121 BGH, Urteil v. 21.11.2012 – IV ZR 97/11, in: SVR 2/2013, 64–66.

122 OLG Naumburg, Urteil v. 21.6.2012 – 4 U 85/11, in: NZV 3/2013, 137–139.

123 OLG Naumburg, Urteil v. 21.6.2012 – 4 U 85/11, in: NZV 3/2013, 137–139.

124 F. H. Böhm, M. Nugel (Anm. 48), 1330 f.

5.2.1.1. OLG Hamm

In seinem Urteil vom 27.4.2012 hat das OLG entschieden, dass auch in der Leitungswasserversicherung gestützt auf § 81 Abs. 2 VVG in Ausnahmefällen eine Kürzung auf Null möglich sei, wenn der Versicherungsnehmer die Heizungsanlage in einem leerstehenden Gebäude über einen längeren Zeitraum im Winter vollständig stilllegt und trotzdem die wasserführenden Leitungen weder absperrt noch entleert¹²⁵.

Der Ansicht des Klägers, wonach die Kürzung eines Anspruchs nach § 81 Abs. 2 VVG einen gewissen Restanspruch voraussetze, folgt der Senat nicht. Wie bereits erläutert, hat der BGH mit eingehender Begründung entschieden, dass in besonderen Ausnahmefällen eine Kürzung auf Null nach § 81 Abs. 2 VVG durchaus möglich sei. Nach Ansicht des Senats handele es sich um einen solchen besonderen Ausnahmefall, der eine Kürzung auf Null erfordere¹²⁶. In objektiver Hinsicht hat der Kläger über einen längeren Zeitraum trotz winterlicher Temperaturen keinerlei Sicherungsmaßnahmen gegenüber dem Einfrieren der Leitung ergriffen. Ein Leitungswasserschaden war aufgrund der winterlichen Temperaturen nicht nur möglich, sondern in hohem Maße wahrscheinlich. Der Senat hat das Verhalten des Versicherungsnehmers als außergewöhnlich hoch und dem Vorsatz praktisch gleichzusetzen angesehen. Auch in subjektiver Hinsicht liegen keine Umstände vor, die den Sorgfaltsverstoß milder erscheinen lassen. Dem Versicherungsnehmer war nach seinen eigenen Angaben bewusst, dass Abwehrmaßnahmen gegen die Frostschäden notwendig waren und er gleichwohl keine Sicherungsmaßnahmen ergriffen hat. Daher könne nur eine vollständige Kürzung seines Anspruchs nach § 81 Abs. 2 VVG vorgenommen werden¹²⁷.

5.2.1.2. OLG Koblenz

In einem ähnlich gelagerten Fall hat das OLG Koblenz mit seinem Hinweisbeschluss vom 29.4.2020 eine Kürzung der Entschädigungsleistung von 75 % angenommen¹²⁸. Der Kläger hat seine Wohngebäudeversicherung wegen eines Leitungswasserschadens in Anspruch genommen. Das Gebäude stand leer und die Wasserleitungen waren weder abgestellt noch entleert. Während einer Frostperiode kam es zum Frostschaden an einer Armatur und zum Wasseraustritt. Dem Versicherungsnehmer ist ein besonders schweres Verschulden vorzuwerfen, da dieser trotz des Leerstandes und der winterlichen Jahreszeit keine erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen ergriff. Er hat nicht nur die wasserführenden Anlagen und Einrichtungen nicht abgestellt und entleert, sondern auch eine ausreichende Kontrolle des Objekts unterlassen. Folglich wurde das außer Acht gelassen, was jedem hätte einleuchten müssen. Die Tatsache, dass der Versicherungsnehmer die Maßnahmen nicht für erforderlich gehalten hat, entlastet ihn nicht. Der Leitungswasserschaden

125 OLG Hamm, Ur. v. 27.4.2012, I-20 U 144/11.

126 OLG Hamm, Ur. v. 27.4.2012, I-20 U 144/11.

127 OLG Hamm, Ur. v. 27.4.2012, I-20 U 144/11.

128 OLG Koblenz, Hinweisbeschluss v. 29.4.2020 – 10 U 2170/19, in: NJW-RR 20/2020, 1237–1239.

werde nach Ansicht des OLG in einem solchen Fall regelrecht leichtfertig herbeigeführt.¹²⁹

5.2.2. *Herbeiführung eines Brandschadens*

Auch in dieser Fallgruppe kann bei einem Verhalten im Grenzbereich zu einem Eventualvorsatz eine vollständige Leistungskürzung erfolgen.¹³⁰ Dabei sei entscheidend, ob naheliegende Überlegungen missachtet und brandgefährliche Situationen über einen längeren Zeitraum ohne Kontrolle gelassen worden sind.¹³¹

5.2.2.1. *OLG Naumburg*

Mit dem Beschluss vom 28.3.2011 entschied das OLG Naumburg, dass der Versicherungsnehmer, welcher zuvor in seinem Wohnhaus Feuerwerkskörper entzündet und sie in den Keller wirft, obwohl ihm bewusst ist, dass im Bereich der Kellertreppe und eines Holzschanks leicht brennbare Kleidungsstücke lagern, keine Leistung von seiner Feuerversicherung verlangen könne, wenn das Haus vollständig abbrennt. Er hat in diesem Fall grob fahrlässig gehandelt¹³². Es leuchte jedem ein, dass in einem Wohnhaus wegen der damit verbundenen Brand- und sonstigen Verletzungsgefahren keine Feuerwerkskörper gezündet werden dürfen. Auch das Verhalten des Versicherungsnehmers nach dem Werfen der Feuerwerkskörper sei in hohem Maße unverantwortlich und daher grob fahrlässig, weil er sich erst fünf bis zehn Minuten nach der Entstehung des Brandes vergewisserte, ob ein Brand entstanden ist. Ein Augenblicksversagen liege auch nicht vor, da er die Feuerwerkskörper bereits geraume Zeit vor der Entstehung des Brandes zurechtgelegt habe. Überdies müsse für die Exkulpation neben dem Umstand, dass das Fehlverhalten gerade einer spontanen, unmittelbaren Reaktion gleicht, die Schadensgefahr nicht ungewöhnlich gesteigert worden sein.

Dem Senat ist durchaus bewusst, dass der Gesetzgeber eine Abkehr vom Alles-oder-nichts-Prinzip im Falle der groben Fahrlässigkeit in § 81 Abs. 2 VVG vorgesehen habe und die Entscheidung existenziell bedrohliche Auswirkungen für den Versicherungsnehmer habe. Dennoch rechtfertige das nachträgliche unverantwortliche und unverständliche Verhalten ausnahmsweise eine Kürzung der Versicherungsleistung auf Null.¹³³

5.2.2.2. *OLG Hamm*

Das OLG Hamm hat mit dem Beschluss vom 15.1.2016 darauf hingewiesen, dass eine Leistungskürzung von 60 % angenommen werden könne, wenn ein Versiche-

129 OLG Koblenz, Hinweisbeschluss v. 29.4.2020 – 10 U 2170/19, in: NJW-RR 20/2020, 1237–1239.

130 OLG Naumburg, Beschluss vom 28.3.2011 – 4 W 12/11 in: MDR 17/2011, 1038–1039.

131 F. H. Böhm, M. Nugel (Anm. 48), 1331.

132 OLG Naumburg (Anm. 87).

133 OLG Naumburg (Anm. 87).

rungsnehmer entflammbare Gegenstände auf einem scheinbar abgeschalteten Saunaofen ablegt und die Sauna verlässt, ohne sich über eine verlässliche Abschaltung zu vergewissern¹³⁴.

Die Klägerin machte Ansprüche wegen eines Brandschadens gegen ihre Hausratversicherung geltend. Die Sauna wurde von der Versicherungsnehmerin seit mindestens 5 Jahren vor dem Schadensereignis nicht mehr genutzt, sodass An-/Aus-schalter der Sauna und der Temperaturschalter ausgeschaltet waren und die Sicherung herausgenommen war. Als im Jahr des Schadensereignisses Umbauarbeiten im Haus vorgenommen wurden, nutzte die Versicherungsnehmerin die Sauna für die Lagerung von Gegenständen. Die Versicherungsnehmerin suchte am Tag des Schadensereignisses in der Sauna nach einer Vase und legte aufgrund dessen andere Gegenstände auf dem Saunaofen ab. Als sie im Vorfeld die Sicherung einschalten wollte, stelle sie fest, dass dies wahrscheinlich durch die Bauarbeiter bereits erfolgt sei. Nachdem sie die Sauna verließ, schaltete die Versicherungsnehmerin lediglich das Licht aus, ohne an das Herausnehmen der Sicherung zu denken. Die Versicherungsnehmerin handele objektiv grob fahrlässig, da es für jedermann erkennbar sei, dass das Ablegen und Belassen von Gegenständen auf dem Saunaofen zu einem Brand führen könne, solange die Funktionsunfähigkeit des Saunaofens nicht sichergestellt war. In subjektiver Hinsicht liege ein unentschuldigbares Verhalten vor, da die gesetzte Gefahr auch gerade für die Versicherungsnehmerin erkennbar und vermeidbar war. Der Vorwurf der subjektiven Sorgfaltpflichtverletzung entfalle auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Augenblicksversagens.¹³⁵

5.3. Quotierung bei mehreren Verstößen

Schließlich sollen noch zwei Entscheidungen in Bezug auf die Quotierung bei mehreren Verstößen des Versicherungsnehmers dargestellt werden.

5.3.1. LG Kassel

Das Landgericht Kassel hat sich mit dem Urteil vom 27.5.2010 für das bereits erläuterte Additionsmodell ausgesprochen. Alle anderen Modelle führen nach Ansicht des LG dazu, dass derjenige Versicherungsnehmer, der mehrfach grob fahrlässig gegen den Versicherungsvertrag verstößt, im Ergebnis privilegiert wird¹³⁶. Im vorliegenden Fall habe der Versicherungsnehmer zum einen durch das Nichtverschließen seiner Wohnungstür und zum anderen durch die nicht unverzügliche Einreichung eines Verzeichnisses über die bei dem Diebstahl abhanden gekommenen Gegenstände beim Versicherer in zweifacher Weise grob fahrlässig gehandelt.

134 OLG Hamm, Hinweisbeschluss v. 15.1.2016 – 20 U 219/15, in: NJW-RR 19/2016, 1179–1181.

135 OLG Hamm, Hinweisbeschluss v. 15.1.2016 – 20 U 219/15, in: NJW-RR 19/2016, 1179–1181.

136 LG Kassel, Urteil v. 27.5.2010 – 5 O 2653/09, in: BeckRS 2010, 21118.

Das Landgericht hat im Ergebnis jeweils Kürzungsquoten von 50 % angenommen und diese addiert, sodass der Versicherer die Leistung um 100 % kürzen konnte.¹³⁷

5.3.2. LG Dortmund

Demgegenüber hat sich das Landgericht Dortmund mit seinem Urteil vom 15.7.2010 dafür ausgesprochen, in den Fällen, in denen mehrere Obliegenheitsverletzungen mit unterschiedlichem Kausalitätsumfang zu berücksichtigen sind, eine wertende Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen¹³⁸. Um den Besonderheiten des Einzelfalls gerecht zu werden verbiete sich jede schematische Lösung¹³⁹. In dem vorliegenden Fall waren dem Versicherungsnehmer sowohl eine grob fahrlässige Verletzung der Sicherheitsobliegenheit, also auch die grob fahrlässige Verletzung der Obliegenheit zur Einreichung der Stehgutliste vorzuwerfen.¹⁴⁰

6. Folgen unterbliebener Anpassung von Allgemeinen Versicherungsbedingungen an das neue VVG

Abschließend wird die Frage beantwortet, welche Folgen mit einer unterbliebenen Anpassung von AVB an das „neue“ VVG einhergehen.

So hat der BGH bereits mit einem Urteil aus dem Jahr 2011 entschieden, dass die Sanktionsregelung bei Verletzung vertraglicher Obliegenheiten (in dem Fall § 11 Nr. 2 S. 1–3 VGB 88) unwirksam sei, wenn der Versicherer von der Möglichkeit der Vertragsanpassung nach Art. 1 Abs. 3 EGVVG keinen Gebrauch gemacht hat¹⁴¹. Der Versicherer könne deshalb bei grob fahrlässiger Verletzung vertraglicher Obliegenheiten kein Leistungskürzungsrecht gem. § 28 Abs. 2 S.2 VVG geltend machen. Demgegenüber könne sich der Versicherer auch weiterhin auf die Verletzung gesetzlicher Obliegenheiten, in dem Fall die grob fahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalls nach § 81 Abs. 2 VVG berufen. Die Vertragsanpassung musste bis zum 1.1.2009 erfolgen.¹⁴²

Diese AVB-Anpassungsbefugnis war vor dem Hintergrund zu sehen, dass AVB mit Vertragsschluss verbindlich vereinbart sind, und zwar für die gesamte Vertragsdauer, es sei denn, dem Versicherer ist vertraglich oder kraft Gesetzes die Befugnis eingeräumt die AVB nachträglich zu ändern. Die allgemeinen Vertragsbedingungen sind jedoch unter anderem nur dann wirksam, wenn sie nicht gegen die wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung von der sie abweichen, verstoßen (vgl. 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB).¹⁴³

137 LG Kassel, Urteil v. 27.5.2010 – 5 O 2653/09, in: BeckRS 2010, 21118.

138 LG Dortmund, Urteil v. 15.7.2010 – 2 O 8/10, in: NJOZ 27/2011, 1126–1130.

139 LG Dortmund, Urteil v. 15.7.2010 – 2 O 8/10, in: NJOZ 27/2011, 1126–1130.

140 LG Dortmund, Urteil v. 15.7.2010 – 2 O 8/10, in: NJOZ 27/2011, 1126–1130.

141 BGH, Urteil v. 12.10.2011 – IV ZR 199/10, in: NJW 4/2012, 217–222.

142 BGH, Urteil v. 12.10.2011 – IV ZR 199/10, in: NJW 4/2012, 217–222.

143 M. Wandt (Anm. 11), Rn. 20.

7. Fazit und Ausblick

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass nach der Abschaffung des „Alles-oder-nichts-Prinzips“ im Jahr 2008 immer noch keine höchstrichterlichen Aussagen darüber getroffen wurden, wie eine Quotelung zu erfolgen hat. Die damit verbundenen Fragen werden in der Literatur noch immer kontrovers diskutiert.

Für die praktische Anwendung dürfte es sinnvoll sein, gerichtliche Entscheidungen in entsprechenden Fallgruppen zu erfassen. Dabei müssen aber zwingend die Besonderheiten des Einzelfalles berücksichtigt werden. Es ist irrelevant, für welches Quotenmodell man sich entscheidet, da eine Einzelfallabwägung in jedem Fall zu erfolgen hat.

Wenn auch der Ansatz der verschiedenen Quotenmodelle unterschiedlich ist, so ist erkennbar, dass eine Abzugsquote in 25 % – Schritten seit der Änderung des Versicherungsvertragsgesetzes 2008 gerichtlich häufig bestätigt wurde. In Einzelfällen wurden Abzüge im Drittelbereich oder im 10-Prozent-Bereich angenommen.

Für die große Fallgruppe der absoluten Fahruntüchtigkeit wird weiterhin ein vollständiges Leistungskürzungsrecht des Versicherers angenommen.

Auch in den übrigen großen Fallgruppen sind Tendenzen erkennbar. Bei der Missachtung roter Lichtzeichen wird eine moderate Kürzungsquote im mittleren Bereich angenommen, welche ebenfalls bei der Fallgruppe der Entwendungsfälle angenommen wird.

Das Fahren mit abgefahrenen Reifen führt aufgrund der Kenntnis des Versicherungsnehmers von dem gefahrerhöhenden Umstand zu hohen Kürzungsquoten bis hin zu einer vollständigen Leistungsfreiheit.

Im Bereich der Fallgruppe der Frostvorsorge vor dem Hintergrund der Wasserleitungsschäden zeichnet sich in der Regel eine Tendenz zu hohen Kürzungsquoten ab. In Bezug auf die Herbeiführung von Brandschäden werden weitreichende Kürzungsquoten im mittleren Bereich bis zu einer vollständigen Leistungskürzung angenommen.

Es bleibt abzuwarten, wie die Rechtsprechung sich zukünftig in Bezug auf die Quotenmodelle positioniert.

Literaturverzeichnis

- Böhm Falk H./Nugel Michael (2013): Die aktuelle Entwicklung in der Rechtsprechung zur quotalen Leistungskürzung, in: Monatsschrift für deutsches Recht, Heft 22, Köln, S. 1328–1332.
- Böhme Kurt E./Biela Anno/Thomson Christian, Kraftverkehrs-Haftpflicht-Schäden, Handbuch für die Praxis, begr. von Helmut Becker, bis zur 23. Auflage fortgeführt von Kurt E. Böhme, 26. Auflage, Heidelberg 2018.
- Bruck Ernst/Möller Hans, Großkommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Begr. Ernst Bruck, Hans Möller, Hrsg. Roland Michael Beckmann, Robert Koch, Horst Baumann, Katharina Johannsen, Band 1, §§ 1–32 VVG, 9. Auflage, Berlin 2020 (zit. Bruck/Möller/Bearbeiter).

- Felsch, Joachim (2007): Neuregelung von Obliegenheiten und Gefährerhöhung, in: recht und schaden, München, Heft 12, S. 485–497.
- Heß Rainer/Burmann Michael (2009): Die Quote bei grob fahrlässiger Obliegenheitsverletzung – Vom Alles oder Nichts zum Mehr oder Weniger –, in: Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht, Heft 1, München, S.7–12.
- Heß, Rainer (2013): Die Quotenbildung nach dem VVG – Erfahrungen seit 2008, in: recht und schaden, München, Heft 1, S. 1–10.
- Kuhn, Paul, Schadensverteilung bei Verkehrsunfällen, Rechtsprechungssammlung mit Skizzen und Haftungsgrundlagen, 10. Auflage, Bonn 2019.
- Langheid Theo/Rixecker Roland, Versicherungsvertragsgesetz, mit VVG-Informationspflichtenverordnung, Kommentar, begr. von Wolfgang Römer und Theo Langheid, 6. Auflage, München 2019.
- Langheid Theo/Wandt Manfred (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Band 1, §§ 1–99 VVG, 2. Auflage, München 2016 (zit. Langheid/Wandt/Bearbeiter).
- Langheid, Theo (2007): Die Reform des Versicherungsvertragsgesetzes – 1. Teil: Allgemeine Vorschriften, in: Neue Juristische Wochenschrift, Heft 51, München, S. 3665–3672.
- Mergner, Tobias (2007): Auswirkungen der VVG-Reform auf die Kraftfahrtversicherung, in: Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht, München, Heft 8, S. 385–391.
- Nehm, Kay (2010): „Goslarer Orientierungsrahmen“ (Quotenbildung nach dem neuen Versicherungsvertragsgesetz), in: Zeitschrift für Schadensrecht, Heft 1, Bonn, S. 12–14.
- Nugel, Michael (2008): Die Quotenbildung bei einer Leistungskürzung nach dem „neuen“ VVG, eine Übersicht zu den aktuellen Streitständen, in: Monatsschrift für deutsches Recht, Heft 23, Köln, S. 1320–1328.
- Prölls Erich R./Martin Anton, Versicherungsvertragsgesetz: mit Nebengesetzen, Vermittlerrecht und allgemeinen Versicherungsbedingungen, Begr. Erich R. Prölls, fortgef. von Jürgen Prölls, Anton Martin u.a., 31. Auflage, München 2021 (zit. Prölls/Martin/Bearbeiter).
- Rixecker, Roland (2009): Rechtsfragen der Quotelung nach dem VVG, in: Zeitschrift für Schadensrecht, Bonn, Heft 1, S. 5–10.
- Rüffer Wilfried/Halbach Dirk/Schimikowski Peter, Nomos Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 4. Auflage, Baden-Baden 2020 (zit. Rüffer/Halbach/Schimikowski/Bearbeiter).
- Schimikowski, Peter (2000): Überlegungen zu einer Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, in: recht und schaden, München, Heft 9, S. 353–358.
- Schimikowski, Peter, Versicherungsvertragsrecht, 6. Auflage, München 2017.
- Stahl, Kerstin (2009): Quotenbildung nach dem VVG in der Kraftfahrtversicherung – Bemessungskriterien und Quotenmodelle –, in: Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht, München, Heft 6, S. 265–270.
- Stahl, Kerstin (2011): Leistungskürzung nach dem VVG in der Kraftfahrtversicherung – Überblick über die ersten Gerichtsurteile, in: recht und schaden Beilage, München, Heft 1, S. 115–121.
- Wandt, Manfred, Versicherungsrecht, 6. Auflage, München 2016.

Kodierung statt Kodifizierung: Wirtschaftsrecht, 200 Jahre nach Savigny¹

Erich Schanze

Abstract Deutsch

Der Beitrag betrachtet den wahrscheinlich bedeutendsten deutschen Juristen Friedrich Carl von Savigny (1779–1853) in einem neuen Licht. Üblicherweise wird er als Begründer und Haupt der sog. „Historischen Rechtsschule“ abgehandelt, der schließlich den Weg zur deutschen Kodifikation des Bürgerlichen Gesetzbuchs geebnet hat. These ist hier, dass Savignys besondere Leistung im achtbändigen „System des heutigen Römischen Rechts“ in einer in der Sprache Goethes und Schillers entwickelten „Neu-Codierung“ des seinerzeit relevanten Rechtsstoffs liegt, in einer problembezogenen Behandlung der Arbeitsbegriffe des damaligen Rechts. Insoweit steht Savigny der heutigen praktischen Bearbeitung des Wirtschaftsrechts näher als der Kodifikation des BGB und deren „moderner“ Exegese. Diese hat vielfach ihre grundlegende Orientierungsfunktion verloren. Sieht man vom Familien- und Erbrecht sowie neuartigen Konsumentenschutzbestimmungen im BGB ab, so dient die Kodifikation heute eher nur als Einordnungsschema für eine weitgehend von gerichtlichen Einzelentscheidungen getriebene Rechtspraxis. Um die „Regulierung“ von Wirtschaftsverhältnissen zu verstehen, müsste man – in einer neuartigen Nachfolge Savignys – wiederum die „Rechtsverhältnisse“ im internationalen Rahmen „codieren“, und sich nicht bei Kodifizierungsversuchen von traditionellen Einzelbereichen aufhalten. Dabei bieten die qualitativ verfahrenende Rechtsvergleichung und die quantitativ operierende Ökonomische Analyse des Rechts augenblicklich die wichtigsten methodischen Orientierungen in der Erfassung der Regulierung von Wirtschaftstransaktionen. Dies wird an drei Beispielen erläutert.

Abstract English

The article develops a fresh view on the work of Friedrich Carl von Savigny (1779–1853) who may be considered the most influential German legal scholar of the last centuries. Usually, he is recognized as the founder and main proponent of the “Historical School” who ultimately paved the way to the codification of the German Civil Code (BGB). Here, I conjecture that Savigny’s pathbreaking contribution in the eight-volume “System of Today’s Roman Law” is the idea of “coding” instead of “codifying” the legal problems relevant in his time. I understand “coding” as a problem-oriented development of adequate technical terms and concepts dealing with present legal conflicts in a given context in time. From this perspective, Savigny’s approach is closer to the present practical problem solutions of modern “economic law” (regulation) than an exegetic reference to 19th century codifications in their current modifications. Viewing from the world of economic transactions, the BGB and similar codifications have largely lost their function of problem orientation. For capturing the needs of the current regulatory world, I suggest a re-start of Savigny’s approach of “coding”. This time it might not be a “scientific” reference to Classical Roman Law but rather an

1 Beitrag auf Grundlage meiner im Dekanat Gilbert Gornigs gehaltenen 4. Marburger Savigny-Vorlesung vom 21. Juni 2008.

investigation into the “practices” of economic transactions and their appropriate regulation. In this exercise the qualitative approach of comparative law and the quantitative approach of law and economics will provide for the most useful present methodological orientations. This is demonstrated in three examples.

1. Wirtschaftsrecht bei Savigny?

Historische Rückblicke geschehen häufig in feierlicher oder nostalgischer Absicht. Die Illuminationsgeschichte kennt viele Varianten. Beliebt ist die Versicherung im hohen Saal, dass trotz mancher Irrungen schließlich die Spitze der Erkenntnis erreicht ist. Die nostalgischen Rückblicke betonen verzweifelt die Verwirrtheiten und den haut goût des Modernen. Der Jurist Friedrich Carl von Savigny (1779–1853) steht in der geläufigen Rechtsgeschichte prominent für zwei Positionen.² Die erste ist die eines „kritischen“ Beginns einer, an hoher Subtilität orientierten Kodifikationsgeschichte des nationalen deutschen Privatrechts, die feierlich fast ein halbes Jahrhundert nach seinem Tod in der Inkraftsetzung des Bürgerlichen Gesetzbuchs mündet.³ Die ihm zugeschriebene zweite Position ist die des bedeutendsten Vertreters eines „reinen“ Privatrechts, eines „Rechts im römischen Recht“.⁴ Es geht dabei – so die Erzählung – um den unwandelbaren Bestandteil eines perennierenden Juristenrechts, das frei vom „Tagesgeschäft“ der wechselnden politischen Konstellation und Interessen Kernbestand rechtswissenschaftlichen Denkens sei.

Wenn also im Folgenden statt von Kodifizierung des Rechts von bloßer „Kodierung“ die Rede ist, scheint dies nichts mit Savigny zu tun zu haben. Umso weniger sollte wahrscheinlich nach der geläufigen Erzählung Savigny mit dem im späten 19. Jahrhundert aufkommenden „Wirtschaftsrecht“ in Verbindung gebracht

- 2 Vgl. die älteren Darstellungen bei Erik Wolf, *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 4.A. 1963, 467–542 und Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.A. 1967, 386; intensive Neubewertung, aufgrund des in Marburg liegenden Nachlasses insbesondere durch Joachim Rückert, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny* 1984 (zitiert im Folgenden als „Rückert, Idealismus“) und dessen zusammenfassenden Datenabriss mit Erläuterungen: Joachim Rückert, *Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) – Friedrich Carl von Savigny – ein Frankfurter in Berlin*, in *Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin* (hg. Grundmann u.a.) 2010, 133–177 (zitiert im Folgenden als „Rückert, Savigny“).
- 3 Wiederholung zuletzt bei Benjamin Lahusen, *Alles Recht geht vom Volksgeist aus. Friedrich Carl von Savigny und die moderne Rechtswissenschaft* 2013, 10: „Am Ende des Jahrhunderts ist es so weit. Das römische Recht der Gegenwart, das Savigny der Welt angedient hat, wird in generationsübergreifender Kommissionsarbeit in Gesetzesform gegossen. Aus der Vergangenheit des Rechts geschöpft, steht nun ein Gesetzbuch, das künftigen Generationen den Gang in die Geschichte auf ewig abschneiden wird: das *Bürgerliche Gesetzbuch*.“ Die Volksgeistlehre, und die mit ihr vorgetragene These der nationalen Kodifikationsidee ist m.E. der für heutige Juristen unergiebigste Teil der Arbeit des eminenten Juristen Savigny.
- 4 So die Formulierung der einflussreichen Studie von Walter Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, 1958 passim.

werden. Geht es nicht dort um eine an wirtschaftspolitischer Zweckmäßigkeit orientierte, massenhafte, zutiefst unübersichtliche, ephemere Regelsetzung des Tages? Gewiss, Wirtschaftsrecht ist der Goldesel der heute international organisierten Anwaltschaft. Es ist zugleich der Schrecken der sehr deutschen Abgrenzung zwischen vielfältigen Gerichtsbarkeiten und insbesondere der Lagerbildung von Zivilrecht und öffentlichem Recht. Begreift man nämlich Wirtschaftsrecht als Interventionsrecht des Staats in die Wirtschaft,⁵ so scheint das Thema „Wirtschaftsrecht und Savigny“ *a limine* auf der falschen Spur. Ist nicht Savigny jener dem Romantiker-Kreis zugehörige Jurist, der gleichsam auszog, die Blaue Blume im privaten Recht zu suchen?⁶ Als International-Privatrechtler scheint man ebenfalls zu wissen: Savignys IPR bezieht seine kristalline Struktur aus den Rechtsverhältnissen, *nota bene*, den Privatrechtsverhältnissen,⁷ und nicht aus den öffentlichen Eingriffsnormen des Rechts der „Polizey“.

Diesen üblichen Deutungen werde ich die These entgegenstellen, dass man durchaus von einem Wirtschaftsrecht im Savigny'schen „System“ sprechen kann. Pointiert: Savignys Rechtsverständnis ist „wirtschaftsrechtlicher“, als wir uns dies üblicherweise eingestehen, sein Systemverständnis ist ein anderes als heute. Bevor ich zu der Vieldeutigkeit eines Wirtschaftsrechts bei Savigny und heute zurückkomme, zunächst einige Stichworte zur Zeitbestimmung „200 Jahre nach Savigny“ und insbesondere zum methodischen Interesse an den folgenden Ausführungen. Als ich mich im Rahmen der Savigny-Vorlesung zum ersten Mal im Sommer 2008 mit dem Thema auseinandersetzte, konnte ich auf den jungen Savigny Bezug nehmen, der vor 200 Jahren nach seiner Ausbildung und seiner ersten Professur Marburg in Richtung Landshut verließ.⁸ Man fragte sich später, was war, und warum „Landshut“? Es ging um die Ludwig-Maximilians-Universität (ab 1820 in München), eine 1806 gegründete Reformuniversität, die unter der Ägide des von Napoleon zum König erhobenen Maximilian I. und dessen Berater Montgelas sich anschickte, die Ideale der französischen Revolution in Bayern umzusetzen.⁹ Der Protestant Savigny kam mit der ersten bayrischen Verfassung¹⁰ an diese Universität. In seinem Sinne waren die dort niedergelegten Ziele der Abschaffung der Landstände, der Leibeigenschaft, die Gleichstellung der Religionen und eine vom Adel gelöste, leistungsbezogene Beamtenschaft. Zwei Jahre später folgt er Wilhelm von

5 So insbesondere die These der „wirtschaftsverwaltungsrechtlichen“ Ansätze; zur Problemstellung des Wirtschaftsrechts aus verschiedenen Perspektiven vgl. Hans-Joachim Mertens, Christian Kirchner und Erich Schanze, *Wirtschaftsrecht*, 2.A. 1982, 17–29, 56–58, 124–146.

6 Zu Savigny in Marburg zuletzt Helmut Schanze, *Erfindung der Romantik* 2019, 262.

7 Zu Savignys Vorstellungen der Dichotomie „Privatrecht und öffentliches Recht“ in Verbindung mit seinem Freiheitsbegriff, vgl. Rückert, *Idealismus*, 358–360.

8 Zu Studium, Qualifikation und Lehre Savignys in Marburg vgl. nunmehr „Einführung“ in Friedrich Carl von Savigny, *Das Recht des Besitzes* (Neudruck der Marburger Dissertation 1803 durch den Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg) 2011, 5–16.

9 Zur Universität Landshut und Montgelas, vgl. die einschlägigen Wikipedia-Stichwörter.

10 Zur bayerischen Constitution von 1808 vgl. Elisabeth Fehrenbach, *Vom Ancien Regime zum Wiener Kongress*, 2001, 87–90.

Humboldts Aufforderung, an die neue Berliner Reformuniversität zu kommen. Überrascht stellen wir fest: Savigny, nicht rückwärts gewendeter Amtsadel, sondern eingebunden in weitreichende universitäre und „bürgerliche“ gesellschafts-politische Reformkonzepte.

Von heute gesehen blicken wir nach 200 Jahren auf den Savigny des Jahres 1821, den Lehrer mit der größten Vorlesung in Berlin, den „Pandecten“ mit damals unglaublichen 166 Hörern.¹¹ Die Aufgabe, Allgemeines Landrecht zu lesen, findet er lästig, sicher ein Gesetz, das nicht nach seinem Geschmack war. 1822 gibt es dort eine Vorlesungsmitschrift von über 500 Seiten auf den durchschossenen Blättern des Gesetzes.¹² In der Akademie hält er einen Vortrag über (aus heutiger Sicht: öffentliches Recht) den römischen Colonat und das einschlägige Steuerrecht.¹³ Seit 1817 ist er mit Mitglied des preußischen Staatsrats,¹⁴ Spitzenpolitiker.

2. Wie fremd ist uns Savigny?

Mir geht es nur skizzenhaft um Prosopographie Savignys und seiner Umgebung, jedenfalls nicht um Illuminationsgeschichte, sondern um eine Standortbestimmung in einer komplexen Transformationsphase des Wirtschaftsrechts, wahrscheinlich sogar der gesamten nationalen Rechtsordnungen. Es geht also nicht um historische Rehabilitierung von gegenwärtiger Dogmatik des Wirtschaftsrechts, es geht insbesondere nicht um die Begründung eigener Konzeptionen durch geschichtlich festschreibende Annahmen. Vielmehr handelt es sich – in Fortschreibung meines Credos von 1975, um einen neuerlichen Versuch einer historisch-kritischen Beobachtung im Sinne einer „klinischen“ Anamnese, d.h. der Besinnung auf die Vorbedingungen spezifischer aktueller Erklärungsdefizite von Wirtschaftsrechts-dogmatik.¹⁵ Methodisch habe ich wenig dazugelernt. Ich gestehe dabei, dass ich die geforderte kritische Distanz des Diagnostikers leicht verliere, wenn es um die mich seit 50 Jahren immer wieder begleitende Lektüre im Erstdruck des achtbändigen „Systems des heutigen Römischen Rechts“ geht, das zwischen 1840 und 1848 erschienen ist, zuzüglich der beiden Bände zum Obligationenrecht. Zugegeben, ich lese die Texte als Wirtschaftsrechtler wahrscheinlich anders als ein Kommentator des BGB, sicher auch anders als ein Fachhistoriker. Es mag teilweise eine Übernahme der Sicht Werner Flumes sein, der mit seinem starken römisch-rechtlichen Grundansatz, gleichzeitig aber mit tiefem praktischen Interesse als Steuer- und Gesellschaftsrechtler, in seinem „Rechtsgeschäft“ die sprachliche und gedank-

11 Rückert, Savigny 146.

12 F. v. Zschüschen, Das Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten nach dem Vortrage des Staatsraths v. Savigny 1818–1822, Ms. 55, Univ.-Bibliothek Mainz.

13 Rückert, Savigny 146.

14 Rückert, Savigny 144f. mit Auflistung der Aufgaben; zum explizit „Politischen“ im Denken Savignys, vgl. Gerhard Dilcher, Der rechtswissenschaftliche Positivismus, ARSP 61, 1975, 497, 515–518.

15 Vgl. Erich Schanze, Einmannsgesellschaft und Durchgriffshaftung 1975, 20; ders., in Mertens, Kirchner, Schanze, Wirtschaftsrecht. 2.A. 1982, 55ff.

liche Souveränität Savignys bei der Behandlung von Rechtsproblemen bewundernd nachvollzieht.¹⁶ Auch der verwandte, von Reinhard Zimmermann herausgearbeitete Punkt scheint mir richtig:¹⁷ Savigny ist durch die Fruchtbarkeit seiner Analysen und der Aktualisierungen des Materials des klassischen römischen Rechts wahrscheinlich für die Denkstrukturen einer gemeineuropäischen oder sogar globalen Rechtspraxis wichtiger als für die zum Teil fehlgeleitete Entwicklung des nationalen deutschen Zivilrechts im 20. Jahrhundert.

Gemeinhin wird Savigny als kühler, abweisender Olympier dargestellt, der seine Umwelt erschauern ließ. Mich beeindruckt demgegenüber die Leidenschaft, Probleme auf den Punkt zu bringen und zudem ein hintergründiger, manchmal abgründiger Humor, den man eher einem Briten zutraut. Ich gebe nur eine Probe, die sich in den letzten Zeilen des fast abrupt endenden achtbändigen Systems findet. In § 400 erörtert Savigny das äußerst technische Problem der staatlichen Reaktion auf eine für den Bürger nachteilige Rechtsänderung. Savigny bespricht Entschädigungssysteme und nennt als Beispiel die staatliche Entschädigung der Sklavenhalter anlässlich der Sklavenbefreiung in England. Manchmal sei allerdings auch keine Kompensation notwendig, so bei der Änderung der preußischen Grundpfandrechte. Noch einfacher sei es bei der Abschaffung des zweifachen Eigentums im römischen Recht gewesen.

Savigny wörtlich im letzten Satz des Systems: „Denn durch diese Veränderung verlor niemand ein Recht oder einen Vortheil, und es wurde nur der vom Gesetzgeber selbst ausgesprochene Zweck erreicht, die Gemüther der studierenden Jugend von dem Schrecken zu befreien, den ihnen bis dahin die in dieser Lehre enthaltene unnütze Gelehrsamkeit eingeflößt hat.“¹⁸ Ende des Gesamtwerks. Nun frage ich meine Fachgenossen, ob man derartige Sätze in Lehrbüchern der letzten 50 Jahre findet.

Savigny ist uns fremd geworden, weil wir das Material nicht mehr, oder jedenfalls nicht mehr leicht beherrschen: die Quellen, also überwiegend das Fallrecht, und die Distinktionen der drei Bücher des Corpus Iuris Civilis aus dem 6. nachchristlichen Jahrhundert. Immerhin kann man mit Kaser¹⁹ und Windscheid-Kipp²⁰ meist verhältnismäßig leicht erschließen, worum es geht.

Das genannte Datum 1849 zum Erscheinen des letzten Bandes des Systems in der Mitte des 19. Jahrhunderts scheint die Zahl 200 in meinem Beitragstitel Lügen zu strafen. Noch sind wir nicht im Jahre 2049.

Kommen wir kurz zurück auf den Werdegang, vor Landshut und Berlin.²¹ 1779 in Frankfurt am Main geboren, hatte sich der 16-Jährige an der hessischen Landes-

16 Werner Flume, *Das Rechtsgeschäft*, 4.A. 1992, passim.

17 Reinhard Zimmermann, *Savignys Vermächtnis: Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und die Begründung einer europäischen Rechtswissenschaft*, *Juristische Blätter* 1998, 273–293.

18 Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 8, 539f.

19 Max Kaser, *Das römische Privatrecht*, Bd. 1, 2.A. 1972.

20 Bernhard Windscheid, Theodor Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts* in 3 Bänden, 9.A., 1906.

21 Zum Folgenden: Rückert, Savigny 135–138; „Einführung“, Fn. 8.

universität Marburg für das Jurastudium eingeschrieben, trotz einer Krankheit 1799 das Examen abgelegt, ein Jahr später mit einer strafrechtlichen Arbeit promoviert und als 24-Jähriger ein Extra-Ordinariat erhalten. 1803 erschien die Schrift „Das Recht des Besitzes“.²² Als Savigny 1808 schied, waren – wie wir von den Vorlesungsmitschriften wissen – die Grundlagen des „Systems“, insbesondere die neue Methode, völlig sichtbar. Der noch nicht 30-Jährige war bereits, wie wir heute sagen würden, ein Superstar seines Faches.

Das fast vierzig Jahre später während seiner Zeit als Justizminister in Preußen erschienene achtbändige „System“ ist eine Summe. Diese Summe ist allerdings kein „System“, wie dies insbesondere Münchener Juristen im 20. Jahrhundert immer wieder im Anschluss an die Kodifikation des BGB beschworen haben.²³ Nach dieser sehr geläufigen Lesart ist Savigny der Urvater des vollständigen, ob nun geschlossenen oder beweglichen Systems des BGB, dessen „Lücken“ es zu schließen gilt. Wenn Savigny vom „System“ spricht, geht es um etwas völlig anderes. Es geht nicht um den Lückenschluss, sondern um die Erschließung von juristischen Denkfiguren und Arbeitsstrukturen in ihrem Zusammenhang. Betrachtet man das im „System“ genannte Arbeitsprogramm genauer, so geht es in allen acht Bänden des Systems um Fragen des – wie wir heute sagen würden – „Allgemeinen Teils“. Als der nunmehr über 70-jährige Savigny mit dem Obligationenrecht beginnt, behauptet er zwar eingangs, nun wolle er die anderen Bücher des Heiseschen Systems, nämlich das Schuldrecht, das Sachenrecht, das Familienrecht und Erbrecht, also die heutigen Kernfächer des Privatrechts, behandeln.²⁴ Allein, es geht wiederum – und Jhering bemerkt dies abfällig in seinem Nekrolog²⁵ als Zeichen der Altersschwäche des Autors – um eine Frage, die wir heute in einem Allgemeinen Teil stellen würden, nämlich im Kern um eine ausführliche Betrachtung zu den Problemen des Rechts des Geldes. Zum Obligationenrecht, insbesondere zum Recht der Vertragsobligationen, wie wir es wahrscheinlich verstehen, kommt er nicht.

3. Savignys Interesse an einer „Kodierung“ von Rechtsproblemen

Wenn also Savigny – wie man dies aus der Perspektive der BGB-Kommentatoren der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts sehen könnte – vor § 275 BGB aufgehört

22 Neuausgabe des Fachbereichs 2011, oben Fn. 8.

23 Namentlich repräsentiert und glaubensmäßig erfolgreich vorgetragen durch Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6.A. 1991, 11ff., einflussreich zeitgenössisch fortgeführt von Canaris.

24 Friedrich Carl von Savigny, Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts Bd. 1, 1852.

25 Rudolf [von] Jhering, Friedrich Karl von Savigny [Nachruf], Jherings Jahrbücher 5 (1861), 354–377; dazu Jörg Benedict, Savigny ist tot! Zum 150. Todestag von Friedrich Carl von Savigny und zu seiner Bedeutung für die heutige Rechtswissenschaft, JZ 2011, 1073, 1075f.

hat, also sozusagen nur etwas mehr als 10% der BGB-Paragrafen „kommentiert“ hat, ist nicht nur seine Vaterschaft für die Kodifikation zweifelhaft. Was macht seine Bedeutung aus? Er hat sich nicht mit dem Lückenschluss im System des bürgerlichen Rechts beschäftigt, wie wir es in der Kodifikation sehen, sondern er hat als eminenter Jurist erkannt, um welche Fragen es im Recht geht. Savigny geht es nicht um die Kodifizierung des Rechts, sondern um die *Kodierung* der grundlegenden Rechtsprobleme seiner Zeit, der Zeit nach der französischen Revolution. Was bedeutet Kodierung? Savigny hat in der Sprache Goethes, also der Verkehrssprache Mitteleuropas, 40 Jahre im Hörsaal und in acht Bänden des Systems das Recht in seinen Grundlagen, und zwar jenseits der Dichotomie von Privatrecht und öffentlichem Recht problemtreffend reflektiert und auf der theoretischen Höhe der Zeit auf den Begriff gebracht.²⁶ 1812 fasste er in den Notizen zur Vorlesung über die Pandekten kurz zusammen:²⁷

„Elemente unserer Wissenschaft:

1. Interpretation
2. System
3. Geschichte

Es sind Elemente, nicht abgesonderte unabhängige Theile“.

Bereits in der Schülergeneration wird diese Lehre kannibalisiert und wird schließlich unter dem Namen „Begriffsjurisprudenz“ und dann „Positivismus“ zu einem hoffnungslosen Sparringspartner der sogenannten Interessenjurisprudenz und deren Variationen im Ausgang des 19. Jahrhunderts.

Man sollte zur Interessenjurisprudenz am Rande notieren, dass Jherings „Kampf ums Recht“ wahrscheinlich eher zum Genre der Erbauungsliteratur des Anwaltsstandes zählt, und dass die spätere, viel zitierte Formulierung Hecks vom „denkenden Gehorsam“ eher zum Motto einer Militärakademie taugt als zur Behandlung der schwierigeren Fragen des Rechts.

Grundthemen der Arbeit Savignys sind die Rechtsquellenlehre, Rechtsgeltungsprobleme, Privatautonomie, das Problem der Obligation, die Auslegungslehre, die Rechtsgeschäftslehre mit ihrem Kernstück der Willenserklärung, die Irrtumslehre, die Stellvertretungslehre, der Rechtsschutzanspruch, die Abstraktion der Verfügung und die Klagarten – nach heutigem Geschmack meistens Dinge fürs erste Semester, natürlich dort „viel zu schwer“. Manches ist skizziert, vieles ist in einer Subtilität ausgearbeitet, die in der Folgezeit nicht mehr erreicht wurde. Bereits in der ersten Schülergeneration wurden die Reflexionen Savignys zu „Meinungen“ oder „juristischen Theorien“ eingedickt. Niemand ist frei, nicht von den Repetitor-

26 Kodierung wird hier also nicht im engeren Sinne als „Verschlüsselung“ verstanden, wenngleich auch gelungene Fachsprachen stets hermetische Elemente enthalten, die der sachgerechten fachlichen Erschließung bedürfen. Auch meine ich nicht die verschwörerische Bedeutung des Begriffs, wie er beispielsweise bei Katharina Pistor, *The Code of Capital – How Law Creates Wealth and Inequality*, 2019, gebraucht wird.

27 Savigny, *Vorlesungen über juristische Methodologie 1802–1842* (A. Mazzacane, hg.) erw. A. 2004, 257f.

Schlagworten wie „Willenstheorie“, „Fiktionstheorie“, „Geschäftsherrentheorie“ oder „Abstraktionsprinzip“ beim Verständnis Savignys beeinflusst zu sein.

Ulrich Huber hat in der dritten Savigny-Vorlesung brillant im Einzelnen dargelegt, wie trotz des eher marginalen Ortes im Werk das Abstraktionsprinzip sorgfältig in allen Konsequenzen erwogen ist.²⁸ Huber demonstriert die Überlegenheit gegenüber den bevorzugten Lösungen des Auslands gerade an den wirtschaftlichen Konsequenzen beim Handel, der besseren Verzahnung von Leistung und Gegenleistung und insbesondere der Überlegenheit bei der Sicherung des vorleistenden Verkäufers.

Das aus meiner Sicht Entscheidende am Arbeitsprogramm Savignys sind nicht die vielfach neuartigen und überzeugenden Konzepte für einzelne rechtliche Institutionen. Es geht auch nicht um die in der Programmschrift zur Gesetzgebung von 1814 enthaltene Mahnung zu sorgfältiger Erwägung der Probleme vor jeder Kodifikation des Juristenrechts. Vielmehr geht es um die Reformation der juristischen Fachsprache, ihre Lösung von dem Gemisch von Latein und Deutsch im älteren gemeinen Recht und der hölzernen Sprache der Kodifikationen des 18. Jahrhunderts. Kodierung ist in diesem Sinne das Zusammenspiel von Problemerkfassung und Begriffsbildung. Kodierung, und dies ist besonders wichtig, kann auch in einem entwickelten Fallrecht stattfinden. Sie ist nicht notwendigerweise der Grundbaustein zur Kodifikation. In Mitteleuropa sind wir so sehr von der Perspektive der Kodifikation eingenommen, dass wir dies kaum noch verstehen.

Ich hatte bereits erwähnt, dass die Vaterschaftsbeziehung Savignys zum BGB komplexer ist, als dies in den Festreden um 1900 oder auch 2000 zu hören war. Gewiss – ohne das Problembewusstsein und die sprachliche Treffsicherheit Savignys, also ohne dessen Kodierungen, kein BGB. Aber: Gute Juristen würden immer wieder zu Savigny zurückkehren, auch wenn es kein BGB gegeben hätte. Reinhard Zimmermann fordert insoweit zu Recht eine Wiederbegründung von Savignys historischer Rechtsschule auf europäischer Ebene,²⁹ bevor die professorale Beflissenheit, das europäische Recht zu kodifizieren, die juristische Reflexion völlig verstopft. Nun sollte man auch begreifen, dass sich ein stiller Wandel der Funktion des BGB ereignet hat. Zugespißt: in den letzten 50 Jahren verkam das BGB immer mehr zu einem Ordnungsschema, an das sich Trauben von Rechtsprechung und Kommentierung anlagern, voran der unverwüstliche Palandt. Das entspricht in Vielem den in den USA von Verlagen wie West herausgegebenen vielbändigen Sammlungen in gedruckter und digitaler Form, die in dieser Weise das föderale und einzelstaatliche Recht nach Schlagworten einordnen und behandeln. Die Kodifikationsidee hat sich in der Vielgesichtigkeit des Wirtschaftsrechts erledigt.

4. Die Veränderung der Welt seit Savigny

Zurück zu Savigny. Können wir im Wirtschaftsrecht unbesehen an Savigny anknüpfen? Für das Verkehrsrecht als Teil des Wirtschaftsrechts scheint Zimmermann

²⁸ Ulrich Huber, Savigny und das sachenrechtliche Abstraktionsprinzip (2007), *Gesammelte Schriften* (Baums und Wertenbruch, hg.) 2016, 403–452.

²⁹ Zimmermann, oben Fn. 17.

dies anzunehmen, und ich stimme insoweit gern zu. Aber es gibt das verfassungsrechtliche Argument. Heutige Rechtssetzung ist prinzipiell demokratisch, also parlamentarisch zu legitimieren. Hier scheint es eher eine Sperre gegenüber der Rückkehr zum Juristenrecht zu geben. Das zentrale Problem ist jedoch die Änderung der Themen und Problemstellungen. Zimmermann sieht durchaus, dass das kaufvertragliche Paradigma, das den europäischen zivilrechtlichen Rechtsvereinheitlichungsprojekten zugrunde liegt, zu eng ist und eine Ausweitung kaum trägt. Er selbst hat beim Obligationenrecht begonnen und ist inzwischen mit einem bedeutsamen Beitrag zum Zivilrecht bei Savigny, also beim Allgemeinen Teil, angekommen.³⁰

An diesem Punkt holt uns das Problem des Wirtschaftsrechts wieder ein. Wirtschaftsrecht beschäftigt sich sowohl mit Transaktionen als auch mit regulativer Zweckmäßigkeit. Es ist nicht *iurisprudencia perennis*, sondern bezieht sich auf politische Opportunitäten. Die wirtschaftshistorischen Daten signalisieren radikale Veränderungen. Betrachten wir die Daten in der Sequenz 1800, 1900 und 2000.³¹ Um 1800 lebten etwa 23 Millionen in dem statistischen Konstrukt „Deutschland“, davon eine erfassbare Erwerbsbevölkerung in der Landwirtschaft von 6,5 Millionen, 1,8 Mio im Handel, 2,2 Mio in Handwerk und Industrie. Für 1820 wird erstmals das Bruttoinlandsprodukt pro Kopf auf etwa 1000 Geary-Khamis Dollars berechnet. 1900 (also dem Datum des Inkrafttretens des BGB) hat sich die Bevölkerung fast verdreifacht auf 56 Mio, in der Landwirtschaft sind etwa 10 Mio beschäftigt, im Handel relativ absinkend 2,3 Mio, in der Industrie 9 Mio. Das Pro-Kopf Bruttoinlandsprodukt hat sich verdreifacht. Im Jahr 2000 steht die Bevölkerung bei 82 Mio, davon weniger als 1 Mio in der Landwirtschaft, also relativ gesehen deutlich weniger als ein Zehntel. Die Beschäftigung in der Industrie ist nominell fast konstant, relativ ein Drittel geringer als 1900. Das Pro-Kopf-BIP hat sich gegenüber 1800 fast verzwanzigfach. Es ist sechsmal so hoch wie 1900. Ich brauche nicht weiter die Worte Dienstleistungsgesellschaft, Automation, Computerisierung hier zu nennen und insbesondere die internationale Vernetzung fast aller relevanten Produktionen.

In unserem Wirtschaftsrechtslehrbuch³² haben wir 1978 zwei grundsätzliche Dispositionen getroffen. Hans-Joachim Mertens betont in seiner Rechtsquellenlehre, dass das Wirtschaftsrecht nicht präzise terminologisch abgegrenzt ist und als abgrenzbares Rechtsgebiet erscheinen kann. Nur die jeweiligen Schwerpunkte jenes Zusammenhanges zwischen Recht und Wirtschaft können im Wirtschaftsrecht exemplarisch sichtbar gemacht werden. Wirtschaftsrecht reflektiert Wirtschaftspolitik; es hat aber nicht nur instrumentale, sondern durchaus konstitutive Bedeutung für eine rechtliche Erfassung von Wirtschaftstransaktionen.³³ Die zweite Fest-

30 Die jüngeren vergleichend-dogmatischen Arbeiten Zimmermanns beziehen sich zwar im Wesentlichen auf das Erbrecht. Für das deutsche Zivilrecht liegt seine hervorragende Leistung in der gelungenen Neuordnung des missglückten Verjährungsrechts im BGB.

31 Die folgenden Daten erhielt ich freundlicherweise von meinem St. Galler Kollegen Rainer Metz, dem ich dafür herzlich danke.

32 Mertens, Kirchner Schanze, oben Fn. 5, Erstauflage 1978.

33 Mertens, Kirchner, Schanze aaO., 123ff, inbes. 190f. (Mertens).

legung liegt in einer groben strukturhistorischen Beschreibung des Verhältnisses von Staat und Wirtschaft in drei Periodisierungen.³⁴ Savignys Verkehrsrecht ist Grundlage einer autonomiebasierten liberalen Wirtschaftsverfassung, in der staatlicher Einfluss die völlige Ausnahme ist. Es gibt andere außerstaatliche Regulierungen, die hier nicht zu erörtern sind.

Die umfassenden parlamentarischen Rechtssetzungsprozesse, in Deutschland nach der Reichsgründung 1871, zeigen in eine völlig andere Richtung, nämlich eine wachsende Wechselbeziehung zwischen staatlicher und privater Einflussnahme auf die Steuerung der Wirtschaftsprozesse, die wir im Lehrbuch als „organisierte Interdependenz“ bezeichnet haben.³⁵ Dieser Zustand hat sich exponentiell ansteigend auf die europäische und die globale Ebene verlagert. Durch die Konflikte zwischen den auf allen Ebenen stattfindenden Rechtssetzungsprozessen erweitern sich einerseits dramatisch die Inventare der jeweiligen positiven Rechtssetzung. Andererseits wachsen kurioserweise im Maße der Eutrophierung der Interventionen die Freiheitsgrade der internationalen Akteure im Wettbewerb der Staaten um Handel und Investitionen. Dabei bilden sich neuartige dominante Institutionen heraus: „symbiotische“ Vernetzungen der internationalen Waren- und Dienstleistungs-Produzenten,³⁶ Verträge zwischen staatlichen Organen und Wirtschaftsakteuren, also das, was man als konsensuale Wirtschaftsregulierung bei Großinvestitionen bezeichnen kann.³⁷ Außerdem beruft sich die staatliche Rechtssetzung nur noch zaghaft auf das Staatsprimat. Private Gesetzgebung dominiert in den wichtigsten wirtschaftsrechtlichen Feldern.

In dieser Unübersichtlichkeit mag man wiederum nach umfassender Kodifizierung rufen. Es geht aber, wie vor 220 Jahren, als Savigny seine Konzepte entwickelte – in einer verwirren, und dennoch theoretisch so anspruchsvollen Periode nach den Umwälzungen der französischen Revolution – auch heute wieder um das Problem einer neuen Kodierung, also um einen die aktuellen Sachstände reflektierenden „Allgemeinen Teil“, diesmal nicht eines „bürgerlichen“ Rechts, sondern eines Rechts der Wirtschaftstransaktionen, eines Rechtsbereichs, der den Fortbestand der Bukolik des gegenwärtigen bürgerlichen Rechts einschließlich des Konsumentenrechts erst ermöglicht und dessen damit befassten Juristen noch weiter redlich nährt.

5. Sprache und Charakter des aktuellen Transaktionsrechts

Was ist die Sprache und die Methodik der Kodierung dieses alles beherrschenden Transaktionsrechts? Zunächst zur Sprache. Es geht augenscheinlich nicht mehr

34 Mertens, Kirchner, Schanze aaO., 59ff. (Schanze).

35 Mertens, Kirchner, Schanze aaO., 65f.

36 Näher Erich Schanze, Symbiotic Arrangements, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* (Newman, ed.) vol 3, 1998, 554 m. Nachw.

37 Erich Schanze, Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht, 1986, ders., Regulation by Consensus. *The Practice of International Investment Agreements*, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 144 (1988), 152–171.

um Mitteleuropa. Es geht auch nicht mehr um die deutsche Sprache. Gewiss wird die wirtschaftliche Produktivität, die ich für das Jahr 2000 für Deutschland benannt habe, sich in einer großen Zahl von Transaktionen niederschlagen, die in der deutschen Sprache abgefasst und von deutschem Recht erfasst werden. Die deutsche Kommentarliteratur behält also – zur Beruhigung der „Fachverlage“ – gewisse Marktanteile. Die Leitungsebenen der international tätigen Unternehmen, die international verzahnten Wirtschaftskanzleien und schließlich die zentralen Rechtsetzungsprozesse im Wirtschaftsrecht haben längst auf die englische Sprache umgestellt. Deutsche Texte sind bisweilen reine Übersetzungen von englischen Texten. Bedeutet dies nun die Übernahme des englischen oder des US-amerikanischen Rechts?

Die Antwort ist: in dem Maße, in dem sich die Funktionalität dieser Rechte in der Regulierung und in den Transaktionen beweist. Es ist keineswegs ausgemacht, ob man wirklich von einer juristischen Hegemonie der USA sprechen kann. Das Recht der USA ist in seinen Grundlagen „europäisches Recht“ – so paradox dies im Lichte des Europarechts erscheinen mag. Auch das englische Recht bietet trotz seiner sehr konservativen Fassade überzeugende Institutionen an, die bei der Gerichtsbarkeit beginnen und sich beispielsweise auf einem auf der Höhe der Zeit befindlichen Gesellschaftsrecht und Kapitalmarktrecht fortsetzen. Trotz der ausladenden, z.T. langatmigen Verträge des englischen und amerikanischen Rechts wird das häufig antiquiert und begrifflich grobe englische und amerikanische Vertragsrecht wissenschaftlich in den letzten Dekaden immer ansprechender. Die Geradlinigkeit der Gerichte, die sich nicht von Billigkeitsrhetorik verwirren lassen, trägt in London und New York zur Attraktivität für die Beilegung von Konflikten in Wirtschaftssachen bei. Den Rest erledigt eine im Wesentlichen englischsprachige Schiedsgerichtsbarkeit. Anspruchsvolleres zur alternativen Streitbeilegung, kurz ADR genannt, findet man in englischer Sprache. Ein verstärkendes Element sind englischsprachige Formulare und Routinen – ich bezeichne sie als „Module“ der Vertragspraxis, die durch ihre ständige Veränderung und Revision immer berechenbarer werden.³⁸ Zudem: es gibt inzwischen eine reiche, theoretisch anspruchsvolle empirische Vertragsforschung in den USA.³⁹ Wo sind die entsprechenden europäischen Bemühungen?

Dies führt zur Frage der Methode. Savigny hat mit einem frischen Blick auf die Kasuistik und die Systembildung im klassischen römischen Recht einen „wissenschaftlich“ verstandenen Fachkonsens über die Grundprobleme des bürgerlichen Rechts erreicht, auf den die Juristen der Mitte des 19. Jahrhunderts stolz sein konnten. Allein diesen alten Problemstand im Lichte der neueren Rechtsprechung zu erreichen und ihm aktuellen Ausdruck zu verleihen, ist das Verdienst von erst-

38 Erich Schanze, Legalism, Economism, and Professional Attitudes Toward Institutional Design, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 149 (1993), 122–140.

39 Führend hier insbesondere Alan Schwartz (Yale) und Robert E. Scott (Columbia), dazu Erich Schanze, Contract and the Contracting Process – Reconsidering our Metaphors, in *Northern Lights. Essays in Private Law in Memory of Professor David Carey Miller*, (Bain et al. eds.), 308, 322f. m.w. Nachw.

klassigen Juristen des 20. Jahrhunderts wie beispielsweise Werner Flumes.⁴⁰ Sein „Rechtsgeschäft“ ist ein zutiefst wirtschaftsrechtlich orientiertes und orientierendes Werk; zwar anspruchsvoll, aber viel besser zu lesen, plastischer als die geläufigen Kurzlehrbücher.

6. Komparatistiken: Geschichte, Rechtsvergleichung, Rechtssoziologie und Ökonomische Analyse

Was für Savigny der Blick in das entwickelte klassische römische Recht war, ist in manchem heute der Blick in vergleichbare aktuelle nationale Rechtsordnungen. Hier ist der Institutionenband von Zweigert und Kötz, der internationale Standardtext zur Rechtsvergleichung, von besonderer Bedeutung.⁴¹ Er ist der Höhepunkt der funktionalen Rechtsvergleichung der 50er Jahre des vorigen Jahrhunderts. Zweifellos: der Blick von außen auf die Verschiedenheiten und Gemeinsamkeiten, die verbundene Entwicklung von Funktionsbegriffen und Übersetzungskonventionen ist für die Bearbeitung wirtschaftsrechtlicher Problemstellungen unerlässlich. Das Problem der Rechtsvergleichung liegt in einem das Fach konstituierenden Widerspruch. Es sucht nach „genetischen“ Verschiedenheiten der Rechte, die im jeweiligen Nationalstolz nicht frei von jeweiligen Prärogativen sind. In diesem Zusammenhang sollte man sich daran erinnern, dass das so historisch erfolgreiche Savigny'sche Konzept des Volksgeistes eine der Wurzeln eines vor-demokratischen Nationalismus war.⁴² Aus dieser Sicht wäre dann Funktionalismus bisweilen Verrat und Unterwerfung, Verzicht auf das „Proprium“.

Wie steht es mit der Rechtssoziologie? Nach vielversprechenden Anfängen, beispielsweise in den Vertragsforschungen Stewart Macauleys⁴³ hat sich dieses Fach in Binnenkontroversen und sehr distanzierten, z.T. hermetischen Systembeschreibungen aufgelöst. Konkretes Arbeiten, welches Recht in der Gesellschaft mit seriösen Daten interpretiert, ist selten.

Der augenblicklich vitalste Ansatz, der es bezeichnenderweise in der Diversität der Rechte Mitteleuropas gelegentlich schwer hat, ist die Ökonomische Analyse des Rechts.⁴⁴ Sie leugnet vom Grundansatz her die Verschiedenheit der Rechte und nimmt damit in der Tendenz eine „imperiale“, geschichtslose Geste ein. Die international kompatible Modelltheorie betrachtet Institutionen als „anreizkompatible“ Mechanismen, die den Austausch erleichtern. Erforderlich erscheinende regulative Eingriffe werden evidenzbasiert durch Vergleiche von Optionen auf ihre „Effizienz“ überprüft.

Wie im heutigen Römischen Recht Savignys oder in der Rechtsvergleichung von Zweigert und Kötz geht es bei richtigem Verständnis der Ökonomischen Ana-

40 Flume, oben Fn. 16.

41 Konrad Zweigert, Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung 3. A. 1996.

42 Dazu jetzt Benedict, oben Fn. 25.

43 Stewart Macauley, Non-contractual Relations in Business, American Sociological Review, 28 (1963), 55–67.

44 Hans-Bernd Schäfer, Claus Ott, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, 6.A. 2020.

lyse des Rechts, soweit sie für juristisches Arbeiten relevant ist, um eine Komparatistik.⁴⁵ Statt des antiken Rechts (das im Übrigen keine Realität, sondern Rekonstruktion und Modell ist), oder des fremden nationalen Rechts (das wiederum realistischerweise ein Konstrukt und damit Modell sein muss) vergleicht die ökonomische Analyse alternative institutionelle Mechanismen im Hinblick auf ihre Friktionsarmut. Die Frage ist: Welche Regelung erleichtert oder erschwert mit welchen sachlichen Gründen bestimmte Transaktionen?

Es geht also um das Problem der „richtigen“ Institutionenwahl.

Es war nie meine Auffassung, dass mit der ökonomischen Analyse *allein* rechtliche oder wirtschaftsrechtliche Institutionen zu erklären sind. Jede Komparatistik erhellt das Verständnis einer bestimmten rechtlichen Regelung aus ihrer jeweiligen Perspektive. Das Verhältnis von Recht und Ökonomie ist – wie die anderen komparativen Methoden – als Unternehmen zur arbeitsteiligen Produktion und Verbesserung von Institutionen zu begreifen.

Es ist allerdings evident, dass im Wirtschaftsrecht in den letzten 30 Jahren die ökonomische Analyse zur dominanten, international akzeptierten Komparatistik geworden ist. Sie hat das Verständnis vieler Probleme gefördert und durch ihre neuartige Fragestellung viele Glaubenssätze einer selbstgerechten Jurisprudenz erschüttert. Nur am Rande möchte ich auf die Seifenblasen der vergangenen 40 Jahre hinweisen, die unter dem vollmundigen Etikett „Konzernrecht“ geplatzt sind.⁴⁶ Wir beginnen nur langsam zu begreifen, dass viele hehre Grundsätze des mitteleuropäischen Gesellschaftsrechts sehr schwankende Fundamente haben. Als Savignianer könnte man allerdings auch bissig feststellen, dass die Rechtsgeschichte dieser Grundsätze sehr jung ist. Aus vergleichender historischer Sicht also: kein Wunder!

7. Komparatistik und Kodierung in der Anwendung: Beispiele

Aus meiner Sicht ist augenblicklich das zentrale Problem des deutschen und des internationalen Gesellschaftsrechts ein Problem des Allgemeinen Teils. Es geht um die Entwicklung einer theoretisch begründeten, praktisch tragfähigen Systematik der Verteilungsregeln in Unternehmen. Diese Aufgabe hat bei einem Gebiet zu beginnen, in dem in Deutschland zumindest die Juristen weitgehend ihre Kompetenz verloren haben: bei der Rechnungslegung. Lassen Sie mich drei von mir näher untersuchte weitere Arbeitsfelder bezeichnen, die demonstrieren, dass es im Wirtschaftsrecht weniger um europäisches Wirtschaftsrecht geht, sondern um die Reflexion international verträglicher Normbestände:

1. den Unternehmenskauf
2. das Kartellrecht
3. die internationale Standardisierung.

45 Hierzu und zum Folgenden: Erich Schanze, What is Law and Economics Today? A European View, in New Frontiers of Law and Economics, (Nobel ed.) 2006, 99–113.

46 Höhepunkt die Rechtsprechung des damaligen 2. Zivilsenats des BGH zur „Konzernhaftung“ beendet in der Trihotel-Entscheidung des BGH NZG 2007, 667.

Zu 1: Unternehmenskauf

Wie ich bereits erwähnte, hat Ulrich Huber die Funktionalität des von Savigny entfaltenen Abstraktionsprinzips insbesondere als Ausdruck der Schutzbedürftigkeit des Verkäufers beschrieben.⁴⁷ Beim Unternehmenskauf, insbesondere bei seinen internationalen Varianten, ist es üblich, mit zwei Klausel- und Arbeitsroutinen zu operieren die bei erstem Zusehen den Käufer zu begünstigen scheinen. Zunächst wird eine sog. “due diligence” (ein Anglizismus, der inzwischen zum Sprachschatz des Hochfrankfurterischen gehört), vereinbart. Es geht dabei um die transaktionsbezogene Öffnung von fast allen relevanten anderweitig hochgeschützten Daten des sogenannten “target”, des zum Verkauf stehenden Unternehmens. Experten, Wirtschaftsprüfer und Juristen, arbeiten eine inzwischen immer mehr standardisierte Prüfungsroutine ab und teilen die Ergebnisse dem Käufer mit. Beim nachfolgenden Abschluss des Unternehmenskaufvertrags werden dann als Standardklauseln, sog. “MACs” vereinbart.⁴⁸

“MACs” sind – aus der Sicht des englischen und US-amerikanischen Vertragsrechts – verhältnismäßig kurze Klauseln (drei Sätze bis eine halbe Seite, z.T. heute in den USA allerdings auch mehrere Seiten), die im Kern dem Käufer das Recht einräumen, vom Vertrag zurückzutreten, in manchen Fällen eine Art Minderung oder jedenfalls Neuverhandlung zu verlangen. Rücktrittsgrund sind ‘material adverse changes’, eben ‘MACs’, also erhebliche negative Änderungen, die zwischen Vertragsschluss und ‘Übergabe’ des Unternehmens, eintreten können. Gemessen am allgemeinen Vertragsrecht des Common Law erscheint die Weichheit dieser Routinen und Klauseln überraschend.

Nun könnte man spekulieren, dass sich hier auf leisen Sohlen eine Art progressive Geschäftsgrundlage in das Common Law eingeschlichen hat. Dies beruht auf einem doppelten Missverständnis. Es geht nicht um eine Aufweichung der Vertragsbindung durch Billigkeitserwägungen, wie sie in der immer extensiver gehandhabten Geschäftsgrundlagenlehre im deutschen Recht sichtbar ist. Vielmehr geht es um ein in Privatautonomie vereinbartes Rücktrittsrecht / Schadloshaltungsrecht. Man findet immer wieder bei der Behandlung des deutschen Vertragsrechts die unrichtige Vorstellung, dass man von routinemäßigen Parteivereinbarungen auf ein bestimmtes allgemeines Rechtsverständnis schließen könne. Nun ändert die Parteivereinbarung gerade bewusst das geltende Recht für den Einzelfall im Rahmen der Dispositionsfreiheit der Parteien. Warum sollte sich ein Verkäufer dazu bereitfinden, die geheimsten Unternehmensdaten der Vertragsgegenseite zu eröffnen und überdies dem Käufer ein terminiertes Rücktrittsrecht gewähren? Bei erstem Zusehen geht es um eine vertragliche Risikoverlagerung hinsichtlich des Erfüllungsrisikos.

Der tiefere Grund liegt im Problem der Preisbildung für das Kaufobjekt, nämlich das Unternehmen, *im Interesse des Verkäufers*. Es geht um eine Variante des sogenannten “lemons’ problem”, dessen Beschreibung dem Ökonomen George

47 Huber, Fn. 28.

48 Zu den MAC-Klauseln Ronald Gilson, Law and Economics in the Law Firm, in: New Frontiers of Law and Economics (Nobel and Gets, eds.) 2006, 171–180.

Akerlof den Nobelpreis eingebracht hat.⁴⁹ Qualitätsaspekte, die die Werthaltigkeit begründen, sind bei gebrauchten Autos ebenso wenig transparent wie beim Unternehmenskauf. Akerlof hat nachgewiesen, dass beim Kauf der Katze im Sack die Katze falsch ‚bepreist‘ wird. Sie ist systematisch zu billig. Will der Verkäufer einen „angemessenen“ Preis für sein Unternehmen erreichen, so muss er Mechanismen einsetzen, die eine „optimale“ Preisbildung begünstigen. In der due diligence offenbart er ein Maximum an Transparenz für den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Da auch die dort erhobenen Informationen nicht statisch sind und sich bis zur Rechteübertragung und Übergabe, auch beispielsweise durch fehlerhaftes Management, nachteilig verändern können, und der Käufer überdies diese Periode nicht beobachten kann, wird der Verkäufer signalisieren, dass die erhobenen Daten korrekt sind und in der Zwischenzeit nicht verschlechtert werden.

Dies klingt nach Geschäftsgrundlage, ist aber eine allenfalls *vereinbarte* Geschäftsgrundlage – und hat sachlich nichts mit dem ex-post Mechanismus einer gesetzlichen oder richterlich praktizierten Geschäftsgrundlage bei Äquivalenzstörungen zu tun.

Es ist offensichtlich: Ohne Grundkenntnisse der Einsichten der Informationsökonomik wird man die ‚MAC-Klauseln‘ kaum richtig interpretieren können. Es kommt also gar nicht so sehr darauf an, dass es hier um Legal Transplants geht, deren fehlende Konformität mit fremden Rechtsordnungen besondere Probleme verursacht.

Zu 2: Kartellrecht

Das zweite, im Zentrum des Wirtschaftsrechts stehende Beispiel ist das Kartellrecht, insbesondere dessen Normtechnik und die darauf bezogene Arbeitsteilung zwischen Recht und Ökonomik im Kartellrecht. Martin Hellwig hat dieses Problem zum Gegenstand seiner St. Galler Jöhr-Vorlesung gemacht,⁵⁰ so dass ich mich kurzfassen kann. In allen wichtigen Kartellrechten der Welt sind zentrale Tatbestandselemente für potentielle Verbotsverfügungen die *Marktmacht* oder die *Monopolmacht*. Die Kompetenz von Juristen endet ersichtlich bei der äußeren Definition dieser Schlüsselbegriffe. Die Normen selbst sind bereits im Ansatz Verweisungsnormen an den ökonomischen Sachverstand. Hierbei haben sich in den letzten Jahren immer subtilere, aber auch höher standardisierte, mit Computerprogrammen verbundene Analysemittel herausgebildet, die von den ökonomischen Experten zum Teil marktförmig angeboten werden.

Die zugrunde liegende Frage ist, ob man allein auf die Form des beanstandeten Marktverhaltens abstellen soll, so der so genannte „form based approach“, oder ob das betreffende Verhalten möglicherweise einem legitimen Zweck dient, so der „effects-based approach“. Diese Frage wird, wie Hellwig im Einzelnen an Fällen darstellt, als Problem der Rechtsicherheit von Juristen diskutiert, die die „Form“

49 George Akerlof, The Market for Lemons, Quarterly Journal of Economics 84 (1970), 488–500.

50 Martin Hellwig, Wirtschaftspolitik als Rechtsanwendung. Zum Verhältnis von Jurisprudenz und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik, 2007.

bevorzugen. Die Frage ist aber, ob es nicht eine sachlich gebotene, richtige Analysetechnik gibt, die dann wiederum zu wirtschaftlich vernünftigen Ergebnissen führt. Es geht also um eine Abwägung zwischen Rechtsicherheit und Treffsicherheit. Hellwig legt in seinen Ausführungen mit Fallbeispielen dar, dass Treffsicherheit auch zur Rechtssicherheit führen kann, dass also ein “more economic approach” eher Tugenden als Mängel hat. Dies ist inzwischen auch die Strategie im europäischen Rechtsrahmen.

Wichtig ist ein von Hellwig nicht erwähnter Aspekt, der in Gesprächen mit führenden Experten auf Nachfrage deutlich wird.⁵¹ Ökonomische Experten respektieren Verfahren und achten sorgfältig auf ihre professionelle Reputation. Sie empfinden es als besondere Herausforderung, das von ihnen mit komplexer wirtschaftswissenschaftlicher Methodik gefundene Ergebnis in eine für Juristen plausible Darstellungsform zu bringen. So bedeutet die Aufbereitung von Kartellrechtspolitik in einem behördlichen, vor einem Instanzenzug anfechtbaren Parteiverfahren einen Legitimitäts- und Transparenzzuwachs bei der Entscheidungsfindung. Rechtsanwendung mutiert hier zur verantwortlichen Erwägung der Plausibilitäten der widerstreitenden ökonomischen Gutachten.

Zu 3: Internationale Standards

Eines der umstrittensten Gebiete des Wirtschaftsrechts sowohl im nationalen, supranationalen und internationalen Bereich sind Regelzusammenhänge, die ersichtlich nicht von klassisch legitimierten Instanzen erlassen werden: die *Standards*. Diese Standards werden auf verschiedenen Ebenen produziert und haben eine Reihe von verallgemeinerungsfähigen Ursachen.⁵² Die Differenzierung der Wirtschaftsprozesse erfordert häufig Regelungshaushalte, die eher segmentiert wirken, also nicht die Anforderungen der Allgemeinheit des Gesetzes erfüllen können. Schwerwiegender sind jedoch die zahlreichen Situationen, in denen die legitimierten politischen Regelungsinstanzen sich nicht in der Lage sehen, oder als unfähig erweisen, eine bestimmte Regelung zu treffen. Dies führt zu einem weiteren Grund, der mit der Handlungsunfähigkeit verbunden sein kann: nämlich den Ausweichpotentialen der von einer möglichen Regelung erfassten Akteure.

Vor Augen habe ich das Beispiel des Vorgehens bei der Bankenregulierung in den Basel I- bis III-Prozessen, bei denen man wusste, dass eine Regulierung auf nationaler Ebene nur Ausweichstrategien erzeugt hätte. Zuweilen sind auch die Informationskosten einer staatlichen Regelung so prohibitiv hoch, dass der Gesetzgeber eine Regelung gar nicht erst angeht.

51 Gespräche mit meinem Kollegen Daniel Rubinfeld, seinerzeit Berkeley, mit dem ich mehrere Jahre an der Universität Bergen/Norwegen einen Kurs zur Ökonomischen Analyse unterrichtete. Er übernahm dort den Themenkomplex „Kartellrecht“. Der Koautor des legendären Lehrtextes „Microeconomics“ betonte, dass er als Ökonom besonders stolz sei, wenn ein Gericht, also aus seiner Sicht Laien, seinen Ansatz und die daraus folgenden Analysen zur Marktmacht nachvollziehen könne.

52 Zum Folgenden mit Nachweisen: Schanze, Linking extra-legal codes to law: the role of international standards and other off-the-rack regimes, in: Law, Economics and Evolutionary Theory (Zumbansen und Calliess, eds.), 2011, 335–352.

Man findet im Bereich der Standardsetzung ungewöhnliche und auffällige „privat“-unternehmerische Aktivitäten, die von trivialen Standardisierungsproblemen in komplexe Regelungsbereiche hinein fortschreiten. Die ISO, Internationale Standardisierungsorganisation, bietet heute Pakete an, die weit über das hinausgehen, was ursprünglich bei der technischen Normierung begann. In der Vertragspraxis gibt es eine hohe Affinität und einen Wechselbezug zwischen Standards und standardisierten Klauseln.

Aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive mag man diese Entwicklung zu einer privaten Gesetzgebung beklagen. Sie ist aber auch bedingt durch eine Evolution von ursprünglich eher kaufmännisch-handwerklich organisierten Netzwerken, die auf ausgebildeten gruppenspezifischen Geschäftsethiken beruhten. Wir kennen das Ideal aus den „Buddenbrooks“ und aus „Soll und Haben“. Diese informellen Kodierungen in den Einzelbereichen werden dadurch de-personalisiert, indem sie in geschriebene Verhaltenskodizes umgeschrieben werden. Andererseits führt dies zur Professionalisierung von wichtigen Wirtschaftsentscheidungen, freilich auch zu Kosten und Wichtigtuerei der Compliance-Industrie.

Auch bei der Gestaltung größerer Verträge und beim Entwurf für die Verfassungen von Unternehmungen zeigt sich ein hoher Bedarf von Arbeits- Routinen und Standardklauseln. Dies wurde bereits am Beispiel der due diligence und an den MACs kurz verdeutlicht. Andererseits erscheint es mehr als geboten, bei schwierigeren, insbesondere langfristigen Verträgen zu fragen, welche strukturellen Mechanismen eine ungestörte Vertragsdurchführung wahrscheinlich erscheinen lassen.⁵³ Insoweit ist es klug, sich mit den ökonomischen Grundlagen anreizkompatibler Verträge näher zu beschäftigen – und endlich auch akademisch den Gestaltungsaspekt, das lateinische „cavere“ als Zentralthema juristischen Arbeitens wieder zu entdecken.

8. Schluss

Wo stehen wir? Was ist zu tun? Eine Gretchenfrage betrifft die Bedeutung der zivilrechtlichen Kodifikation der Vertragsschuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch, die in tausenden Seiten kommentiert wird und eine Zentralmaterie der deutschen juristischen Ausbildung darstellt. Bei nüchterner Betrachtung erschöpft sich ihre Bedeutung heute wesentlich im Konsumentenrecht. Für die Orientierung der Rechtsbeziehungen zwischen Wirtschaftsakteuren spielt sie angesichts der Gestaltungsfreiheit und der Rechtswahlmöglichkeiten, zudem – wie bereits erwähnt – der vorwiegenden Abfassung der Verträge in englischer Sprache, nur noch eine sehr bescheidene Rolle. Die Vertragsingenieure empfinden diesen Teil der Kodifikationen eher als Störung, ebenso wie beispielsweise das von der Theorie gerühmte einheitliche Kaufrecht oder die beflissene Europäische Kodifikation des

53 Näher Erich Schanze, *Konsens bei Verträgen – Konsumentenrecht und Wirtschaftstransaktionen*, in Festschrift Karsten Schmidt zum 80. Geburtstag, (Boele-Woelki u.a, hg.) Bd 2, 2019, 359, insbes. 367f.

Internationalen Privatrechts der Vertragsschuldverhältnisse. Es ist eher ein Zufall, wenn Streitigkeiten zu größeren Transaktionen vor staatliche Gerichte gelangen.

Wir müssen junge Juristen von dem Ballast der hypertrophen Einzelbereiche entlasten und viel konsequenter die Kodierungsprobleme im Allgemeinen Teil des Wirtschaftsrechts angehen, statt uns beispielsweise mit der Kodifizierung des europäischen Privatrechts zu beschäftigen. Wenn wir Savigny folgen, müssen wir uns viel konsequenter und ohne Larmoyanz nicht mit den Leiden des Privatrechts, sondern mit den Leiden des Wirtschaftsrechts befassen. Die Rechtsgeschichte, die Rechtsvergleichung und die Ökonomische Analyse wirtschaftsrechtlicher Problemstellungen können uns dabei behilflich sein.

Literaturverzeichnis

- Akerlof, G., The Market for Lemons, *Quarterly Journal of Economics* 84, 1970, 488–500.
- Benedict, J., Savigny ist tot! Zum 150. Todestag von Friedrich Carl von Savigny und zu seiner Bedeutung für die heutige Rechtswissenschaft, *JZ* 2011, 1073–1076.
- Dilcher, G., Der rechtswissenschaftliche Positivismus, *ARSP* 61, 1975, 497–528.
- Fehrenbach, E., Vom Ancien Regime zum Wiener Kongress, 2001.
- Flume, W., Das Rechtsgeschäft, 4. A., 1992.
- Gilson, R., Law and Economics in the Law Firm: The Case of MACs, in: *New Frontiers of Law and Economics* (Nobel and Gets, eds.), 2006, 171–180.
- Hellwig, M., Wirtschaftspolitik als Rechtsanwendung. Zum Verhältnis von Jurisprudenz und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik, 2007.
- Huber, U., Savigny und das sachenrechtliche Abstraktionsprinzip (2007), *Gesammelte Schriften* (Baums und Wertenbruch, hg.), 2016.
- Jhering, R. v., Savigny, F. C. v. [Nachruf], *Jherings Jahrbücher* 5, 1861, 354–377.
- Kaser, M., Das römische Privatrecht, Bd. 1, 2. A., 1972.
- Lahusen, B., Alles Recht geht vom Volksgeist aus. Friedrich Carl von Savigny und die moderne Rechtswissenschaft, 2013.
- Larenz, K., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. A., 1991.
- Macauley, S., Non-contractual Relations in Business, *American Sociological Review* 28, 1963, 55–67.
- Mertens, H.-J., Kirchner, Ch. und Schanze, E., *Wirtschaftsrecht*, 1978, 2. A., 1982.
- Pistor, K., *The Code of Capital – How Law Creates Wealth and Inequality*, 2019.
- Rückert, J., Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) – Friedrich Carl von Savigny – ein Frankfurter in Berlin, in: *Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin* (hg. Grundmann u.a.), 2010, 133–177.
- Rückert, J., Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny, 1984.
- Savigny, F. C. v., Das Recht des Besitzes (Neudruck der Marburger Dissertation 1803 durch den Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg), 2011.
- Savigny, F. C. v., Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts Bd. 1, 1852.
- Savigny, F. C. v., System des heutigen Römischen Rechts, 8 Bde., 1840–1849.
- Savigny, F. C. v., Vorlesungen über juristische Methodologie 1802–1842 (A. Mazzacane, hg.) erw. A. 2004.
- Schäfer, H.-B., Ott, C., *Ökonomische Analyse des Zivilrechts*, 6. A. 2020.

- Schanze, E., Contract and the Contracting Process – Reconsidering our Metaphors, in: Northern Lights. Essays in Private Law in Memory of Professor David Carey Miller, (Bain et al. eds.), 2018, 308–322.
- Schanze, E., Einmangengesellschaft und Durchgriffshaftung, 1975.
- Schanze, E., Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht, 1986.
- Schanze, E., Konsens bei Verträgen – Konsumentenrecht und Wirtschaftstransaktionen, in: Festschrift Karsten Schmidt zum 80 Geburtstag, (Boele-Woelki u.a. hg.) Bd. 2, 2019, 359–368.
- Schanze, E., Legalism, Economism, and Professional Attitudes Toward Institutional Design, Journal of Institutional and Theoretical Economics 149, 1993, 122–140.
- Schanze, E., Linking extra-legal codes to law: the role of international standards and other off-the-rack regimes, in: Law, Economics and Evolutionary Theory (Zumbansen und Calliess, eds.), 2011, 335–352.
- Schanze, E., Regulation by Consensus. The Practice of International Investment Agreements, Journal of Institutional and Theoretical Economics 144, 1988, 152–171.
- Schanze, E., Symbiotic Arrangements, The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, (Newman, ed.) vol 3, 1998, 554–559.
- Schanze, E., What is Law and Economics Today? A European View, in: New Frontiers of Law and Economics, (Nobel ed.), 2006, 99–113.
- Schanze, H., Erfindung der Romantik, 2019.
- Wieacker, F., Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2.A., 1967.
- Wilhelm, W., Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 1958.
- Windscheid, B., Kipp, T., Lehrbuch des Pandektenrechts in 3 Bänden, 9. A., 1906.
- Wolf, E., Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4. A., 1963.
- Zimmermann, R., Savignys Vermächtnis: Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und die Begründung einer europäischen Rechtswissenschaft, Juristische Blätter, 1998, 273–293.
- Zschüschen, F. v., Das Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten nach dem Vortrage des Staatsraths v. Savigny 1818–1822, Ms. 55, Univ.-Bibliothek Mainz.
- Zweigert, K., Kötz, H., Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. A., 1996.

Der Biber im Recht

Heidi Dünisch

Abstract Deutsch

Der Biber ist das größte Nagetier in Deutschland und konnte sich in den letzten Jahren stark verbreiten. In Deutschland leben inzwischen wieder mehr als 30.000 Biber. Daran schließen sich auch juristische Probleme an, die Gegenstand der Rechtsprechung waren. Der Bau von Dämmen, Höhlen und die Umleitung von Zu- und Abflüssen können zu erheblichen Konflikten führen. Deswegen verlaufen Begegnungen zwischen Mensch und Biber nicht immer unbefangen. Der Beitrag befasst sich mit den vielfältigen juristischen Problemen, die sich aus dem Zusammentreffen von Mensch und Biber ergeben. Anhand von Gerichtsentscheidungen aus verschiedenen Rechtsbereichen werden die zahlreichen Problemlagen aufgezeigt.

Abstract English

The beaver is the biggest rodent in Germany and was able to spread considerably during the last years. There are meanwhile again more than 30 000 beavers in Germany. Along with this also legal problems arise that were matter of jurisdiction. The building of dams, burrows, and the diversion of in and outflowing water courses can lead to serious conflicts. Therefore, encounters between humans and beavers are not always unprejudiced. The article addresses the manifold problems that can result from encounters between man and beaver. Based on court decisions from different fields of law various problem areas are highlighted.

1. Einleitung

Der Biber ist das größte Nagetier in Deutschland und konnte sich in den letzten Jahren stark verbreiten. Als geschütztes Wildtier im Anhang IV der FFH-Richtlinie¹ profitiert er von einem strengen Schutzstatus. Spätestens durch ein YouTube Video, das einen Biber zeigt, der in Deggendorf – dem Heimatort unseres Jubilars – mitten in der Nacht einen langen Ast über die Straße zieht, bis ein junger Mann ihm schließlich beim Tragen hilft, ist bekannt, dass der Biber² mitten in unseren Städten angekommen ist.

Die letzten freilebenden Biber in Deutschland wurden in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts ausgerottet. In den letzten 20 Jahren ist es gelungen, den Biber wieder einzubürgern. In Deutschland leben inzwischen wieder mehr als 30.000 Biber. Daran schließen sich auch juristische Probleme an, die Gegenstand der Rechtsprechung waren. Schwierigkeiten – aber nicht nur – ergeben sich dabei aus der

1 Richtlinie des Rates vom 21.5.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensweise sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen (Richtlinie 92/43/EWG) – Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie (FFH-Richtlinie).

2 Lat. „castor fiber“.

Bautätigkeit des Bibers. Der Bau von Dämmen, Höhlen und die Umleitung von Zu- und Abflüssen können zu erheblichen Konflikten führen. Deswegen verlaufen Begegnungen zwischen Mensch und Biber nicht immer unbefangen.

2. Versicherungsrecht

Manchmal führt schon die physische Präsenz eines Bibers zu juristischen Konsequenzen. Das Amtsgericht Nördlingen³ sprach einem Kraftfahrer, der bei einer Geschwindigkeit von 80 km/h vor einem Biber auf die Gegenfahrbahn ausgewichen und dabei von der Fahrbahn abkommen war, gegen den Teilkaskoversicherer einen Anspruch auf Ersatz der Rettungskosten (Fahrzeugschaden) nach § 63 VVG a.F. zu. Angesichts des in der polizeilichen Unfallakte dokumentierten Ergebnisses der polizeilichen Ermittlungen ging das Gericht davon aus, dass es sich bei dem fraglichen Hindernis um einen Biber handelte, der Maispflanzen mitschleppte. Dies ergebe sich aus der festgestellten Spurenlage, nämlich Fraßspuren, herumliegenden Maispflanzen und einem durch ein Zaunloch führenden Pfad Richtung Weiher. Die vom Fahrzeugführer vorgenommene Rettungshandlung in Form eines Wechsels auf die Gegenfahrbahn sei objektiv geboten gewesen, um einen drohenden Schaden vom versicherten Fahrzeug abzuwenden und durfte von ihm als Handelnden auch ohne grobe Fahrlässigkeit für geboten gehalten werden. Beim Überfahren eines Hindernisses in Gestalt eines Bibers, drohe dem Fahrzeug, aufgrund Größe und Masse des Tieres ein erheblicher Sachschaden. Deshalb habe der Fahrer diesem Hindernis ausweichen dürfen. Zum einen stelle ein Biber ein Hindernis dar, welches aufgrund seiner wesentlich größeren Masse nicht mit einem Hasen oder Fuchs vergleichbar sei, für welche die Rechtsprechung das Gebotensein eines Rettungsversuchs angesichts des wesentlich höheren Risikos, welches in dem Rettungsversuch selbst liegt, verneint. Auch wenn ein Biber keinesfalls die Größe eines Rehs erreiche, so sei sein Gewicht doch zumindest mit dem eines kleineren Rehs vergleichbar. Aus diesem Grund war das Gericht der Überzeugung, dass ein verständiger Kraftfahrer im Rahmen der Risikoabwägung bei einem solchen Hindernis ein Ausweichen für geboten halten dürfe. Des Weiteren handle es sich im konkreten Fall auch nicht um ein ruckartiges Ausweichmanöver, bei dem das Risikopotential wegen der dann zweifelhaften Beherrschbarkeit des Pkws erheblich höher läge, sondern der Zeuge habe glaubhaft geschildert, dass er bereits in einiger Entfernung zum Hindernis von seiner Fahrspur auf die Gegenfahrspur, welche frei gewesen sei, gewechselt habe. Hierbei handelt es sich um einen vergleichsweise gemächlichen Vorgang, der nur ein geringes Risikopotential aufweise.

Der Ansatz des Amtsgericht Nördlingen ist allerdings unzutreffend und die Fragestellung, ob ein plötzlich auf der Fahrbahn auftauchender Biber (130 cm lang, 35 kg schwer) eher einem Reh oder eher einem Fuchs vergleichbar ist, im vorliegenden Fall nicht entscheidungserheblich. Zwar kommt es in den sogenannten Wildschadenfällen für die Frage, ob ein Versicherungsnehmer Aufwendungen

3 Urteil vom 30.11.2005 – 5 C 29/05 – juris.

zur Abwehr eines Schadens ohne grobe Fahrlässigkeit für geboten erachten dürfte, grundsätzlich auf die Größe und Schwere des Tieres an, dem er ausgewichen ist. Allerdings ist ein Biber kein „Haarwild“ i.S.d. vereinbarten AKB, weil ihn das BJagdG nicht dazu zählt. Der Anspruch auf Aufwendungsersatz nach § 63 Abs. 1 VVG a.F. umfasst aber die (auch erfolglosen) Aufwendungen, die ein Versicherungsnehmer zur Abwendung oder Minderung eines Schadens bei Eintritt des Versicherungsfalls – und, nach der in der Sachversicherung geltenden Vorerstreckungslehre, bei unmittelbarem Bestehen eines Versicherungsfalls – macht. Das bedeutet, dass zunächst geklärt werden muss, ob der Versicherungsnehmer einen „Versicherungsfall“ abzuwenden oder sein Ausmaß zu verringern versucht hat. Das schadensträchtige Ausweichen vor Haarwild fällt unter § 63 VVG a.F., weil Haarwildschäden selbst nach § 12 Abs. 1d AKB versichert sind. Ist ein vom Versicherungsnehmer gerettetes Tier kein Haarwild, so hat der Versicherungsnehmer auch keinen Versicherungsfall abgewendet oder gemildert. Unfallschäden durch Rettung von Hunden, Katzen oder Bibern sind also (solange nichts anderes vereinbart ist) nicht gedeckt⁴.

3. Nachbarschaftsrecht

Das Oberlandesgericht Nürnberg⁵ hatte über Überflutungsschäden auf einem landwirtschaftlichen Grundstück zu entscheiden, die durch einen auf dem Nachbargrundstück zugewanderten Biber verursacht wurden. Das Oberlandesgericht hat eine Störerhaftung des für das Nachbargrundstück Verantwortlichen abgelehnt.

Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, dass der Tatbestand des § 1004 BGB nicht erfüllt ist, wenn die Beeinträchtigung ausschließlich auf Naturkräfte zurückgeht. Der Abwehranspruch setzt voraus, dass die Beklagte als Störerin verantwortlich ist. Der bloße Umstand des Eigentums an demjenigen Grundstück, von dem die Einwirkung ausgeht, reicht dazu nicht aus; die Beeinträchtigung muss vielmehr wenigstens mittelbar auf den Willen des Eigentümers zurückgehen⁶. Durch Naturereignisse ausgelöste Störungen sind dem Eigentümer eines Grundstücks nur dann zuzurechnen, wenn er sie durch eigene Handlungen ermöglicht hat oder wenn die Beeinträchtigung durch ein pflichtwidriges Unterlassen herbeigeführt worden ist⁷. Dies entspricht auch der ganz überwiegenden Auffassung in der Literatur⁸.

Es liegt am Problem des gesetzlich nicht näher geregelten Störerbegriffs, dass insbesondere im Bereich von Natureinwirkungen aus dem Zustand eines Grundstücks immer wieder schwierige Abgrenzungsprobleme auftreten, die sich nicht begrifflich allgemein gültig, sondern nur in wertender Betrachtungsweise von Fall zu Fall lösen lassen. Legt man für die Frage, ob ein Eigentümer eine natürliche

4 So auch Rixecker, ZfSch 2006, 396 f.

5 OLG Nürnberg, Beschluss vom 14.1.2014 – 4 U 2123/13 – juris.

6 BGH NJW 1995, 2633 mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung.

7 BGHZ 90, 255, 266; 114, 183, 187; 122, 283, 284.

8 Vgl. Palandt, BGB, 80. Aufl. 2021, § 1004 Rn. 19.

Einwirkung „durch eigene Handlungen ermöglicht“ hat, den rein naturwissenschaftlichen Kausalitätsbegriff zugrunde, so würden dem Grundstückseigentümer viel zu weitgehend auch Einwirkungen zugerechnet, die ein allgemeines Risiko darstellen und für die er nach Sinn und Zweck der nachbarrechtlichen Regelung des Nutzungskonflikts (§§ 903 ff BGB) nicht mehr verantwortlich gemacht werden kann. Der Grundstückseigentümer hätte dann beispielsweise auch durch eine Nutzungsänderung im Rahmen landwirtschaftlicher Bewirtschaftung als Oberlieger auf abschüssigem Gelände den verstärkten Abfluss von Oberflächenwasser auf das Nachbargrundstück ermöglicht⁹ oder durch Pflanzen von Bäumen deren späteres Umstürzen bei Sturm verursacht¹⁰. Der Bundesgerichtshof hat in diesen Fällen jedoch eine Verantwortung der Grundstückseigentümer abgelehnt. Er hat in einem Fall auf die seit jeher bestimmungsgemäß betriebene normale landwirtschaftliche Nutzung und die natürliche Eigenart des Grundstücks¹¹ und im anderen Fall darauf abgestellt, dass der vom Eigentümer geschaffene Zustand (Anpflanzen und Aufzucht widerstandsfähiger Bäume) keine konkrete Gefahrenquelle für das Nachbargrundstück gebildet habe und Sturmschäden bei gesunden Bäumen normalerweise nicht zu erwarten seien¹².

Ähnlich verhält es sich mit den hier vorliegenden (und für den Kläger störenden) Aktivitäten der Biber. Über die allgemeine Eignung des Grundstücks der Beklagten als Wohn- und Wirkungsstätte der Biber hinaus, hat die Beklagte keine konkrete Gefahrenquelle geschaffen, die sich später verwirklicht hat. Die vom Kläger beanstandeten Einwirkungen gehen auf ein zufälliges Naturereignis – der Einwanderung der Biber – zurück, das alle Grundstückseigentümer als allgemeines Risiko trifft und zur natürlichen Eigenart nahezu jedes Wassergrundstücks gehört. Das zeigt sich nicht zuletzt auch daran, dass Biber (heutzutage) auch in innerstädtischen Bereichen von Großstädten anzutreffen sind. Die Streitgegenständliche Beeinträchtigung kann bei wertender Betrachtung mithin auch nicht mehr mittelbar auf den Willen des Grundstückseigentümers zurückgeführt werden. Auch die außerordentlich weitgehende und vom Bundesgerichtshof bisher abgelehnte sogenannte Eigentumstheorie bejaht eine Verantwortlichkeit für Störungen durch derartige Einflüsse unmittelbar kraft Eigentums nur dann, wenn sich die der Sache selbst innewohnende Gefährlichkeit verwirklicht. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor.

Eine Störereigenschaft der Beklagten käme daher nur dann in Betracht, wenn ihr ein pflichtwidriges Unterlassen vorzuwerfen wäre. Der Kläger verweist lediglich allgemein auf die Möglichkeit der Beklagten, Maßnahmen zu ergreifen, damit keine Beeinträchtigungen für ihn entstehen. Hierzu besteht aber genauso wenig eine Pflicht der Beklagten wie zu dem vom Kläger geforderten Einwirken auf die Gemeinde S. und/oder das Landratsamt N. als untere Naturschutzbehörde. Der Klageanspruch ist auch unter dem Gesichtspunkt des nachbarlichen Gemeinschafts-

⁹ Vgl. BGHZ 114, 187.

¹⁰ Vgl. BGHZ 122, 285.

¹¹ BGHZ 114, 188; vgl. auch BGHZ 90, 255, 267.

¹² BGHZ 122, 285.

verhältnisses nicht gegeben. In der Regel begründet dieser auf Treu und Glauben fußende Gedanke keine selbständigen Ansprüche, sondern wirkt sich hauptsächlich als bloße Schranke der Rechtsausübung aus¹³. Darüber hinaus kann das Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme der Nachbarn untereinander nicht ohne weiteres die fehlenden Tatbestandsvoraussetzungen des § 1004 BGB und damit die Anspruchsgrundlage ersetzen. Mit Rücksicht auf die nachbarrechtlichen Sonderregelungen muss dies vielmehr eine aus zwingenden Gründen gebotene Ausnahme bleiben und kann nur dort zur Anwendung kommen, wenn ein über die gesetzliche Regelung hinausgehender billiger Ausgleich der widerstreitenden Interessen dringend geboten erscheint. Auch dann würde dem Betroffenen in erster Linie das Recht zustehen können, selbst auch auf dem Grundstück seines insoweit duldungspflichtigen Nachbarn Bekämpfungsmaßnahmen durchzuführen, wenn die Einwirkungen einerseits zu unzumutbaren Beeinträchtigungen führen und die entsprechende Duldungspflicht den Nachbarn nur gering belastet. Ein derartiger Anspruch wird hier aber nicht geltend gemacht.

4. Verkehrssicherungspflichten

Mit einem anderen Aspekt der Bautätigkeit hatte sich das OLG Nürnberg zu befassen. In einem Beschwerdeverfahren¹⁴ begehrte die Antragstellerin vergeblich Prozesskostenhilfe für eine Schmerzensgeldklage gegenüber der Stadt Nürnberg wegen der Verletzung von Verkehrssicherungspflichten, weil sie am 17.4.2020 beim Gassgehen mit ihrem Hund im Bereich der Wöhrder Wiese auf Höhe des U.-Weges neben der Pegnitz in ein Erdloch, mutmaßlich ein Biberloch gestürzt sei und sich hierbei eine Fraktur des Außenknöchels zugezogen habe. Das streitgegenständliche Biberloch sei für die Antragstellerin nicht sichtbar gewesen, weil dieses mit Gras und Ästen komplett verdeckt gewesen sei.

Der von der Antragstellerin bezeichnete Unfallort auf der Wöhrder Wiese auf Höhe des U.-Weges neben der Pegnitz, aus der Vogelperspektive betrachtet zwischen der Technischen Hochschule Nürnberg und dem Erfahrungsfeld der Sinne, ist Teil des von der Stadt Nürnberg ausgewiesenen Landschaftsschutzgebiets ID LSG-0536.06 „Wöhrder See“ Nr. N(S)-01c und damit Teil der freien Landschaft. Das Betreten der freien Landschaft auf Straßen und Wegen sowie auf ungenutzten Grundflächen zum Zwecke der Erholung ist allen gestattet (allgemeiner Grundsatz), § 59 BNatSchG. Das Betreten der freien Landschaft erfolgt auf eigene Gefahr. Durch die Betretungsbefugnis werden keine zusätzlichen Sorgfalts- und Verkehrssicherungspflichten begründet. Es besteht insbesondere keine Haftung für typische, sich aus der Natur ergebende Gefahren, § 60 BNatSchG. Die Klausel „auf eigene Gefahr“ in § 60 S. 1 BNatSchG weist das Risiko eines beim Betreten der freien Landschaft entstandenen Gesundheits- oder Vermögensschadens grundsätz-

13 Vgl. BGHZ 88, 344, 351.

14 OLG Nürnberg, Beschluss vom 24.3.2021 – 4 W 362/21 – nicht veröffentlicht.

lich dem Betretenden zu und entlastet damit den Grundstückseigentümer, der zur Duldung des Betretens durch die Allgemeinheit verpflichtet ist¹⁵.

Der Senat war aufgrund der Lage und der Tiefe des streitgegenständlichen Erdloches in einem Biberrevier in der Nähe des Flussufers davon überzeugt, dass es sich um ein Biberloch handelt. Derartige Wildtierschäden (Biberlöcher) sind keineswegs unüblich. Wildtierarten, die über Jahrzehnte in der deutschen Kulturlandschaft ausgestorben oder stark zurückgedrängt waren, sind in der Bundesrepublik Deutschland – zum Teil erfolgreich gefördert – wieder heimisch geworden und breiten sich aus¹⁶. Vielfältige Wildtierpopulationen haben sich auch in den Siedlungsräumen etabliert, was hinsichtlich des Wöhrder Sees auch allgemein bekannt ist, zumal Hinweisschilder auf die Biberpopulation hinweisen und Fraßschäden an Bäumen zu beobachten sind.

5. Verwaltungsrecht

Betroffene Grundstückseigentümer oder Besitzer sinnen oft auf radikale Abhilfe. Im Fall des Verwaltungsgerichts Sigmaringen¹⁷ stellte sich die Frage, ob das Abfangen bzw. die Tötung von Bibern zulässig war. Hintergrund des entsprechenden Antrags beim Regierungspräsidium T. war, dass am 29.5.2016 starke und langanhaltende Regenfälle zu einer Hochwasserlage am A. Bach und im Bereich des Q.s führten. Der bis dahin halbvolle Bibersee füllte sich vollständig und der Biberdamm brach schließlich unter dem Druck des aufgestauten Wassers. Das Wasser des Bibersees floss zusammen mit dem restlichen Oberflächenwasser nach M. und flutete unter anderem Häuser entlang der A. Straße, es entstand ein hoher Sachschaden.

Die Klage hatte in der Sache keinen Erfolg. Die Erteilung einer artenschutzrechtlichen, im Naturschutzrecht vorgesehenen Ausnahme zum Abfangen bzw. zur Tötung von Bibern muss sich an dem zum 1.3.2010 in Kraft getretenen Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (Bundesnaturschutzgesetz – BNatSchG) messen lassen.

Die Bestimmung des § 44 Abs. 1 BNatSchG verbietet artenschutzrechtlich das Abfangen und Töten von Bibern. Nach dieser Vorschrift, die Zugriffsverbote für besonders oder streng geschützte Arten normiert, ist es verboten, wildlebenden Tiere der besonders geschützten Arten nachzustellen, sie zu fangen, sie zu verletzen oder zu töten. Der Biber (*Castor fiber*) ist mit Ausnahme der baltischen, polnischen, finnischen und schwedischen Population in der Europäischen Union gemäß Artikel 12 Abs. 1 i.V.m. Anhang IV lit. a) der FFH-Richtlinie eine streng zu schützende Art. Damit sind auch die im Gemeindegebiet der Klägerin heimischen

15 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.4.2014 – 2 RBs 2/14; Geigel/Haag, Haftpflichtprozess, 28. Aufl. 2020, Kap. 14 Rn. 94.

16 So ebenfalls für ein Biberloch BFH, Urteil vom 1. Oktober 2020 – VI R 42/18 –, BFHE nn, BStBl II 2021, 146, Rn. 13.

17 Urteil vom 2.4.2019 – 3 K 74/17 – juris.

Biber eine streng zu schützende Art. Diese europarechtliche Vorgabe wird durch § 7 Abs. 2 Nr. 13 lit. b) aa) BNatSchG – demnach ist der Biber besonders geschützt, und durch § 7 Abs. 2 Nr. 14 lit. B) BNatSchG – wonach er darüber hinaus auch noch streng geschützt ist – umgesetzt. Die Vorschrift des § 44 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BNatSchG nimmt die einschlägigen Vorgaben des Artikel 12 Abs. 1 lit. a) bis d) FFH-Richtlinie auf und untersagt das Nachstellen, Fangen, Verletzen oder Töten von Bibern, das erhebliche Stören von Bibern während der Fortpflanzungs- und Aufzuchtzeit sowie jede Entnahme, Beschädigung und Zerstörung ihrer Fortpflanzungs- und Ruhestätten. Ausgehend hiervon hat das Regierungspräsidium zutreffend angenommen, dass artenschutzrechtliche Verbote zwingendes Recht darstellen, von denen nur abgewichen werden darf, wenn die Voraussetzungen für eine Ausnahme (§ 45 Abs. 7 BNatSchG) oder Befreiung (§ 67 BNatSchG) vorliegen. Das Verwaltungsgericht sah weder die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Ausnahme noch eine Befreiung als gegeben an, so dass ein Ermessensspielraum des Beklagten nicht eröffnet war und Ermessenserwägungen nicht veranlasst waren. Dabei ging es davon aus, dass eine restriktive Auslegung der vorgesehenen Ausnahmen geboten ist, wobei die für die Notwendigkeit der Ausnahmeerteilung geltend gemachten Gründe zwingend sein müssen. Dies folge aus einer Zusammenschau des § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BNatSchG mit § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG, der als Auffangtatbestand eine Ausnahmemöglichkeit zugunsten sonstiger zwingender Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses enthält. Insofern müsse eine gewisse greifbare Gefährdung für die genannten Schutzgüter bestehen. Zwingend sei das öffentliche Interesse nicht nur dann, wenn es sich um schlechthin unausweichliche Sachzwänge handle. Es reiche aus, wenn triftige Gründe des von Vernunft und Verantwortungsbewusstsein geleiteten Handelns dafür sprechen¹⁸. Auch die Abwehr von Überschwemmungsgefahren könne ein solcher gewichtiger, d.h. zwingender Grund sein, solange sich die getroffenen Maßnahmen auf das „Allernotwendigste“ beschränken¹⁹. Das Ausmaß der Beeinträchtigungen der streng geschützten Art sei daher gegen die für die Ausnahme sprechenden Gründe abzuwägen. Eine Ausnahme dürfe demgemäß zufolge § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG nur zugelassen werden, wenn zumutbare Alternativen nicht gegeben seien und sich der Erhaltungszustand der Population einer Art nicht verschlechtere, soweit nicht Artikel 16 Abs. 1 der Richtlinie 92/43/EWG weitergehende Anforderungen enthalte. Artikel 16 Abs. 1 der Richtlinie 92/43/EWG zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen sehe eine Ausnahmeregelung von den in den Artikel 12, 13, 14 und 15 Buchstabe a) und b) enthaltenen Verboten vor, die eng auszulegen sei. Die Beweislast für das Vorliegen der für jede Abweichung erforderlichen Voraussetzungen, also auch für das Fehlen zumutbarer Alternativen, trifft dabei die Stelle, die über sie entscheidet. Jeder Eingriff, der die geschützten Arten betrifft, darf nur auf der Grundlage von Entscheidungen genehmigt werden, die mit einer genauen und an-

18 Vgl. BVerwG, Urteil vom 28.3.2013 – 9 A 22.11 – BVerwGE 146,145; VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 7.8.2009 – 5 S 2348/08 – NuR 2010, 206.

19 Vgl. EuGH, Urteil vom 28.2.1991 – Rs. C-57/89 – juris Rn. 22, 23.

gemessenen Begründung versehen sind, in der auf die in Artikel 16 Abs. 1 dieser Richtlinie genannten Gründe, Bedingungen und Anforderungen Bezug genommen wird²⁰.

Vorliegend bestanden zumutbare Alternativmaßnahmen, die von der Klägerin vorrangig durchzuführen sind. Der Beklagte zeigte in seinem Bescheid einen Maßnahmenkatalog auf, der die biberbedingte Gefahr verringern kann. Diese Alternativmaßnahmen sind sowohl geeignet als auch zumutbar im oben dargestellten Sinne. Die biberbedingte Gefahr besteht im konkreten Fall darin, dass vor den Biberdämmen entlang des Q.s größere Wasseransammlungen, sogenannte „Biberseen“ entstehen, die Dämme unter dem zusätzlich durch langanhaltende oder starke Regenfälle entstehenden Druck brechen und das Abfließen der Seen die Überflutungsgefahr in M. noch verstärkt. Die von dem Beklagten vorgeschlagenen Maßnahmen sind geeignet, bereits der Entstehung größerer Biberseen entgegen zu wirken. Neben dem regelmäßigen Abbau der Biberdämme auf eine gewisse Höhe kommt der Einbau von Dammdrainagen in Betracht. Diese Kunststoffrohre werden in den Biberdamm eingebaut und können durch Ableiten des Seewassers größere Anstauungen unterbinden sowie eine definierte Einstauhöhe bewirken. Damit wird zugleich verhindert, dass bei heftigen Regenfällen der Wasserdruck auf den Biberdamm zu stark wird und diesen einbrechen lässt. Auch wird das Auslaufen eines großen, hoch aufgestauten Bibersees vermieden. Zur Unterstützung dieser Maßnahme schlägt der Beklagte die zukünftige dauerhafte Beseitigung von Biberdämmen vor, die weiter nördlich als der im Erlasszeitpunkt nördlichste Biberdamm entstehen sollten (siehe die dem Bescheid als Anlage 2, Seite 3 beige-fügte Karte). Hierdurch kann das Entstehen eines Bibersees in diesem Bereich gänzlich verhindert werden. Diese Maßnahmen hat das Verwaltungsgericht letztlich auch als zumutbar angesehen.

Im Freistaat Bayern (mit bundesweit der höchsten Biberdichte) „dürfen Berechtigte zur Abwendung erheblicher wirtschaftlicher Schäden, im Interesse der Gesundheit des Menschen sowie aus Gründen der öffentlichen Sicherheit im Zeitraum vom 1. September bis 15. März in bestimmten schadens- und sicherheitsrelevanten Bereichen aufgrund der artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung generell Biber fangen und töten“ (§ 2 Abs. 1 der Bayerischen Verordnung über die Zulassung von Ausnahmen von den Schutzvorschriften für besonders geschützte Tier- und Pflanzenarten, Artenschutzrechtliche Ausnahmeverordnung – AAV).

6. Steuerrecht

Wenn schon den Abwehrmaßnahme Grenzen gesetzt sind, so fragt sich, ob die Betroffenen wenigstens die Allgemeinheit an den entstandenen Kosten beteiligen können. Nach einer Entscheidung des Bundesfinanzhofs²¹ ist es nicht Aufgabe

20 Vgl. EuGH, Urteil vom 14.6.2007 – Rs. C-342/05 – juris Rn. 25 – „Finnischer Wolf“ Rn. 38f.

21 Urteil vom 1.10.2020 – VI R 42/18 –, BFHE 270, 491, BStBl II 2021, 146.

des Steuerrechts, für einen Ausgleich von durch Wildtiere verursachten Schäden über eine entsprechende Abzugsmöglichkeit nach § 33 EStG Sorge zu tragen. Dies gilt selbst dann, wenn die Steuerpflichtigen Schäden erleiden, die sie aufgrund naturschutzrechtlicher Regelungen, die effektive Schutzmaßnahmen verbieten, nicht vermeiden können. Insoweit ist es vielmehr Aufgabe des Naturschutzrechts, durch ein urbanes Wildtiermanagement Schäden zu vermeiden und – so der Gesetzgeber dies für erforderlich hält – durch die Errichtung entsprechender Fonds für einen Schadensausgleich zu sorgen.

Nach den Feststellungen des Finanzgerichts (FG) Köln untergruben die Biber die Böschung auf Höhe des neben einem Teich gelegenen Hauses der Kläger, wodurch ein ca. 1 m³ großes Loch neben der Terrasse im Rasen entstand. Die Böschung sackte auf Höhe der Terrasse auf ca. 8 m Länge samt einem Drittel der Terrasse ab, so dass die Pflasterung der Terrasse auf der gesamten Länge aufbrach und ein 2 bis 3 cm breiter Spalt entstand. Die Löcher im Rasen wurden vom Kläger verfüllt. Die Pflasterung der abgesackten Terrasse und der abgesackten Wege wurde durch eine Fachfirma erneuert. Diese errichtete zudem eine „Bibersperre“ in Form eines mit Wackergeröll verfüllten Grabens.

Der Bundesfinanzhof hat die zur Beseitigung der Biberschäden gemachten Aufwendungen nicht als außergewöhnliche Belastungen i.S.d. § 33 EStG berücksichtigt, weil sie bereits dem Grunde nach nicht außergewöhnlich seien, denn Wildtierschäden seien keineswegs unüblich. Voraussetzung des Steuerabzugs sei es aber, dass die Aufwendungen nicht nur ihrer Höhe, sondern auch ihrer Art und dem Grunde nach außerhalb des Üblichen liegen²².

7. Fazit

Die obigen Beispiele haben gezeigt, wie der Biber nicht nur in der Landschaft, sondern auch in verschiedene Rechtsgebiete vordringt. Dies zeigt exemplarisch, wie jede tatsächliche Entwicklung früher oder später Gegenstand rechtlicher Erfassung wird. Dabei kann zusammenfassend gesagt werden, dass nach derzeitigem Stand die entstehenden Probleme mit den Mitteln des Rechts gelöst werden können.

Literaturverzeichnis

Geigel/Haag, Haftpflichtprozess, 28. Aufl. 2020.

Palandt, BGB, 80. Aufl. 2021.

Rixecker, ZfSch 2006, 396 f.

22 Zuletzt BFH, Urteil vom 22.10.2019 – VI R 48/17, Rn. 11 m.w.N.

Versammlungsrecht der Russischen Föderation: aktueller Zustand und Herausforderungen

Alexander Salenko

Abstract Deutsch

Die russische Gesetzgebung zur friedlichen Versammlungsfreiheit ist jung und dynamisch, was zur Entstehung einer Rechtspraxis führt, die manchmal Zweifel an ihrer Verfassungsmäßigkeit aufkommen lässt. Das Material enthält einen kritischen Überblick über die aktuellen Fragen, die sich bei der Umsetzung des Rechts auf friedliche Versammlungsfreiheit in der modernen Russischen Föderation ergeben. Das Hauptaugenmerk gilt der Praxis des Verfassungsgerichts Russlands in Fragen der Versammlungsfreiheit, die in Artikel 31 der Verfassung der Russischen Föderation verankert ist. In diesem Zusammenhang enthält der Beitrag allgemeine Vorschläge zur Verbesserung des russischen Versammlungsrechts. Der Autor kommt zu dem Schluss, dass jetzt ein neuer Rechtsbegriff „Versammlungsrecht“ in der Rechtsordnung der Russischen Föderation herausgebildet ist. Besonders Augenmerk wird auf die Analyse der Verfahrensaspekte der praktischen Umsetzung der Versammlungsfreiheit gelegt, insbesondere wird auf das Vorhandensein von Lücken in der Gesetzgebung hingewiesen und das Material weist auf die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung dringender und spontaner öffentlicher Veranstaltungen hin. Der Autor geht auf die Fragen der Umsetzung der Versammlungsfreiheit durch einzelne Subjekte (Staat, Kinder) ein, es wird eine Empfehlung zur Abschaffung der Strafbarkeit (Art. 212.1 StGB Russlands) ausgesprochen, die für wiederholte Verstöße gegen das Verwaltungsrecht der Versammlungsfreiheit vorgesehen ist.

Abstract English

The Russian Public Assembly Law is young and dynamic in nature and this is the main reason why quite often the question arises about the constitutionality of the corresponding legislation and law enforcement practice. The primary purpose of this article is to provide a critical overview of actual problems and challenges arising by the implementation of the freedom of peaceful assembly in the Russian Federation. The author examines the legal terminology applied to different types and forms of public assemblies and he represents the opinion that there is new legal term ‘the public assembly law’, which still remains unknown for the Russian legal system. This article systematically reviews the procedural aspects arising by the realization of freedom of peaceful assembly, in particular the author advocates for the detailed legal regulation of so-called spontaneous and urgent public events. Moreover the author examines the ability to exercise the freedom of assembly by several types of special subjects such as state and minors. Finally the author is pleading for the abolition of criminal responsibility for repeated administrative violations of the procedure for organizing or holding public assemblies, meetings, demonstrations, street marches and other mass events.

1. Einführung

Die Versammlungsfreiheit ist eine der wichtigsten Grundlagen eines demokratischen Rechtsstaates. Gerade diese Freiheit ermöglicht einen direkten Dialog zwi-

schen dem Staat und denen, „die weder direkten Zugang zu politischen Entscheidungsprozessen noch zu den Medien haben“.¹ Mit dieser „unbequemen“ Versammlungsfreiheit sind auch die Unannehmlichkeiten verbunden: einerseits stört diese Freiheit die Behörden, die an öffentlichen Versammlungen scharfer und unangehmer öffentlicher Kritik ausgesetzt werden; andererseits kann die friedliche Versammlungsfreiheit die Unannehmlichkeiten für diejenigen verursachen, die an diesen öffentlichen Veranstaltungen gar nicht teilnehmen.² Mit Rücksicht auf die besondere demokratische Funktion dieser politischen Freiheit hat der moderne Staat die friedlichen Versammlungen zu fördern und zu schützen. Im Völkerrecht (v.a. im Bereich von dem s.g. *soft law*) werden die rechtlichen Grundsätze verankert, nach denen die Versammlungsfreiheit in den demokratischen Staaten gewährleistet werden soll: die Präsomption der friedlichen Versammlung (*the presumption in favour of peaceful assemblies*), Rechtmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit von den Beschränkungen der Versammlungsfreiheit, Transparenz des Entscheidungsfindungsprozesses und gute Verwaltungspraxis usw.³ Allerdings trotz der hohen rechtlichen Bedeutung der Versammlungsfreiheit ist oft ihre Umsetzung mit verschiedenartigen Problemen verbunden, die Maßnahmen und Lösungen von Gesetzgebern, Wissenschaftlern und Institutionen der Rechtspflege erfordern. Dieses Material fasst die sogenannten systemischen Probleme zusammen, die sich bei der Umsetzung der friedlichen Versammlungsfreiheit in der modernen Russischen Föderation ergeben.

2. Versamlungsrecht der Russischen Föderation: Stabilitätsproblem

Die russische Gesetzgebung zur friedlichen Versammlungsfreiheit ist noch recht jung: seit der Annahme der Verfassung der Russischen Föderation am 12.12.1993 durch eine Volksabstimmung und dann mehr als zehn Jahre gab es kein partikuläres Gesetz (*lex specialis*) über das Verfahren der Durchführung von den öffentli-

- 1 Blankenagel A., Levin I. (2013) Freedom of Assembly and Meeting in the Russian Federation – made in the USSR? ‘we cannot do better’ or ‘we do not want another way’? // *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no. 2 (93). pp. 55–62 (In Russian). [Бланкенгель А., Левин И.Г. Свобода собраний и митингов в Российской Федерации – сделано в СССР?: «лучше мы не можем» или «по-другому не хотим»? // Сравнительное конституционное обозрение. 2013. № 2 (93). С. 55.]
- 2 Khramova T. (2014) Unsafe Freedom: setting the limits for restrictions on Freedom of Assembly aimed at securing Public Order and Safety // *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no. 3 (100). pp. 42–53 [Храмова Т.М. Небезопасная свобода: о пределах ограничения свободы собраний в целях охраны общественного порядка и безопасности // Сравнительное конституционное обозрение. 2014. № 3 (100). С. 42–53].
- 3 Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly (3rd edition). CDL-AD(2019)017-rev. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). OSCE/ODHR. Strasbourg/Warsaw, 8.7.2019. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2019\)017-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2019)017-e).

chen Veranstaltungen. Erst 2004 wurde ein spezielles föderales Gesetz verabschiedet, das dann immer wieder den mannigfaltigen Anpassungen unterzogen wurde. Die bedeutendsten Gesetzesänderungen sind im Zeitraum vom 2012 bis 2014 stattgefunden.⁴ Dennoch werden bis zu dem heutigen Tag die diversen Änderungen in das föderale Gesetz über die öffentlichen Veranstaltungen aktiv unternommen. Insgesamt wurde das föderale Versammlungsgesetz Russlands zwischen 2010 und 2020 13 Mal durch die folgenden föderalen Gesetze (diese im folgenden auch als FZ bezeichnet) geändert: FZ № 344 vom 8.12.2010; FZ № 4 vom 7.2.2011; FZ № 424 vom 8.12.2011; FZ № 65 vom 8.6.2012; FZ № 258 vom 21.7.2014; FZ № 292 vom 4.10.2014; FZ № 114 vom 2.5.2015; FZ № 61 vom 9.3.2016; FZ № 227 vom 3.7.2016; FZ № 107 vom 7.6.2017; FZ № 367 vom 11.10.2018; FZ № 497 vom 30.12.2020; und FZ № 541 vom 30.12.2020. Im Grunde wurden durch all diese Bundesgesetze die zusätzlichen Beschränkungen für die Ausübung der Versammlungsfreiheit in der Russischen Föderation eingeführt.

Auf der Grundlage von Bestimmungen des föderalen Versammlungsgesetzes haben die Gesetzgeber der Subjekte der Russischen Föderation regionale Gesetze zur Versammlungsfreiheit entwickelt und verabschiedet.⁵ Konsequenterweise be-

- 4 Föderales Gesetz Nr. 54-FZ vom 19.6.2004 (in der Redaktion vom 30.12.2020) „Über Versammlungen, Kundgebungen, Demonstrationen, Märsche und Streikposten“ (im Folgenden auch Versammlungsgesetz (FöVersG) genannt) [Федеральный закон от 19 июня 2004 г. N 54-ФЗ (с изм.и доп. по состоянию на 30.12.2020 г.) «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» (далее также как закон о собраниях)]. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_48103/.
- 5 Hier können wir als Beispiele die folgenden regionalen Versammlungsgesetze erwähnen: Gesetz der Stadt Moskau vom 4.4.2007 Nr. 10 „Über die Gewährleistung der Bedingungen für die Ausübung des Rechts der Bürger der Russischen Föderation, Versammlungen, Kundgebungen, Demonstrationen, Prozessionen und Streikposten in der Stadt Moskau abzuhalten“ (geändert und ergänzt am 23.5.2007, 25.3.2009, 6.4.2011, 26.12.2012, 24.6.2015, 29.11.2017). URL: <https://base.garant.ru/387104/> [Закон г. Москвы от 4 апреля 2007 г. № 10 „Об обеспечении условий реализации права граждан Российской Федерации на проведение в городе Москве собраний, митингов, демонстраций, шествий и пикетирований“ (с изменениями и дополнениями от 23 мая 2007 г., 25 марта 2009 г., 6 апреля 2011 г., 26 декабря 2012 г., 24 июня 2015 г., 29 ноября 2017 г.)]; Gesetz der Stadt St. Petersburg vom 21.6.2011 Nr. 390-70 „Über Versammlungen, Kundgebungen, Demonstrationen, Märsche und Streikposten in St. Petersburg“ (in der geänderten Fassung vom 23. November 2020). URL: <https://gu.spb.ru/laws/71032/> [Закон Санкт-Петербурга от 21.6.2011 №390-70 «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях в Санкт-Петербурге» (с изменениями на 23 ноября 2020 года)]; Gesetz des Kaliningrader Gebiets vom 26.12.2012 N 188 „Über die Gewährleistung der Bedingungen für die Abhaltung von Versammlungen, Kundgebungen, Demonstrationen, Märschen und Streikposten auf dem Territorium des Kaliningrader Gebiets“ Nr. 138 vom 19.12.2017, Nr. 268 vom 22.2.2019, Nr. 384 vom 27.12.2019, Nr. 445 vom 27.8.2020, Nr. 452 vom 14.9.2020, Nr. 561 vom 7.6.2021). URL: <https://docs.cntd.ru/document/453124885> [Закон Калининградской области от 26 декабря 2012 года N 188 «Об обеспечении условий проведения на территории Калининградской области собраний, митингов, демонстраций, шествий и пикетирований» (в ред. Законов Калининградской области от 20.2.2014 № 298, от 19.12.2016 № 41, от 19.12.2017 № 138, от 22.2.2019 № 268, от 27.12.2019 № 384, от 27.8.2020 № 445, от 14.9.2020 № 452, от 7.6.2021 № 561)].

stimmt die föderale Struktur, dass in der modernen Russischen Föderation die Versammlungsfreiheit einerseits durch das allgemeine föderale Gesetz über die öffentlichen Veranstaltungen und andererseits durch 85 Gesetze der Föderationssubjekte der Russischen Föderation geregelt wird, in denen das Verfahren der Durchführung der öffentlichen Veranstaltungen in der einzelnen Region Russlands festgestellt wird. Die junge Natur der föderalen und regionalen Gesetzgebung über die Versammlungsfreiheit stellt die Ursache dafür dar, dass das Versammlungsrecht des modernen Russlands von den „Kinderkrankheiten“ immer noch geprägt ist. So bis jetzt ist die Rechtsterminologie nicht endgültig festgelegt: die Rechtspraxis zeigt, dass es für die Behörden unklar ist, wie die fünf im föderalen Versammlungsgesetz identifizierten Formen der öffentlichen Veranstaltungen – Versammlungen, Kundgebungen, Demonstrationen, Märsche und Streikposten – unterscheiden werden. Im Laufe der Zeit sind die neuen Formen der öffentlichen Veranstaltungen aufgetaucht – Massenspaziergänge und kollektives Jogging, langgedehnte (oft auf viele Kilometer) religiöse Prozessionen, Nano-Meetings, Flashmobs, Protestzeltlager, Massenpartys, politische Konzerte und andere sogenannte latente Formen der öffentlichen Veranstaltungen, die es problematisch ist, nach den Vorschriften des Versammlungsgesetzes zu bewerten.⁶ Deswegen stellt sich die Frage, ob es notwendig ist, das geltende föderale Versammlungsgesetz durch die neuen zusätzlichen Begriffe (wie Flashmob, Smartmob, Sit-in etc.) zu ergänzen oder muss man alles beim Alten lassen und das Gesetz nur einer weiten Auslegung zu unterziehen: nämlich die Ausweitung des Versammlungsgesetzes und Anwendung des Konzeptes der öffentlichen Veranstaltung, das in Bezug auf jede Form der öffentlichen Aktivität von Bürgern eingesetzt wird? Unseres Erachtens sollte das geltende föderale Versammlungsgesetz nicht mit neuen juristischen Begriffen überfrachtet werden; die neuen Formen der öffentlichen Veranstaltungen können und sollen zum Gegenstand der gerichtlichen Auslegung sein, in erster Linie durch das Verfassungsgericht der Russischen Föderation. Gleichwohl bleibt das Hauptproblem des modernen russischen Versammlungsrechts seine Instabilität sowie auch eine Unmenge der regionalen gesetzlichen Vorschriften, die häufig nur zusätzliche Einschränkungen für die Versammlungsfreiheit festsetzen.

3. Versammlungsrecht Russlands: Probleme der Rechtssicherheit

Formell unterscheidet die russische Gesetzgebung zwischen den öffentlichen Versammlungen in geschlossenen Räumen und öffentlichen Versammlungen unter freiem Himmel nicht. Wenn man die Vorschriften des russischen föderalen Ver-

6 Salenko A. (2019) «The latent form of collective public events»: adjudicative and doctrinal positions in Russia and Germany // *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no. 2 (129). pp. 79–91 (In Russian). [Саленко А.В. «Скрытая форма публичных мероприятий»: судебные и доктринальные подходы в России и Германии // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. № 2 (129). С. 79–91].

sammlungsgesetzes analysiert, man bekommt einen Eindruck, dass nur die Versammlungen unter freiem Himmel geregelt werden. Dennoch sieht das Gesetz in einer seiner Bestimmungen vor, dass die zuständigen Behörden nach Erhalt einer Benachrichtigung über eine öffentliche Veranstaltung verpflichtet sind, „dem Organisator der öffentlichen Veranstaltung Informationen über die festgelegte Norm zur Kenntnis zu bringen, die eine mögliche maximale Belegung (Auslastung) des Territoriums (*Räumlichkeiten*) am Veranstaltungsort der geplanten öffentlichen Veranstaltung.“⁷ Also besteht in der Russischen Föderation diesbezüglich noch keine vollständige Rechtssicherheit und dementsprechend unterliegen einige Arten von öffentlichen Veranstaltungen in geschlossenen Räumen einer Anmeldepflicht. So befasste sich beispielsweise das Verfassungsgericht Russlands *im Fall von Airiyan und Scheddrygin* mit Fragen der friedlichen Versammlungsfreiheit und der Religionsfreiheit (Gewissensfreiheit).⁸ In diesem Fall war der Grund für die Normenkontrolle seitens des russischen Verfassungsgerichtes eine Beschwerde des Ombudsmans Russlands, der die Verfassungsmäßigkeit des geltenden Verfahrens zur Abhaltung öffentlicher Gottesdienste und anderer religiöser Zeremonien in Frage stellte; nach dem Gesetz wird bei Durchführung von solchen öffentlichen religiösen Veranstaltungen eine vorherige schriftliche Anmeldung verlangt.

Die wichtigsten Tatsachen des Falls bestanden darin, dass der Bürger *Airiyan*, ein Ältester einer Gruppe der örtlichen religiösen Organisation der Zeugen Jehovas in Kasan, am 1. Juni 2009 zur Verantwortlichkeit gezogen wurde (nach dem Artikel 20.2 Teil 1 Verwaltungsgesetzbuches (weiter auch als VerwGB) Russlands. Die Ordnungswidrigkeit bestand nach der Position der zuständigen Behörde darin, dass Herr *Airiyan* als Veranstalter von öffentlichen Gottesdiensten, die am 7. und 9. April 2009 in einem Raum des Mayakovsky Business Center in der Stadt Kasan stattfanden, der ihm laut des Mietvertrages zur Verfügung gestellt wurde (d.h. diese religiösen Veranstaltungen wurden organisiert in einem Raum, der kein religiöses Gebäude oder Bauwerk war und nicht speziell dafür bestimmt war) und dabei hat Herr *Airiyan* die Vorschrift des Art. 16 (Abs. 1) des föderalen Gesetzes „Über die Gewissensfreiheit und religiöse Vereinigungen“, so wie (Art. 19 Abs. 5) des Gesetzes der Republik Tatarstan „Über die Gewissens- und Religionsfreiheit“ in Verbindung mit Art. 7 des FöVersG Russlands dadurch verletzt, dass er keine schriftliche Anmeldung dieser öffentlichen Veranstaltungen im voraus eingereicht hat.

7 Sieh Art. 12 (Ziffer 4 Absatz 1) des russischen FöVersG.

8 Beschluss des Verfassungsgerichts Russlands No. 30-P vom 5.12.2012 im Fall der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Bestimmungen von Artikel 16 Absatz 5 des föderalen Gesetzes „Über Gewissensfreiheit und religiöse Vereinigungen“ und Artikel 19 Absatz 5 des Gesetzes der Republik Tatarstan „Über Gewissens- und Religionsfreiheit Verbände“ im Zusammenhang mit der Beschwerde des Ombudsmans für Menschenrechte in der Russischen Föderation [Постановление Конституционного суда РФ № 30-П от 5.12.2012 г. по делу о проверке конституционности положений пункта 5 статьи 16 Федерального закона «О свободе совести и о религиозных объединениях» и пункта 5 статьи 19 Закона Республики Татарстан «О свободе совести и о религиозных объединениях» в связи с жалобой Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации] // URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision117951.pdf>.

Ähnlicher Weise wurde der zweite Bürger der Russischen Föderation Herr *Scheddrygin*, vertreten durch den Ombudsman der Russischen Föderation vor dem Verfassungsgericht Russlands, verwaltungsrechtlich verantwortlich gemacht, nämlich wegen einer Ordnungswidrigkeit, die sich in der Nichtvorlage einer vorherigen Anmeldung äußerte über die Veranstaltung am 14. und 15.5.2011 in den Räumlichkeiten von «MaxFil GmbH» auf der Grundlage einer mündlichen Vereinbarung zwischen dem Generaldirektor dieser juristischen Person und Herrn *Scheddrygin*, der der Vorsitzender der örtlichen religiösen Organisation der Zeugen Jehovas in der Stadt Belgorod.

Einerseits ging es in diesem Fall um die Verfassungsmäßigkeit einer weiten Interpretation des föderalen Versammlungsgesetzes, nämlich um die Ausdehnung seiner Wirkung nicht nur auf Versammlungen unter freiem Himmel, sondern auch auf Veranstaltungen in geschlossenen Räumen. Andererseits bestand die Besonderheit dieses Falls darin, dass das Verfassungsgericht Russlands die Verfassungsmäßigkeit der Bestimmungen des Gesetzes überprüfte, wonach der Veranstalter gerade bei der Organisation öffentlicher Gottesdienste *außerhalb* religiöser Gebäude und Strukturen verpflichtet ist, eine vorherige schriftliche Anmeldung über die Durchführung einer öffentlichen Veranstaltung dieser Art zu stellen. *De facto* wurde auf Grundlage der geltenden Gesetzgebung eine diskriminierende Praxis entwickelt, nach der bei der Durchführung öffentlicher Gottesdienste an den sogenannten „besonders ausgewiesenen Orten“ (*«специально отведенных местах»*) überhaupt keine vorherige Anmeldung erforderlich ist und bei der Durchführung von Gottesdiensten außerhalb von religiösen Gebäuden immer eine formelle schriftliche Anmeldung erforderlich ist. Das geltende Recht beinhaltet jedoch keine Vorbehaltsklausel bezüglich den Inhalt der religiösen Veranstaltung oder den Ort (Lage) der Räumlichkeiten, in denen der Gottesdienst geplant ist, sowie nichts in Bezug auf die Notwendigkeit von den möglichen staatlichen Maßnahmen zur Gewährleistung der Öffentlichkeit Ordnung, Sicherheit und Ruhe der Bürger.

Die Entscheidung des Verfassungsgerichts der Russischen Föderation in diesem Fall hatte eher einen Kompromisscharakter. Einerseits hat das Verfassungsgericht Russlands die angefochtenen Rechtsvorschriften insoweit als verfassungsmäßig anerkannt, als diese ein Anmelungsverfahren für die Durchführung öffentlicher religiöser Veranstaltungen *außerhalb* von Gotteshäusern als allgemeine Regel einführen. Andererseits hat das Verfassungsgericht der Russischen Föderation dieselben Rechtsvorschriften für verfassungswidrig erklärt, jedoch insoweit, als die angefochtenen Rechtsvorschriften keine Unterschiede zwischen jenen Gebets- und religiösen Zusammenkünften berücksichtigen, bei deren Abhaltung erforderlich sein kann, die behördlichen Maßnahmen zu ergreifen, die darauf abzielen, die öffentliche Ordnung und Sicherheit sowohl der Teilnehmer der religiösen Veranstaltung als auch anderer Bürger zu gewährleisten und derjenigen öffentlichen religiösen Veranstaltungen, deren Organisation nicht mit einer solchen Notwendigkeit verbunden ist. So wandte das Verfassungsgericht Russlands erneut seine eigenartige Rechtstechnik nach der Formel „die Rechtsnorm ist mangelhaft, aber verfassungsgemäß“ an und überlagerte auf den Gesetzgeber die Pflicht, eine detaillierte gesetzliche Regelung des Anmelungsverfahrens bei der Organisation öf-

fentlicher Gottesdienste außerhalb der Gebetshäuser zu schaffen. Zugleich hat das Verfassungsgericht der Russischen Föderation keine Antwort auf die Frage gegeben, ob bei der Organisation öffentlicher Veranstaltungen religiöser Art in geschlossenen Räumen überhaupt ein staatliches Eingreifen (in der Form einer Anmeldepflicht) erforderlich ist.⁹

4. Versammlungsrecht Russlands: Verfahrensaspekte

Die geltende Gesetzgebung der Russischen Föderation zur Versammlungsfreiheit muss im Hinblick auf die Regelung der friedlichen Eil- und Spontanversammlungen verbessert werden.¹⁰ In der wissenschaftlichen Literatur wird in Bezug auf diese Art von öffentlichen Versammlungen ein informeller Begriff *Flashmob* verwendet.¹¹ Einerseits ist die Festlegung der sachgemäßen Rechtsterminologie

- 9 Die religiöse Organisation der Zeugen Jehovas wurde im April 2017 durch den Beschluss des Bundesgerichtshofes Russlands für die extremistische Organisation erklärt und dementsprechend würde die gesamte Organisation und ihre 396 lokale Organisation in Russland verboten (s. zu dem Thema der Versammlungsfreiheit und Religionsfreiheit in Russland mehr: Ivanov (2014) Questions of carrying out religious actions in the light of the legislation on public actions // *Leningradskiy yuridicheskij zhurnal*, no. 2 (36), pp. 172–186 (In Russian) [Иванов А.О. Вопросы проведения религиозных мероприятий в свете законодательства о публичных мероприятиях // Ленинградский юридический журнал. 2014. № 2 (36). С. 172–186]; Dolzhikov (2018) Is the glass half-empty or half-full? Interference as a form of constitutional rights limitation // *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no. 1 (122), pp. 80–112 (In Russian). [Должи́ков А.В. Стакан наполовину полон или пуст? Вмешательство как форма ограничения конституционных прав // Сравнительное конституционное обозрение. 2018. № 1 (122)]; Soladtov (2021) In the missionary opposition. Which believers, for what and how are subjected to repression in modern Russia // *Novaya Gazeta*. 13.9.2021 (In Russian) [Солда́тов А. В миссионерской оппозиции. Каких верующих, за что и как подвергают репрессиям в современной России // Новая газета. 13.9.2021]. URL: <https://novayagazeta.ru/articles/2021/09/13/v-missionerskoi-oppozitsii>; Brenner (2020) Redistribution of Heaven. Why are Jehovah's Witnesses persecuted? // *Novaya Gazeta*. 16.7.2020 (In Russian) [Бренер О. Передел небес. За что преследуют «Свидетелей Иеговы» // Новая газета. 16.7.2020]. URL: <https://novayagazeta.ru/articles/2020/07/16/86294-peredel-nebes>.
- 10 Vashkevich (2013) Spontaneous Assemblies: national legislation and precedents from the European Court of Human Rights // *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no. 2 (93), pp. 44–54 (In Russian) [Вашкевич А.Е. Спонтанные собрания: национальное законодательство европейских стран и прецедентное право Европейского суда по правам человека // Сравнительное конституционное обозрение. 2013. № 2 (93). С. 44–54]; Karpenko (2015) On legislative regulation of spontaneous mass events in Russian Law // *Administrativnoye pravo i prozess*, no. 12, pp. 66–68 (In Russian) [Карпенко Т.А. К вопросу о законодательной регламентации спонтанных массовых мероприятий в российском законодательстве // Административное право и процесс. 2015. № 12. С. 66–68].
- 11 Kniazeva (2012) On the question of the concept and essence of a flash mob as one of the forms of holding public events // *Konstitutsionnoye i munitsipal'noye pravo*, no. 8, pp. 35–37 (In Russian) [Князева И.И. К вопросу о понятии и сущности флешмоба

im Gesetz notwendig und andererseits ist es auch erforderlich, dass das Versammlungsgesetz auch das Verfahren der Durchführung von Eil- und Spontversammlungen feststellt. Heute kollidiert diese Kategorie der öffentlichen Veranstaltungen immer mit dem Gesetz; *de facto* sind die Spontanversammlungen in Russland nicht erlaubt und bei Einhaltung der gesetzlich festgelegten Anmeldefristen ist es nicht möglich, eine Eilversammlung zu organisieren. Die geltenden Verfahrensfristen für die Anmeldung einer Versammlung (von 15 bis 10 Tagen vor der Durchführung einer öffentlichen Veranstaltung¹²) werfen nach unserer Meinung die berechtigten Fragen auf. Warum ist eine frühzeitige Anmeldung im Voraus nicht möglich? (z.B. ein Jahr oder einen Monat im Voraus vor der geplanten Versammlung). Und warum ausgerechnet nicht später als 10 Tage vor dem Tag der öffentlichen Versammlung? Bei der historischen Analyse können wir schließen, dass die Anmeldesfrist im vorrevolutionären Russland viel kürzer war und zwischen drei und sieben Tagen lag.¹³ Diesbezüglich sind die Verfahrensfristen entsprechend zu verbessern, dass das Versammlungsgesetz die Möglichkeit der Vorabanmeldung einer öffentlichen Veranstaltung inkl. der Gelegenheit der Anmeldung im Eilverfahren.

Darüber hinaus bleibt die Frage der ordnungsgemäßen Festlegung der Liste der sogenannten Hyde Parks offen, d.h. die allgemeinzugänglichen öffentlichen Ortschaften (Territorien), an denen die friedliche Versammlungen Veranstaltungen ohne Ankündigung stattfinden können. Aber die moderne Gesetzgebungspraxis in den Föderationssubjekte Russlands hat jedoch einen falschen Vektor genommen und zielt darauf ab, eine erschöpfende Liste von Orten festzulegen, an denen öffentliche Veranstaltungen abgehalten werden dürfen. Eine solche gesetzliche Regelung widerspricht dem Wesen der verfassungsmäßigen Versammlungsfreiheit – Versammlungen sind überall zulässig, außer von solchen Orten, wo die Abhaltung einer öffentlichen Veranstaltung ausdrücklich verboten ist (s. Art. 8 Abs. 2 FöVersG).

Und das letzte wichtige verfahrensrechtliche Moment wurde aus der modernen Ära der digitalen Technologien geboren, nämlich das archaische schriftliche Verfahren wirft eine berechnete Frage auf – warum ist es nicht möglich, eine online-Anmeldungen einer öffentlichen Versammlung über das offizielle Internetportal der öffentlichen Dienste (<https://www.gosuslugi.ru>) einzureichen?¹⁴

как одной из форм проведения публичных мероприятий // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 8. С. 35–37]; Ryazanova (2017) The legal regulation of flashmob // *Vestnik Tverskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya: Pravo*. no. 1. pp. 160–168 (In Russian) [Рязанова Е.А. Правовое регулирование флешмоба // Вестник Тверского государственного университета. Серия: Право. 2017. № 1. С. 160–168].

12 Art. 7 (Absatz 1) des russischen FöVersG.

13 Namentliches Oberstes Dekret über vorläufige Regeln für Versammlungen vom 4.3. 1905 [Именной Высочайший Указ о временных правилах о собраниях от 4 марта 1905 года], Ziffer 5, Teil III (пункт 5 части III). URL: <http://constitution.garant.ru/history/act1600-1918/5206/>.

14 Salenko (2018) The freedom of peaceful assembly in Russian and Germany: a comparative analysis of the notification procedure // *Elektronnoye prilozheniye k Rossiyskomu yuridicheskomu zhurnal*. no. 5. pp. 63–72 (In Russian) [Саленко А.В. Свобода мирных собраний в России и Германии: сравнительный анализ процедуры

5. Staat und Versammlungsfreiheit

Der nächste aktuelle Moment betrifft die Frage der Beschränkungen der Versammlungsfreiheit, die über die bundesgesetzlich festgelegten allgemeinen Rahmen hinausgehen. Insbesondere ist diese Frage aufgetaucht während der Zeit von internationalen Sportveranstaltungen, die in Russland in den letzten Jahren organisiert wurden: FIFA Confederation Cup 2017 und FIFA World Cup 2018. Im Zusammenhang mit diesen Veranstaltungen wurde ein Erlass des Präsidenten Russlands erlassen, der ein besonderes Verfahren für die Durchführung öffentlicher Versammlungen in Städten festlegt, in denen Fußballspiele stattfanden.¹⁵ Dem Erlass zufolge müssen alle öffentlichen Veranstaltungen, die nicht mit Sportveranstaltungen in Verbindung stehen, nicht nur mit den Organen der Selbstverwaltung, sondern auch mit dem föderalen Dienst für Sicherheit der Russischen Föderation (FSB) abgestimmt werden, der letztendlich den Ort und die Zeit der Durchführung der friedlichen Versammlung festlegt. Somit wurde das gesetzlich vorgesehene Standardverfahren für die Anmeldung und Durchführung öffentlicher Veranstaltungen *de facto* durch einen untergeordneten normativen Akt – den Erlass (Ukas) des Präsidenten der Russischen Föderation – eingeschränkt. Unter Berücksichtigung der Grundsätze der Rechtsstabilität und der Rechtssicherheit hat eine solche *ad-hoc* Regelung jedoch begründete Zweifel aufgeworfen, da der Präsidialerlass die Anwendung des Bundesrechts *de facto* vorübergehend blockiert hat. Daher stellt sich in diesem Zusammenhang auch eine Frage: ist es notwendig, für jede große internationale Veranstaltung in Russland eine Ausnahme von den allgemeinen Regeln zu machen und ein spezielles Präsidialdekret über das vorübergehende Verfahren für die Durchführung öffentlicher Versammlungen zu erlassen? Es ist aber eher eine rhetorische Frage, weil das Verfassungsgericht der Russischen Föderation eine Verfassungsbeschwerde zurückgewiesen hat, die die Verfassungsmäßigkeit des gemeinen Erlasses in Frage gestellt hat.¹⁶

уведомления // Электронное приложение к Российскому юридическому журналу. 2018. № 5. С. 63–72].

- 15 Erlass (Ukas) des Präsidenten der Russischen Föderation vom 9.5.2017 no. 202 „Über die Besonderheiten der Anwendung verstärkter Sicherheitsmaßnahmen während der FIFA Fussball-Weltmeisterschaft 2018 und des FIFA Konföderationen-Pokals 2017 in der Russischen Föderation“ [Указ Президента РФ от 9 мая 2017 года №202 «Об особенностях применения усиленных мер безопасности в период проведения в Российской Федерации чемпионата мира по футболу FIFA 2018 года и Кубка конфедераций FIFA 2017 года»]. URL: <https://base.garant.ru/71670568/>.
- 16 Beschluss des Verfassungsgerichtes Russlands vom 29.5.2018 no. 1149-О [Определение КС России об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Острякова Д.В., Передрука А.Д. и Фурсовой А.В. на нарушение их конституционных прав п. 7 ч.1 ст.13 Федерального закона «О подготовке и проведении чемпионата мира по футболу FIFA 2018 года, Кубка конфедераций FIFA 2017 года и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» и п. 11 Указа Президента РФ «Об особенностях применения усиленных мер безопасности в период проведения в Российской Федерации чемпионата мира по футболу FIFA 2018 года и Кубка конфедераций FIFA 2017 года»]. URL: <http://doc.ksrfr.ru/decision/KSRFDecision338910.pdf>.

Zum Abschluss dieses Abschnitts sollten wir noch ein Problem andeuten, das eine eingehende Untersuchung der Juristen erfordert: die Verfassungsmäßigkeit von den sogenannten „staatlichen Versammlungen“? Mit anderen Worten: ob die staatlichen und kommunalen Verwaltungsorgane die öffentlichen Veranstaltungen (Versammlungen) aus eigener Initiative organisieren dürfen? Gilt das Versammlungsgesetz des Bundes für die Staatsorgane und Selbstverwaltungsgremien?¹⁷ Grundsätzlich sollten die Staatsorgane und Kommunen nach dem Grundsatz der politischen Neutralität von der Organisation und Durchführung öffentlicher Veranstaltungen zurückbleiben. Die Ausnahmefälle können die Veranstaltungen von der nationalen Bedeutung sein, wie z.B. die Militärparade auf dem Roten Platz in Moskau.¹⁸ Es sind auch andere öffentliche Veranstaltungen bekannt, die zuvor von Behörden der Russischen Föderation organisiert wurden.¹⁹ Gleichzeitig nennen weder die Verfassung Russlands noch das föderale Versammlungsgesetz die staatlichen oder kommunalen Organe unter den Organisatoren der öffentlichen Veranstaltungen (Versammlungen). Bei Militärparaden auf dem Roten Platz kommen eine Reihe besonderer normativer Rechtsakte untergeordneter Natur zur Anwendung, die das Verfahren zu ihrer Vorbereitung und Durchführung regeln.²⁰

- 17 Das Justizministerium begründete die Abhaltung von staatlichen Kundgebungen unter Umgehung des Gesetzes // RBK.RU. 23.5.2017 [Минюст объяснил проведение государственных митингов в обход закона // РБК. 23 мая 2017 года] URL: <https://www.rbc.ru/politics/23/05/2017/59230b309a79471d561a8f50>.
- 18 Erlass des Präsidenten der Russischen Föderation vom 12.12.2014 Nr. 399-рп „Über die Durchführung von Militärparaden und anderen feierlichen Veranstaltungen zur Feier des 70. Jahrestages des Sieges im Großen Vaterländischen Krieg 1941–1945“ [Распоряжение Президента РФ от 12.12.2014 г. № 399-рп «О проведении военных парадов и других торжественных мероприятий, посвященных празднованию 70-летия Победы в Великой Отечественной Войне 1941 – 1945 годов»]. URL: <http://kremlin.ru/acts/bank/39146>
- 19 Anordnung des Präsidenten der Russischen Föderation vom 8.8.1997 Nr. 310-рп „Über die Parade der Völker und russischen Länder im Rahmen der Feierlichkeiten zum 850. Jahrestag der Gründung Moskaus“ [Распоряжение Президента РФ от 8.8.1997 г. № 310-рп «О проведении Парада народов и земель российских в рамках празднования 850-летия основания Москвы» // Собрание законодательства РФ, 11.8.1997. № 32. ст. 3780].
- 20 Erlass (Ukas) des Präsidenten der Russischen Föderation vom 29.5.2020 Nr. 345 „Über die Abhaltung von Militärparaden und Artilleriegrüßen anlässlich des 75. Jahrestages des Sieges im Großen Vaterländischen Krieg 1941–1945 und der Siegesparade am 24.6. 1945“ // *Rossijskaja gazeta*. 30. Mai 2020 [Указ Президента Российской Федерации от 29 мая 2020 года № 345 «О проведении военных парадов и артиллерийского салюта в ознаменование 75-й годовщины Победы в Великой Отечественной войне 1941 – 1945 годов и Парада Победы 24 июня 1945 г.» // Российская газета. 30 мая 2020 г.]; Verordnung des Verteidigungsministers der Russischen Föderation vom 13.7.2012 Nr. 1800 (in der Fassung vom 11.4.2015) „Über die Ordnung der Durchführung von Militärparaden, der Durchfahrt von Truppen in einem feierlichen Marsch, Paraden von Schiffen und Artilleriegrüße an den Tagen des militärischen Ruhms Russlands“ [Приказ Министра обороны РФ от 13.7.2012 г. № 1800 (ред. от 11.4.2015) «Об утверждении Порядка проведения военных парадов, прохождения войск торжественным маршем, парадов кораблей и артиллерийских салютов в дни

Die moderne Rechtspraxis in Russland zeigt, dass die Zahl von den sogenannten „staatlichen oder kommunalen“ öffentlichen Veranstaltungen minimal ist. Beispielsweise ist eine folgende Praxis weit verbreitet, wenn eine öffentliche Veranstaltung auf Initiative von Einzelpersonen und juristischen Personen organisiert wird, es wird jedoch darauf hingewiesen, dass diese Veranstaltung mit Unterstützung öffentlicher Behörden durchgeführt wird. Nach unserer Meinung, eine solche indirekte Teilnahme des Staates und der Gemeinden an öffentlichen Veranstaltungen ist darauf zurückzuführen, dass erstens die derzeitige russische Gesetzgebung es ihnen nicht direkt und eindeutig erlaubt, öffentliche Veranstaltungen (Versammlungen) zu organisieren; zweitens sind öffentliche Veranstaltungen oft politischer Natur, aber die Behörden und ihre Amtsträger sollen ausgegangen aus dem Grundsatz der politischen und ideologischen Vielfalt von einer direkten Einmischung in die Politik zurückhalten. Also können nur in Ausnahmefällen sogenannte „staatliche öffentliche Veranstaltungen“ denkbar sein. Aus der Geschichte sind Ereignisse von nationalem Ausmaß bekannt: die Militärparaden auf dem Roten Platz am 9. Mai und 7. November; oder festliche Demonstrationen am 1. Mai. Diese Beispiele der öffentlichen Veranstaltungen waren mit Feiertagen verbunden und waren von der nationalen Bedeutung. Aus der modernen Geschichte Russlands ist eine gesamtrossische Aktion „Gemeinsam gegen den Terror“ bekannt, die im Grunde ein gesamtes öffentliches Ereignis (allrussische Veranstaltung) von landesweiten Ausmaß darstellte: am 3.4.2017 starben 15 Menschen durch einen Terroranschlag in St. Petersburg U-Bahn, 87 Fahrgäste wurden verletzt.²¹ Am Anfang fand eine Solidaritätsaktion gegen den Terror statt, die am 8.4.2017 in der Stadt Wladimir organisiert wurde und zwar auf die Initiative des Bürgermeisteramtes der Stadt Wladimir als eine Reaktion auf den Terroranschlag in St. Petersburg am 3.4.2017.²²

воинской славы России»]; Erlass (Ukas) des Präsidenten der UdSSR vom 10.10.1990 Nr. UP-843 „Über die Abhaltung von Militärparaden anlässlich des 73. Jahrestages der Großen Sozialistischen Oktoberrevolution“ // *Wedomosti SND UdSSR und WS der UdSSR*. 1990. Nr. 42. Abs. 864 [Указ Президента СССР от 10.10.1990 г. № УП-843 «О проведении военных парадов в ознаменование 73-й годовщины Великой Октябрьской социалистической революции» // *Ведомости СНД СССР и ВС СССР*. 1990. № 42. ст. 864]; Erlass (Ukas) des Präsidenten der UdSSR vom 17.4.1990 Nr. 48 „Über die Abhaltung einer Truppenparade in der Stadt Moskau auf dem Roten Platz am 9.5.1990“ [Указ Президента СССР от 17.4.1990 г. № 48 „О проведении 9 мая 1990 года парада войск в гор. Москве на Красной площади“].

21 Terror in St. Petersburg: Brandenburger Tor wird nicht in Farben Russlands angeleuchtet. Berliner Zeitung, 3.4.2017.

22 „Die Bestimmungen dieses Gesetzes gelten nicht für behördlich organisierte Veranstaltungen.“ Die Staatsanwaltschaft von Wladimir erklärte, warum die Proteste gegen den Terror nicht gegen das Gesetz über Kundgebungen verstoßen [«К мероприятиям, организованным органами власти, нормы данного закона не применяются». Прокуратура Владимира разъяснила, почему акции против террора не нарушили закон о митингах]. Informationsagentur 'ZNAK.RU'. Die Nachricht vom 23.4.2017. URL: https://www.znak.com/2017-04-23/prokuratura_vladimira_razyasnila_pochemu_akcii_protiv_terrora_ne_narushili_zakon_o_mitingah.

23 Salenko (2018) Spontaneous and urgent public assemblies: experience and modern problems of the legal regulation in Russia and Germany // *Rossiyskiy yuridicheskiy zhurnal*. no 1 (118). pp. 61–68 [Саленко А.В. Спонтанные и срочные публичные собрания: опыт и современные проблемы правового регулирования в России и Германии // Российский юридический журнал. 2018. № 1 (118). С. 61–68].

6. Versamlungsfreiheit und Kinder

Ein aktuelles Problem des russischen Versamlungsrechts ist auch die Frage nach den Subjekten der friedlichen Versamlungsfreiheit geworden. Erstens, dürfen die Kinder an den öffentlichen Veranstaltungen (friedlichen Versamlungen) teilnehmen? Ist es auch zulässig, Minderjährige zur Teilnahme an Versamlungen, Kundgebungen, Demonstrationen, Märschen und Streikposten aufzurufen? Oder ist es im Gegenteil notwendig, das Recht von Kindern auf Teilnahme an öffentlichen Veranstaltungen einzuschränken? So durften beispielsweise in der vorrevolutionären Zeit die Schüler von Unter- und Sekundarschulen ohne Erlaubnis der Bildungsbehörden nicht an öffentlichen Versamlungen teilnehmen und auch die Teilnahme aller Minderjährigen war verboten.²⁵ Bei der Beantwortung dieser Fragen sollte man die grundlegende Natur der verfassungsmäßigen Versamlungsfreiheit berücksichtigen, die in Artikel 31 der Verfassung der Russischen Föderation verankert ist. Ihrer Natur nach ist diese Verfassungsfreiheit eine kollektive Verwirklichungsform der Gedanken-, Rede- und Meinungsfreiheit, die wiederum allen (unabhängig vom Alter) zusteht. Daher sind wir der Meinung, dass die zusätzlichen Beschränkungen des Rechts von Minderjährigen auf Versamlungsfreiheit nicht eingeführt werden sollten. Die geltende gesetzliche Regelung ist völlig ausreichend, wonach nur das Alter des Veranstalters einer öffentlichen Veranstaltung gesetzlich begrenzt ist (Art. 5 Abs. 1 des FöVersG).

Dennoch im Jahr 2018 wurde ein neuer Tatbestand (Ordnungswidrigkeit) im russischen Verwaltungsrecht eingeführt – die sogenannte Einbeziehung (Verleitung) eines Minderjährigen in die nicht genehmigten öffentlichen Versamlung (Artikel 20.2 Abs. 1.1 des Gesetzbuches Russlands über Ordnungswidrigkeiten / *weiter auch als KoAP*).²⁶ Für die Begehung dieser Handlungen sieht das Gesetz erhebliche Sanktionen vor: für die physischen Personen ist eine Geldstrafe von 30.000 bis 50.000 Rubel (ca. von 350 EUR bis 595 EUR) oder Pflichtarbeit für einen Zeitraum von 20 bis 100 Stunden oder Verwaltungsarrest für einen Zeitraum von bis zu 15 Tagen vorgesehen. Bei der Analyse von dem Begriff „Einbeziehung (Verleitung)“ lassen sich folgende Punkte feststellen. Erstens ist dieser Begriff vage und wirft in der Praxis Beweisprobleme auf. Dabei stellen sich die Fragen: wie soll die „Einbeziehung (Verleitung)“ von Minderjährigen erfolgen werden? Was Anzeichen sind dafür da, die es beweisen werden, dass die Kinder an nicht genehmigten öffentlichen Veranstaltungen (eine direkte buchstäbliche Übersetzung sollte sein – *«Verleitung in die nicht sanktionierten Versamlungen»* – *вовлечение несовершеннолетних в несанкционированные публичные*

25 Namentliches Oberstes Dekret über vorläufige Regeln für Versamlungen vom 4.3. 1905 [Именной Высочайший Указ о временных правилах о собраниях от 4 марта 1905 года], Ziffer 8, Teil III (пункт 8 части III). URL: <http://constitution.garant.ru/history/act1600-1918/5206/>.

26 Gesetzbuch der Russischen Föderation über die Ordnungswidrigkeiten (auch als Ordnungswidrigkeitengesetzbuch) Russlands [Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 года № 195-ФЗ (в редакции от 28.1.2022)]. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_34661/.

мероприятия) verleitet wurden? Soll die s.g. „Einbeziehung (Verleitung)“ den Akt eines physischen Zwanges bedeuten (z.B. durch Anwendung von Gewalt)? Oder unter „Einbeziehung (Verleitung)“ wird auch jeder Appell an die Minderjährigen verstanden, an einer nicht genehmigten («nicht sanktionierten») öffentlichen Veranstaltung teilzunehmen? Übrigens die gegenwärtige Rechtspraxis zeigt, dass gerade die letzte extensive Interpretation dieses Begriffs zu der Anwendung kommt. All obengestellten Fragen lassen auch nachvollziehen, welche Ziele der Gesetzgeber mit der Verabschiedung dieser Norm verfolgt hat. Es sollte auch darauf hingewiesen, dass der neue Tatbestand absolut keinen Unterschied zwischen friedlichen und nicht friedlichen öffentlichen Versammlungen macht. Diese Unterscheidung ist aber von einer grossen Bedeutung. Es ist offensichtlich, dass dieses Gesetz dafür verabschiedet wurde, um die Aktivitäten von Kindern bei den Kundgebungen zu reduzieren, und nicht, um Minderjährige wirklich vor der Teilnahme an rechtswidrigen Aktivitäten zu schützen. Diese Schlussfolgerung wird auch durch die unsystematische Vorgehensweise des russischen Gesetzgebers bestätigt. So gibt es beispielsweise im geltenden Ordnungswidrigkeitengesetzbuch der Russischen Föderation mehrere Straftaten, die Verbote der direkten oder indirekten „Einbeziehung (Verleitung)“ Minderjähriger an der Begehung rechtswidriger Handlungen enthalten: erstens Einbeziehung (Verleitung) eines Minderjährigen an die Verwendung von alkoholischen und alkoholhaltigen Produkten, neuen potenziell gefährlichen psychoaktiven Substanzen oder berauschenden Substanzen (Artikel 6.10 KoAP); zweitens die Einbeziehung (Verleitung) eines Minderjährigen in den Prozess des Tabakkonsums (Artikel 6.23 KoAP). So sieht die russische Verwaltungsgesetzgebung ein Verbot vor, Kinder in das Rauchen von Tabak und Alkohol einzubeziehen, wofür jedoch nur symbolische Geldstrafen von 1.500 bis 3.000 Rubel (ca. von 17 EUR bis 35 EUR) vorgesehen sind und dabei sieht diese Rechtsnorm überhaupt keine Verwaltungsverhaftungen vor. Insofern können wir dennoch dem russischen Gesetzgeber Tribut zollen und das zur Kenntnis nehmen, dass der Gesetzgeber „erhöhte“ Bußgelder für die Eltern, gesetzliche Vertreter sowie Personen, die mit der Erziehung und Erziehung Minderjähriger betraut sind, vorgesehen hat; wenn diese Personen Kinder in den Konsum von alkoholischen und alkoholhaltigen Produkten sowie gefährlichen psychoaktiven Substanzen oder berauschenden Substanzen einbeziehen, wird ihnen eine Geldstrafe in Höhe von 4000 bis 5000 Rubel „gedroht“ (ca. von 47 EUR bis 60 EUR).

Also ist aus der Sicht des russischen Gesetzgebers eine direkte Veranlassung (Einbeziehung (Verleitung)) von Kindern zum Alkoholkonsum, in das gemeinsame Trinken von Alkohol mit Kindern, das Rauchen von Zigaretten, Wasserpfeifen und anderen Tabakerzeugnissen weniger gefährlich als die Teilnahme von Kindern an friedlichen öffentlichen Versammlungen. Deswegen ist die unlogische und opportunistische Position des Gesetzgebers offensichtlich.

Nach unserer Meinung ist dem Gesetzbuch über Ordnungswidrigkeiten der Russischen Föderation eine konsequente Konstitutionalisierung erforderlich, und es sollte mindestens eine allgemeine Regel vorgesehen werden, die die Verantwortung für die Einbeziehung (Verleitung) von Kindern an der Begehung von Ordnungswidrigkeiten jeglicher Art festlegt. Leider arbeitet der Gesetzgeber bisher

willkürlich und unsystematisch, er stellt nämlich nur die sogenannten „Punktverbote“ der Beteiligung Minderjähriger an der Begehung bestimmter Ordnungswidrigkeiten auf. Eine solche Logik und Technik der Gesetzgebungsarbeit erfüllt nicht die allgemein anerkannten Kriterien für die Qualität des Gesetzes und bietet Kindern keinen wirklichen Schutz vor Erwachsenen, die sie in illegale Handlungen verwickeln. Unserer Meinung nach ist die Einbeziehung von Kindern in den Konsum von Alkohol und Tabak sowie gefährlichen psychoaktiven Substanzen oder Rauschmitteln viel schädlicher und gefährlicher als die Beteiligung (Einbeziehung) von Kindern an nicht genehmigten, aber friedlichen öffentlichen Versammlungen. Die bestehenden symbolischen Geldbußen für die Einbeziehung von Kindern in den Konsum von Alkohol und Tabak sind ein Hohn auf den gesunden Menschenverstand und unterstreichen die gleichgültige oder eher förmliche Haltung des Gesetzgebers und der Behörden, Kinder vor echten modernen Bedrohungen für ihr Leben und ihre Gesundheit zu schützen.

Darüber hinaus ist die Unverhältnismäßigkeit und äußerst unflexible Natur der Geldbußen zu beachten, die in Artikel 20.2 KoAP festgelegt sind: also für alle Ordnungswidrigkeiten bei der Ausübung der Versammlungsfreiheit (einschließlich die geringfügige Verstöße) werden für die physische Personen erhebliche Geldstrafen vorgesehen: von 10.000 bis 20.000 Rubel – d.h. von 120 EUR bis 240 EUR (Artikel 20.2 Abs. 1 KoAP); und jedes wiederholte, formelle und geringfügige Vergehen zieht die Auferlegung einer übermäßigen und unverhältnismäßigen Haftung für eine Person in Form einer Verwaltungsstrafe zwischen 150.000 und 300.000 Rubel (d.h. von 1785 EUR bis 3570 EUR) laut dem Art. 20.2 Abs. 8 KoAP. Eine solch erhebliche Höhe an Bußgeldern lässt den Schluss zu, dass diese verwaltungsrechtliche Haftung tatsächlich eine strafrechtlicher Natur hat. Außerdem die Tatsache, dass der Gesetzgeber eine zwingend starre Untergrenze der Geldbuße festgesetzt hat, die das Gericht bei der Begehung einer Erst- oder Wiederholungstat ohnehin zu verhängen hat, widerspricht den verfassungsrechtlichen Grundprinzipien des Rechtsstaatsprinzips, der Rechtssicherheit (*res judicata*), den Grundsatz der angemessenen Qualität des Rechts sowie die Grundsätze eines fairen Verfahrens, auf deren Grundlage das Gericht in der Lage sein muss, alle Umstände des Falls unabhängig, objektiv und umfassend zu beurteilen und seine Entscheidung frei zu treffen, die die Persönlichkeit des Täters und auch die Art seiner Handlungen berücksichtigt.

7. Versammlungsfreiheit und Strafrecht

Die nächste Frage, deren Relevanz außer Zweifel steht, ist das Problem der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für wiederholte Verstöße gegen das Versammlungsgesetz, nämlich die Frage der Notwendigkeit von Artikel 212.1 des Strafgesetzbuches der Russischen Föderation (weiter auch als StGB Russlands). Die Hauptkritik an dieser Rechtsnorm besteht darin, dass der Gesetzgeber keine klaren Kriterien für die strafrechtliche Verantwortlichkeit in Abhängigkeit von der Schwere der begangenen Ordnungswidrigkeiten und deren Folgen aufgestellt hat. Die ver-

fassungsmäßigkeit dieses Artikels wurde durch das Verfassungsgericht Russlands überprüft.²⁷ Und trotz der allgemeinen Schlussfolgerungen des russischen Verfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit von Artikel 212.1 StGB Russlands sollte man auch seine Kommentare zu den Mängeln der bestehenden strafrechtlichen Regelung berücksichtigen, dessen Anwendung in dem Fall von Herrn Ildar Dadin willkürlich war. Diese Rechtspraxis ist durch die generelle Formulierung von dem Art. 212.1 StGB Russlands bedingt: „Verstoß gegen das festgelegte Ordnung der Organisation oder Durchführung einer Versammlung, Kundgebung, Demonstration, Prozession oder Streikposten, wenn diese Handlung wiederholt begangen wurde, wird mit einer Geldstrafe in Höhe von 600.000 bis zu 1.000.000 Rubel (ca. von 7.145 EUR bis zu 11.905 EUR) oder in Höhe des Lohns oder Gehalts oder eines anderen Einkommens der verurteilten Person für die Dauer von zwei bis drei Jahren oder durch Pflichtarbeit bestraft von bis zu vierhundertachtzig Stunden oder durch Besserungsarbeit von ein bis zwei Jahren oder Zwangsarbeit für bis zu fünf Jahren oder eine Freiheitsstrafe für die gleiche Zeit.“ Dabei wird von dem Strafgesetzbuch ein Verstoß gegen das festgelegte Ordnung der Organisation oder Durchführung einer Versammlung, Kundgebung, Demonstration, Prozession oder Streikposten als ein wiederholter Verstoß gegen diese Ordnung eingestuft, wenn eine Person zuvor wegen der Begehung von Ordnungswidrigkeiten gemäß Artikel 20.2 KoAP Russlands mehr als zweimal innerhalb von 180 Tagen verwaltungsrechtlich wurde verantwortlich gemacht. Ingrunde erlaubt der Text des Art. 212.1 StGB Russlands jede Art von den wiederholten Ordnungswidrigkeiten als Straftat qualifizieren, wenn diese Ordnungswidrigkeit mehr als drei Mal im Laufe des Halbjahres begangen wurde, abgesehen von der Nature und Gefahr dieser rechtswidrigen Handlungen. Unterrücksich auf die juristischen Defekte von dem Art. 212.1 StGB Russlands werden die Vorschläge zur Dekriminalisierung dieses Artikels von den prominenten russischen Anwälten, sowie von dem Vorsitzenden des Obersten Gerichtshofs der Russischen Föderation Vyacheslav Lebedev, wie auch von der Menschenrechtskommissarin (Ombudsman) Tatyana Moskal-kova und dem ehemaligen Vorsitzenden des Human Menschenrechtsrat Michail Fedotow.²⁸

27 Beschluss des Verfassungsgerichts der Russischen Föderation vom 10.2.2017 No 2-P zum Fall der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der Bestimmungen von Artikel 212.1 des Strafgesetzbuches der Russischen Föderation im Zusammenhang mit der Beschwerde des Bürgers I.I. Dadin (auch als Dadin case bekannt) [Постановление Конституционного Суда РФ от 10.2.2017 г. № 2-П по делу о проверке конституционности положений ст. 212.1 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина И.И.Дадина]. URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision261462.pdf>

28 Man will in Russland den «Dadin»-Artikel entkriminalisieren. Deutsche Welle. Russland. 13.5.2020 [В России хотят добиться декриминализации „дадинской“ статьи]. URL: <https://p.dw.com/p/3c9E8>.

8. Versammlungsfreiheit in Russland nach dem Jahr 2020

Das Jahr 2020 ist zu einer wichtigen Etappe in der Entwicklung der Verfassungsdoktrin und der Rechtspraxis in Bezug auf die Versammlungsfreiheit auf dem postsowjetischen Raum geworden: Verfassungsreform in Russland von 2020²⁹, die andauernden politischen Demonstrationen in der Stadt Chabarowsk 2020³⁰, die Umweltproteste in Baschkirien (Shikhan Kushtau)³¹, die Proteste wegen Präsidentschaftswahlen in Belarus, Prozesses der Einschränkungen der Versammlungsfreiheit wegen der COVID-19-Pandemie und die neuen Entscheidungen des Verfassungsgerichts Russlands. All diese Ereignisse deuten auf die wichtigen praktischen Aspekte des aktuellen Zustands und der Entwicklung des Versamlungsrechts der Russischen Föderation.

8.1. COVID-19 und Versammlungsfreiheit in Russland

Wie überall in der Welt sind auch in Russland die strikten restriktiven staatlichen Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie zu einer echten Herausforderung für die Demokratie geworden; auch sind diese Maßnahmen zu einer grossen Bewährungsprobe für die friedliche Versammlungsfreiheit in der Russischen Föderation geworden. Offensichtlich war die Umsetzung der Versammlungsfreiheit im Kontext der Corona-Pandemie in der Russischen Föderation erheblich erschwert und teilweise schlichtweg unmöglich. Darüber hinaus fiel die COVID-19-Pandemie mit der Umsetzung der Verfassungsreform 2020 in der Russischen Föderation und mit der folgenden gesamtrussischen Abstimmung über die Veränderungen der Verfassung der Russischen Föderation zusammen.³² Diese politischen Großereignisse erforderten eine breite öffentliche Diskussion – auch

29 *Wedde, Rainer* (Hrsg.) (2020) Die Reform der russischen Verfassung. Schriftenreihe der Deutsch-Russischen Juristenvereinigung e. V. Band 3.1. Edition. Berliner Wissenschafts-Verlag. 242 s. URL: <https://elibrary.bwv-verlag.de/book/99.105025/9783830542230>.

30 Rescheto. Proteste in Chabarowsk: „Wir hassen Moskau!“ Widerstand gegen Putin. Deutsche Welle. 25.7.2020. URL: <https://p.dw.com/p/3fuD0>.

31 *Yagodina, Vasilisa*. Long live Kushtau mountain and its defenders. Greenpeace. 18.8.2020. URL: <https://www.greenpeace.org/international/story/44648/police-stop-activists-kushtau-mountain-forest/>.

32 Verfassungsblatt. Unabhängige Zeitschrift zu Fragen des Konstitutionalismus. März–April 2020. Nr. 5 (23) Thema der Ausgabe: Verfassungsreform 2020. Moskau. Stiftung für Verfassungsreformen (in Russian) [Конституционный вестник. Независимый журнал по вопросам конституционализма. Март-апрель 2020. № 5 (23) Тема номера: Конституционная реформа-2020. Москва. Фонд конституционных реформ]. URL: [http://rfcr.ru/kv/KV5\(23\)_2020-reduced.pdf](http://rfcr.ru/kv/KV5(23)_2020-reduced.pdf); Zentrale Wahlkommission veröffentlichte die Ergebnisse der Abstimmung über Verfassungsänderungen [Nach Bearbeitung von 100 % der Protokolle stimmten 77,92 % der Wähler für die Änderung des Grundgesetzes, 21,27 % dagegen]. RBK.RU. 2.2.2020. URL: <https://www.rbc.ru/politics/02/07/2020/5efd84cd9a7947f4ee02d0ad>; Russen stimmen für Putins Verfassungsreform. Fragwürdiger Sieg in einer fragwürdigen Abstimmung. Süddeutsche Zeitung. 7.7.2020. URL: <https://www.sueddeutsche.de/politik/russland-abstimmung-verfassung-1.4953644>.

auf öffentlichen Versammlungen, die durch die Corona-Pandemie nahezu unmöglich wurde. Beispielsweise wurde in der Stadt Woronesch im März 2020 unter dem Vorwand der Bekämpfung des Coronavirus eine vereinbarte Kundgebung gegen Änderungen der Verfassung der Russischen Föderation abgesagt. Ab März 2020 wurden die regionalen Verbote und Einschränkungen der Versammlungsfreiheit angenommen, die Fragen zu der Rechtmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit aufwarfen. Der Kampf gegen COVID-Pandemie hat deutlich gezeigt, wie widersprüchlich die verhängten Beschränkungen der Versammlungsfreiheit waren. Beispielsweise wurden in einer Reihe von russischen Regionen (Föderationssubjekte) alle öffentlichen Veranstaltungen (Versammlungen) vollständig verboten (einschließlich einzelner Streikposten, deren Abhaltung im Wesentlichen die Anforderungen zur Wahrung sozialer Distanz erfüllte). In anderen Regionen der Russischen Föderation wurde die Möglichkeit der Durchführung öffentlicher Veranstaltungen von der Anzahl der Teilnehmer abhängig gemacht (bis zu 10 Personen – Gebiet Stawropol; bis zu 50 Personen – Gebiet Kaluga; bis zu 250 Personen – Gebiet Smolensk; bis zu 400 Personen – Gebiet Perm). In einigen Föderationssubjekten wurden die zusätzlichen Beschränkungen eingeführt, die den Organisatoren einer öffentlichen Veranstaltung *de facto* nicht gesetzlich vorgesehene Verpflichtungen auferlegten, den Teilnehmern der Veranstaltung die medizinischen Mund-Nasen-Schutzmasken und Handschuhe zur Verfügung zu stellen und ihre Temperatur zu messen usw. In einigen Föderationssubjekten (z.B. der Gebiet Magadan) wurden im Zusammenhang mit der Coronavirus-Pandemie öffentliche Veranstaltungen ausschließlich auf dem Gebiet der sogenannten „besonders ausgewiesenen Orte“ (*«специально отведённые места»*) erlaubt. Einige Regionen Russlands haben das Verfahren zur Koordinierung öffentlicher Veranstaltungen erschwert, indem sie zusätzlich eine Genehmigungspflicht des leitenden Sanitätsarztes des Verbandsgegenstandes eingeführt haben. In den russischen Regionen kamen auch diskriminierende Beschränkungen vor, wenn die militärisch-patriotischen öffentlichen Veranstaltungen zugelassen wurden und öffentliche friedliche Veranstaltungen (Versammlungen) zu gesellschaftspolitischen Themen verboten wurden. Beispielsweise wurde im Gebiet Stawropol eine „Ausnahme“ für die Vorbereitung und Durchführung einer Militärparade und Ehrenschüsse im Zusammenhang mit der Feier des 75. Jahrestages des Sieges im Großen Vaterländischen Krieg von 1941–1945 und der Siegesparade am 24. Juni 1945 gemacht; in einigen Regionen Russlands wurde trotz der Corona-Pandemie die Aktion (Marsch) von dem Unsterblichen Regiment (z.B. in Gebiet Tambow) erlaubt.

Somit war das Hauptproblem für die Umsetzung der Versammlungsfreiheit im Kontext der COVID-19-Pandemie das Fehlen einer einheitlichen Rechtstechnik (Gesetzgebung) sowie einer einheitlichen Rechtspraxis: die Versammlungsfreiheit wurde durch die regionale Rechtsvorschriften begrenzt, d. h. nicht durch die regionale Gesetzgebung, aber durch Normativakte und Verordnungen der Exekutive der russische Föderationssubjekte. Diese Rechtstechnik kollidiert mit Art. 55 Abs. 3 der russischen Verfassung, nach dem die Rechte und Freiheiten des Menschen und Bürgers nur das föderale Gesetz eingeschränkt werden können. Neben diesem rein verfahrensrechtlichen Problem stand auch die Frage über die Verhältnismä-

ßigkeit und Notwendigkeit der von den Regionen eingeführten Begrenzungen der Versammlungsfreiheit. Darüber hinaus waren die „Coronavirus-Regeln“ durch ihre Instabilität (häufige Abänderungen, die oft buchstäblich jede Woche passierten), sowie durch ihre fristlose Natur gekennzeichnet. Zudem verursachte diese regionale unkoordinierte Regelungspraxis eine terminologische Verwirrung – so wurde in den regionalen Normativakte der Begriff „Massenveranstaltungen“ («массовые мероприятия») benutzt nehmen dem üblichen Begriff der öffentlichen Veranstaltungen («публичные мероприятия»); der letzte Begriff wird i.S. von einer friedlichen Versammlung in dem russischen föderalen Versammlungsgesetz benutzt. Am Anfang der Corona-Pandemie kamen auch direkte Widersprüche zwischen den etablierten gesetzlichen Beschränkungen vor (wie z.B. eine Kollision zwischen dem Verbot, das Gesicht bei einer öffentlichen Veranstaltung zu verbergen und der Verpflichtung, eine medizinische Maske als Maßnahme zur Bekämpfung von COVID-19 zu tragen). Dadurch haben die Rechtsunsicherheit und das Fehlen einer einheitlichen Rechtspraxis in der Zeit von 2020–2022 wiederholt zu einer unverhältnismäßigen Einschränkung der Versammlungsfreiheit geführt.³³

8.2. Chabarowsk-2020 und Versammlungsfreiheit

Vom 11.7.2020 bis zum Herbst 2021 fanden in Chabarowsk Proteste statt, die nach der Verhaftung des Gouverneurs der Region Chabarowsk Sergei Furgal begannen.³⁴ Insgesamt fanden über 100 Massenkundgebungen sowohl in Chabarowsk, als auch in anderen Städten Russlands statt, die einige Denkanstöße im verfassungsrechtlichen Sinne liefern. Zunächst ist es wichtig festzustellen, dass alle öffentlichen Versammlungen in Chabarowsk und anderen Städten des Fernen Ostens ausschließlich friedlich und unbewaffnet stattfanden. Zweitens fanden in 99 von 100 Fällen Proteste ohne Einmischung der Polizei statt; so hat die Polizei nur einmal, nämlich am 10.10.2020, versucht, einen friedlichen und unbewaffneten Protest in Chabarowsk aufzulösen, was mit dem Versuch der Demonstranten verbunden war, Zelte in der Nähe des Regierungsgebäudes der Region Chabarowsk aufzubauen.

33 Khramova (2020) The challenges of the Pandemic: restrictions of freedoms of assembly and speech in the light of the proportionality principle // *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no. 4 (137). pp. 36–54 (In Russian) [Храмова Т.М. Испытание пандемией: ограничение свободы собраний и слова в свете принципа пропорциональности // Сравнительное конституционное обозрение. 2020. № 4 (137). С. 36–54.]; Trifonova (2020) Das Coronavirus hat die Versammlungsfreiheit ausgehöhlt. Die Umsetzung des Verfassungsrechts durch die Bürger hängt nun von den Behörden der Regionen ab. *Nezavisimaya Gazeta*. 11.5.2020 [Трифонова Е. Коронавирус распылил свободу собраний. Реализация гражданами конституционного права теперь зависит от властей регионов // Независимая газета. 11.5.2020] URL: https://www.ng.ru/politics/2020-05-11/3_7857_freedom.html; Smirnova. Shedov. (2020) Versammlungsfreiheit während der Pandemie (ein halbes Jahr Verbote) [Смирнова Н., Шедов Д. Свобода собраний на фоне пандемии (полгода запретов)] URL: <https://reports.ovdinfo.org/svoboda-sobranii-na-fone-pandemii>.

34 Beliebter Gouverneur verhaftet. Protestserie in Russlands Osten. ZDF. 25.7.2020. URL: <https://www.zdf.de/nachrichten/politik/russland-chabarowsk-proteste-100.html>.

Nur einmal und zwar am 12.9.2020 wurde von den Organisatoren der Massenkundgebungen versucht, eine Anmeldung über die Abhaltung einer geplanten Kundgebung und eines Marsches nach dem festgelegten Verfahren einzureichen, aber die Behörden verweigerten die Übereinstimmung dieser Anmeldung zu geben. Gleichzeitig verzichteten die Behörden (Polizei) von der Stadt Chabarowsk auf ein gewaltsames Szenario, nämlich auf die gewaltsame Auflösung friedlicher öffentlicher Proteste. Und es ist eher eine seltene Reaktion in dem modernen Russland, die trotz der Tatsache demonstriert wurde, dass in der überwiegenden Mehrheit der Fälle (99 %) keine Anmeldung über die Durchführung öffentlicher Versammlungen in Chabarowsk eingereicht wurde. Gerade darin bestand unseres Erachtens die wichtige Veränderung in der Rechtspraxis zur Umsetzung der Versammlungsfreiheit in der modernen Russischen Föderation. Ausgegangen aus dem verfassungsrechtlichen Inhalt der Versammlungsfreiheit sind friedliche und unbewaffnete Versammlungen von den Behörden zu tolerieren und gerade solche öffentlichen Veranstaltungen dürfen nicht aufgelöst werden. Die russische Gesetzgebung enthält jedoch immer noch eine zwingende Bestimmung, dass das Versäumnis, eine öffentliche Veranstaltung im Voraus durch eine Anmeldung anzukündigen, eine Rechtsgrundlage für eine gewaltsame Beendigung (Auflösung) einer friedlichen und unbewaffneten öffentlichen Veranstaltung darstellt. Somit aus dem Wesens der Versammlungsfreiheit, die im Artikel 31 der Verfassung der Russischen Föderation und auch in internationalen Verträgen (hauptsächlich in der Europäischen Menschenrechtskonvention) verankert ist, sowie ausgegangen aus der aktuellen Rechtspraxis der Verwirklichung der Versammlungsfreiheit in Chabarowsk und in den Städten im Fernen Osten Russlands sollte das Verfahren zur Ausübung des verfassungsmäßigen Rechts auf Versammlungsfreiheit in der Russischen Föderation liberalisiert werden, nämlich die rechtlichen Verfahren zur Vereinbarung, Durchführung, Monitoring und des Schutzes friedlicher und unbewaffneter Versammlungen sollten erheblich vereinfacht werden (einschließlich der Möglichkeit, friedliche und unbewaffnete spontane und dringende öffentliche Versammlungen abzuhalten, die einen integralen Bestandteil der Versammlungsfreiheit bilden).³⁵

- 35 Mehr über die Proteste in Chabarowsk und im Fernen Osten, so wie über das Wesen der Versammlungsfreiheit s.: *Golubeva* (2020) Hundert Tage Proteste in Chabarowsk: Wofür werden die Kundgebungen in Erinnerung bleiben und was mit ihnen passieren wird. *BBC News. Rossiyskaya sluzhba*. 16.10.2020 [*Голубева А. Сто дней протестов в Хабаровске: чем запомнились митинги и что с ними будет. BBC News. Российская служба. 16.10.2020*]. URL: <https://www.bbc.com/russian/features-54575059>; In Chabarowsk versuchte man zum ersten Mal, eine Kundgebung zur Unterstützung Furgals anzumelden. Die Behörden lehnten die Anmeldung ab. 11.9.2020 [В Хабаровске впервые попытались согласовать митинг в поддержку Фургала. Власти отказали. 11 сентября 2020 года]. URL: <https://meduza.io/news/2020/09/11/v-habarovske-vpervyye-popytalis-soglasovat-miting-v-podderzhku-furgala-vlasti-otkazali>. In Chabarowsk fand die 100. Kundgebung zur Unterstützung von Sergei Furgal statt. 18.10.2020 [В Хабаровске прошла 100-я акция в поддержку Сергея Фургала. 18 октября 2020 года]. URL: <https://meduza.io/news/2020/10/18/v-habarovske-proshla-100-ya-aktsiya-v-podderzhku-sergeya-furgala>; *Salenko* (2020) Philosophy of freedom of peaceful assembly in constitutional principles in Russia and Germany // *Antinomii*. no. 1 (20). pp. 117–139 [*Саленко*

8.3. Verfassungsgericht der Russischen Föderation und Versammlungsfreiheit

In dem Beschluss Nr. 27-P vom 4.6.2020 haben die Richter des Verfassungsgerichts Russlands die Verfassungsmäßigkeit regionaler Beschränkungen der Versammlungsfreiheit in der Russischen Föderation geprüft.³⁶ *De facto* wurde diese Entscheidung des Verfassungsgerichts Russlands zu einer Art Fortsetzung der Prüfung regionaler Verbote auf ihre Verfassungsmäßigkeit, die das Gericht schon im Jahr 2019 vorgenommen hat.³⁷ Im Juni 2020 hat das Verfassungsgericht Russlands auf die Unzulässigkeit hingewiesen, abstrakte territoriale Beschränkungen der Versammlungsfreiheit in den Föderationssubjekte der Russischen Föderation festzulegen, die nicht auf einer angemessenen Analyse triftiger Gründe und erheblicher Umstände beruhen (Eigenschaften eines bestimmten Ortes), die als Rechtfertigung für die Verhängung eines regionalen Verbots dienen können. Dabei haben die Verfassungsrichter ihre Aufmerksamkeit darauf gelenkt, dass die gesetzgebenden Organe (regionale Legislative) der konstituierenden Einheiten (Föderationssubjekte) der Russischen Föderation (und nicht die regionalen Exekutivbehörden sein sollten, die *de facto* die Funktion der vorherigen Genehmigung öffentlicher Veranstaltungen (Empfang der Anmeldung) wahrnehmen) dafür zuständig sein müssen, die konkrete regionale Verbote für die Organisation der öffentlichen Veranstaltungen an einem bestimmten Ort festzulegen. Dementsprechend sind die Richter des Verfassungsgerichts der Russischen Föderation im Beschluss Nr. 27-P vom 4. Juni 2020 zum Schluss gekommen, dass ein regionales Verbot aller öffentlichen Veranstaltungen (friedlicher Versammlungen) in der Nähe von den Gebäu-

A.B. Философия свободы мирных собраний в конституционных принципах России и Германии // Антиномии. 2020. Т. 20. № 1. С. 117–139].

- 36 Beschluss des Verfassungsgerichts Russlands Nr. 27-P vom 4.6.2020 zum Fall über die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Artikel 3.4 des Gesetzes der Region Samara „Über das Verfahren zur Einreichung einer Anmeldung über die Abhaltung einer öffentlichen Veranstaltung und Gewährleistung bestimmter Bedingungen für die Ausübung der Rechte der Bürger zur Durchführung öffentlicher Veranstaltungen in der Region Samara“ im Zusammenhang mit einer Beschwerde der Bürger N. P. Baranova, A. G. Kruglov und D. I. Stalin [Постановление Конституционного Суда России № 27-П от 4 июня 2020 г. по делу о проверке конституционности статьи 3.4 Закона Самарской области «О порядке подачи уведомления о проведении публичного мероприятия и обеспечении отдельных условий реализации прав граждан на проведение публичных мероприятий в Самарской области» в связи с жалобой граждан Н.П.Барановой, А.Г.Круглова и Д.И.Сталина] URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision473126.pdf>.
- 37 Beschluss des Verfassungsgerichts der Russischen Föderation Nr. 33-P vom 1.11.2019 über den Fall der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Artikel 5 Absätze 1 und 6 des Gesetzes der Republik Komi „Über bestimmte Fragen der Durchführung öffentlicher Veranstaltungen in der Republik Komi“ im Zusammenhang mit Beschwerden der Bürger MS Sedova und V. P. Tereshonkova [Постановление Конституционного Суда РФ № 33-П от 1.11.2019 г. по делу о проверке конституционности пунктов 1 и 6 статьи 5 Закона Республики Коми «О некоторых вопросах проведения публичных мероприятий в Республике Коми» в связи с жалобами граждан М.С.Седовой и В.П.Терешонковой] URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision435741.pdf>.

den von Sicherheitsbehörden (Militäreinrichtungen), Bildungseinrichtungen, medizinischen Einrichtungen und religiösen Gebäuden in der Region Samara verfassungswidrig war. Die wichtigste Schlussfolgerung des Verfassungsgerichts Russlands war, dass diese Beschränkungen allgemeiner (abstrakter) Natur sind, weil sie ausnahmslos alle öffentlichen Veranstaltungen an obengenannten Orten verbieten. Die Richter des Verfassungsgerichts Russlands haben auch darauf hingewiesen, dass die regionalen Gesetzgeber über die ihnen eingeräumte Gesetzgebungskompetenz hinausgingen, nämlich in die Zuständigkeit des föderalen Gesetzgebers eingegriffen haben, der alleine befugt ist, allgemeine Verbote in Bezug auf die Ausübung der friedlichen Versammlungsfreiheit in der Russischen Föderation zu erlassen. In diesem Zusammenhang wies das Verfassungsgericht Russlands auf die Notwendigkeit hin, die Liste der „Bundesverbote“ weiter zu verfeinern. Und zwar wurde es den Föderationssubjekten angeboten, dem Bundesgesetzgeber die entsprechenden Vorschläge zur Ausweitung der Verbote im föderalen Versammlungsgesetz zu unterbreiten. Darüber hinaus wiesen die Richter des Verfassungsgerichts Russlands auf die Besonderheiten der Nutzung der sogenannten besonderen Orte für Kundgebungen (Hyde Parks) hin: nach der Meinung des Verfassungsgerichts Russlands sollten solche Orte (Hyde Parks) als vorrangige Orte für die Durchführung öffentlicher Veranstaltungen (friedlichen Versammlungen) angesehen werden, d.h. es ist möglich, eine öffentliche Veranstaltung außerhalb des Hyde Park abzuhalten, jedoch nur im Falle, wenn der Organisator der Veranstaltung die Unmöglichkeit der Durchführung im Hyde Park begründet. Die letzte Schlussfolgerung der Richter des Verfassungsgerichts Russlands ruft berechtigte Kritik hervor und weckt Bedenken darüber, ob die Organisatoren einer öffentlichen Veranstaltung (friedlichen Versammlung) eine echte Möglichkeit behalten werden, einen Veranstaltungsort dafür zu wählen, da eine solche Ordnung einen zu großen Ermessensspielraum Behörden zulässt, die eine öffentliche Veranstaltung vorläufig durch die Annahme der Anmeldung abstimmen.

9. Fazit

Zum Abschluss dieser Studie können wir feststellen, dass das geltende russische Versammlungsrecht jung und dynamisch ist. Die im Zeitraum von 2004 bis 2022 erfolgte Änderung der rechtlichen Regelung in diesem Bereich hat zur Entstehung einer widersprüchlichen Rechtspraxis geführt, die häufig berechtigte Zweifel an ihrer Verfassungsmäßigkeit aufkommen lässt. Es ist daher absehbar, dass die gesetzliche Regelung der Versammlungsfreiheit in naher Zukunft immer wieder Anpassungen erfahren wird. Nach unserer Meinung ist es notwendig, die Rechtsterminologien des Versammlungsrechts zu verbessern; die spontanen und dringenden Versammlungen sowie öffentlichen Versammlungen auf Privatgrundstücken zu legalisieren; es sollte auch die Rechtslage in Bezug auf die s.g. staatliche Kundgebungen (staatliche Versammlungen) geklärt werden. Auch ist es nötig, die verfahrenstechnischen Aspekte bei der Ausübung der friedlichen Versammlungsfreiheit zu vereinfachen (z.B. ein elektronisches Anmeldeverfahren einzuführen,

sowie die Abstimmungsfristen zu reduzieren). Auch ist es erforderlich, die Rechte der Kinder (Minderjähriger) bei der Ausübung der Versammlungsfreiheit zu sichern. Und es ist auch sehr wünschenswert, den Artikel 212.2 des Strafgesetzbuches der Russischen Föderation zu entkriminalisieren.

Unsererseits können wir nur die Hoffnung aussprechen, dass der Gesetzgeber bei der Umsetzung von Änderungen des innerstaatlichen Versamlungsrechts stets den besonderen Auftrag der Versammlungsfreiheit in einem demokratischen Rechtsstaat im Auge behält.³⁸ Insbesondere sollte immer bedacht werden, dass die Versammlungsfreiheit die Grundlage der direkten Demokratie ist und die Ausübung der Rede- und Meinungsfreiheit ohne Einschaltung unnötiger Mittelsmänner ermöglicht. Es ist wichtig, dass öffentliche Veranstaltungen von der Öffentlichkeit nicht als Problem oder Herausforderung wahrgenommen werden; ganz im Gegenteil, es ist notwendig, dass sich das Rechtsdenken in Russland allmählich ändert und dass die friedlichen Versamlungen von den Behörden nur als natürliches Merkmal des alltäglichen Lebens wahrgenommen werden.³⁹ Zusammenfassend ist daher der Schluss zu ziehen, dass eine weite Auslegung von Artikel 31 der Verfassung Russlands erforderlich ist, nach der die besondere verfassungsrechtliche Bedeutung der Versammlungsfreiheit für die Existenz einer demokratischen Gesellschaft berücksichtigt wird; dabei ist die Anerkennung, Einhaltung und der Schutz der Versammlungsfreiheit die wichtigste Aufgabe und Pflicht des modernen Staates. Nur solches Verständnis des Wesens und Charakters der Versammlungsfreiheit seitens der russischen Gesetzgeber und Exekutive wird als Garantie für ihre Einhaltung in der Praxis dienen. Und dafür sind sowohl noch Zeit als auch der politische Wille, so wie die entsprechenden Erwartungen und Forderungen seitens der Gesellschaft in Russland nötig.

Literaturverzeichnis

„Die Bestimmungen dieses Gesetzes gelten nicht für behördlich organisierte Veranstaltungen.“ Die Staatsanwaltschaft von Wladimir erklärte, warum die Proteste gegen den Terror nicht gegen das Gesetz über Kundgebungen verstoßen [«К мероприятиям, организованным органами власти, нормы данного закона не применяются»]. Прокуратура Владимира разъяснила, почему акции против террора не нарушили закон о митингах]. 'ZNAK.RU'. 23.4.2017. URL: https://www.znak.com/2017-04-23/prokuratura_vladimira_razyasnila_pochemu_akcii_protiv_terrora_ne_narushili_zakon_o_mitingah.

38 Avakyan (2012) Demokratie der Protestbeziehungen: verfassungsrechtliche und rechtliche Dimension // *Konstitutsionnoye i munitsipal'noye pravo*. Nr. 1. S. 3–15 [Авакьян С.А. Демократия протестных отношений: конституционно-правовое измерение // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 1. С. 3–15].

39 Avdeev (2017) Konstitutionalisierung des Rechtsdenkens der Bürger als Bedingung für die Gewährleistung der Menschenrechte // *Konstitutsionnoye i munitsipal'noye pravo*. Nr. 3. S. 19–25 [Авдеев Д.А. Конституционализация юридического мышления граждан как условие обеспечения прав человека // Конституционное и муниципальное право. 2017. № 3. С. 19–25].

- Avakyan (2012) Demokratie der Protestbeziehungen: verfassungsrechtliche und rechtliche Dimension // *Konstitutsionnoye i munitsipal'noye pravo*. Nr. 1. S. 3–15 [Авакьян С.А. Демократия протестных отношений: конституционно-правовое измерение // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 1. С. 3–15].
- Avdeev (2017) Konstitutionalisierung des Rechtsdenkens der Bürger als Bedingung für die Gewährleistung der Menschenrechte // *Konstitutsionnoye i munitsipal'noye pravo*. Nr. 3. S. 19–25 [Авдеев Д.А. Конституционализация юридического мышления граждан как условие обеспечения прав человека // Конституционное и муниципальное право. 2017. № 3. С. 19–25].
- Beliebter Gouverneur verhaftet. Protestserie in Russlands Osten. ZDF. 25.7.2020. URL: <https://www.zdf.de/nachrichten/politik/russland-chabarowsk-proteste-100.html>.
- Beschluss des Verfassungsgerichts der Russischen Föderation Nr. 33-Р vom 1.11.2019 über den Fall der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Artikel 5 Absätze 1 und 6 des Gesetzes der Republik Komi „Über bestimmte Fragen der Durchführung öffentlicher Veranstaltungen in der Republik Komi“ im Zusammenhang mit Beschwerden der Bürger MS Sedova und V. P. Tereshonkova [Постановление Конституционного Суда РФ № 33-П от 1.11.2019 г. по делу о проверке конституционности пунктов 1 и 6 статьи 5 Закона Республики Коми «О некоторых вопросах проведения публичных мероприятий в Республике Коми» в связи с жалобами граждан М.С.Седовой и В.П.Терешонковой] URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision435741.pdf>.
- Beschluss des Verfassungsgerichts der Russischen Föderation vom 10.2.2017 No 2-Р zum Fall der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der Bestimmungen von Artikel 212.1 des Strafgesetzbuches der Russischen Föderation im Zusammenhang mit der Beschwerde des Bürgers I.I. Dadin (auchasdfsda als Dadin case bekannt) [Постановление Конституционного Суда РФ от 10.2.2017 г. № 2-П по делу о проверке конституционности положений ст. 212.1 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина И.И.Дадина]. URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision261462.pdf>.
- Blankenagel A., Levin I. (2013) Freedom of Assembly and Meeting in the Russian Federation – made in the USSR? ‘we cannot do better’ or ‘we do not want another way’? // *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no. 2 (93). pp. 55–62 (In Russian). [Бланкенгель А., Левин И.Г. Свобода собраний и митингов в Российской Федерации – сделано в СССР?: «лучше мы не можем» или «по-другому не хотим»? // Сравнительное конституционное обозрение. 2013. № 2 (93). С. 55.
- Brener (2020) Redistribution of Heaven. Why are Jehovah's Witnesses persecuted? // *Novaya Gazeta*. 16.7.2020 (In Russian) [Бренер О. Передел небес. За что преследуют «Свидетелей Иеговы» // Новая газета. 16.7.2020]. URL: <https://novayagazeta.ru/articles/2020/07/16/86294-peredel-nebes>.
- Das Justizministerium begründete die Abhaltung von staatlichen Kundgebungen unter Umgehung des Gesetzes // RBK.RU. 23.5.2017 [Минюст объяснил проведение государственных митингов в обход закона // РБК. 23 мая 2017 года] URL: <https://www.rbc.ru/politics/23/05/2017/59230b309a79471d561a8f50>.
- Die Moskauer Behörden haben die Aktion gegen den Terror innerhalb eines Tages abgestimmt [Московские власти за день согласовали акцию против террора]. Informationsagentur RBK.RU. Nachricht vom 5.4.2017 г. URL: <http://www.rbc.ru/politics/05/04/2017/58e513a39a794739abaab28e>.
- Dolzhirov (2018) Is the glass half-empty or half-ful? Interference as a form of constitutional rights limitation // *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no. 1 (122). pp. 80–112 (In Russian). [Должиков А.В. Стакан наполовину полон или пуст? Вмешательство как

- форма ограничения конституционных прав // Сравнительное конституционное обозрение. 2018. № 1 (122)].
- Gesetzbuch der Russischen Föderation über die Ordnungswidrigkeiten (auch als Ordnungswidrigkeitengesetz) Russlands [Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 года № 195-ФЗ (в редакции от 28.1.2022)]. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_34661/.
- Golubeva (2020) Hundert Tage Proteste in Chabarowsk: Wofür werden die Kundgebungen in Erinnerung bleiben und was mit ihnen passieren wird. *BBC News. Rossiyskaya sluzhba*. 16.10.2020 [Голубева А. Сто дней протестов в Хабаровске: чем запомнились митинги и что с ними будет. BBC News. Российская служба. 16.10.2020]. URL: <https://www.bbc.com/russian/features-54575059>.
- Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly (3rd edition). CDL-AD(2019)017-rev. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). OSCE/ODHR. Strasbourg/Warsaw, 8 July 2019. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2019\)017-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2019)017-e).
- In Chabarowsk fand die 100. Kundgebung zur Unterstützung von Sergei Furgal statt. 18.10.2020 [В Хабаровске прошла 100-я акция в поддержку Сергея Фургала. 18 октября 2020 года]. URL: <https://meduza.io/news/2020/10/18/v-habarovske-proshla-100-ya-aktsiya-v-podderzhku-sergeya-furgala>.
- In Chabarowsk versuchte man zum ersten Mal, eine Kundgebung zur Unterstützung Furgals anzumelden. Die Behörden lehnten die Anmeldung ab. 11.9.2020 [В Хабаровске впервые попытались согласовать митинг в поддержку Фургала. Власти отказали. 11 сентября 2020 года]. URL: <https://meduza.io/news/2020/09/11/v-habarovske-vpervye-popytalis-soglasovat-miting-v-podderzhku-furgala-vlasti-otkazali>.
- Ivanov (2014) Questions of carrying out religious actions in the light of the legislation on public actions // *Leningradskiy yuridicheskij zhurnal*. no. 2 (36). pp. 172–186 (In Russian) [Иванов А.О. Вопросы проведения религиозных мероприятий в свете законодательства о публичных мероприятиях // Ленинградский юридический журнал. 2014. № 2 (36). С. 172–186].
- Karpenko (2015) On legislative regulation of spontaneous mass events in Russian Law // *Administrativnoye pravo i process*. no. 12. pp. 66–68 (In Russian) [Карпенко Т.А. К вопросу о законодательной регламентации спонтанных массовых мероприятий в российском законодательстве // Административное право и процесс. 2015. № 12. С. 66–68].
- Khramova (2020) The challenges of the Pandemic: restrictions of freedoms of assembly and speech in the light of the proportionality principle // *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no. 4 (137). pp. 36–54 (In Russian) [Храмова Т.М. Испытание пандемией: ограничение свободы собраний и слова в свете принципа пропорциональности // Сравнительное конституционное обозрение. 2020. № 4 (137). С. 36–54].
- Khramova T. (2014) Unsafe Freedom: setting the limits for restrictions on Freedom of Assembly aimed at securing Public Order and Safety // *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no. 3 (100). pp. 42–53 [Храмова Т. М. Небезопасная свобода: о пределах ограничения свободы собраний в целях охраны общественного порядка и безопасности // Сравнительное конституционное обозрение. 2014. № 3 (100). С. 42–53].
- Kniazeva (2012) On the question of the concept and essence of a flash mob as one of the forms of holding public events // *Konstitutsionnoye i munitsipal'noye pravo*. no. 8. pp. 35–37 (In Russian) [Князева И.И. К вопросу о понятии и сущности флешмоба как одной из форм проведения публичных мероприятий // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 8. С. 35–37].

- Man will in Russland den «Dadin»-Artikel entkriminalisieren. Deutsche Welle. Russland. 13.5.2020 [В России хотят добиться декриминализации „дадинской“ статьи]. URL: <https://p.dw.com/p/3c9E8>.
- Namentliches Oberstes Dekret über vorläufige Regeln für Versammlungen vom 4.3.1905 [Именной Высочайший Указ о временных правилах о собраниях от 4 марта 1905 года]. URL: <http://constitution.garant.ru/history/act1600-1918/5206/>.
- Rescheto. Proteste in Chabarowsk: „Wir hassen Moskau!“ Widerstand gegen Putin. Deutsche Welle. 25.7.2020. URL: <https://p.dw.com/p/3fuD0>.
- Russen stimmen für Putins Verfassungsreform. Fragwürdiger Sieg in einer fragwürdigen Abstimmung. Süddeutsche Zeitung. 7.7.2020. URL: <https://www.sueddeutsche.de/politik/russland-abstimmung-verfassung-1.4953644>.
- Ryazanova (2017) The legal regulation of flashmob // *Vestnik Tverskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya: Pravo*. no. 1. pp. 160–168 (In Russian) [Рязанова Е.А. Правовое регулирование флешмоба // Вестник Тверского государственного университета. Серия: Право. 2017. № 1. С. 160–168].
- Salenko (2018) Spontaneous and urgent public assemblies: experience and modern problems of the legal regulation in Russia and Germany // *Rossiyskiy yuridicheskiy zhurnal*. no 1 (118). pp. 61–68 [Саленко А.В. Спонтанные и срочные публичные собрания: опыт и современные проблемы правового регулирования в России и Германии // Российский юридический журнал. 2018. № 1 (118). С. 61–68].
- Salenko (2018) The freedom of peaceful assembly in Russian and Germany: a comparative analysis of the notification procedure // *Elektronnoye prilozheniye k Rossiyskomu yuridicheskemu zhurnalu*. no. 5. pp. 63–72 (In Russian) [Саленко А.В. Свобода мирных собраний в России и Германии: сравнительный анализ процедуры уведомления // Электронное приложение к Российскому юридическому журналу. 2018. № 5. С. 63–72].
- Salenko (2020) Philosophy of freedom of peaceful assembly in constitutional principles in Russia and Germany // *Antinomii*. no. 1 (20). pp. 117–139 [Саленко А.В. Философия свободы мирных собраний в конституционных принципах России и Германии // Антиномии. 2020. Т. 20. № 1. С. 117–139].
- Salenko A. (2019) «The latent form of collective public events»: adjudicative and doctrinal positions in Russia and Germany // *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozreniye*, no. 2 (129). pp. 79–91 (In Russian). [Саленко А.В. «Скрытая форма публичных мероприятий»: судебные и доктринальные подходы в России и Германии // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. № 2 (129). С. 79–91].
- Smirnova. Shedov. (2020) Versammlungsfreiheit während der Pandemie (ein halbes Jahr Verbote) [Смирнова Н., Шедов Д. Свобода собраний на фоне пандемии (полгода запретов)] URL: <https://reports.ovdinfo.org/svoboda-sobraniy-na-fone-pandemii>.
- Soladov (2021) In the missionary opposition. Which believers, for what and how are subjected to repression in modern Russia // *Novaya Gazeta*. 13.9.2021 (In Russian) [Солдамов А. В миссионерской оппозиции. Каких верующих, за что и как подвергают репрессиям в современной России // Новая газета. 13.9.2021]. URL: <https://novayagazeta.ru/articles/2021/09/13/v-missionerskoi-oppozitsii>.
- Terror in St. Petersburg: Brandenburger Tor wird nicht in Farben Russlands angeleuchtet. Berliner Zeitung, 3.4.2017.
- Trifonova (2020) Das Coronavirus hat die Versammlungsfreiheit ausgehöhlt. Die Umsetzung des Verfassungsrechts durch die Bürger hängt nun von den Behörden der Regionen ab. *Nezavisimaya Gazeta*. 11.5.2020 [Трифонова Е. Коронавирус распылил свободу собраний. Реализация гражданами конституционного права теперь зависит от

- властей регионов // Независимая газета. 11.5.2020] URL: https://www.ng.ru/politics/2020-05-11/3_7857_freedom.html.
- Vashkevich* (2013) Spontaneous Assemblies: national legislation and precedents from the European Court of Human Rights // *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no. 2 (93). pp. 44–54 (In Russian) [*Вашкевич А.Е.* Спонтанные собрания: национальное законодательство европейских стран и прецедентное право Европейского суда по правам человека // Сравнительное конституционное обозрение. 2013. № 2 (93). С. 44–54].
- Verfassungsblatt. Unabhängige Zeitschrift zu Fragen des Konstitutionalismus. März-April 2020. Nr. 5 (23) Thema der Ausgabe: Verfassungsreform 2020. Moskau. Stiftung für Verfassungsreformen (in Russian) [Конституционный вестник. Независимый журнал по вопросам конституционализма. Март-апрель 2020. № 5 (23) Тема номера: Конституционная реформа-2020. Москва. Фонд конституционных реформ]. URL: [http://rfcr.ru/kv/KV5\(23\)_2020-reduced.pdf](http://rfcr.ru/kv/KV5(23)_2020-reduced.pdf).
- Verordnung des Verteidigungsministers der Russischen Föderation vom 13.7.2012 Nr. 1800 (in der Fassung vom 11. April 2015) „Über die Ordnung der Durchführung von Militärparaden, der Durchfahrt von Truppen in einem feierlichen Marsch, Paraden von Schiffen und Artilleriegrüße an den Tagen des militärischen Ruhms Russlands“ [Приказ Министра обороны РФ от 13.7.2012 г. № 1800 (ред. от 11.4.2015) «Об утверждении Порядка проведения военных парадов, прохождения войск торжественным маршем, парадов кораблей и артиллерийских салютов в дни воинской славы России»].
- Wedde, Rainer* (Hrsg.) (2020) Die Reform der russischen Verfassung. Schriftenreihe der Deutsch-Russischen Juristenvereinigung e. V. Band 3.1. Edition. Berliner Wissenschafts-Verlag. 242 s. URL: <https://elibrary.bwv-verlag.de/book/99.105025/9783830542230>.
- Yagodina, Vasilisa*. Long live Kushtau mountain and its defenders. Greenpeace. 18.8.2020. URL: <https://www.greenpeace.org/international/story/44648/police-stop-activists-kushtau-mountain-forest/>.
- Zentrale Wahlkommission veröffentlichte die Ergebnisse der Abstimmung über Verfassungsänderungen [Nach Bearbeitung von 100 % der Protokolle stimmten 77,92 % der Wähler für die Änderung des Grundgesetzes, 21,27 % dagegen]. RBK.RU. 2.2.2020. URL: <https://www.rbc.ru/politics/02/07/2020/5efd84cd9a7947f4ee02d0ad>.
- Beschluss des Verfassungsgerichts Russlands No. 30-P vom 5.12.2012 im Fall der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Bestimmungen von Artikel 16 Absatz 5 des föderalen Gesetzes „Über Gewissensfreiheit und religiöse Vereinigungen“ und Artikel 19 Absatz 5 des Gesetzes der Republik Tatarstan „Über Gewissens- und Religionsfreiheit Verbände“ im Zusammenhang mit der Beschwerde des Ombudsman für Menschenrechte in der Russischen Föderation [Постановление Конституционного суда РФ № 30-П от 5.12.2012 г. по делу о проверке конституционности положений пункта 5 статьи 16 Федерального закона «О свободе совести и о религиозных объединениях» и пункта 5 статьи 19 Закона Республики Татарстан «О свободе совести и о религиозных объединениях» в связи с жалобой Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации] // URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision117951.pdf>.
- Erlass (Ukas) des Präsidenten der UdSSR vom 17.4.1990 Nr. 48 „Über die Abhaltung einer Truppenparade in der Stadt Moskau auf dem Roten Platz am 9.5.1990“ [Указ Президента СССР от 17.4.1990 г. № 48 „О проведении 9 мая 1990 года парада войск в гор. Москве на Красной площади“].
- Erlass (Ukas) des Präsidenten der UdSSR vom 10.10.1990 Nr. UP-843 „Über die Abhaltung von Militärparaden anlässlich des 73. Jahrestages der Großen Sozialistischen Oktoberrevolution“ // *Wedomosti SND UdSSR und WS der UdSSR*. 1990. Nr. 42. Abs. 864

- [Указ Президента СССР от 10.10.1990 г. № УП-843 «О проведении военных парадов в ознаменование 73-й годовщины Великой Октябрьской социалистической революции» // Ведомости СНД СССР и ВС СССР. 1990. № 42. ст. 864].
- Anordnung des Präsidenten der Russischen Föderation vom 8.8.1997 Nr. 310-rp „Über die Parade der Völker und russischen Länder im Rahmen der Feierlichkeiten zum 850. Jahrestag der Gründung Moskaus“ [Распоряжение Президента РФ от 8.8.1997 г. № 310-рп «О проведении Парада народов и земель российских в рамках празднования 850-летия основания Москвы» // Собрание зак-ва РФ, 11.8.1997. № 32. ст. 3780].
- Erllass (Ukas) des Präsidenten der Russischen Föderation vom 9.5.2017 no. 202 „Über die Besonderheiten der Anwendung verstärkter Sicherheitsmaßnahmen während der FIFA-Fußball-Weltmeisterschaft 2018 und des FIFA- Konföderationen-Pokals 2017 in der Russischen Föderation“ [Указ Президента РФ от 9 мая 2017 года №202 «Об особенностях применения усиленных мер безопасности в период проведения в Российской Федерации чемпионата мира по футболу FIFA 2018 года и Кубка конфедераций FIFA 2017 года»]. URL: <https://base.garant.ru/71670568/>.
- Föderales Gesetz Nr. 54-FZ vom 19.6.2004 (in der Redaktion vom 30.12.2020) „Über Versammlungen, Kundgebungen, Demonstrationen, Märsche und Streikposten“ (im Folgenden auch Versammlungsgesetz (FöVersG) genannt) [Федеральный закон от 19 июня 2004 г. N 54-ФЗ (с изм.и доп. по состоянию на 30.12.2020 г.) «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» (далее также как закон о собраниях)]. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_48103/.
- Gesetz der Stadt Moskau vom 4.4.2007 Nr. 10 „Über die Gewährleistung der Bedingungen für die Ausübung des Rechts der Bürger der Russischen Föderation, Versammlungen, Kundgebungen, Demonstrationen, Prozessionen und Streikposten in der Stadt Moskau abzuhalten“ (geändert und ergänzt am 23.5.2007, 25.3.2009, 6.4.2011, 26.12.2012, 24.6.2015, 29.11.2017). URL: <https://base.garant.ru/387104/> [Закон г. Москвы от 4 апреля 2007 г. № 10 „Об обеспечении условий реализации права граждан Российской Федерации на проведение в городе Москве собраний, митингов, демонстраций, шествий и пикетирований“ (с изменениями и дополнениями от 23 мая 2007 г., 25 марта 2009 г., 6 апреля 2011 г., 26 декабря 2012 г., 24 июня 2015 г., 29 ноября 2017 г.)].
- Gesetz der Stadt St. Petersburg vom 21.6.2011 Nr. 390-70 „Über Versammlungen, Kundgebungen, Demonstrationen, Märsche und Streikposten in St. Petersburg“ (in der geänderten Fassung vom 23.11.2020). URL: <https://gu.spb.ru/laws/71032/> [Закон Санкт-Петербурга от 21.6.2011 №390-70 «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях в Санкт-Петербурге» (с изменениями на 23 ноября 2020 года)].
- Gesetz des Kaliningrader Gebiets vom 26. Dezember 2012 N 188 „Über die Gewährleistung der Bedingungen für die Abhaltung von Versammlungen, Kundgebungen, Demonstrationen, Märschen und Streikposten auf dem Territorium des Kaliningrader Gebiets“ Nr. 138 vom 19.12.2017, Nr. 268 vom 22.2.2019, Nr. 384 vom 27.12.2019, Nr. 445 vom 27.8.2020, Nr. 452 vom 14.9.2020, Nr. 561 vom 7.6.2021). URL: <https://docs.cntd.ru/document/453124885> [Закон Калининградской области от 26 декабря 2012 года N 188 «Об обеспечении условий проведения на территории Калининградской области собраний, митингов, демонстраций, шествий и пикетирований» (в ред. Законов Калининградской области от 20.2.2014 № 298, от 19.12.2016 № 41, от 19.12.2017 № 138, от 22.2.2019 № 268, от 27.12.2019 № 384, от 27.8.2020 № 445, от 14.9.2020 № 452, от 7.6.2021 № 561)].
- Erllass des Präsidenten der Russischen Föderation vom 12.12.2014 Nr. 399-rp „Über die Durchführung von Militärparaden und anderen feierlichen Veranstaltungen zur Feier des

70. Jahrestages des Sieges im Großen Vaterländischen Krieg 1941–1945“ [Распоряжение Президента РФ от 12.12.2014 г. № 399-рп «О проведении военных парадов и других торжественных мероприятий, посвященных празднованию 70-летия Победы в Великой Отечественной Войне 1941–1945 годов»]. URL: <http://kremlin.ru/acts/bank/39146>.

Beschluss des Verfassungsgerichtes Russlands vom 29.5.2018 no. 1149-О [Определение КС России об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Острякова Д.В., Передрука А.Д. и Фурсовой А.В. на нарушение их конституционных прав п. 7 ч.1 ст.13 Федерального закона «О подготовке и проведении чемпионата мира по футболу FIFA 2018 года, Кубка конфедераций FIFA 2017 года и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» и п. 11 Указа Президента РФ «Об особенностях применения усиленных мер безопасности в период проведения в Российской Федерации чемпионата мира по футболу FIFA 2018 года и Кубка конфедераций FIFA 2017 года»]. URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision338910.pdf>.

Beschluss des Verfassungsgerichts Russlands Nr. 27-Р vom 4.6.2020 zum Fall über die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Artikel 3.4 des Gesetzes der Region Samara „Über das Verfahren zur Einreichung einer Anmeldung über die Abhaltung einer öffentlichen Veranstaltung und Gewährleistung bestimmter Bedingungen für die Ausübung der Rechte der Bürger zur Durchführung öffentlicher Veranstaltungen in der Region Samara“ im Zusammenhang mit einer Beschwerde der Bürger N. P. Baranova, A. G. Kruglov und D. I. Stalin [Постановление Конституционного Суда России № 27-П от 4 июня 2020 г. по делу о проверке конституционности статьи 3.4 Закона Самарской области «О порядке подачи уведомления о проведении публичного мероприятия и обеспечении отдельных условий реализации прав граждан на проведение публичных мероприятий в Самарской области» в связи с жалобой граждан Н.П.Барановой, А.Г.Круглова и Д.И.Сталина] URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision473126.pdf>.

Erlass (Ukas) des Präsidenten der Russischen Föderation vom 29.5.2020 Nr. 345 „Über die Abhaltung von Militärparaden und Artilleriegrüßen anlässlich des 75. Jahrestages des Sieges im Großen Vaterländischen Krieg 1941–1945 und der Siegesparade am 24.6.1945“ // *Rossijskaja gazeta*. 30.5.2020 [Указ Президента Российской Федерации от 29 мая 2020 года № 345 «О проведении военных парадов и артиллерийского салюта в ознаменование 75-й годовщины Победы в Великой Отечественной войне 1941 – 1945 годов и Парада Победы 24 июня 1945 г.» // Российская газета. 30 мая 2020 г.].

Epilog

Ein Leben für Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Menschen- und Minderheitenrechte

Ein Gespräch mit Professor Gilbert Gornig

Andreas Raffener

Abstract Deutsch

In diesem Gespräch mit Andreas Raffener schildert Professor Gilbert Gornig verschiedene Stationen seines Lebens als Wissenschaftler, aber auch eine ganz private Perspektive. Die Geschichte der Familie Gornig spiegelt die maßgeblichen Ereignisse des 20. Jahrhunderts wider. Der Jubilar hat schon in jungen Jahren die Bedeutung des Einsatzes für Demokratie, Rechtsstaatlichkeit sowie Menschen- und Minderheitenrechte erkannt und sein ganzes berufliches Leben dieser Aufgabe gewidmet. Er ist auf diesem Wege ein herausragender Wissenschaftler von internationalem Renommee geworden, der keinen Ruhestand kennt. Gleichzeitig kommt in diesem Gespräch ein ausgeprägter Sinn für Menschlichkeit zum Vorschein.

Abstract English

In this interview with Andreas Raffener Professor Gilbert Gornig portrays various stations of his life as an academic but also a very private perspective. The history of the Gornig family reflects the vicissitudes of the 20th century in a very impressive way. Already as a young man, Gilbert Gornig learnt to appreciate the importance of the fight for democracy, the rule of law as well as human and minority rights and he dedicated his whole life to this mission. In this endeavor he became an internationally renowned academic who knows no retirement. But Gilbert Gornig is not only the sharp-minded academic lawyer. In this interview a further important traits of the jubilee transpires: his deeply felt sense of humanity.

Herr Professor Gornig, Sie kamen am 9.10.1950 im niederbayerischen Deggendorf auf die Welt. Beginnen möchte ich dieses Zeitzeugeninterview mit der Frage nach der Sozialisierung. Was können wir über Ihr Elternhaus, Ihre Erziehung und Ihren schulischen Werdegang bis zum Abitur in Erfahrung bringen? Haben Sie in Ihrer Erinnerung neben Ihren Eltern auch andere Menschen, die als Vorbilder in Ihrer Sturm-und-Drang-Zeit angesehen werden können?

Mein Vater ist gebürtiger Breslauer und meine Mutter eine echte Münchnerin. Mein Vater kam mit über 25 Verwundungen als junger Mann aus dem Zweiten Weltkrieg und suchte seine Mutter mit Erfolg in einem Flüchtlingslager bei Deggendorf. Da er meinte, dass sich nun die Menschen wieder nach kulturellen Veranstaltungen sehnten, gründete er das „Neue Fränkische Schauspiel- und Operettentheater“ und die „Konzert und Kleinkunstgruppe Henricksen“. Viele in Deutschland später berühmte Schauspieler gehörten zu den Mitwirkenden. Leider verkaufte mein Vater

die Bühne kurz vor der Währungsreform, so dass der Verkaufserlös seinen Wert verlor. Meine Mutter spielte in ihrer Freizeit in einem Akkordeon-Orchester zusammen mit weiteren 20 jungen Damen und lernte meinen Vater auf einer Tournee kennen und lieben.

In der Volksschule Sankt Martin hatte ich drei Jahre hintereinander einen Lehrer, der mit uns vor allem bayerische Volkslieder sang. Da er zwischen dem Gesang stets für längere Zeit – und zu unserem Vergnügen – das Klassenzimmer verließ, konnten wir uns einer friedlichen Rauferei hingeben, genannt „die Catcherstunde“. Die letzten beiden Jahre hatte ich dann Gott sei Dank einen hervorragenden Lehrer, mit dem ich viele Jahre später bis zu seinem Tode engen Kontakt pflegte. Der Übertritt ins Gymnasium wurde somit geschafft. Im Gymnasium galt ich nie als Streber, obwohl ich alle neun Jahre stets zu den besten Schülern gehörte. Der Unterricht im Comenius Gymnasium Deggendorf machte mir Spaß!

Mein Vater war unterdessen Direktor einer Bildungsakademie, die er 30 Jahre leitete, meine Mutter blieb Hausfrau. Sie lernte viel mit mir. Probleme machte ich als Einzelkind nie. Verzogen wurde ich aber auch nicht. Mit 18 Jahren bekam ich allerdings einen flotten Opel Rekord Coupé Cabriolet (Sonderanfertigung) geschenkt.

Neben meinen Eltern hatte ich keine großen Vorbilder. Allerdings prägte mich und viele Klassenkameraden unser Deutsch- und Geschichtslehrer, genannt „Knacker“, dessen Unterricht und Erziehung zur Demokratie und Rechtsstaatlichkeit vorbildlich waren. Er lehrte uns auch den Unterschied zwischen Nachricht, Leitartikel und Kommentar. Leider werden heute unsere Nachrichten immer mehr mit Kommentaren vermischt, um uns zu erziehen und zu erklären, auf welcher Seite die Bösen sind.

Als Sie das Licht der Welt erblickten, war die Bundesrepublik Deutschland gerade einmal eineinhalb Jahre alt und seit dem Kriegsende waren erst fünf-einhalb Jahre vergangen. Wie waren diese Jahre zwischen der bedingungslosen Kapitulation Deutschlands, den Besatzungszonen und der Wiederaufbruchstimmung aus der Sicht Ihrer Eltern? Hatten diese Erlebnisse und Prägungen im Grunde genommen auch einen Einfluss auf Ihre folgenden Verhaltens- und Denkweisen, das Studium der Rechtswissenschaften und der Politischen Wissenschaften aufzunehmen?

Mein Vater und seine Eltern hatten alles in Breslau zurücklassen müssen. Meiner Großmutter gab man gerade einmal 20 Minuten Zeit, um das Nötigste einzupacken. Es waren zwei Fotoalben, ein Löffel, eine Gabel und ein Messer, ein Kochtopf und zwei Decken. Alles halte ich heute noch in Ehren. Meine Großmutter machte sich dann zu Fuß auf den Weg nach Bayerisch Eisenstein, quer durch die Tschechei, wie man damals sagte. Die Sowjetisch Besetzte Zone (SBZ) mied sie wegen der dort allein herrschenden Russen. In der Tschechei hoffte sie auf die Hilfe der Amerikaner. Mein Großvater väterlicherseits war in Stalingrad in Gefangenschaft geraten. Konrad Adenauer half, dass er freikam. Er starb früh, weil er von einem Sanitäter, der sich nach dem Krieg als Arzt ausgab, nach einer Blinddarmoperation falsch behandelt wurde.

Meine Mutter wurde in der Herzog-Rudolph-Straße im Zentrum von München ausgebombt. Während des Volltreffers auf ihr Wohnhaus saß sie im Luftschuttkeller. Als ich sie einmal fragte, wie das war, als sie alles zerstört vorfand, sagte sie: „Na ja, war halt alles kaputt.“ Mehr war aus ihr nicht herauszubekommen. Ein Jahr später wurde die Mutter meiner Mutter bei einem Raubüberfall in ihrem Zigarrengeschäft von einem amerikanischen Soldaten getötet. Er wurde von der US-Army gefangen genommen und später hingerichtet. Mein Großvater mütterlicherseits leitete nach seiner Rückkehr aus britischer Gefangenschaft ein Hotel am Starnberger See. Er liebte Eishockey und die „Sechziger“ (1860 München). Ein Münchner halt!

Mein Vater und die Großeltern väterlicherseits litten sehr unter dem Verlust ihrer Heimat und meine Großmutter rechnete bis in die sechziger Jahre hinein mit einer Rückkehr nach Breslau. Diejenigen, die ihre Heimat nicht verloren hatten, konnten sich das Leid dieser Menschen nie vorstellen. Das Leid wurde noch dadurch größer, dass es nahezu ausgeschlossen war, die alte Heimat zu besuchen. Ich hatte viel mit Heimatvertriebenen zu tun und kenne deren oft grausamen Schicksale bei Flucht und Vertreibung. Beeinflusst hat mich das Schicksal meiner Großeltern bei meiner Berufswahl aber nicht. Nach dem Abitur wusste ich immer noch nicht genau, was ich studieren sollte. Ich wusste nur, dass ich nicht Zahnarzt werden wollte, obwohl der Beruf damals schnellen Reichtum versprach.

Heute bin ich leidenschaftlich Bayer und betrachte Bayern gern, um die „Preis’n“ zu ärgern, als die Spitze der Zivilisation! Herrliche Landschaften und Menschen mit gesundem Menschenverstand und Liebe zum Brauchtum sind einzigartig. Als halber Preuße und heute im ehemaligen Preußen Lebender weiß ich aber, dass man auch nördlich von Bayern sehr schön leben kann.

Wäre die Aufnahme eines mathematisch- oder naturwissenschaftlichen Studienzweiges oder ein Sprachenstudium ein Gräuël gewesen, oder standen aufgrund Ihrer brillanten Rhetorik und Ihrer fachbezogenen und detaillierten Fachkenntnis die zu belegenden Fächer schon längst vor dem Eintritt in das universitäre Leben fest? Und vielleicht vorher: Wie waren Sie als Schüler, zumal Sie das Comenius-Gymnasium in Ihrer Geburtsstadt belegt haben?

Danke für das Kompliment! Ich war immer ein sehr guter Schüler. Mir machte auch Mathematik viel Spaß und ich hatte auch in diesem Fach eine Eins. Ich wusste aber nicht so recht, was ich mit Infinitesimalrechnungen anfangen sollte. Das hat man mir nie erklärt. Wenn ich wieder auf die Welt kommen sollte, würde ich aber vielleicht überlegen Astrophysik oder Architektur zu studieren. Mit dem Universum beschäftige ich mich fast täglich. Gerne würde ich aber auch einen Flughafen oder ein riesiges Hotel in Dubai bauen. Fremde Sprachen fließend zu sprechen, macht auch Spaß. Aber der Einfluss meines Vaters war groß! Er meinte mit Rechtswissenschaften hätte man die größte Berufsauswahl. Wahrscheinlich würde ich mich letztlich wieder für ein Studium der Rechtswissenschaften entscheiden. Professor wollte ich schon gerne werden, aber ich sagte es nie einem Menschen. Wie bemerkte Léon Gambetta? *«Toujours y penser, jamais en parler.»* („Niemals

davon sprechen, immer daran denken“). Das Zitat beherzigte ich schon zur Schulzeit. Mein Freund Muck schickte mir in der Schulzeit einmal einen Brief, auf dessen Adresse er mir den Professorentitel und mehrere Doktorgrade zubilligte. Als ob er ahnte, was mein heimlicher Berufswunsch war.

Wer waren Ihre akademischen Lehrer, bei denen Sie gerne gelernt haben? Welche Kernbereiche der Jurisprudenz – und da gibt es vom Strafrecht über das Kirchenrecht über die Rechtsgeschichte und das Völkerrecht jede Menge Teildisziplinen – haben Ihnen von Beginn an zugesagt, welche hätten Sie – im Nachhinein gesehen – am liebsten vom Lehrplan gestrichen und mit welchen hatten Sie, ohne Ihre späteren Erfolge und Errungenschaften als Jurist in Frage zu stellen, so Ihre liebe Not?

Eigentlich interessierten mich als politisch denkender, die Geschichte liebender Mensch schon immer am meisten das Öffentliche Recht und das Völkerrecht. Europarecht war zu meiner Studienzeit noch ein Teil der Völkerrechtsvorlesung. Zivilrecht und Strafrecht sagten mir aber auch zu. Rechtsgeschichte wurde in Regensburg und anderswo im ersten Semester angeboten, was ein riesiger Fehler war (und ist). Der junge Jurist interessiert sich (vielleicht) dann für die Verfassungsgeschichte und das Römische Recht, wenn er das aktuelle Recht einigermaßen beherrscht. Erst dann, wenn man die eigenen Gesetze kennt, kann man ermesen, wie schlaue doch schon die alten Römer waren, und erkennen, dass es durchaus andere Lösungswege gibt, um Gerechtigkeit zu schaffen.

Otto Kimminich hat mir das Völkerrecht nahe gebracht, Dieter Medicus das Zivilrecht und Friedrich-Christian Schröder das Strafrecht. Um den Dr. iuris utriusque zu erhalten, musste ich mich auch mit dem Kirchenrecht beschäftigen. Während meiner Zeit als Akademischer Rat in Würzburg prägte mich natürlich Dieter Blumenwitz. Er war ein exzellenter Jurist und setzte sich immer für benachteiligte Gruppen und die Wiedervereinigung des Vaterlandes ein. In den siebziger und Anfang der achtziger Jahre wurde man damit schnell in eine rechte Ecke gestellt, war es doch in vielen Kreisen verpönt, die „vorbildliche DDR“ zu kritisieren. Als „Antikommunist“ bezeichnet zu werden, galt als Schmähung. Mit meinen Lehrern an den Universitäten hatte ich keine Probleme, ich verehrte sie aber nicht im gleichen Maße.

Nachdem Sie das Rechtsreferendariat im Oberlandesgericht Nürnberg absolvierten und das Zweite juristische Staatsexamen, erfolgte im Jahr 1984 an der Julius-Maximilian-Universität die Promotion. Ihre Dissertation, 1985 im Berliner Verlag „Duncker & Humblot“ veröffentlicht, hatte das Thema „Die sachbezogene hoheitliche Maßnahme. Auch ein Beitrag zur Allgemeinverfügung im Sinne des § 35 S. 2 VwVfG“. Für einen Laien klingt die Auswahl des Forschungsgegenstandes trocken. Worum geht es in der bei Professor Dieter Blumenwitz eingereichten Schrift genau?

Erst nach dem Zweiten Staatsexamen widmete ich mich der Dissertation und der Habilitation. Erst wollte ich etwas vollständig abschließen, bevor ich mich Neu-

em widmete. Eigentlich hatte meine Dissertation das Thema „Äußerungs- und Informations- und Pressefreiheit als Menschenrechte unter besonderer Berücksichtigung der KSZE-Staaten“. Als mein Professor mir die Arbeit zurückgab, sagte er, ich hätte eine Dissertation verfassen sollen – und nach einer Kunstpause, in der mir das Herz schon stillstand, meinte er – und keine Habilitation. Ich solle die Arbeit liegen lassen und erst mal eine Dissertation im Verwaltungsrecht abliefern. Ich wählte als Thema „Die sachbezogene hoheitliche Maßnahme. Auch ein Beitrag zur Allgemeinverfügung im Sinne des § 35 S. 2 VwVfG.“ Also, alles ging wieder von vorne los. Da ich nun aber einigermaßen wusste, wie man wissenschaftliche Arbeiten anfertigt, begann ich damit nach erholsamen Ferien erst am 1. September und war am 31. Januar fertig.

Rechtsprechung und Lehre waren sich bezüglich der Rechtsqualität sachbezogener hoheitlicher Maßnahmen uneinig. So wurden Schulschließungen durch Verwaltungsakte, Naturschutzgebiete durch Rechtsverordnungen, Parkverbote durch Verwaltungsakte, Gemeindegebietsänderungen durch Rechtsverordnungen, Straßenbenennungen durch Verwaltungsakte festgesetzt. Die jeweils vom Gericht oder von der Behörde gewählte Rechtsnatur wurde in der Regel im Schrifttum von der einen Seite kritisiert, von der anderen Seite gutgeheißen. Der Grund für die vielen unterschiedlichen Ergebnisse bei der Bestimmung der Rechtsnatur lag darin, dass das Institut des dinglichen Verwaltungsaktes, das für viele Sachverhalte brauchbare Lösungen anzubieten vermochte, immer noch zu wenig Beachtung fand, obwohl er als sachbezogene Allgemeinverfügung in § 35 Satz 2 zweite und dritte Variante Verwaltungsverfahrensgesetz Aufnahme gefunden hatte. Danach aktualisierte und erweiterte ich die erste Arbeit und reichte sie als Habilitation ein. Kein Thema ist trocken, wenn man sich damit vertieft beschäftigt.

Zwei Jahre später schlossen Sie, inzwischen 36-jährig, Ihre Habilitation ab; Sie erhielten die *venia legendi* im öffentlichen Recht, Völkerrecht und im ausländischen öffentlichen Recht. Was verbindet dieses Dreigestirn, oder kann man jede der drei angeführten Disziplinen auch autonom betrachten und nicht in den erweiterten Kontext stellen? War es Zufall oder geplant, so schnell die akademische Karriereleiter nach oben zu klettern?

Das „Nachreichen“ einer Dissertation bedeutet, dass ich fast ein Jahr länger ohne Dokortitel überleben musste. Das war für mich aber kein Problem. Heute wundere ich mich oft über meine Doktoranden. Sie geben mir die Arbeit ab und fragen eine Woche später, ob ich sie schon korrigiert habe. Nationales und ausländisches öffentliches Recht sind natürlich verwandt und befruchten sich gegenseitig. Insbesondere in den europäischen Staaten gibt es viele Gemeinsamkeiten. Deutschland exportiert zudem die eigenen Ideen weltweit und gerne lieferte ich insoweit meinen Beitrag. Das Völkerrecht als internationales öffentliches Recht, also insbesondere das Recht der Staaten und der staatlichen internationalen Organisationen (und nicht der Völker!), steht hier in engem Zusammenhang. Geplant war es nicht, die akademische Karriereleiter nach oben zu klettern. Nach dem bestandenen Zweiten juristischen Staatsexamen saß ich mit drei Freunden in einem Café am Marienplatz in München im Freien und wir diskutierten, ob wir gemeinsam in

München eine Anwaltskanzlei eröffnen sollten. Allerdings hatte ich da schon meine Assistentenstelle an der Universität Würzburg. Im Gegensatz zu manchen jungen Kollegen heute betrachtete ich voller Demut und verunsichert die neue Aufgabe.

Ihre Habilitationsschrift beschäftigt sich mit der Äußerungsfreiheit und Informationsfreiheit als Menschenrechte. Was bewog Sie, dieses Thema zu wählen, und wie würden Sie heute, dreieinhalb Jahrzehnte später, die Lage der Menschenrechte beschreiben? Aus welchem Grund fällt es so manchem Staat schwer, sie einigermaßen anzuwenden oder gar in die Praxis umzusetzen?

Für mich waren die Äußerungs- und Informationsfreiheit stets, wie es das deutsche Bundesverfassungsgericht treffend zum Ausdruck brachte, für eine freiheitliche demokratische Grundordnung „schlechthin konstituierend“ (BVerfGE 5, 85 [205]). Ohne diese Freiheiten gibt es keine Demokratie. Auch wurde mir durch Besuche im Osten immer wieder deutlich, dass diese totalitären und die Freiheit unterdrückenden Regime zusammenbrechen werden, wenn dort die Informationsfreiheit und Meinungsäußerungsfreiheit Einzug halten. Ich war mir sicher, dass die neuen Medien, die nur schwer zu beherrschen waren, bald ihre Wirkung zeigen würden. Nur im „Tal der Ahnungslosen“ im Osten von Sachsen, wo kein Westfernsehen empfangbar war und ein Cousin meines Vaters als SED-Bürgermeister über eine kleine Gemeinde herrschte, bestand noch die Überzeugung, dass man in der DDR in einem Paradies lebe und wir Bundesbürger auch bald in den Genuss des Sozialismus kommen würden, da das Elend im Westen zur Revolution führen werde. Er vertrat im Übrigen die Auffassung, dass man überall auf der Welt erschossen werde, wenn man unbefugt die Grenze überschreite. Wie war dieser Bürgermeister überrascht, als mein Vater ihm bei einem Ausflug nach Süden kurz nach der Wende eröffnete, er befinde sich nun schon seit etwa 20 Minuten in Österreich und sei nicht erschossen worden. Damals war Österreich im Übrigen noch nicht in der EU, aber Grenzkontrollen an der Grenze bei Passau fanden nicht statt. Die beiden Freiheiten zuzulassen, heißt, Demokratie zu akzeptieren und Kritik ertragen zu müssen. Das verkraften aber manche Machthaber nicht, weil sie verbergen müssen, was alles im Lande schief läuft.

Nach Lehrstuhlvertretungen an den Universitäten in Mainz, Bayreuth und Göttingen erhielten Sie 1989 den Ruf an die Georg-August-Universität Göttingen. Haben Sie sich als (nieder)bayrisches Original relativ schnell in Niedersachsen zurechtgefunden oder haben emotionale Gedankenspiele im Hochschulbereich im strengsten Sinn nichts verloren? Zuerst wurden Sie zum Direktor des Instituts für Völkerrecht und später zum Dekan gewählt. Denken Sie gerne noch an die Göttinger Zeit zurück, und von welchen Erlebnissen und lebenslangen Kontakten zehren Sie heute noch?

Ich denke gerne an die Zeit in Göttingen und ich besuche regelmäßig die Stadt. Als Präsident des Göttinger Arbeitskreises führen mich mehrmals im Jahr meine Wege nach Niedersachsen und gerne begleitet mich meine Frau. Die Stadt ist viel schöner, als mancher im Süden glaubt. Ich habe mich an der Universität und im

Kollegenkreis immer wohlgefühlt und wurde als junger Kollege akzeptiert. Ich glaube auch die Studenten mochten mich, denn die Vorlesungen waren stets sehr gut besucht. Meine Frau und ich lebten gerne in Göttingen/Weende. Wir könnten allerdings überall auf der Welt leben und uns zu Hause fühlen, da haben wir keine Probleme. Als Bayer, der nie seine Herkunft verbergen wollte, wurde ich regelmäßig in Göttingen gefragt, warum ich keinen BMW fahre. Das musste dann schleunigst geändert werden, um dem niedersächsischen Weltbild gerecht zu werden.

Im April 1995 wechselten Sie von Niedersachsen wieder etwas in Richtung Süden, und zwar an die Philipps-Universität Marburg. Hier bekleideten Sie einen Lehrstuhl für öffentliches Recht, Völker- und Europarecht und fungierten als geschäftsführender Direktor des Instituts für öffentliches Recht und als Dekan des Fachbereichs Rechtswissenschaften. War die Wahl zum Direktor bzw. jene zum Dekan eine Steigerung des maximal Möglichen oder eine belastende Zusatzaufgabe, die Sie sich, mit dem Wissen von heute, nicht mehr aufhalsen würden?

Das Amt des Dekans musste ich überraschend und ohne Vorbereitung als Praedekan übernehmen, was mir aber keine Probleme bereitete. Ich organisiere und gestalte gern, so dass ich wahrscheinlich zu den wenigen gehöre, die das Amt des Dekans mochten. Von vielen Seiten wurde ich aufgefordert für das Amt des Präsidenten zu kandidieren. Die Kandidatur wäre nicht aussichtslos gewesen. Letztendlich habe ich mich dann aber doch nicht um das Amt beworben, da mich vor allem die langen Sitzungen abschreckten. Endloses, nicht weiterführendes Gerede macht mich nervös. Ich habe nicht die Geduld zuzuhören, bis alle alles gesagt haben, was eh schon alle gesagt haben. Auch wollte ich nicht der Wissenschaft wegen eines Verwaltungsamtes entsagen. Aber es schmerzte schon zu sehen, was an der Universität alles schief laufen kann, vor allem wenn es die Spitze versäumt, mit den Fachbereichen zu kommunizieren und die Unterschiedlichkeit der Fächerkulturen zu akzeptieren. Auch wusste ich, dass sich Studenten nur dann an einer Universität wohlfühlen, wenn diese in ordentlichen und gepflegten Räumen untergebracht ist und nicht in maroden Gebäuden ohne sicheren Brandschutz.

Neben Ihren Tätigkeiten als Hochschulprofessor waren Sie auch als Richter am Hessischen Verwaltungsgerichtshof in Kassel tätig. Haben Sie diesen „Taspetenwechsel“ als Farbtupfer in der oftmals zu Unrecht als emotionslos und grau bezeichnenden Wirkungsbereich der Juristerei angesehen, oder hat sich die Bestellung zum Richter, wie vieles in Ihrem Leben, einfach so ergeben, weil Sie „zur richtigen Zeit am richtigen Ort“ waren?

Ich gehöre zu den Menschen, die gerne vor neuen Herausforderungen stehen und nichts im Leben auslassen möchten, wenn sich die Chance bietet. Die Arbeit am Verwaltungsgerichtshof war neben der Professur sehr anstrengend, aber bereichernd. Der Aktenberg neben meinem Schreibtisch wuchs jede Woche, so dass ich entschied, mich nicht länger diesem Anblick auszusetzen. So verstaute ich die

Akten in einem Nebenraum, den zu betreten ich stets zögerte angesichts der Höhe des wachsenden Aktenurmes. Nach einem Jahr am Verwaltungsgerichtshof sah ich aber an der Jahresbilanz, dass ich viel zu fleißig war und ich es etwas geruh-samer angehen konnte. Meine Kenntnisse von der Praxis gaben mir weitere Sicher-heit in meinen Verwaltungsrechtsvorlesungen, weil ich mir nun sagen konnte, ich weiß, wovon ich rede.

Ein familiäres Intermezzo: Ihr Vater kam aus Schlesien. Ohne jetzt auf die ganze Problematik, die die Volksdeutschen im Osten Europas betraf, einzu-gehen: War das mitunter ein Grund, sich dem Völkerrecht, einhergehend mit der Völkerverständigung und Aussöhnung, näher zu widmen und möglicher-weise die Geschehnisse von damals akademisch zu rekonstruieren und gewis-sermaßen zu verstehen?

Das Völkerrecht interessierte mich schon immer. Ich konnte meine Hobbys Ge-schichte und Reisen hier am besten mit meinem Beruf verbinden. Auch war es mir möglich mich in allen Winkeln der Welt schnell einzuleben und zurechtzufinden, und auch Freunde zu gewinnen. Und abenteuerlustig bin ich seit meiner ersten Lek-türe der Bücher von Karl May. Als Weitgereister sah ich besser als die Stubenho-cker zu Hause, dass sich die Menschen doch in allen Winkeln der Welt sehr äh-neln und von den gleichen Sorgen und Ängsten geplagt werden. Völkerverständ-igung war deswegen immer mein Anliegen und so versuchte ich verstärkt mich dem Studentenaustausch zu widmen. Völkerrecht ist in erster Linie Friedensrecht, und was gibt es Schöneres zu tun, als sich – im wohlgemerkt bescheidenen Maße – für Frieden und Verständigung einzusetzen. Auch meine Mitarbeiter am Lehr-stuhl in Marburg kamen beispielsweise aus Litauen, Polen, Rumänien, der Ukraine, Frankreich, Italien, dem Iran, Chile, China, Taiwan, der Mongolei. Insbesondere die Verständigung mit dem Osten war mir wichtig. Mein Vater sagte einmal einem Taxifahrer in Breslau, das ist meine Heimat, meine Stadt, denn hier bin ich gebo-ren und hier habe ich 22 Jahre gelebt. Der polnische Taxifahrer entgegnete, es ist auch meine Heimat, ich bin auch hier geboren und ich lebe hier seit 27 Jahren. Wir gingen dann zusammen ein Bier trinken.

Neben Ihren Tätigkeiten in Göttingen und Marburg waren Sie auch Gast-professor an der Harbin University of Science and Technology, an der Wuhan University, an der University of Finance & Economics in Nanjing und an der ebendort auch angesiedelten Hohai University. Des Weiteren unterrichteten Sie auch an der Nationalen Technischen Universität Kaohsiung I in Taiwan und an der Lucian Blaga-Universität in Hermannstadt (Sibiu). Was können wir vom Interesse und Wissensstand der asiatischen und südosteuropäischen Studenten in Erfahrung bringen, und warum waren diese Auslandsreisen uni-versitärer Natur lehrreich und unvergesslich zugleich?

Es war zunächst nicht einfach, in der Volksrepublik China Verfassungsrecht und Staatsrecht zu lehren. Vorträge hielt ich dort an vielen Universitäten, regelmäßig Vorlesungen an fünf. Meine Doktorandin Jun Sun, nun Professorin in Nanjing, bat

ich anfangs regelmäßig, nur diejenigen Passagen meiner Vorträge zu übersetzen, die mich nicht ins Gefängnis bringen. Bald war ich aber überzeugt, dass ich an den Universitäten in China über alles frei reden konnte. So bat man mich auch einmal über die Europäische Menschenrechtskonvention und über das Selbstbestimmungsrecht der Völker zu referieren. Als ich erwiderte, dass ich dann auch Tibet und Taiwan zur Sprache bringen würde, meinte mein chinesischer Kollege, warum nicht, das ist schon in Ordnung. Die Chinesen sind wissbegierig und es macht Spaß dort zu unterrichten. Das gilt auch für Taiwan. Aber sie wissen sehr wohl auch die Vorzüge ihres Systems zu preisen und die Defizite bei uns anzusprechen. Unter dem jetzigen Präsidenten ist allerdings größere Zurückhaltung geboten, wenn es um die Politik geht.

In Rumänien eröffnete mir meine rumänische Kollegin aus Sibiu/Hermannstadt, dass es in Rumänien eigentlich kein Polizeirecht gebe und somit auch keine Ermächtigungsgrundlagen für Eingriffe der Polizei. Wer eine Uniform trage, dürfe alles! Das veranlasste mich in Rumänien über deutsches Sicherheits- und Ordnungsrecht Aufsätze zu publizieren in der Hoffnung, zu etwas mehr Rechtsstaatlichkeit beizutragen.

Ich war gerne als Exporteur deutschen Rechtsverständnisses unterwegs, bilde mir aber nicht ein, viel bewirkt zu haben. In der Regel waren die zur freien Verfügung stehenden Stunden bei den Auslandsaufenthalten gering. Es gab immer irgendwelche Termine, Vorlesungen, Prüfungen, Gespräche, offizielle und private Einladungen. Oft sank ich abends erschöpft, aber glücklich ins Bett und war wirklich dankbar, wieder so viel erlebt haben zu dürfen. Allerdings verband ich die Auslandsaufenthalte stets mit privaten Reisen, am liebsten mit dem Auto, so dass ich viele Winkel des jeweiligen Gaststaates kennenlernen durfte, auch jene Ecken, in die kein Tourist findet. Besondere Freundschaften schloss ich mit den Kollegen an der Universität in Pécs. Seitdem verbindet mich viel mit Ungarn.

Außerdem bestechen Sie durch eine spitze Feder. Viele Publikationen, die Sie verfasst haben, wurden in gleich mehreren Sprachen geschrieben und behandeln Fragen in Bereichen des Staats-, Verwaltungs-, Völker- und Europarechts. Was bedeutet für Sie das Recherchieren im Allgemeinen und das Vermitteln neuer Erkenntnisse im Besonderen? Welches ist, wenn wir Ihre schier unüberschaubar große Publikationsliste näher unter die Lupe nehmen, Ihr Lieblingswerk oder Ihre Lieblingsabhandlung? Oder andersrum: Gibt es demgegenüber ein Thema, das Sie gerne noch angehen wollen und vertiefen möchten?

Ich schreibe gern, vor allem liebe ich dabei die Abwechslung. Ich möchte nicht ein Leben lang nur ein Thema beackern, das würde mich nicht zufriedenstellen. Allerdings wird man, wenn man auf einem Gebiet etwas publiziert hat, immer wieder gebeten, weiter dazu zu veröffentlichen oder einen Vortrag zu diesem Thema zu halten.

Mein Lieblingswerk ist erst im Entstehen begriffen. Schon vor vielen Jahren begann ich in Nachfolge von Friedrich Berber eine neue Auflage seines Völker-

rechtslehrbuches zu schreiben. Leider musste ich aber wegen anderweitiger Überlastung, etwa durch ein langes Dekanat, das Buchprojekt immer wieder zurückstellen. Nun sitze ich aber wieder mit Eifer bis morgens um vier Uhr an der Arbeit, da der Beck-Verlag nachgefragt hat. Mit dem Lehrbuch von Berber haben die Ausarbeitungen allerdings unterdessen nichts mehr zu tun und der Umfang hat sich mindestens verdreifacht. Ideen zu weiteren Buchprojekten habe ich viele. Ein Buch zum internationalen öffentlichen Seerecht wird kurz nach dem Völkerrechtslehrbuch erscheinen. Auch würde ich gerne einmal die Krisengebiete der Welt in einem Buch völkerrechtlich beleuchten.

Überdies gründeten Sie die Marburger Juristische Gesellschaft. Ist das eine Plattform zur Förderung des rechtswissenschaftlichen Nachwuchses, ein Meinungsaustauschforum oder eine illustre juridische Gruppierung, die sich in regelmäßigen (oder unregelmäßigen) Abständen trifft und die gesammelten Referate in Tagungsbänden veröffentlicht und im Dialog mit dem nichtakademischen Publikum Themenkomplexe der Zeit erörtert? Oder kann man das zuletzt Geschriebene auf die Danziger Naturforschende Gesellschaft ummünzen, der Sie seit 2009 als Präsident vorstehen?

Die Marburger Juristische Gesellschaft habe ich als Alumni-Verein unseres Fachbereichs gegründet. Gleichzeitig veranstalteten wir zumindest einmal im Semester insbesondere für die Juristen eine Vortragsveranstaltung, zu der illustre Persönlichkeiten aus Politik, Wirtschaft und Gesellschaft eingeladen wurden. Der alljährlich stattfindende Juristenball war ein Höhepunkt des Ballgeschehens in Marburg. Da ich Geld der Unternehmen rings um Marburg einwerben konnte, waren wir auch in der Lage Projekte unseres Fachbereichs finanziell zu unterstützen, auch die dringend notwendige Hörsaalrenovierung und Bibliotheksrenovierung sowie die Einrichtung eines Computerzentrums. Insbesondere Professor Dr. Dr. h.c. mult. Reinfried Pohl (DVAG), der leider viel zu früh verstorben ist, hat uns dabei stets großzügig geholfen.

Die am 19.2.1994 wiederbelebte Danziger Naturforschende Gesellschaft e.V. führt den Zweck der 1743 gegründeten „Naturforschenden Gesellschaft in Danzig“ entsprechend deren Satzung fort und hat ihren Gesellschaftszweck – Erforschung der Natur – übernommen. Sie fördert die Naturwissenschaften in allen ihren Richtungen, unter besonderer Berücksichtigung der Vertreibungslage des Danziger Staatsvolkes und der Westpreußen. Aber die Gesellschaft hat sich seit Anbeginn immer auch Fragen aus anderen Wissenschaftsgebieten gewidmet, so dass ich als Präsident nicht so ganz fehl am Platze bin. Die Gesellschaft leistet auch einen nicht unwesentlichen Beitrag zur deutsch-polnischen Verständigung. Deswegen pflegen wir auch die enge Zusammenarbeit mit der Technischen Universität in Danzig und der Danziger Wissenschaftlichen Gesellschaft. Bislang zeugen dreizehn Tagungsbände von unseren Zusammenkünften in der Ostsee-Akademie in Lübeck/Travemünde und im Völkerbundpalast zu Danzig. Höhepunkt war die Unterzeichnung einer Gemeinsamen Erklärung über die Zusammenarbeit im Rechtstädtischen Rathaus in Danzig im Jahre 1999.

Auch in Afrika haben Sie Spuren hinterlassen. Davon zeugt das Center for Human Rights and Good Governance am Ruaha University College in Iringa, gelegen in Tansania. Was kann man sich darunter vorstellen, welche Zielsetzungen stehen hier auf der Agenda und weshalb ist ein bikontinentaler Austausch in Zeiten der Globalisierung und der schnelllebigen Welt niemals verkehrt?

Wie der Name sagt, wurde dort ein Zentrum für Menschenrechte und gute demokratische Regierungskunst errichtet. Allerdings ist es in Afrika schwer, so eine Einrichtung am Leben zu erhalten, zumal dann, wenn man wie in Corona-Zeiten nicht vor Ort sein kann, um immer neue Impulse zu geben.

Es ist der Name Dieter Blumenwitz gefallen. Er hat Ihre Doktorarbeit betreut und war auch sonst an vielen Ihrer Publikationen beteiligt. Ist es falsch, wenn man ihn als väterlichen Freund, Förderer und Mentor bezeichnet? Wie haben Sie diese große, allzu früh verstorbene Völkerrechtskoryphäe in Erinnerung? Würde man seine Kapazität in Frage stellen, wenn man behauptet, dass er heute noch mythisch bewundert und verehrt wird? Seine Schriften haben einen unersetzbaren Wert, und weshalb wäre der völkerrechtliche Nachwuchs gut beraten, sich mit seinen Fragen weiterhin zu beschäftigen?

Dieter Blumenwitz war nicht an meinen Publikationen beteiligt, sondern ich an seinen. Er war ein großer Jurist, stets hatte er ein offenes Ohr für alle Studenten und Bedrängten, die zu ihm kamen. Ihm verdanke ich sehr viel. Er hat uns Mitarbeiter aber auch immer sehr gefordert. Die Zeit an seinem Lehrstuhl war anstrengend und lehrreich, gleichzeitig aber wunderschön. Ich möchte die Zeit in Würzburg an der Universität nicht missen. Blumenwitz achtete aber stets auf eine gewisse Distanz zu seinen Mitarbeitern. Sein Einsatz für die deutsche Wiedervereinigung, die Rechte der Heimatvertriebenen, die Menschenrechte, den Minderheitenschutz und das Selbstbestimmungsrecht der Völker ist bewundernswert. Seinem Andenken haben wir Mitarbeiter eine Gedächtnisschrift gewidmet. Leider verstarb er viel zu früh.

Sie können auch als ausgewiesener Minderheitenexperte angesehen werden. Wie sehen Sie die Minderheitenpolitik Chinas, Rumäniens und der Europäischen Union? Gibt es in diesem Kontext klar strukturierte und erkennbare Schnittmengen, oder gibt es aufgrund der Zusammensetzungen teilweise zu große Differenzen in dieser Fragestellung?

Es ist schwer in wenigen Sätzen zum Minderheitenschutz in diesen drei Gebieten Stellung zu beziehen. In China gibt es offiziell 55 Minderheiten, die alle gegenüber den Han-Chinesen bevorzugt behandelt werden. Während der Zeit der Ein-Kind-Politik in China durften nur die Angehörigen der Minderheiten mehrere Kinder bekommen. Solange ich mich nicht selber von dem Umgang Chinas mit den Uiguren in Xinjiang überzeugt habe, möchte ich mich dazu nicht äußern, zumal ich oft mit Berichten in den europäischen Medien über China nicht einverstanden bin. Negative Berichte über Tibet in den Medien konnte ich häufig so nicht bestätigen, unabhängig von der Einverleibung.

In Rumänien hat man immer noch keine ausgeprägt freundschaftlichen Gefühle gegenüber den Ungarn und der dort lebenden ungarischen Minderheit. Das wird noch dauern und daher ist weiterhin viel Verständigungspolitik nötig. Vertreter der Philipps-Universität Marburg bemühten sich mit der sog. Quadriga Europea um eine Zusammenarbeit der Universitäten in Marburg, Maribor (Slowenien), Pécs (Ungarn) und Sibiu (Rumänien). Der Dekan einer Fakultät der Lucian-Blaga-Universität in Sibiu, der die Ungarn hasste, sagte mir anlässlich einer gemeinsamen Tagung der Quadriga in Pécs, dass er jetzt weiß, dass die Ungarn durchaus nette Menschen sind und er die nun begonnenen freundschaftlichen Beziehungen fortsetzen möchte. Seitdem ist mir mehr als je zuvor klar, dass man die Menschen verschiedener Völker zusammenbringen müsse. Großen Respekt bringt man, so meine Erfahrung, den Deutschen entgegen, zumal Klaus Werner Johannis, der rumänische Staatspräsident, der deutschen Minderheit angehört und in Sibiu/Hermannstadt als Oberbürgermeister Großartiges vollbracht hat. Auch in den umliegenden Gemeinden wurden daraufhin oft Vertreter der unterdessen nur noch winzigen deutschen Minderheit zu Bürgermeistern gewählt, in der Hoffnung, sie könnten es besser. Gut gemeinte Minderheitenschutzbestimmungen nützen aber nichts, wenn sie nicht umgesetzt werden und die Menschen nicht mitmachen.

In Europa bemüht sich der Europarat um den Minderheitenschutz. Vor dem Vertrag von Lissabon enthielt das EU-Recht lediglich allgemeine Diskriminierungsverbote. Der Europäische Rat hatte in Kopenhagen Minderheitenschutz als ein Kriterium für die Aufnahme in die EU definiert. Aber im Amsterdam-Vertrag wurde später nichts Entsprechendes verankert. Die zwölf neuen Mitgliedsstaaten mussten das Kriterium Minderheitenschutz erfüllen, aber die alten Mitgliedsstaaten haben es nicht auf sich selbst angewendet. Wenn Frankreich oder Griechenland sich heute bewerben würden, würde man sie nicht als EU-Mitglied akzeptieren, da sie nicht die Europäische Charta der Regional- oder Minderheiten-Sprachen und das Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten des Europarates ratifiziert haben. Der Vertrag von Lissabon sieht jedoch erstmals im EU-Primärrecht vor, dass der Schutz von Minderheiten ein geschützter gemeinsamer Wert ist (Artikel 2 des Vertrags über die Europäische Union).

Eine Minderheit muss sich oftmals gegen die Titularnation wehren, wenn sie nicht dem Untergang geweiht sein möchte. Ferner verkörpert sie seit jeher ein essentielles Bindeglied zwischen Politik und Kultur. Die Europäische Union lockt mit dem Motto „Durch Vielfalt vereint“. Ist dieser Leitsatz noch mit Leben zu füllen, und inwiefern ist es schwer, ein auf EU-Ebene rechtlich verbindliches System für den Minderheitenschutz dingfest zu machen? Eigentlich sollte man doch aus den schlimmen Erfahrungen der zwei Weltkriege lernen...

Effektiver Minderheitenschutz erfordert eine Besserstellung der Minderheit, da sie sich sonst aufgrund ihrer geringen Zahl an Mitgliedern landesweit nicht durchsetzen könnte. Durch „einfache“ Nichtdiskriminierung, also durch die schlichte Gleichbehandlung mit der Mehrheitsbevölkerung, würde die Minderheit nicht ausrei-

chend geschützt. Die Mehrheitsbevölkerung wird aber in der Regel nicht begeistert sein, wenn man die Angehörigen der Minderheit bevorzugt. Das macht die Durchsetzung des Minderheitenschutzes so schwer. Die Europäische Union und ihre Vorgänger fühlten sich lange Zeit nicht zuständig für den Minderheitenschutz und überließen die Aufgabe dem Europarat. Europa ist bereits durch Vielfalt in einem Staatenverbund vereint. Zu mehr sind die Menschen heute nicht mehr bereit.

Anders gefragt: Hat sich die Europäische Kommission durch die Ablehnung der Minority Safepack-Initiative ein Eigentor geschossen? Teilen Sie die Meinung, dass die Kommission selbst gescheitert ist, da sie die Stimme von mehr als einer Million EU-Bürgern und des Europäischen Parlaments überhört – oder harsch und hart formuliert: geflissentlich ignoriert hat?

In der Minority Safepack-Initiative, die von über einer Million EU-Bürger unterstützt wurde, wird die EU aufgefordert, den Schutz für Angehörige nationaler Minderheiten und Sprachminderheiten zu verbessern sowie die kulturelle und sprachliche Vielfalt in der Union zu stärken. Die EU wird aufgefordert, eine Reihe von Rechtsakten zu verabschieden, um den Schutz für Angehörige nationaler und sprachlicher Minderheiten zu verbessern sowie die kulturelle und sprachliche Vielfalt in der Union zu stärken. In seiner Entschließung vom 17. Dezember 2020 brachte auch das Europäische Parlament seine Unterstützung für die Initiative zum Ausdruck. Mitte Januar schmetterte allerdings die EU-Kommission die Minority Safepack-Initiative wortreich, aber nichtssagend ab. Einerseits erklärte sie sich für nicht zuständig, andererseits lobte sie sich selbst für angeblich bereits ausreichende Maßnahmen. Europaweit gehören mehr als 100 Millionen Menschen einer Minderheit oder einer Volksgruppe an, EU-weit ist das jeder siebte Mensch. All diese Menschen hat die Europäische Kommission mit ihrer Entscheidung sehr enttäuscht. Zudem setzte sie sich über das Europaparlament hinweg, also über jene Institution der EU, die über die höchste demokratische Legitimität verfügt. Ich bin aber überzeugt, dass auf längere Sicht die Initiative erfolgreich sein wird.

Auch wenn vieles theoriebehaftet von Gesetzen, Paragraphen und Sonderklauseln in der Formulierung sehr gut klingt, gibt es nach wie vor einen von Angst und Misstrauen geprägten Diskurs. Ist dieser im 21. Jahrhundert noch nachvollziehbar, und welche Mechanismen müssen endlich greifen, theoretisch Verbürgtes endlich (!) in die Tat umzusetzen?

Der Gesetzgeber hat es verlernt, Gesetze so zu formulieren, dass sie von den Menschen verstanden werden. Die Gesetzestexte sind zu lang, zu detailliert, unverständlich oder missverständlich formuliert, die Gendersprache trägt ein weiteres dazu bei, es erfolgen zu viele Verweisungen auf andere Paragraphen, die wieder auf andere Paragraphen verweisen. Alle diese Mängel und manche mehr erlauben es in vielen Fällen nicht mehr, den Inhalt einer Bestimmung zu erfassen. Auch gut ausgebildete Juristen tun sich damit oftmals schwer. Es kann doch nicht sein, dass man im Sozialrecht für jede einzelne Bestimmung einen anderen Experten zu Rate ziehen muss! Mit Rechtsstaatlichkeit hat das schon lange nichts mehr zu tun.

Dass es anders geht, zeigen oft die Kammern, die dann für den Arzt, Apotheker, Gewerbetreibenden den Inhalt der Bestimmungen klar und verständlich wiedergeben können. Früher waren deutsche Gesetze noch ein Exportschlager, heute sind sie nicht mehr vermittelbar, so dass sich viele Länder lieber den Vereinigten Staaten zuwenden, wenn es um die Umsetzung von Gesetzesprojekten geht. Und wie soll man Gesetze respektieren, die man nicht mehr verstehen kann, die nicht einleuchten, unlogisch, ideologiebehaftet sind, nicht geeignet, die angestrebten Ziele zu erreichen, und nur noch dem Zeitgeist frönen? In diesen Fällen kann der Gesetzgeber auch nicht mehr an die Vernunft der Bürger appellieren, die Gesetze zu befolgen. Und die Exekutive ist häufig nicht mehr in der Lage wegen überbordender Bürokratie die Gesetze zeitgerecht umzusetzen, die Sicherheits- und Ordnungsbehörden müssen oft ohne hinreichende Ausstattung und ohne Rückendeckung der Regierungen oder der Parteienvertreter bei Krawallen auf der Straße alle Schuld auf sich nehmen, denn entweder haben sie zu vehement oder zu schwach durchgegriffen. Und wie sehr ist der Rechtsstaat bereits verwässert, wenn sich Minister weigern, Gesetze und Urteile der höchsten Gerichte zu befolgen.

Schottland, Katalonien und vielleicht auch einmal Südtirol: Separatismus ist das, wovor die Nationalstaaten oder die mehrheitstragende Gesellschaft größte Bauchschmerzen haben. Wie kann es gelingen, dass im Spannungsfeld zwischen dem Gestatten der kulturellen Eigenart und dem Respekt gegenüber der Identität, geprägt von Sprache, Kultur und Traditionen der Anderen, Separatismus verhindert wird? Kann ein förderlicher Minderheitenschutz das verhindern, ohne das individuelle gedeihliche Fortkommen zu schmälern?

Minderheitenschutz fördert die Bereitschaft der Gruppe in einem Staat zu bleiben, verhindert Bürgerkriege und letztlich gewaltsame Abspaltungen und damit eine Partikularisierung der Welt. Je mehr unabhängige Staaten es gibt, desto schwieriger wird die Gestaltung einer gemeinsamen Politik. Problematisch ist, ob einem Volk nach dem Selbstbestimmungsrecht der Völker das Recht zugestanden werden soll, sich von einem Staatsgebiet abzuspalten.

Im Wortlaut des Selbstbestimmungsartikels der Menschenrechtspakte kommt nicht zum Ausdruck, dass einer Volksgruppe das Sezessionsrecht zugestanden werden sollte. Vielmehr wurde gefordert, dass das Selbstbestimmungsrecht nicht zu einer Sezession ermutigen dürfe. Die Friendly Relations-Declaration vom 24.10.1970 stellt für den Fall der Lostrennung von einem bestehenden Staat strenge Voraussetzungen auf.

Die internationale Gemeinschaft hat sich damals dafür entschieden, das Recht der bestehenden Staaten auf die Erhaltung ihrer politischen und territorialen Existenz zu verteidigen, sofern die Staaten Respekt für die Selbstbestimmung der Völker zeigen. Man entfernte sich also von dem von Johann Caspar Bluntschli ausgedrückten Gedanken, wonach jede Nation einen Staat bilden dürfe und jeder Staat aus einer Nation bestehen solle. Es ist allerdings nur schwer zu entscheiden, wann ein Staat im Inneren Respekt für die Selbstbestimmung der Völker zeigt, den die Friendly Relations-Declaration fordert.

Damit kann im konkreten Fall häufig nicht entschieden werden, ob die Sezessionsbestrebungen eines Volkes mit der Friendly Relations-Declaration vereinbar sind oder nicht. Man kann aber einem Volk dann ein Recht auf Abspaltung zustehen, wenn der Staat, in dem die Minderheit lebt, die Selbstbestimmung innerhalb des Staates versagt und schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen gegenüber der Gruppe begangen werden. Ansonsten kann und sollte natürlich ein Staat die Wünsche eines Volkes respektieren.

Ihre Tochter Carolin hat sich mit völkerrechtlichen Fragen beschäftigt und eine ausgezeichnete Dissertation über den Ukraine Konflikt verfasst. Macht es Sie stolz, dass sie das Faible für Minderheitenthemen und völkerrechtliche Denkweisen in ihrer DNA hat, oder wäre es Ihnen lieber gewesen, sie hätte ein anderes Studienfach belegt?

Als sich mein Sohn und meine Tochter für das Studium der Rechtswissenschaften entschieden, waren meine Frau und ich natürlich einverstanden. Allerdings hätten wir unseren Kindern jede Freiheit bei der Wahl des Studiums und des Berufes gelassen. Sie sind selbst ihres Glückes Schmied.

Was möchten Sie abschließend den aktuell Forschenden auf dem Weg zur wissenschaftlichen Selbständigkeit mitteilen, und aus welchem Grund ist es immer gut, lebenslang zu lernen, eigene, teils unkonventionelle Schritte zu setzen und dennoch seinen Idealen und Werten treu zu bleiben? Daran anknüpfend: Für welche Werte, auch abseits des Hochschulbereichs, steht Professor Gornig? Welche haben Sie zeitlebens als ideale Einflussgröße für ein demütiges und erfülltes Dasein wahrgenommen, auch wenn sie vielleicht heutzutage eine neue Begriffsauslegung benötigen?

Der Beruf eines Universitätsprofessors ist der schönste Beruf, den ich mir vorstellen kann. Noch genießt man die Freiheit, seinen Forschungsgegenstand selbst zu bestimmen, kann seine Arbeitszeit selbst gestalten und hat in der Regel viel Kontakt mit jungen und interessierten Menschen, die dazu beitragen selbst jung zu bleiben. Stets kann man seine nie endende Neugier befriedigen. Der Weg dorthin ist aber hart und der Konkurrenzkampf heftig, manchmal auch die Missgunst der Kollegen irritierend. Der Beruf verlangt Demut vor der Größe der Aufgabe, die manchen der jungen Selbstbewussten heute fehlt, weil ihnen häufig in der Familie von Jugend an die eigene Großartigkeit bescheinigt wurde. Kritik betrachten diese Menschen dann als persönliche Beleidigung.

Die Hochschule steht für Diskussion, Diskurs, ständiges Hinterfragen der eigenen Erkenntnisse. Umso schlimmer ist es, dass heute Menschen an Universitäten nicht mehr zu Wort kommen, weil sie eine andere Ansicht haben als die von der Universitätsleitung gewünschte oder die von ideologisch Verblendeten als die letzte Wahrheit akzeptierte. Gewisse Gruppierungen nehmen für sich immer öfter in Anspruch, allein im Besitz der Wahrheit zu sein und verstehen unter Meinungsäußerungsfreiheit und auch Wissenschaftsfreiheit nur die Freiheit ihre eigenen Ideen zu äußern und die von ihnen gebilligten Wissenschaftsgebiete zur Forschung

freizugeben, selbstverständlich von einem erhöhten moralischen Standpunkt aus. Allenthalben werden Denkverbote von vermeintlich überlegenen Moralisten gegen alle Andersdenkenden verhängt.

Die Selbstzensur aus Gründen übertriebener *political correctness*, die selbsternannte Meinungspolizisten von uns fordern, tut ein Übriges, um einen freien, ehrlichen Diskurs in der Gesellschaft zu unterbinden. Wir bewegen uns auf eine Diktatur der politischen Korrektheit zu. Das ist nicht mehr akzeptabel und lässt allergrößte Befürchtungen für die Zukunft aufkommen.

Nicht der Staat verbietet bestimmte Meinungen, sondern gesellschaftliche Gruppierungen, denen wir uns immer mehr kritiklos unterwerfen, obwohl sie lediglich eine kleine Minderheit sind. Wir müssen fremde Meinungen akzeptieren, andere Lebensentwürfe tolerieren und dürfen nie Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Menschenrechte, Gruppen welcher Gesinnung auch immer überantworten, die uns diese Werte letztlich im Namen einer Ideologie rauben wollen.

Wenn Sie jetzt in die Rolle des Interviewers rücken würden: Welchen Titel würden Sie dem Ganzen geben, und warum? Und weshalb sind die Zeitzeugen oftmals, wenngleich emotional behaftet und nicht immer objektiv, die besseren Historiker?

Das zu beantworten, überlasse ich gerne dem Interviewer! Aber vielleicht: Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Menschenrechte sind in Gefahr, durch selbsternannte Moralisten zerstört zu werden.

Danke für das ausführliche Interview!

Tabula gratulatoria

Adamski, Dariusz	Wrocław (Breslau)
Backhaus, Ralph	Marburg
Bieber, Florian	Graz
Breuer, Marten	Konstanz
Chen, Yi-Kai	Tainan (Taiwan)
Di Fabio, Udo	Bonn
Dönnighaus, Victor	Lüneburg
Engel, Christoph	Bonn
Fassbender, Bardo	St. Gallen
Fingerhuth, Carl	Temuco (Chile)
Frotscher, Werner	Marburg
Gehler, Michael	Hildesheim
Gesk, Georg	Osnabrück
Glaneville, Luke	Canberra
Griebel, Jörg	Siegen
Hafner, Gerhard	Wien
Haratsch, Andreas	Hagen
Horn, Hans-Detlef	Marburg
Ibler, Martin	Konstanz
Kadelbach, Stefan	Frankfurt am Main
Karl, Wolfram	Salzburg
Kempen, Bernhard	Köln
Kramer, Urs	Passau
Kreß, Claus	Köln
Krieger, Heike	Berlin
Lagoni, Rainer	Hamburg
Landau, Herbert	Siegen
Langenfeld, Christine	Göttingen
Lenzerini, Federico	Siena
Malloy, Tove	Flensburg
Michel, Adrianna A.	Berlin
Mittermaier, Karl	Brixen
Mlinar, Angelika	Wien/Ljubljana (Laibach)
Müller-Franken, Sebastian	Marburg
Paulus, Andreas	Göttingen/Karlsruhe
Pernthaler, Peter	Innsbruck
Polonski, Ralf-Michael	Braunschweig
Rautz, Günther	Bozen
Safferling, Christoph	Nürnberg-Erlangen

Seiwert, Wolf-Dieter	Leipzig
Thomberry, Patrick	Newcastle-under-Lyme
Toniatti, Roberto	Trient
Trautmann, Maren	Köln
Tretter, Hannes	Wien
Vedder, Christoph	Augsburg
Vizi, Balázs	Budapest
Volkmer, Gerald	Oldenburg
von Schorlemer, Sabine Freifrau	Dresden
Ziegler, Katja	Leicester
Ziller, Jacques	Paris
Zwitter, Andrej J.	Groningen
Die Herausgeber	
Die Autorinnen und Autoren	

Verzeichnis der Mitwirkenden

Die Herausgeber

Hilpold, Peter:

Professor für Völkerrecht, Europarecht und Vergleichendes Öffentliches Recht an der Universität Innsbruck; Herausgeber und Mitarbeiter mehrerer wissenschaftlicher Zeitschriften; Autor von über 300 Publikationen; abgeschlossene Studien der Rechtswissenschaften, der Betriebswirtschaftslehre, der Volkswirtschaftslehre und der Geisteswissenschaften

Perathoner, Christoph:

Studium der Rechts- und Politikwissenschaften in Innsbruck und Padua; M.A.S. (Master of Advanced Studies in European Law), LL.M. (Eur. Law); Promotion zum Dr. iur. an der Universität Innsbruck; in Italien zu den Höchstgerichten zugelassener Rechtsanwalt (*Avvocato cassazionista*); Mitglied der Rechtsanwaltskammer München als niedergelassener europäischer Anwalt; Präsident des Internationalen Forums für Wirtschaftsrecht; Mitherausgeber von zwei Schriftenreihen; Lehrbeauftragter an der Freien Universität Bozen

Die Autorinnen und Autoren

Antoniou, Theodora:

Dr. iuris utriusque, Professorin an der Universität Athen. Anwältin des Obersten Kassationsgerichts. 2006–09 stellvertretendes Mitglied des vom Premierminister ernannten Menschenrechtsausschusses sowie von 2014–17 Mitglied der Unabhängigen Griechischen Behörde für Kommunikationssicherheit und Datenschutz. 2014–17 Mitglied des Central Legislative Committee; seit Mai 2019 Mitglied des Nationalen Menschenrechtsausschusses, Griechenland

Beuthien, Volker:

em. ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht an der Universität Marburg sowie Mitglied des Vorstands des Marburger Instituts für Genossenschaftswesen

Bredow, Wilfried von:

em. Professor für Politikwissenschaft an der Philipps-Universität Marburg (1972–2009)

Detterbeck, Steffen:

Professor für Staats- und Verwaltungsrecht an der Philipps-Universität Marburg; Richter am Hessischen Staatsgerichtshof

Díaz Fuenzalida, Juan Pablo:

Professor an der Universidad Autónoma de Chile und Doktorat der Rechtswissenschaften an der Universidad Autónoma de Madrid, Spanien

Dünisch, Heidi:

Richterin am Oberlandesgericht Nürnberg; Richterin am Bayerischen Dienstgerichtshof für Richter

Fábián, Adrián:

Professor für Verwaltungsrecht an der Universität Pécs (Ungarn), seit 2018 Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, Ungarn

- Fechner, Frank: Universitätsprofessor für Öffentliches Recht, insbesondere öffentlich-rechtliches Wirtschaftsrecht und Medienrecht an der TU Ilmenau
- Fuchs, Michael: Dr., M.A., Magister rer. publ.; Ministerialrat a.D.; langjähriger Leiter des Sekretariats des Auswärtigen Ausschusses des Deutschen Bundestages; Lehrbeauftragter am Zentrum für Internationale Studien der TU Dresden; Landeskonzessionsbeauftragter Berlin
- Ge, Yongping: Professor für Völkerrecht und Europarecht, Hohai University (河海大学), Law School, Nanjing der VR China; LL.M. (Göttingen), Promotion in Marburg, Deutschland; dann außerordentlicher Professor an der Universität Xiamen und Professor am Harbin Institute of Technology, VR China
- Gundel, Jörg: Professor, Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht an der Universität Bayreuth; geschäftsführender Direktor der dortigen Forschungsstelle für deutsches und europäisches Energierecht
- Hofmeister, Hannes: Ass.-Professor für Europa- und Völkerrecht an der Freien Universität Bozen; Studium der Rechtswissenschaften an den Universitäten Cambridge (Trinity College) und Regensburg
- Jahn, Ralf: Studium, Referendariat und Promotion in Würzburg. 1987–1990 Akademischer Oberrat am Lehrstuhl für Staatsrecht, Europarecht und Völkerrecht an der Universität Würzburg (Prof. Dr. Blumenwitz); seit 1990 IHK Würzburg-Schweinfurt, seit 2004 Hauptgeschäftsführer und Honorarprofessor für Verwaltungsrecht und öffentliches Wirtschaftsrecht an der Universität Würzburg
- Januszajtis, Andrzej: Professor, Physiker und Lokalhistoriker; Direktor des Physikalischen Instituts der Technischen Hochschule und Dekan der Fakultät für Technische Physik und Mathematik in Danzig; 1989 Wechsel in die Politik, 1990 auf der Liste der Bürgerplattform von Solidarność in den Stadtrat gewählt und bis 1994 dessen Vorsitzender (Stadtpräsident); Förderer der Wiederherstellung von Kulturdenkmälern, Polen
- Kilian, Michael: em. o. Univ.-Professor Dr. iur., Richter am Landesverfassungsgericht a. D., Universität Halle-Wittenberg, dzt. Rechtsanwalt o.c. PHP Leipzig-Dresden
- Kiss, László: Professor, ab 1975 an der Fakultät für Rechtswissenschaft am Lehrstuhl für Verwaltungsrecht in Pécs (Ungarn); 1988–89 Forschungsaufenthalt in Marburg; 1998–2016 zweimalige Wahl zum Richter am ungarischen Verfassungsgericht in Budapest, Ungarn
- Klein, Hans Hugo: em. Univ.-Professor; Parlamentarischer Staatssekretär a. D., Richter des Bundesverfassungsgerichts a. D.

- Kling, Michael: Professor für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Europarecht sowie Gewerblichen Rechtsschutz an der Universität Marburg
- Kotzur, Markus: Professor, Lehrstuhlinhaber für Völker- und Europarecht an der Universität Hamburg, dort auch stellvertretender geschäftsführender Direktor des Instituts für internationale Angelegenheiten und Präsident der Stiftung Europa-Kolleg; früher Professor für Europa-, Völker- und Öffentliches Recht in Leipzig
- Liu, Mengjue: Studium der Rechtswissenschaften, Promotion zum Dr. iur. 2018 (Zhongnan Universität für Wirtschaft und Recht (中南财经政法大学) Wuhan. Seit 2018 Inhaberin der Dozentur für Marxistische Rechtswissenschaft an der Zentralchinesischen Normaluniversität (华中师范大学), Wuhan, China
- Menkhaus, Heinrich: Lehrstuhl für Deutsches Recht an der Fakultät und Rechtsgraduiertenschule der Meiji-Universität Tokio, apl. Professor für Japanisches Recht am Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg
- Morgenthaler, Gerd: Professor für Öffentliches Recht unter Berücksichtigung europäischer und internationaler Bezüge an der Universität Siegen
- Murswiek, Dietrich: em. Professor für Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht an der Universität Freiburg im Breisgau
- Niedobitek, Matthias: Rechtswissenschaftler mit dem Schwerpunkt EU-Recht; Habilitation an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer; seit 2002 Professor für Europäische Integration mit dem Schwerpunkt Europäische Verwaltung an der TU Chemnitz; seit 2011 Jean-Monnet-Professor für Europäische Integration
- Notthoff, Martin: Rechtsanwalt und Fachanwalt für Versicherungsrecht sowie Notar in Hannover, Hon.-Professor an der Hochschule Hannover
- Raffener, Andreas: Historiker, Heimatkundler, Referent, Rezensent, Übersetzer, freiberuflicher Redakteur (online, Print) für Medien im deutschsprachigen Raum; Autor zu lokal- und zeithistorischen Fragen, Südtirol (Italien)
- Ribera Neumann, Teodoro: Professor an der Universidad Autónoma de Chile und an der Universidad de Chile. Doktor iuris utriusque der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Ehemaliger Abgeordneter des chilenischen Parlaments, ehemaliger chilenischer Justizminister und ehemaliger chilenischer Außenminister. 2015 bis 2019 Rektor der Universidad Autónoma de Chile
- Salenko, Alexander: Promotion in St. Petersburg; LL.M. (Göttingen), Associate Professor für Öffentliches Recht, Verfassungsrecht, Comparative Law und Human Rights Law am Lehrstuhl für Völker- und Europarecht des Juristischen Instituts (ehem. Juristische

- Fakultät) an der Immanuel Kant Baltischen Föderalen Universität in Kaliningrad, Russland
- Samaryn, Vadzim: Associate Professor, Universitätsdozent des Lehrstuhls für Strafverfahren der Belarussischen Staatlichen Universität in Minsk; 2018–23 Qualitätsmanager des Erasmus+CBHE Projektes “Modernisation of Master Programmes for Future Judges, Prosecutors, Investigators with Respect to European Standards of Human Rights” (CRIMHUM), Belarus
- Sato, Chie: Professorin für Völkerrecht und Europarecht an der Meiji Universität Tokio, Japan
- Schanze, Erich: em. Professor für Privatrecht, Rechtsvergleichung und Internationales Wirtschaftsrecht sowie ehemaliger geschäftsführender Direktor des Instituts für Rechtsvergleichung der Philipps-Universität Marburg; viele Gastprofessuren
- Schöbener, Burkhard: Univ.-Professor für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht an der Universität zu Köln und Direktor des International Investment Law Centre Cologne (IILCC)
- Schulte, Mirko: Vizepräsident des Landgerichts Hanau, dort Vorsitzender der Schwurgerichtskammer; Honorarprofessor an der University of Applied Sciences Gießen (THM Mittelhessen); Promotion an der Philipps-Universität Marburg; ehrenamtlich u. a. Zweiter Vorsitzender des Deutsch-Polnischen Juristen Verein Walbrzych Marburg e. V.
- Spiliopoulou Åkermark, Sia: assoz. Professorin (Dozentin) für internationales Recht in Uppsala und Direktorin des Åland Islands Peace Institute; hat in akademischen Kreisen, Nichtregierungsorganisationen und Forschungseinrichtungen gearbeitet; Sachverständige und Vorsitzende des Beratenden Ausschusses für das Rahmenübereinkommen über nationale Minderheiten des Europarats
- Streinz, Rudolf: Professor für Öffentliches Recht und Europarecht an der Universität München (pensioniert), Institut für Politik und Öffentliches Recht der Juristischen Fakultät
- Sun, Jun: Professorin für Internationales Wirtschaftsrecht und Europarecht, Hohai University (河海大学), Law School (法学院), Nanjing der VR China; LL.M. (Göttingen), Promotion in Marburg, Deutschland; dann außerordentliche Professorin an der Universität Xiamen und Professorin am Harbin Institute of Technology, VR China
- Taylor, Greg: Fellow of the Royal Historical Society; Professor, Adelaide Law School, University of Adelaide; Honorarprofessur für Common Law und Rechtsvergleichung, Philipps-Universität Marburg; Honorary Professor, R.M.I.T. University, Melbourne, Australien
- de Vries, Tina: Länderreferentin für polnisches Recht am Institut für Ostrecht München, Rechtsanwältin und Mediatorin

- Wasmuth, Johannes: Lektoratsleiter im Verlag C. H. Beck, München; Rechtsanwalt und Autor insbesondere zum Recht der offenen Vermögensfragen, des Rehabilitierungsrechts, des Denkmalschutzrechts und des staatlichen Religionsrechts
- Willems, Constantin: Universitätsprofessor für Bürgerliches Recht und Römisches Recht an der Philipps-Universität Marburg
- Zhang, Zhengyu: Jurist, Promotion in Marburg; seit 2021 Inhaber der Vize-Professur für Strafrecht an der Zhongnan Universität für Wirtschaft und Recht (中南财经政法大学), Direktor der Abteilung für Vergleichendes Strafrecht, Wuhan, China

Schriftenverzeichnis

Stand: Juli 2022

I. Selbständige Veröffentlichungen

- Die sachbezogene hoheitliche Maßnahme. Auch ein Beitrag zur Allgemeinverfügung im Sinne des § 35 S.2 VwVfG. Schriften zum öffentlichen Recht, Band 480, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 1985, 288 S.
- Das Refoulement-Verbot im Völkerrecht. Abhandlungen zu Flüchtlingsfragen, Band XVIII, herausgegeben von Theodor Weiter in Verbindung mit der Forschungsgesellschaft für das Weltflüchtlingsproblem (AWR), Verlag Wilhelm Braumüller, Wien 1987, 108 S.
- Libertad de opinion y de prensa a la luz de la concepcion marxista-leninista de los derechos fundamentales. Coleccion temas, volume 10, herausgegeben von der Universidad Valparaíso (Chile), Valparaíso 1987, 52 S.
- Äußerungs- und Informationsfreiheit als Menschenrechte. Die Verankerung der Äußerungs-, Informations-, Presse- und Rundfunkfreiheit sowie des Zensurverbots in völkerrechtlichen Übereinkommen und in den Rechtsordnungen der KSZE-Staaten unter besonderer Berücksichtigung rechtsphilosophischer und rechtsgeschichtlicher Hintergründe. Schriften zum internationalen Recht, Band 88, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 1988, 928 S.
- Der Hitler-Stalin-Pakt. Eine völkerrechtliche Studie. Schriften zum Staats- und Völkerrecht, Band 41, herausgegeben von Dieter Blumenwitz, Peter Lang-Verlag, Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris 1990, 184 S.
- Das Memelland – gestern und heute. Eine historische und rechtliche Betrachtung, herausgegeben von der Kulturstiftung der deutschen Vertriebenen, Bonn 1991, 303 S.
- Staatennachfolge und die Einigung Deutschlands. Teil II. Staatsvermögen und Staatsschulden, in: Forschungsergebnisse der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 11, Gebr. Mann Verlag, Berlin 1992, 224 S.
- Das Memelland. Kulturelle Arbeitshefte, Band 31, 1992, 24 S.; 2. Aufl. 1993; 3. Aufl. 1994.
- Sicherheits- und Polizeirecht, Fälle mit Lösungen, JuS-Schriftenreihe, Verlag C. H. Beck, München, 1. Aufl. 1994, 361 S. (zusammen mit Ralf Jahn).
- Das Nördliche Ostpreußen. Gestern und heute. Eine historische und rechtliche Betrachtung, herausgegeben von der Kulturstiftung der Deutschen Vertriebenen, 1. Aufl. Bonn 1995, 400 S.
- Das Nördliche Ostpreußen. Gestern und heute. Eine historische und rechtliche Betrachtung, herausgegeben von der Kulturstiftung der Deutschen Vertriebenen, 2. Aufl. Bonn 1996, 400 S.
- Hongkong. Von der britischen Kronkolonie zur chinesischen Sonderverwaltungszone. Eine historische und rechtliche Betrachtung unter Mitarbeit von Zhang Zhao-qun, Verlag Wissenschaft und Politik, Köln 1998, 298 S.
- Das rechtliche Schicksal der Danziger Kulturgüter seit 1939/45 am Beispiel der Naturforschenden Gesellschaft zu Danzig. Ein Rechtsgutachten, Verlag Wissenschaft und Politik, Köln 1999, 189 S.
- Sicherheits- und Polizeirecht, Fälle mit Lösungen, JuS-Schriftenreihe, Verlag C. H. Beck, München, 2. Aufl. 1999, 378 S. (zusammen mit Ralf Jahn).
- Territoriale Entwicklung und Untergang Preußens. Eine historisch-völkerrechtliche Untersuchung, in: Forschungsergebnisse der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Verlag Wissenschaft und Politik, Köln 2000, 374 S.

- Seeabgrenzungsrecht in der Ostsee. Eine Darstellung des völkerrechtlichen Seeabgrenzungsrechts unter besonderer Berücksichtigung der Praxis der Ostseestaaten (zusammen mit Gilles Despeux), Peter Lang-Verlag, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien 2002, 374 S.
- Völkerrecht und Völkermord. Definition – Nachweis – Konsequenzen am Beispiel der Sudetendeutschen, in: Schriftenreihe Geschichte, Gegenwart und Zukunft der altösterreichischen deutschen Minderheiten in den Ländern der ehemaligen Donaumonarchie, hrsg. vom Felix Ermacora Institut, Wien 2002, 92 S. (Nachdruck 2003).
- Der unabhängige Allfinanz-Vertrieb. Unter Berücksichtigung hierarchischer Vertriebssysteme, in: Schriftenreihe der Forschungsstelle für Finanzdienstleistungsrecht der Philipps-Universität Marburg, herausgegeben von Gilbert Gornig, Peter Lang-Verlag, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2004, 769 S. (zusammen mit Frank Reinhardt/Dieter Meurer/Norbert Klatt).
- Право Европейского Союза. Европейские Сообщества. Правовая защита в Сообществах. Ответственность государств-участников, Москва, Санкт-Петербург, Нижний Новгород, Воронеж, Ростов-на-Дону, Екатеринбург, Самара, Новосибирск, Киев, Харьков, Минск (Recht der Europäischen Union. Europäische Gemeinschaft. Rechtsschutz in der Gemeinschaft. Verantwortung der Mitgliedstaaten, Piter Verlag, Moskau, St. Petersburg, Nischnij Nowgorod, Voronez, Rostow am Don, Jekaterinburg, Samara, Nowosibirsk, Kiew, Charkow, Minsk), 2005, 254 S. (zusammen mit Oxana Vitvitskaja) (russisch).
- Fälle zum Polizei- und Ordnungsrecht. Fälle mit Lösungen, JuS-Schriftenreihe, 3. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2006, 359 S. (zusammen mit Ralf Jahn).
- Dreptul Uniunii Europene (Recht der Europäischen Union) C. H. Beck Verlag Bukarest, Rumänien, 2006, 196 S. (rum.) (zusammen mit Ioana E. Rusu).
- Der völkerrechtliche Status Deutschlands zwischen 1945 und 1990. Auch ein Beitrag zu Problemen der Staatensukzession, in: Abhandlungen der Marburger Gelehrten Gesellschaft, Band 27, Wilhelm Fink Verlag, München, 2007, 135 S.
- Apothekenrecht (1. Bearbeitung), 2007, 118 S. (jeweils im Netz).
- Dreptul Uniunii Europene. Lehrbuch des Europarechts unter besonderer Berücksichtigung Rumäniens (in rumänischer Sprache) (zusammen mit Ioana Eleonora Rusu), 2. Aufl., C. H. Beck Verlag Bukarest, Rumänien, 2007, 239 S.
- Der eigenständige Allfinanzvertrieb. Unter Berücksichtigung hierarchischer Vertriebssysteme, 2. überarbeitete, aktualisierte und ergänzte Auflage, Marburg 2007, 906 S.
- Apothekenrecht (2. Bearbeitung), 2008, 152 S.
- Dreptul Uniunii Europene. Lehrbuch des Europarechts unter besonderer Berücksichtigung Rumäniens (in rumänischer Sprache) (zusammen mit Ioana Eleonora Rusu), 3. Aufl., C. H. Beck Verlag Bukarest, Rumänien, 2009, 406 S.
- Apothekenrecht (3. Bearbeitung), 2010, 188 S.
- Eigentum und Enteignung im Völkerrecht unter besonderer Berücksichtigung von Vertreibungen, in: Schriftenreihe Geschichte, Gegenwart und Zukunft der altösterreichischen deutschen Minderheiten in den Ländern der ehemaligen Donaumonarchie, Band 6, hrsg. vom Felix Ermacora Institut, Wien 2010, 128 S.
- Apothekenrecht (4. Bearbeitung), 2011, 190 S.
- Drept polițienesc român și german (Rumänisches und deutsches Polizeirecht) (in rumänischer Sprache), C. H. Beck Verlag București, Rumänien 2012, 132 S. (zusammen mit Monica Vlad).
- Apothekenrecht (5. Bearbeitung), 2013, 186 S.
- Protecția bunurilor culturale (Kulturgüterschutz) (in rumänischer Sprache), Editura Universității „Lucian Blaga“ din Sibiu, Sibiu 2013, 247 S. (zusammen mit Monica Vlad).

- Fälle zum Polizei- und Ordnungsrecht. JuS-Schriftenreihe. Fälle mit Lösungen, 4. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2014, 391 S. (Synopsis Deutscher sicherheits- und ordnungsrechtlicher Gesetze dazu im Internet) (zusammen mit Ralf Jahn).
- Apothekenrecht (6. Bearbeitung), 2014, 187 S.
- Relaciones entre el derecho internacional público y el derecho interno en Europa y Sudamérica, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra, España) 2016, 195 S. (zusammen mit Teodoro Ribera Neumann) (incluye libro electrónico).
- Apothekenrecht (7. Bearbeitung), 2016, 198 S.
- Öffentliches Recht in Hessen. Kommunalrecht. Polizei- und Ordnungsrecht. Öffentliches Baurecht (zusammen mit Hans-Detlef Horn und Martin Will), C. H. Beck 2018, 590 S.
- Apothekenrecht (8. Bearbeitung), 2018, 205 S.
- Apothekenrecht (9. Bearbeitung), 2019, 214 S.
- Apothekenrecht (10. Bearbeitung), 2020, 231 S.
- Apothekenrecht (11. Bearbeitung), 2022, 240 S.
- Öffentliches Recht in Hessen. Kommunalrecht. Polizei- und Ordnungsrecht. Öffentliches Baurecht (zusammen mit Hans-Detlef Horn und Martin Will), C. H. Beck 2022.

- Völkerrecht, Verlag C. H. Beck, München (erscheint demnächst).

II. Herausgeberschaft

Schriftenreihen

- Schriften zum öffentlichen Recht und internationalen Recht: Bände 1–122 ff., Peter Lang-Verlag, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien.
- Schriftenreihe der Forschungsstelle für Finanzdienstleistungsrecht der Philipps-Universität Marburg, Peter Lang-Verlag, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, Bände 1–7 ff. (ab Band 5 zusammen mit Hans-Detlef Horn).

Schriften

- Liber discipulorum. Festgabe für Professor Dr. Dieter Blumenwitz, Peter Lang-Verlag, Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris 1989, 255 S.
- Deutsch-polnische Begegnung zu Wissenschaft und Forschung. Societas Physicae Experimentalis. Schriftenreihe der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, Band 1, Lübeck 1997, 162 S.
- Deutsch-polnische Begegnung zu Wissenschaft und Kultur. Societas Physicae Experimentalis. Schriftenreihe der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, Band 2, Lübeck 1998, 136 S.
- Deutsch-polnische Begegnung zu Wissenschaft und Kultur. Societas Physicae Experimentalis. Schriftenreihe der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, Band 3, Lübeck 1999, 156 S.
- Deutsch-polnische Begegnung zu Wissenschaft und Kultur. Societas Physicae Experimentalis. Schriftenreihe der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, Band 4, Lübeck 2000, 182 S.
- Deutsch-polnische Begegnung zu Wissenschaft und Kultur. Societas Physicae Experimentalis. Schriftenreihe der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, Band 5, Lübeck 2001, 235 S.
- Rechtliche Aspekte der Vermögensberatung, in: Schriftenreihe der Forschungsstelle für Finanzdienstleistungsrecht der Philipps-Universität Marburg, Peter Lang-Verlag, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2003, 208 S.

- Deutsch-polnische Begegnung zu Wissenschaft und Kultur. Societas Physicae Experimentalis. Schriftenreihe der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, Band 6, Danzig 2004, 222 S.
- Deutsch-polnisches Symposium. Die Stadt Zoppot nach 100 Jahren in Rückblick und Gegenwart. Societas Physicae Experimentalis. Schriftenreihe der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, Band 7, Lübeck 2004, 95 S.
- Deutsch-polnische Begegnung zu Wissenschaft und Kultur. Societas Physicae Experimentalis. Schriftenreihe der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, Band 8, Lübeck 2005, 222 S.
- Deutsch-polnische Begegnung zu Wissenschaft und Kultur. Societas Physicae Experimentalis. Schriftenreihe der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, Band 9, Lübeck 2007, 244 S.
- Deutsch-polnische Begegnung zu Wissenschaft und Kultur. Societas Physicae Experimentalis. Schriftenreihe der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, Band 10, Marburg 2010, 188 S.
- Krisengebiete der Welt, Peter Lang-Verlag, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Wien, 2011, 596 S.
- Deutsch-polnische Begegnung zu Wissenschaft und Kultur. Societas Physicae Experimentalis. Schriftenreihe der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, Band 11, Marburg, 2012, 240 S.
- Deutsch-polnische Begegnung zu Wissenschaft und Kultur. Societas Physicae Experimentalis. Schriftenreihe der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, Band 12, Marburg 2014, 180 S.
- Deutsch-polnische Begegnung zu Wissenschaft und Kultur. Societas Physicae Experimentalis. Schriftenreihe der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, Band 13, Marburg 2018, 223 S.
- Deutsch-polnische Begegnung zu Wissenschaft und Kultur. Societas Physicae Experimentalis. Schriftenreihe der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, Band 14, Marburg 2022, 194 S.

III. Mitherausgeberschaft

Schriftenreihen

- Studien zum Internationalen Wirtschaftsrecht und Atomenergierecht, Bände 81–93, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München (zusammen mit Volkmar Götz, Dietrich Rauschning und Gottfried Zieger).
- Marburger Schriften zum öffentlichen Recht, Bände 8–15, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart, München, Hannover (zusammen mit Steffen Detterbeck, Werner Frotscher, Christian Koenig und Jörg Müller-Volbehr bzw. Monika Böhm und Hans-Detlev Horn).
- Interdisziplinäre Europa Studien, Bände 1–5 ff., Peter Lang-Verlag, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Wien (zusammen mit Theo Schiller und Wolfgang Wesemann).
- Schriften zum Staats- und Völkerrecht, Bände 122–136 ff., Peter Lang-Verlag, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Wien (zusammen mit Winfried Bausback und Burkhard Schöbener).
- Schriftenreihe der deutsch-belarussischen Juristengesellschaft, Band 1–3 ff. Серия трудов Немецко-Беларусской Ассоциации юристов, Klages Verlag Marburg (zusammen mit Hans-Detlef Horn und Edgar Weiler).
- Schriftenreihe Europäische Studien, Bände 1–7 ff. (zusammen mit Christopher Moss, Angel Manuel Rafael, Adrianna Michel, Christina Bohle).

Schriften

- Minderheiten- und Volksgruppenrechte in Theorie und Praxis. Wege in eine gemeinsame Zukunft mit östlichen Nachbarn. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 12, Verlag Wissenschaft und Politik, Köln 1993, 112 S. (zusammen mit Dieter Blumenwitz).
- Rechtliche und politische Perspektiven deutscher Minderheiten und Volksgruppen. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 14, Verlag Wissenschaft und Politik, Köln 1995, 164 S. (zusammen mit Dieter Blumenwitz).
- Das Potsdamer Abkommen. III. Teil: Rückblick nach 50 Jahren, Verlag Wilhelm Braumüller, Wien 1996, 243 S. (zusammen mit Boris Meissner und Dieter Blumenwitz).
- Der Schutz von Minderheiten- und Volksgruppenrechten durch die Europäische Union. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 15, Verlag Wissenschaft und Politik, Köln 1996, 190 S. (zusammen mit Dieter Blumenwitz).
- Der Beitritt der Staaten Ostmitteleuropas zur Europäischen Union und die Rechte der deutschen Volksgruppen und Minderheiten sowie der Vertriebenen. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 16, Verlag Wissenschaft und Politik, Köln 1997, 196 S. (zusammen mit Dieter Blumenwitz und Dietrich Murswiek).
- Rechtsanspruch und Rechtswirklichkeit des europäischen Minderheitenschutzes. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 17, Verlag Wissenschaft und Politik, Köln 1998, 176 S. (zusammen mit Dieter Blumenwitz und Dietrich Murswiek).
- Fortschritte im Beitrittsprozeß der Staaten Ostmittel-, Ost- und Südosteuropas zur Europäischen Union. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 18, Verlag Wissenschaft und Politik, Köln 1999, 171 S. (zusammen mit Dieter Blumenwitz und Dietrich Murswiek).
- Griechenland in Europa, Peter Lang-Verlag, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Wien 2000, 206 S. (zusammen mit Theo Schiller und Wolfgang Wesemann).
- Ein Jahrhundert Minderheiten- und Volksgruppenschutz. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 19, Verlag Wissenschaft und Politik, Köln 2001, 200 S. (zusammen mit Dieter Blumenwitz und Dietrich Murswiek).
- Minderheitenschutz und Demokratie. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 20, Duncker & Humblot, Berlin 2004, 204 S. (zusammen mit Dieter Blumenwitz und Dietrich Murswiek).
- Minderheitenschutz und Menschenrechte. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 21, Duncker & Humblot, Berlin 2006, 241 S. (zusammen mit Dieter Blumenwitz und Dietrich Murswiek).
- Die Europäische Union als Wertgemeinschaft. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 22, Duncker & Humblot, Berlin 2005, 312 S. (zusammen mit Dieter Blumenwitz und Dietrich Murswiek).
- Das Recht auf die Heimat. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 23, Duncker & Humblot, Berlin 2006, 182 S. (zusammen mit Dietrich Murswiek).
- Kulturgüterschutz – internationale und nationale Aspekte. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 24, Duncker & Humblot, Berlin 2007 (zusammen mit Hans Detlef Horn und Dietrich Murswiek).

- Staat – Wirtschaft – Gemeinde. Festschrift für Werner Frotscher zum 70. Geburtstag, in: Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 1069, Duncker & Humblot, Berlin 2007, 848 S. (zusammen mit Urs Kramer und Uwe Volkmann).
- Iustitia et Pax. Gedächtnisschrift für Dieter Blumenwitz, in: Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 176, Duncker & Humblot, Berlin 2008, 1282 S. (zusammen mit Burkhard Schöbener, Winfried Bausback und Tobias Irmscher).
- Eigentumsrecht und Enteignungsunrecht. Analysen und Beiträge zur Vergangenheitsbewältigung, Teil 1. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 25/1, Duncker & Humblot, Berlin 2008, 322 S. (zusammen mit Hans-Detlef Horn und Dietrich Murswiek).
- Dictionnaire plurilingue des libertés de l'esprit. Étude de droit européen comparé. – Mehrsprachiges Wörterbuch über die Geistesfreiheiten. Vergleichende Studie europäischer Rechtsordnungen. – Multilingual Dictionary of Freedoms of Thought. An essay in European Comparative Law. – Diccionario plurilingüe de los derechos y libertades del espíritu. Estudio de derecho europeo comparado (zusammen mit Gilles Depeux und anderen unter der Leitung von Céline Lageot, LGDJ, Manz, Bruylant, Stämpfli Verlag AG Bern, 2008, 1564 S.
- Eigentumsrecht und Enteignungsunrecht. Analysen und Beiträge zur Vergangenheitsbewältigung, Teil 2. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 25/2, Duncker & Humblot, Berlin 2009, 261 S. (zusammen mit Hans-Detlef Horn und Dietrich Murswiek).
- Belarus, Deutschland und Europa. Rechtliche und wirtschaftliche Betrachtungen von innen und außen. Беларусь, Германия, Европа. правовое и экономическое наблюдение, изнутри и снаружи. Schriftenreihe der deutsch-belarussischen Juristengesellschaft, Band 1. Серия трудов Немецко-Беларусской Ассоциации юристов, Том 1, Klages Verlag Marburg 2011, 210 S. (zusammen mit Hans-Detlef Horn und Edgar Weiler).
- Kulturgüter. Eine interdisziplinäre Sichtweise. Cultural Assets. An Interdisciplinary View. Schriftenreihe Europäische Studien, Band 1, Klages Verlag Marburg, 2011, 136 S. (zusammen mit Angel Rafael).
- Eigentumsrecht und Enteignungsunrecht. Analysen und Beiträge zur Vergangenheitsbewältigung, Teil 3. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 25/3, Duncker & Humblot, Berlin 2012, 234 S. (zusammen mit Hans-Detlef Horn und Dietrich Murswiek).
- Finanzkrise. Die Krise der Euro-Zone. Financial Crisis. The Euro-Zone Crisis. Schriftenreihe Europäische Studien, Band 2, Klages Verlag Marburg 2012, 172 S. (zusammen mit Angel Manuel Rafael).
- Das Selbstbestimmungsrecht der Völker – eine Problemschau. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 27, Duncker & Humblot, Berlin 2013, 206 S. (zusammen mit Hans-Detlef Horn und Dietrich Murswiek).
- Minderheitenschutz. Eine interdisziplinäre Betrachtung. Minority Protection. An Interdisciplinary View. Schriftenreihe Europäische Studien, Band 3, Klages Verlag Marburg, 2013, 250 S. (zusammen mit Angel Manuel Rafael).
- Nation – Nationalität – Staat. Nation – Nationality – State. Schriftenreihe Europäische Studien, Band 4, Klages Verlag Marburg 2013, 140 S. (zusammen mit Christina Bohle).
- Erneuerbare Energien und rechtsstaatliche Politik. Belarussische und deutsche Positionen. Schriftenreihe der deutsch-belarussischen Juristenvereinigung, Band 2. ильбертом Горнигом, Хансом-Детлефом Хорном, Эдгаром Вайлером (издан), Возобновляемые источники энергии и политика правового государства позиция Германии и Беларуси. Серия трудов Немецко-Беларусской Ассоциации юристов, Том 2, Klages Verlag Marburg, 2013, 227 S. (zusammen mit Hans-Detlef Horn und Edgar Weiler).

- 20 Jahre deutsch-polnischer Nachbarschaftsvertrag. Realpolitische Stichproben an einer fortschreitenden Völkerverständigung. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 28, Duncker & Humblot, Berlin, 2013, 173 S. (zusammen mit Hans-Detlef Horn und Hans-Günther Parplies).
- Nationales Wahlrecht und internationale Freizügigkeit. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 29, Duncker & Humblot, Berlin 2014, 227 S. (zusammen mit Hans-Detlef Horn und Dietrich Murswiek).
- Religion und Politik. Gott und das Universum. Religion and Politics. God and the Universe. Schriftenreihe Europäische Studien, Band 5, Klages Verlag Marburg 2014, 211 S. (zusammen mit Christina Bohle).
- Rechtspolitische Entwicklungen im nationalen und internationalen Kontext. Festschrift für Friedrich Bohl zum 70. Geburtstag, Duncker & Humblot, Berlin 2015 (zusammen mit Philipp Stompfe), 637 S.
- Interdisziplinäre Beschäftigung mit dem Phänomen Migration. Interdisciplinary Study of the Phenomen of Migration. Schriftenreihe Europäische Studien, Band 6, Klages Verlag, Marburg 2015, 184 S. (zusammen mit Adrianna Michel und Christina Bohle).
- Territoriale Souveränität und Gebietshoheit. Selbstbestimmungsrecht und Sezession aus interdisziplinärer Sicht. Territorial Sovereignty and Territorial Jurisdiction. The Right of Self-Determination and Secession. An Interdisciplinary View. Schriftenreihe Europäische Studien, Band 7, Klages Verlag, Marburg 2015, 251 S. (zusammen mit Adrianna Michel und Christina Bohle).
- Territoriale Souveränität und Gebietshoheit. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 30, Duncker & Humblot, Berlin 2016, 278 S. (zusammen mit Hans-Detlef Horn).
- Migration, Asyl, Flüchtlinge und Fremdenrecht. Deutschland und seine Nachbarn in Europa vor neuen Herausforderungen. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 31, Duncker & Humblot, Berlin 2017, 221 S. (zusammen mit Hans-Detlef Horn).
- Einführung in das deutsche Recht (deutsch) Peter Lang Verlag 2016, 239 S. (zusammen mit Hans-Detlef Horn).
- Einführung in das deutsche Recht (chin.), Peter Lang Verlag 2016, 203 S. (zusammen mit Hans-Detlef Horn).
- Einführung in das deutsche Recht (russ.) Peter Lang Verlag 2016, 239 S. (zusammen mit Hans-Detlef Horn).
- Die Marburger Gelehrten-Gesellschaft. Universitas Litterarum nach 1968, de Gruyter 2016, 381 S. (zusammen mit Volker Mammitzsch/Sabine Föllinger/Heide Froning/Herrmann Jungraithmayr).
- Der Erste Weltkrieg und seine Folgen für das Zusammenleben der Völker in Mittel- und Ostmitteleuropa, Teil 1. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 32, Duncker & Humblot, Berlin 2017, 258 S. (zusammen mit Adrianna Michel).
- Ein Jahrhundert Ost-West-Beziehungen. Zum 100. Geburtstag von Boris Meissner. 11 Beiträge zum 25. Baltischen Seminar. Schriftenreihe Baltische Seminare, Band 25, Carl Schirren-Gesellschaft 2018, 260 S. (zusammen mit Martin Pabst u.a.). (<http://217.21.43.28/bitstream/123456789/212235/1/Baltische%20Seminare%20Band%2025.pdf>).
- Wirtschaftsrecht. Belarussische und deutsche Positionen. Schriftenreihe der deutsch-belarussischen Juristengesellschaft, Band 3, 2018. Экономическое право. Позиция Беларуси и Германии. Серия трудов Немецко-Беларусской Ассоциации юристов, Tom 3, Klages Verlag Marburg, 224 S. (zusammen mit Hans-Detlef Horn und Edgar Weiler).

- Der Erste Weltkrieg und seine Folgen für das Zusammenleben der Völker in Mittel- und Ostmitteleuropa, Teil 2. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 33, Duncker & Humblot, Berlin 2019, 271 S. (zusammen mit Adrianna Michel).
- Der Erste Weltkrieg und seine Folgen für das Zusammenleben der Völker in Mittel- und Ostmitteleuropa, Teil 3. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 34, Duncker & Humblot, Berlin 2019, 287 S. (zusammen mit Adrianna Michel).
- Der Friede von Brest-Litowsk vom 3. März 1918 mit Russland und der sog. Brotfrieden vom 19. Februar 1918 mit der Ukraine. Die vergessenen Frieden: 100 Jahre später in den Blickpunkt gerückt. Abhandlungen des Göttinger Arbeitskreises, Band 14, Duncker & Humblot, Berlin 2020, 253 S. (zusammen mit Alfred Eisfeld).
- Europas Grundwerte und ihre Umsetzung insbesondere in den Ländern Mittel- und Ostmitteleuropas, Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 35, Duncker & Humblot, Berlin 2021, 329 S. (zusammen mit Peter Hilpold).
- Die Ukraine zwischen Ost und West, Abhandlungen des Göttinger Arbeitskreises, Band 15, Duncker & Humblot, Berlin 2021, 297 S. (zusammen mit Alfred Eisfeld).

IV. Wissenschaftlicher Beirat und Redaktion

- Acta Universitatis Lucian Blaga. Iurisprudentia, 2003 ff. (Sibiu, Rumänien).
- Marburg Law Review (MLR), 2007 ff. (Marburg, Deutschland).
- Studien über Deutsches Recht 2007 ff. (Harbin, Volksrepublik China).
- Közjogi Szemle (Öffentlich-rechtliche Blätter), 2008 ff. (Budapest, Ungarn).
- Journal of African and International Law (JAIL), 2010 ff. (Songea, Tansania).
- Ruaha Law Review (RLR), 2010 ff. (Iringa, Tansania).
- Terror & Elhárítás (Pécs, Ungarn).
- Hungarian Yearbook of International and European Law (HYIEL) (Budapest, Ungarn).
- Pécs Journal of International and European Law (PJIEL) (Pécs, Ungarn).

V. Aufsätze, Kommentierungen, Fallbesprechungen, Entscheidungsbesprechungen

- Rechtsfragen bei Streckenstilllegungen durch die Deutsche Bundesbahn unter besonderer Berücksichtigung des Zonenrandgebietes, in: Bayerische Verwaltungsblätter (BayVBl.), Heft 7, 1983, S. 193–201.
- Das „non-refoulement“-Prinzip, ein Menschenrecht „in statu nascendi“. Auch ein Beitrag zu Art. 3 Folterkonvention, in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) 1986, Heft 18, S. 521–529.
- Schadensersatz bei grenzüberschreitenden Reaktorunfällen, in: Juristenzeitung (JZ) 1986, Heft 21, S. 979–986.
- Meinungsäußerungsrecht und Pressefreiheit nach marxistisch-leninistischem Grundrechtsverständnis, in: Recht in Ost und West (ROW) 1987, Heft 2, S. 79–90.
- Las libertades de opinión, información y prensa, según el artículo 5° de la ley fundamental de la República Federal de Alemania, in: Revista chilena de derecho, volumen 14, 1987, S. 203–218.
- Zur Entwicklung eines besonderen Bereichs des Internationalen Rechts: Die naturrechtliche Verankerung der Freiheitsrechte, in: Die Friedenswarte, Band 67, Heft 1–4 (1987), S. 53–81.

- Der grenzüberschreitende Informationsfluß durch Rundfunkwellen. Zur Frage der Völkerrechtswidrigkeit von Jamming, in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) 1988, Heft 1/2, S. 1–13.
- Die Schrankentrias des Art. 5 Abs. 2 GG, in: Juristische Schulung (JuS) 1988, Heft 4, S. 274–279.
- Die Erweiterung des Geltungsbereichs des humanitären Völkerrechts durch die Zusatzprotokolle zu den Genfer Konventionen, in: Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre 1988, volume XXVII, Heft 1, S. 9–43.
- Die rechtliche Bewertung der innerdeutschen Städtepartnerschaftsverträge, in: Königssteiner Kreis – Mitteilungsblatt 1988, Nr. 1, S. 13–21.
- Die Erklärungen der DDR zur UN-Antifolterkonvention aus völkerrechtlicher Sicht. Ein Beitrag zur Zulässigkeit von Vorbehalten und ihren Rechtsfolgen, in: Juristenzeitung (JZ) 1988, Heft 22, S. 1048–1053 (zusammen mit Martin Ney).
- Probleme der Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit für Rechtsanwälte in den Europäischen Gemeinschaften, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1989, Heft 18, S. 1120–1127.
- Freizügigkeit und Niederlassungsfreiheit von Apothekern, in: Deutsche Apotheker Zeitung (DAZ) 1989, Heft 24, S. 1252–1259.
- Das Memelland – vergessenes Land im Osten. Eine völkerrechtliche und staatsrechtliche Betrachtung, in: Gornig, Gilbert H. (Hrsg.), Liber discipulorum. Festgabe für Professor Dr. Dieter Blumenwitz, Peter Lang-Verlag, Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris 1989, S. 73–98 (auszugsweise abgedruckt in: Materialien zu Deutschlandfragen. Politiker und Wissenschaftler nehmen Stellung. 1989–91, 1991, S. 377–381).
- Staats- und völkerrechtliche Probleme beim Abschluß von Partnerschaften zwischen Kommunen in der Bundesrepublik Deutschland und Kommunen in den Staaten des Warschauer Pakts, insbesondere in den Gebieten des Deutschen Reiches und in den übrigen früheren deutschen Siedlungsgebieten, in: Literatur-Spiegel, 1989, Nr. 33, S. 1–48.
- Der Hitler-Stalin-Pakt. Eine rechtliche Würdigung, in: Recht in Ost und West (ROW) 1989, Heft 7, S. 395–407.
- Die völkerrechtliche Zulässigkeit eines Handelsembargos, in: Juristenzeitung (JZ) 1990, Heft 3, S. 113–123.
- Die innerdeutschen Städtepartnerschaften. Eine rechtliche Würdigung, in: Haendcke-Hoppe, Maria/Lieser-Triebnigg, Erika (Hrsg.), 40 Jahre innerdeutsche Beziehungen. Schriftenreihe der Gesellschaft für Deutschlandforschung, Band 20, Jahrgang 1989, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 1990, S. 153–178.
- Deutschlands aktuelle Verfassungslage. Die Sondertagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Berlin 1990, in: Der Staat 1990, Heft 3, S. 371–388.
- Die vertragliche Regelung der mit der deutschen Vereinigung verbundenen auswärtigen Probleme, in: Außenpolitik. Zeitschrift für internationale Fragen 1991, Heft 1, S. 3–12.
- The Contractual Settlement of the External Problems of German Unification, in: Außenpolitik. German Foreign Affairs Review 1991, vol. 42, edition 1, S. 3–12.
- Gottfried Zieger †, in: Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift (DtZ) 1991, Heft 4, S. 136–137.
- Der Zwei-plus-vier-Vertrag unter besonderer Berücksichtigung grenzbezogener Regelungen, in: Recht in Ost und West (ROW), 1991, Heft 4, S. 97–106 (auszugsweise abgedruckt in: Materialien zu Deutschlandfragen. Politiker und Wissenschaftler nehmen Stellung. 1989–91, 1991, S. 437–447).
- Flüchtlinge und UNHCR, in: Wolftrum, Rüdiger (Hrsg.), Handbuch der Vereinten Nationen, 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 1991, S. 156–167.
- Rechtliche Würdigung von Vertreibung und Enteignung – dargestellt am Schicksal der Donauschwaben Jugoslawiens, in: AWR-Bulletin 1991, Heft 2, S. 72–88.

- „Nichtraucherschutz im Kommunalparlament“ (Fallbesprechung), in: Juristische Ausbildung (JA), 1991, Heft 8–9, S. 169–173 (zusammen mit Ralf Jahn).
- Enteignungen in der SBZ zwischen 1945 und 1949 unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: IFLA Informationsdienst für Lastenausgleich, BVFG und anderes Kriegsfolgenrecht, Vermögensrückgabe und Entschädigung nach dem Einigungsvertrag 1991, Nr. 11, S. 125–136.
- Die Verantwortlichkeit politischer Funktionsträger nach völkerrechtlichem Strafrecht, in: Neue Justiz 1992, Heft 1, S. 4–14.
- Zum vorläufigen Rechtsschutz bei auf EG-Verordnung beruhenden Verwaltungsakten, EuGH, Urteil vom 21. Februar 1991 – C-143/88, Besprechung, in: Juristenzeitung (JZ), 1992, Heft 1, S. 39–41.
- Völkerrechtliche Probleme des Satellitenrundfunks, in: Hans Bredow-Institut für Rundfunk und Fernsehen (Hrsg.), Internationales Handbuch für Hörfunk und Fernsehen 1992/93, 21. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, Hamburg 1992, S. F 1–F 9.
- Rechtswissenschaftliche Ausbildung an der Martin-Luther-Universität Halle, in: Juristische Schulung (JuS), 1992, Heft 4, S. 358–360.
- Zur Zulässigkeit einer Weisung des Bundesumweltministers, BVerfG, Urteil vom 10. April 1991 – 2 BvG 1/91, Besprechung, in: Juristenzeitung (JZ), 1992, Heft 6, S. 308–310.
- „Straßenkunst in der Fußgängerzone“ (Fallbesprechung), in: Juristische Arbeitsblätter (JA), 1992, Heft 3, S. 56–61 (zusammen mit Ralf Jahn).
- Satellitenrundfunk und Völkerrecht. Entwicklung – Stand – Zukunft, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM), 1992, Heft 4, S. 174–186.
- Das Sicherheits- und Ordnungsrecht des Landes Sachsen-Anhalt. Das Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung des Landes Sachsen-Anhalt, in: Landes- und Kommunalverwaltung (LKV), 1992, Heft 8, S. 254–260.
- Prüfung der Geschäftsführung nach dem Landwirtschaftsanpassungsgesetz, in: Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift (DtZ) 1992, Heft 8, S. 232–239 (zusammen mit Ralph Heiermann).
- Völkerrechtliche Konsequenzen einer Revolution, in: elsa, The European Law Students' Association. Internationales Seminar: Osteuropa im Umbruch, 26.–29. Juni 1992, Göttingen, S. 5–20.
- „Der Parteitag in der Stadthalle“ (Fallbesprechung), in: Juristische Schulung (JuS) 1992, Heft 10, S. 857–861 (zusammen mit Ralf Jahn).
- Vom Ökodumping zum Ökoprotektionismus: Umweltzeichen im Lichte von EWG-Vertrag und GATT, in: Europäische Wirtschafts-Zeitschrift (EuZW) 1992, Heft 24, S. 753–759 (zusammen mit Michael Silagi).
- Die Verfassungsmäßigkeit der Entsendung von Bundeswehrsoldaten zu Blauhelmeinsätzen, in: Juristenzeitung (JZ) 1993, Heft 3, S. 123–128.
- Die deutsch-polnische Grenzregelung, in: Göttinger Arbeitskreis (Hrsg.), Deutschland im weltpolitischen Umbruch. Studien zur Deutschlandfrage, Band 11, Verlag Duncker & Humblot, Berlin, 1993, S. 163–191.
- Erwerbsmöglichkeit von zwischen 1945 und 1949 enteigneten Vermögensgütern durch bevorzugte Personen und ihre Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht, in: Zeitschrift für Vermögens- und Investitionsrecht (VIZ) 1993, S. 136–141.
- Der Inhalt des Selbstbestimmungsrecht, in: Politische Studien, Sonderheft 6, 1993, S. 11–29.
- Eine Verfassungsänderung ist nicht erforderlich. Über die Zulässigkeit des Einsatzes von Bundeswehrsoldaten im Ausland, in: Truppenpraxis 1993, Heft 5, S. 571–581.
- Die Rechtsprechung des EuGH zum europäischen allgemeinen Verwaltungsrecht – Teil 1, in: Juristenzeitung (JZ), Heft 18, 1993, S. 884–893 (zusammen mit Christiane Trüe).

- Der Rechtsstatus des nördlichen Ostpreußen, in: Jähnig, Bernhart/Spieler, Silke (Hrsg.), Das Königsberger Gebiet im Schnittpunkt deutscher Geschichte und in seinen europäischen Bezügen, Bonn 1993, S.137–158.
- Rechtsprechungsbericht des EuGH zum europäischen allgemeinen Verwaltungsrecht – Teil 2, in: Juristenzeitung (JZ), Heft 19, 1993, S. 934–942 (zusammen mit Christiane Trüe).
- Asylrecht im Völkerrecht und nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: Georgia Augusta. Nachrichten aus der Universität Göttingen, Band 59, 1993, S. 9–22.
- Internationale Einsätze der Bundeswehr aus völkerrechtlicher Sicht, in: Akademische Blätter 1993, S. 107–111.
- Völkerrechtliche Probleme des Satellitenrundfunks, in: Hans Bredow-Institut für Rundfunk und Fernsehen (Hrsg.), Internationales Handbuch für Hörfunk und Fernsehen 1994/95, 22. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, Hamburg 1994, S. D 1–D 9.
- Das Nördliche Ostpreußen und die Europäische Union, in: Recht in Ost und West (ROW) 1994, S. 125–137 (zusammen mit Jochen Anweiler).
- Abschleppen eines Kfz von privatem Stellplatz – OVG Saarlouis, NJW 1994, 878, in: Juristische Schulung (JuS) 1995, S. 208–210.
- Refugees, including UNHCR, in: Wolfrum, Rüdiger (ed.), United Nations: Law, Policies and Practice, 1995, S. 1025–1039.
- „Altstadtverschönerung“ (Fallbesprechung), in: Juristische Schulung (JuS) 1995, Heft 6, S. 618–622 (zusammen mit Ralf Jahn).
- Völkerrechtliche und europarechtliche Vorgaben bei der Entsorgung radioaktiver und nichtradioaktiver Stoffe, in: Fachverband für Strahlenschutz (Hrsg.), Entsorgung: Wiederverwertung – Beseitigung, Verlag TÜV Rheinland GmbH, Köln 1995, S. 33–49.
- Zukunftsperspektiven der Minderheiten und Volksgruppen im Bereich der Wiedergutmachung. Ein Beitrag zur Haftung bei der Verletzung völkerrechtlicher Minderheitenschutzbestimmungen, in: Blumenwitz, Dieter/Gornig, Gilbert (Hrsg.), Staats- und völkerrechtliche Ansätze zu rechtlichen und politischen Zukunftsperspektiven der deutschen Minderheiten und Volksgruppen. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 14, Verlag Wissenschaft und Politik, Köln 1995, S. 25–48.
- Michael Fleischmann, in: Rauschning, Dietrich/Nerée, Donata von (Hrsg.), Jahrbuch der Albertus-Universität zu Königsberg/Pr. Aus Anlaß der Gründung der Albertus-Universität vor 450 Jahren, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 1995, S. 359–364.
- Völkerrecht, in: Schneiders, Werner (Hrsg.), Lexikon der Aufklärung. Deutschland und Europa, Verlag C. H. Beck, München 1995, S. 431–432; 2. Aufl. 2001.
- Die Grundgesetz-Revision. Aktuelle Perspektiven und Probleme im deutschen Verfassungsrecht, in: Die Zukunft der Verfassung. Beiträge, Protokolle und Materialien zum Seminar für juristische Fachlektoren in Sunningdale (England) 1995, S. 1–20.
- Reformation des Grundgesetzes: gegenwärtige Perspektiven und Probleme im deutschen Verfassungsrecht, in: Constitutional Law Research, No. 2 (Korean Constitutional Law Association), Seoul, November 1996 (übersetzt von Beyong Hoon Rhee/Yong Ho Shin) (koreanisch).
- Völkerrechtswidrigkeit von Vertreibung und entschädigungsloser Enteignung unter besonderer Berücksichtigung der Sudetendeutschen. Aspekte der Wiedergutmachung, in: Literaturspiegel 1996, S. 1–25.
- Aspekte der Wiedergutmachung der Vertreibung, in: Schnürch, Roland/Thomas, Harald (Hrsg.), Von Prag nach Sarajewo. Vertreibung und Wiedergutmachung, Leopold Stocker-Verlag, Graz, Stuttgart 1996, S. 57–72.

- Völkerrechtswidrigkeit von Vertreibung und entschädigungsloser Enteignung der Sudentendeutschen, in: Deutschland und seine Nachbarn. Forum für Kultur und Politik, Heft 16, Mai 1996, S. 1–44.
- China und Korea als Gegenstand der Verhandlungen von Kairo, Teheran, Jalta und Potsdam, in: Meissner, Boris/Blumenwitz, Dieter/Gornig, Gilbert (Hrsg.), Das Potsdamer Abkommen. III. Teil: Rückblick nach 50 Jahren, Verlag Wilhelm Braumüller, Wien 1996, S. 103–134.
- Kontrollratsgesetz Nr. 46 betreffend die Auflösung Preußens vom 25. Februar 1947, in: Ostdeutsche Gedenktage 1997. Persönlichkeiten und historische Ereignisse, Bonn 1996, S. 323–331.
- Das nördliche Ostpreußen. Zukunft einer europäischen Region, in: alma mater philippina, 1996, S. 17–21.
- Zentralismus und Entfaltung der Minderheiten- und Volksgruppenrechte, in: Blumenwitz, Dieter/Gornig, Gilbert (Hrsg.), Der Schutz von Minderheiten- und Volksgruppenrechten durch die Europäische Union. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 15, Verlag Wissenschaft und Politik, Köln 1996, S. 69–105.
- Die Strauß- oder Heckenwirtschaft, in: Gewerbe-Archiv 1997, Heft 1, S. 8–13 (zusammen mit Christoph Deutsch).
- Kontinuität oder Diskontinuität. Die Beziehungen des Landes Hessen zu seinen Vorgängern, in: Hessischer Ministerpräsident Hans Eichel/Präsident des Hessischen Landtags Klaus Peter Möller (Hrsg.), 50 Jahre Verfassung des Landes Hessen. Eine Festschrift, Westdeutscher Verlag, Wiesbaden 1997, S. 122–147.
- The Revision of the German Basic Law. Current Perspectives and Problems in German Constitutional Law, in: Public Law – Spring 1997, S. 137–158 (zusammen mit Sven Reckwerth) (auch in: Westlaw UK, online service from Sweet & Maxwell).
- Minority Protections in Germany, in: Tilburg Foreign Law Review. Journal on Foreign and Comparative Law, vol. 6, number 1, 1997, S. 69–111 (zusammen mit Christiane Trüe).
- Der praktische Fall – Öffentliches Recht: Die Umdeutung einer Rücknahme (Fallbesprechung), in: Juristische Schulung (JuS) 1997, Heft 10, S. 918–922 (zusammen mit Christoph Deutsch).
- Das Recht auf Heimat und das Recht auf die Heimat. Völkerrechtliche Überlegungen, in: Weigand, Katharina (Hrsg.), Heimat. Konstanten und Wandel im 19./20. Jahrhundert. Vorstellungen und Wirklichkeiten, München 1997, S. 33–50.
- Entwicklungen des Staatsangehörigkeitsrechts Hongkongs vor dem Hintergrund des Übergangs an China am 1. Juli 1997, in: Das Standesamt (StAZ) 1997, Heft 11, S. 336–340.
- Das Recht auf die Heimat. Auch ein Beitrag zu Vertreibung und Enteignung im Völkerrecht, in: IFLA Informationsdienst für Lastenausgleich, BVFG und anderes Kriegsfolgenrecht, Vermögensrückgabe und Entschädigung nach dem Einigungsvertrag 1997, Nr. 11, S. 121–128.
- Niederlassungsfreiheit der Europäischen Gemeinschaften im Lichte des Rechts auf die Heimat, in: Blumenwitz, Dieter/Gornig, Gilbert/Murswiek, Dietrich (Hrsg.), Der Beitritt der Staaten Ostmitteleuropas zur Europäischen Union und die Rechte der deutschen Volksgruppen und Minderheiten sowie Vertriebenen. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 16, Verlag Wissenschaft und Politik, Köln 1997, S. 115–144.
- Der Untergang Preußens unter besonderer Berücksichtigung des Kontrollratsgesetzes Nr. 46 betreffend die Auflösung Preußens vom 25. Februar 1947, in: Schriftenreihe des Preußeninstituts, Heft 7, 1998, S. 5–43.

- Polizeiarbeit. Von der Gratwanderung zwischen Frust und Erfolg, in: *Die Polizei* 1998, S. 117–122.
- Die politische Geschichte und völkerrechtliche Fragen des Memelgebietes bis 1939, in: Meissner, Boris/Bamberger-Stemmann, Sabine/Henning, Detlef (Hrsg.), *Die deutsche Volksgruppe in Litauen und im Memelland während der Zwischenkriegszeit und aktuelle Fragen des deutsch-litauischen Verhältnisses*, Bibliotheca Baltica, Hamburg, 1998, S. 119–158.
- Einführung in die Tagung Deutsch-Polnische Begegnung zu Wissenschaft und Kultur im zusammenwachsenden Europa, in: Gornig, Gilbert (Hrsg.), *Deutsch-polnische Begegnung zu Wissenschaft und Kultur. Societas Physicae Experimentalis. Schriften der Danziger Naturforschenden Gesellschaft*, Band 2, Lübeck 1998, S. 16–19.
- Schlußbemerkungen – zugleich ein Beitrag zur Geschichte Danzigs, in: Gornig, Gilbert (Hrsg.), *Deutsch-polnische Begegnung zu Wissenschaft und Kultur. Societas Physicae Experimentalis. Schriften der Danziger Naturforschenden Gesellschaft*, Band 2, Lübeck 1998, S. 122–128.
- Die rechtliche Situation der Minderheiten und Volksgruppen in Frankreich, in: *Europa Ethnica* 1998, Heft 1–2, S. 1–56 (zusammen mit Gilles Despeux).
- Pflichtmitgliedschaft in der Industrie- und Handelskammer. Verfassungsrechtliche und europarechtliche Aspekte, in: *Wirtschaft und Verwaltung* 1998, Heft 3, S. 157–181.
- „Verunreinigung mit Chlorkohlenwasserstoff“ (Fallbesprechung), in: *Jura. Juristische Ausbildung* 1998, S. 591–597 (zusammen mit Carsten Pagels).
- Sanktions- und Kontrollmechanismen für die Durchsetzung eines wirksamen Minderheitenschutzes als Garant für die Schaffung von Stabilität in Europa, in: Blumenwitz, Dieter/Gornig, Gilbert/Murswiek, Dietrich (Hrsg.), *Rechtsanspruch und Rechtswirklichkeit des europäischen Minderheitenschutzes. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht*, Band 17, Verlag Wissenschaft und Politik, Köln, 1998, S. 119–151.
- Die rechtliche Systematik der Verantwortung pharmazeutischer Unternehmen. Haftungsrisiken im öffentlichen Recht, in: Forschungsstelle für Pharmarecht der Philipps-Universität Marburg (Hrsg.), *Marburger Gespräche zum Pharmarecht. Die Haftung der Unternehmensleitung. Risiken und ihre Vermeidung. Erstes Symposium von Wissenschaft und Praxis*, pmi Verlag Frankfurt/Main 1999, S. 15–35.
- Kommentierung des Art. 12 a GG, in: von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian, *Das Bonner Grundgesetz*, Band 1. Präambel Art. 1–19, Kommentar, 4. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München 1999, S. 1485–1557.
- Kommentierung des Art. 13 GG, in: von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian, *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar*, Band 1. Präambel Art. 1–19, Kommentar, 4. Aufl. Verlag Franz Vahlen, München 1999, S. 1558–1628.
- Minority Protection in Germany, in: Starck, Christian (ed.), *Constitutionalism, Universalism and Democracy – a comparative analysis. The German Contributions to the Fifth World Congress of the International Association of Constitutional Law*, Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit, Band 75, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden 1999, S. 161–182.
- Völkerrechtliche Verankerung der Menschenrechte, in: Sommer, Gert/Stellmacher, Jost/Wagner Ulrich (Hrsg.), *Menschenrechte und Frieden. Aktuelle Beiträge und Debatten*, Schriftenreihe des Arbeitskreises Marburger Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler für Frieden und Abrüstungsforschung (AMW) und der Interdisziplinären Arbeitsgruppe für Frieden und Abrüstungsforschung an der Philipps-Universität Marburg (IAFA), Nr. 22, 1999, S. 142–167.
- Zur Polizeifestigkeit der Pressefreiheit – OVG Frankfurt/Oder, NJW 1997, 1387, in: *Juristische Schulung* (JuS) 1999, S. 1167–1171.

- Wem gehört der Pergamon-Altar? Völkerrechtliche Diskussion der Forderungen Griechenlands auf Rückgabe von Kulturgütern, in: Gornig, Gilbert/Schiller, Theo/Wesemann, Wolfgang (Hrsg.), Griechenland in Europa. Peter Lang-Verlag, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Wien 2000, S. 61–95.
- Die Rechtsprechung des EuGH und des EuG zum Europäischen Verwaltungsrecht – Teil 1, in: Juristenzeitung (JZ), 2000, Heft 8, S. 395–406 (zusammen mit Christiane Trüe).
- Die Rechtsprechung des EuGH und des EuG zum Europäischen Verwaltungsrecht – Teil 2, in: Juristenzeitung (JZ), 2000, Heft 9, S. 446–457 (zusammen mit Christiane Trüe).
- Die Rechtsprechung des EuGH und des EuG zum Europäischen Verwaltungsrecht – Teil 3, in: Juristenzeitung (JZ), 2000, Heft 10, S. 501–512 (zusammen mit Christiane Trüe).
- Der Begriff der Minderheit im Völkerrecht, in: IFLA. Informationsdienst für Lastenausgleich, BVFG und anderes Kriegsfolgenrecht, Vermögensrückgabe und Entschädigung nach dem Einigungsvertrag 2000, Heft 6, S. 61–68.
- „Ethnische Säuberungen“. Recht auf die Heimat und die Verantwortlichkeit der Vertreiber, in: AWR-Bulletin 2000, Band 1, S. 19–33.
- Deutschland und Polen – eine noch schwierige Freundschaft, in: Gornig, Gilbert (Hrsg.), Deutsch-polnische Begegnung zu Wissenschaft und Kultur. Societas Physicae Experimentalis. Schriften der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, Band 4, Lübeck 2000, S. 151–155.
- Immunität von Staatsoberhäuptern, in: Ipsen, Jörn/Schmidt-Jortzig, Edzard (Hrsg.), Recht – Staat – Gemeinwohl. Festschrift für Dietrich Rauschnig, 2001, S. 457–485.
- Der Tyrannenmord, in: Hofmann, Mahulena/Küpper, Herbert (Hrsg.), Kontinuität und Neubeginn. Staat und Recht in Europa zu Beginn des 21. Jahrhunderts. Festschrift für Georg Brunner aus Anlaß seines 65. Geburtstags, Baden-Baden 2001, S. 603–626.
- Die Seeabgrenzungen Polens mit seinen Nachbarstaaten, in: Gornig, Gilbert (Hrsg.), Deutsch-polnische Begegnung zu Wissenschaft und Kultur. Societas Physicae Experimentalis. Schriften der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, Band 5, Lübeck 2001, S. 43–82.
- Schlussbemerkungen – Danzig, eine Stadt macht Geschichte, in: Gornig, Gilbert (Hrsg.), Deutsch-polnische Begegnung zu Wissenschaft und Kultur. Societas Physicae Experimentalis. Schriften der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, Band 5, Lübeck 2001, S. 226–229.
- Das Verbot von Vertreibung und ethnischer Säuberung, in: Rill, Bernd (Hrsg.), Gegen Völkermord und Vertreibung. Die Überwindung des zwanzigsten Jahrhunderts, Argumente und Materialien zum Zeitgeschehen, Band 28, Hanns-Seidel-Stiftung, 2001, S. 41–58 (http://www.hss.de/downloads/argumente_materialien_28.pdf).
- Die Definition des Minderheitenbegriffs aus historisch-völkerrechtlicher Sicht, in: Blumenwitz, Dieter/Gornig, Gilbert/Murswiek, Dietrich (Hrsg.), Ein Jahrhundert Minderheiten- und Volksgruppenschutz. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 19, Verlag Wissenschaft und Politik, Köln 2001, S. 19–48.
- Störerauswahl – VGH München, NVwZ 2001, 458, in: Juristische Schulung (JuS), Heft 1, 2002, S. 21–24 (zusammen mit Grit Hokema).
- Kampf gegen den Terrorismus, in: Wissenschaftlicher Literaturanzeiger (WLA), 2002, Heft 2, S. 84.
- Das Prinzip „Ein Staat – Zwei Systeme“ und seine Lesearten, in: Güssgen, Achim/Schramm, Miguel/Seidemann Reimund/Ting, Wai im Auftrag der Hessischen Landes-

- zentrale für Politische Bildung (Hrsg.), Hongkong nach 1997. Take-over, Re-unification oder Neubeginn?, Verlag Wissenschaft und Politik, Köln 2002, S. 13–20.
- Kurfürst Friedrich III. krönt sich in Königsberg zum König in Preußen, in: Kulturstiftung der deutschen Vertriebenen (Hrsg.), Ostdeutsche Gedenktage. Persönlichkeiten und historische Ereignisse, 2001/2002, 2003, S. 329–334.
 - Pflichtmitgliedschaft in der Industrie- und Handelskammer, in: Gornig, Gilbert (Hrsg.), Rechtliche Aspekte der Vermögensberatung, Schriftenreihe der Forschungsstelle für Finanzdienstleistungsrecht der Philipps-Universität Marburg, Peter Lang-Verlag, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2003, S. 1–64.
 - Terrorism, International Law and NATO – A German View, in: SZIER quarterly, 2002/2003, vol. II, No. 3–4, S. 36–41.
 - Ruf nach einer europäischen Verfassung, in: JURA. A Pécsi Tudományegyetem Állam – és Jogtudományi Karának tudományos lapja, 2003. 2. szám, S. 34–44.
 - Braucht Europa eine Verfassung? in: Wissenschaftlicher Literaturanzeiger (WLA), 2003, Heft 2, S. 76.
 - Mittelständische Wirtschaft und Osterweiterung, in: Der Mittelstand. Unternehmermagazin des BVMW 2004, Nr. 2, S. 35 f.
 - Terrorism, International Law and NATO: A German View, in: Tarrósy, István (ed.), “After You Voted”. How Would You Play NATO? Proceedings of the 2nd International NATO Conference at the University of Pécs, Pécs, Hungary, 2003, S. 138–146.
 - Fischereizonen und Wirtschaftszonen in der Ostsee, in: Gornig, Gilbert (Hrsg.), Deutsch-polnische Begegnung zu Wissenschaft und Kultur. Societas Physicae Experimentalis. Schriften der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, Band 6, Danzig 2004 (mit polnischer Zusammenfassung), S. 168–191.
 - Schlussbemerkungen – auch ein Beitrag zum Status Danzigs zwischen 1454 und 1793, in: Gornig, Gilbert (Hrsg.), Deutsch-polnische Begegnung zu Wissenschaft und Kultur. Societas Physicae Experimentalis. Schriften der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, Band 6, Danzig 2004, S. 214–218.
 - Rechtliche Grundlagen der Juristenausbildung in Deutschland, in: Pécsi Tudományegyetem Állam – és Jogtudományi Kar (Hrsg.), Közjogi intézmények a XXI. században. A közigazgatási jogi előadásainak szerkesztett változata. Nemzetközi konferencia (Pécs, 2003. Október 16.), Pécs, 2004, S. 47–64.
 - Nachruf auf Georg Brunner, in: Blumenwitz, Dieter/Gornig, Gilbert/Murswiek, Dietrich (Hrsg.), Minderheitenschutz und Demokratie. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 20, Duncker & Humblot, Berlin 2004, S. 17–18 (zusammen mit Dieter Blumenwitz und Dietrich Murswiek).
 - Nachruf auf Odo Ratza, in: Blumenwitz, Dieter/Gornig, Gilbert/Murswiek, Dietrich (Hrsg.), Minderheitenschutz und Demokratie. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 20, Duncker & Humblot, Berlin 2004, S. 19–20 (zusammen mit Dieter Blumenwitz und Dietrich Murswiek).
 - E nevoie de o constituție europeană?, in: Acta Universitatis Lucian Blaga. Iurisprudentia, 2003, Band 1–2, 2004, S. 90–101 (Übersetzung: Ioana Rusu).
 - Vorwort, in: Grenke, Arthur, Völkermord. Weltgeschichte des Genozids. Aus dem Englischen von Kurt Baudisch, Verlag Herbig, München 2004, S. 7–10.
 - Volksabstimmung und „Europäische Verfassung“, in: Chronowski, Nora (Hrsg.), „Adamante Notare“. Essays in Honour of Professor Antal Ádám on Occasion of his 75th Birthday, Pécs 2005, S. 489–517.
 - Schlussbemerkungen – Danzig, die Hanse und das Völkerrecht, in: Gornig, Gilbert (Hrsg.), Deutsch-polnische Begegnung zu Wissenschaft und Kultur. Societas Physicae

Experimentalis. Schriften der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, Band 8, Lübeck 2005, S. 195–205.

- Народные голосования в аспекте особого внимания к европейскому конституционному договору (Volkswahlen unter dem Aspekt der besonderen Berücksichtigung des europäischen Verfassungsvertrags), in: Развитие и перспективы национальной правовой системы в контексте европейских интеграционных процессов. Материалы Международной научно-практической конференции, 16–17 июня 2005 г., Минск (Entwicklung und Perspektiven des nationalrechtlichen Systems im Kontext europäischer Integrationsprozesse. Material der internationalen wissenschaftspraktischen Konferenz, 16.–17. Juni 2005, Minsk), Minsk 2005, S. 28.
- Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Praxis freier Berufe am Beispiel der Rechtsanwälte in Deutschland, in: Pécsi Tudományegyetem Állam – és Jogtudományi Kar (Hrsg.), Constitutional Consequences of the EU Membership, Pécs, 2005, S. 161–182.
- Kommentierung des Art. 12 a GG, in: von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian, Das Bonner Grundgesetz, Band 1. Präambel Art. 1–19, Kommentar, 5. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München 2005, S. 1181–1231.
- Kommentierung des Art. 13 GG, in: von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian, Das Bonner Grundgesetz. Kommentar, Band 1. Präambel Art. 1–19, Kommentar, 5. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München 2005, S. 1233–1284.
- Wiederbegründung der Provinzen West- und Ostpreußen, in: Kulturstiftung der deutschen Vertriebenen (Hrsg.), Ostdeutsche Gedenktage. Persönlichkeiten und historische Ereignisse, 2003/2004, 2005, S. 405–408.
- Friede von Teschen, in: Kulturstiftung der deutschen Vertriebenen (Hrsg.), Ostdeutsche Gedenktage. Persönlichkeiten und historische Ereignisse, 2003/2004, 2005, S. 427–433.
- Dieter Blumenwitz wissenschaftliches Werk, in: <http://www.gs-blumenwitz.de/home/>.
- Der völkerrechtliche Status Deutschlands zwischen 1945 und 1990. Auch ein Beitrag zu Problemen der Staatsukzession, in: Schriftenreihe der Landsmannschaft Hasso-Borussia, Band 1, 2005, S. 1–25.
- Gleichberechtigung in der Europäischen Gemeinschaft, in: Acta Universitatis Lucian Blaga. Iurisprudentia, 2005, Band 1–2, 2005, S. 84–95 (zusammen mit Ioana Rusu).
- Principiul tratamentului egal în dreptul comunitar, in: Acta Universitatis Lucian Blaga. Iurisprudentia, 2005, Band 1–2, 2005, S. 96–106 (zusammen mit Ioana Rusu).
- Nachruf auf Dieter Blumenwitz, in: Gornig, Gilbert/Murswiek, Dietrich (Hrsg.), Das Recht auf die Heimat. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 23, Duncker & Humblot, Berlin 2006, S. 163–165 (zusammen mit Dietrich Murswiek).
- Nachruf auf Boris Meissner, in: Gornig, Gilbert/Murswiek, Dietrich (Hrsg.), Das Recht auf die Heimat. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 23, Duncker & Humblot, Berlin 2006, S. 167–168 (zusammen mit Dieter Blumenwitz und Dietrich Murswiek).
- Dieter Blumenwitz' wissenschaftliches Werk, in: Bausback, Winfried/Irmscher, Tobias (Hrsg.), Recht und Menschlichkeit. Reden und Festvortrag zur akademischen Gedächtnisfeier für Dieter Blumenwitz, Würzburger rechtswissenschaftliche Studien, hrsg. von der Juristischen Fakultät der Universität Würzburg, Ergon Verlag, Würzburg, 2006, S. 19–27.
- Всенародное Голосование и Конституция Европы, в: Вестник Конституционного Суда Республики Беларусь, Минск, I 2006, с. 180–188 (Volksabstimmung und „Europäische Verfassung“, in: Bulletin of the Constitutional Court of the Republic of Belarus, Minsk, 2006 I, S. 180–188).
- Menschenrechte im Völkerrecht, in: Blumenwitz, Dieter/Gornig, Gilbert/Murswiek Dietrich, Minderheitenschutz und Menschenrechte. Staats- und völkerrechtliche Abhand-

- lungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 21, Duncker & Humblot, Berlin 2006, S. 155–194.
- Europäische Geschichte in der Mitte des 19. Jahrhunderts. Europa um das Jahr 1856, in: Schriftenreihe der Landsmannschaft Hasso-Borussia, Band 2, 2006, S. 1–30.
 - Termenul de „persoană care tulbură liniștea publică“ în dreptul polițienesc german (Der Störerbegriff im öffentlichen Recht der Bundesrepublik Deutschland, in: Acta Universitatis Lucian Blaga. Iurisprudentia, 2005, supliment, S. 103–114 (zusammen mit Ioana Rusu).
 - The Notion of “Person Who Disturbs the Public Order” in German Police Law, in: Acta Universitatis Lucian Blaga. Iurisprudentia, 2005, supplement, S. 82–91 (zusammen mit Ioana Rusu).
 - Mediation im Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsprozeß, in: Hengstl, Joachim/Sick, Ulrich (Hrsg.), Recht gestern und heute. Festschrift zum 85. Geburtstag von Richard Haase, Harrassowitz Verlag, Wiesbaden, 2006, S. 243–255.
 - Entstehung und Untergang von Staaten im Völkerrecht, in: Conferinței internaționale. Statul și Dreptul – Mutații instituționale contemporane, Sibiu, 2006, S. 78–111 (zusammen mit Ioana Eleonora Rusu).
 - Schlussbemerkungen – Freie Stadt Danzig, in: Deutsch-polnische Begegnung zu Wissenschaft und Kultur. Societas Physicae Experimentalis. Schriften der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, Band 9, Lübeck 2007, S. 220–226.
 - Germany and the European Union, in: www.eunicum.com (zusammen mit Ioana Eleonora Rusu).
 - Supremacy and Community Law, in: www.eunicum.com (zusammen mit Ioana Eleonora Rusu).
 - Direct Applicability of Community Law, in: www.eunicum.com (zusammen mit Ioana Eleonora Rusu).
 - The Preliminary Rulings Procedure, in: www.eunicum.com (zusammen mit Ioana Eleonora Rusu).
 - General Principles of Law, in: www.eunicum.com (zusammen mit Ioana Eleonora Rusu).
 - Interpretation of National Law in Conformity with Community Law, in: www.eunicum.com.
 - Über Terrorismus, Völkerrecht und NATO. Aus Deutscher Sicht, in: Forum der Deutsch-Chinesischen Rechtswissenschaft. Jahrbuch IV, Verlag der Nanjing Universität, 2007, S. 35–45 (in chinesischer Sprache) (in Zusammenarbeit mit Yongping Ge).
 - Der internationale Kulturgüterschutz, in: Gornig, Gilbert/Horn, Hans-Detlef/Murswiek, Dietrich (Hrsg.), Kulturgüterschutz – internationale und nationale Aspekte. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 24, Duncker & Humblot, Berlin 2007, S. 17–63.
 - Geleitwort, in: Staat – Wirtschaft – Gemeinde. Festschrift für Werner Frotscher zum 70. Geburtstag, in: Gornig, Gilbert/Kramer, Urs/Volkman, Uwe (Hrsg.), Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 1069, Duncker & Humblot, Berlin 2007, S. 5–8 (zusammen mit Urs Kramer und Uwe Volkman).
 - Schleswig-Holstein als Kondominium und Koimperium, in: Gornig, Gilbert/Kramer, Urs/Volkman, Uwe (Hrsg.), Staat – Wirtschaft – Gemeinde. Festschrift für Werner Frotscher zum 70. Geburtstag, in: Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 1069, Duncker & Humblot, Berlin 2007, S. 165–181.
 - Religionsfreiheit im Internationalen Recht, in: Zeitschrift für Missionswissenschaft und Religionswissenschaft (zmr), 2007, Heft 3–4, S. 201–215.
 - Mijloace de coerciție în dreptul polițienesc, in: Revista de Drept Public (RDP), Band 1 (2008), S. 22–34.

- In Memoriam Dieter Blumenwitz, in: Gornig, Gilbert/Schöbener, Burkhard/Bausback, Winfried/Irmscher, Tobias (Hrsg.), *Iustitia et Pax. Gedächtnisschrift für Dieter Blumenwitz* in: *Schriften zum Öffentlichen Recht*, Band 176, Duncker & Humblot, Berlin 2008, S. 7–16 (zusammen mit Winfried Bausback, Tobias Irmscher und Burkhard Schöbener).
- Menschenrechte und Naturrecht, in: Gornig, Gilbert/Schöbener, Burkhard/Bausback, Winfried/Irmscher, Tobias (Hrsg.), *Iustitia et Pax. Gedächtnisschrift für Dieter Blumenwitz*, in: *Schriften zum Öffentlichen Recht*, Band 176, Duncker & Humblot, Berlin 2008, S. 409–431.
- Eigentum und Enteignung im Völkerrecht unter besonderer Berücksichtigung von Vertriebenen, in: Gornig, Gilbert/Horn, Hans-Detlef/Murswiek, Dietrich (Hrsg.), *Eigentumsrecht und Enteignungsrecht. Analysen und Beiträge zur Vergangenheitsbewältigung*, Teil 1, Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 25/1, Duncker & Humblot, Berlin 2008, S. 19–77.
- Geleitwort, in: Stöger, Jochen, *Krisen und Kriege. Deutschland und die Niederlande und die außen- und sicherheitspolitischen Herausforderungen der neuen Ära seit 1990*, agenda-Verlag, Münster 2008, S. 13–14.
- Enteignung von Vertriebenen und das Völkerrecht, in: *AWR-Bulletin* 2008, Nr. 2, S. 92–111.
- Ehrenrecht – Right to honour – Derecho al honor – Droit à l'honneur, in: Lageot, Céline u. a. (Hrsg.), *Dictionnaire plurilingue des libertés de l'esprit. Étude de droit européen comparé*. – Mehrsprachiges Wörterbuch über die Geistesfreiheiten. Vergleichende Studie europäischer Rechtsordnungen. – Multilingual Dictionary of Freedoms of Thought. An essay in European Comparative Law. – Diccionario plurilingüe de los derechos y libertades del espíritu. Estudio de derecho europeo comparado, LGDJ, Manz, Bruylant, Stämpfli Verlag AG, Bern 2008, S. 278–282.
- Informationsfreiheit- Freedom of information – Libertad de información – Liberté d'information, in: Lageot, Céline u. a. (Hrsg.), *Dictionnaire plurilingue des libertés de l'esprit. Étude de droit européen comparé*. – Mehrsprachiges Wörterbuch über die Geistesfreiheiten. Vergleichende Studie europäischer Rechtsordnungen. – Multilingual Dictionary of Freedoms of Thought. An essay in European Comparative Law. – Diccionario plurilingüe de los derechos y libertades del espíritu. Estudio de derecho europeo comparado, LGDJ, Manz, Bruylant, Stämpfli Verlag AG, Bern 2008, S. 506–510.
- Internet – Internet – Internet – Internet, in: Lageot, Céline u. a. (Hrsg.), *Dictionnaire plurilingue des libertés de l'esprit. Étude de droit européen comparé*. – Mehrsprachiges Wörterbuch über die Geistesfreiheiten. Vergleichende Studie europäischer Rechtsordnungen. – Multilingual Dictionary of Freedoms of Thought. An essay in European Comparative Law. – Diccionario plurilingüe de los derechos y libertades del espíritu. Estudio de derecho europeo comparado, LGDJ, Manz, Bruylant, Stämpfli Verlag AG, Bern 2008, S. 532–534.
- Rundfunkfreiheit – Freedom of audio-visual communication – Libertad de comunicación audiovisual – Liberté de communication audiovisuelle/radiodiffusion, in: Lageot, Céline u. a. (Hrsg.), *Dictionnaire plurilingue des libertés de l'esprit. Étude de droit européen comparé*. – Mehrsprachiges Wörterbuch über die Geistesfreiheiten. Vergleichende Studie europäischer Rechtsordnungen. – Multilingual Dictionary of Freedoms of Thought. An essay in European Comparative Law. – Diccionario plurilingüe de los derechos y libertades del espíritu. Estudio de derecho europeo comparado, LGDJ, Manz, Bruylant, Stämpfli Verlag AG, Bern 2008, S. 918–924.
- Verleumdung – Defamation – Difamación – Diffamation, in: Lageot, Céline u. a. (Hrsg.), *Dictionnaire plurilingue des libertés de l'esprit. Étude de droit européen comparé*. –

- Mehrsprachiges Wörterbuch über die Geistesfreiheiten. Vergleichende Studie europäischer Rechtsordnungen. – Multilingual Dictionary of Freedoms of Thought. An essay in European Comparative Law. – Diccionario plurilingüe de los derechos y libertades del espíritu. Estudio de derecho europeo comparado, LGDJ, Manz, Bruylant, Stämpfli Verlag AG Bern, 2008, S. 1132.
- Völkerrechtlicher Schutz von Kriegsgefangenen vor Abbildung in den Medien. Auch ein Beitrag zur Auslegung im Völkerrecht, in: Schöpflin, Martin/Meik, Frank/Weber, Otto/Bandtke, Jürgen (Hrsg.), Von der Sache zum Recht. Festschrift für Volker Beuthien, Verlag C. H. Beck, München 2009, S. 553–566.
 - Armut – und ihre Abhilfe durch Menschenrechte, in: Revista Ecumenică Sibiu (RES), Demnitatea omului și sărăcia. Menschenwürde und Armut, 2009, Nr. 2, S. 273–297.
 - 从德国统一进程看德国及柏林的国际法律地位 (Zur internationalen Rechtslage Deutschlands und Berlins aus der Sicht des Einigungsprozesses von Deutschland), in: 德国研究 (Deutschland-Studien), 2009, S. 31–36 (zusammen mit 葛勇平 [Yongping Ge] [chin.]).
 - German Basic Law, Kenyatta University Nairobi (Kenia), Conference Documents, 2009, 33 S.
 - Kommentierung des Art. 12 a GG, in: Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, Band 1, Präambel, Art. 1–19, Kommentar, 6. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München 2010, S. 1205–1256.
 - Kommentierung des Art. 13 GG, in: Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, Band 1, Präambel, Art. 1–Art. 19, Kommentar, 6. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München 2010, S. 1257–1312.
 - Der „gerechte Krieg“, in: Herrmann-Pfandt, Adelheid (Hrsg.), Moderne Religionsgeschichte im Gespräch. Festschrift für Christoph Elsas, EB-Verlag. Verlag für Wissenschaft und Praxis, Berlin 2010, S. 470–490.
 - Schlussbemerkungen – der Friede von Oliva vor 350 Jahren, in: Gornig, Gilbert (Hrsg.), Deutsch-polnische Begegnung zu Wissenschaft und Kultur. Societas Physicae Experimentalis. Schriftenreihe der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, Band 10, Marburg 2010, S. 176–182.
 - Saracia si combaterea ei prin drepturile omului, in: <http://www.ecum.ro/infoecum/Ro/arhiva/ris-2-2009-menschenwuerde-und-armut>.
 - 德国国际法主体身份一致性之思考 (Nachdenken über die Identität des deutschen Völkerrechtssubjekts), in: Studien über Deutsches Recht, Band IV, Verlag der Technischen Universität Harbin 2010, S. 153–157 (zusammen mit Jun Sun) (chin.).
 - Minderheitenschutz in Deutschland – insbesondere in der Zeit der Weimarer Republik, in: *europa ethnica* 2010, Heft 3, 4, S. 55–65.
 - Gemeindefinanzen in der Krise. Auch ein Beitrag zum kommunale Haushaltsrecht, in: Matscher, Franz/Pernthaler, Peter/Raffener, Andreas (Hrsg.), Ein Leben für Recht und Gerechtigkeit. Festschrift für Hans R. Klecatsky zum 90. Geburtstag, Neuer Wissenschaftlicher Verlag (nWV), Wien, Graz 2010, S. 275–288.
 - Creación y extinción de los estados de acuerdo al derecho internacional, in: Revista de Estudios Internacionales del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, Nr. 167, 2010, S. 27–53 (zusammen mit Teodoro Ribera Neumann) (auch online: <http://www.al-dia.cl/sistema/tablas/listar.asp?r=2543>).
 - Twenty Years Ago: The Unification of Germany, in: Marburg Law Review (MLR) 2010, Heft 2, S. 90–95.
 - Los derechos fundamentales: Alcance, origen, funciones y aplicación, in: La ley fundamental Alemana y la constitución política chilena, in: Fundación Konrad Adenauer/Fundación Friedrich Ebert/Fundación Heinrich Böll/Fundación Hanns Seidel (Hrsg.), Estudio constitucional comparado, Santiago de Chile, 2010, S. 41–82.

- Gesetz Nr. 46 des Alliierten Kontrollrates in Deutschland über die Auflösung des Staates Preußen, 25. Februar 1947, in: 100(0) Schlüsseldokumente zur Deutschen Geschichte im 20. Jahrhundert: <http://www.1000dokumente.de>.
- Human Rights and Natural Law, in: Ruaha Law Review (RLR), 2010, S. 1–25.
- The Present Status of Development of Nuclear Energy and Policy Issues for Green Energy in Germany, in: Kyung Hee Law Journal, Seoul 2010, S. 397–418.
- Twenty Years Ago: The Unification of Germany, in: Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pécs Publicata, Essays of Faculty of Law, University of Pécs, Yearbook 2011, S. 93–105.
- Schutz der Kulturgüter vor Umwelteinflüssen und natürlichen Gefahren im nationalen und internationalen Recht, in: Wittinger, Michaela/Wendt, Rudolf/Ress, Georg (Hrsg.), Verfassung – Völkerrecht – Kulturgüterschutz. Festschrift für Wilfried Fiedler zum 70. Geburtstag, Duncker & Humblot, Berlin 2011, S. 389–413.
- Belarus und der Europarat, in: Gornig, Gilbert/Horn, Hans-Detlef/Weiler, Edgar (Hrsg.), Belarus, Deutschland und Europa. Rechtliche und wirtschaftliche Betrachtungen von innen und außen. Беларусь, Германия, Европа. правовое и экономическое наблюдение, изнутри и снаружи. Schriftenreihe der deutsch-belarussischen Juristengesellschaft, Band 1. Серия трудов Немецко-Беларусской Ассоциации юристов, Tom 1, Klages Verlag Marburg 2011, S. 11–21.
- Беларусь и Совет Европы, in: Gornig, Gilbert/Horn, Hans-Detlef/Weiler, Edgar (Hrsg.), Belarus, Deutschland und Europa. Rechtliche und wirtschaftliche Betrachtungen von innen und außen. Беларусь, Германия, Европа. правовое и экономическое наблюдение, изнутри и снаружи. Schriftenreihe der deutsch-belarussischen Juristengesellschaft, Band 1. Серия трудов Немецко-Беларусской Ассоциации юристов, Tom 1, Klages Verlag Marburg 2011, S. 23–33.
- Innerstaatlicher Vollzug von Völkerrecht in der Bundesrepublik Deutschland, in: Gornig, Gilbert/Horn, Hans-Detlef/Weiler, Edgar (Hrsg.), Belarus, Deutschland und Europa. Rechtliche und wirtschaftliche Betrachtungen von innen und außen. Беларусь, Германия, Европа. правовое и экономическое наблюдение, изнутри и снаружи. Schriftenreihe der deutsch-belarussischen Juristengesellschaft, Band 1. Серия трудов Немецко-Беларусской Ассоциации юристов, Tom 1, Klages Verlag Marburg 2011, S. 147–174.
- Внутрисударственная имплементация международного права в Федеративной Республике Германия, in: Gornig, Gilbert/Horn, Hans-Detlef/Weiler, Edgar (Hrsg.), Belarus, Deutschland und Europa. Rechtliche und wirtschaftliche Betrachtungen von innen und außen. Беларусь, Германия, Европа. правовое и экономическое наблюдение, изнутри и снаружи. Schriftenreihe der deutsch-belarussischen Juristengesellschaft, Band 1. Серия трудов Немецко-Беларусской Ассоциации юристов, Tom 1, Klages Verlag Marburg 2011, S. 175–207.
- Danzig. Eine völkerrechtlich abschließende Regelung steht noch aus, https://secure.avaaz.org/de/petition/Gerechtigkeit_fuer_Danzig.
- Der Begriff des Kulturguts – rechtlich gesehen, in: Gornig, Gilbert/Rafael, Angel Manuel (Hrsg.), Kulturgüter. Eine interdisziplinäre Betrachtung. – Cultural Assets. An Interdisciplinary View. Schriftenreihe Europäische Studien, Band 1, Klages Verlag Marburg, 2011, S. 11–26.
- Begründung und Rechtsgrundlagen des internationalen Kulturgüterschutzes, in: Gornig, Gilbert/Rafael, Angel Manuel (Hrsg.), Kulturgüter. Eine interdisziplinäre Betrachtung. – Cultural Assets. An Interdisciplinary View. Schriftenreihe Europäische Studien, Band 1, Klages Verlag Marburg, 2011, S. 117–134.
- Inalienability of Human Rights and Natural Law, in: Marburg Law Review (MLR), 2011, Heft 2, S. 87–91.

- Geleitwort Türkisches Recht, Islamisches Recht und manche moderne Aspekte von Servet Armağan, Istanbul 2011, S. 13–14.
- Klausur im Europarecht: „Diskriminierende Eintrittspreise“, in: Marburg Law Review (MLR) 2012, Heft 1, S. 37–43.
- Hessische Landkreisordnung, Kommentierung der Art. 44, 45, 46 der Hessischen Landkreisordnung, in: Hilligardt, Jan/Ruder, Tim, Hessische Landkreisordnung. Kommentar, Kommunal- und Schulverlag, 1. Aufl., Wiesbaden 2012, S. 504–512 (zusammen mit Björn Spanknebel).
- Human Rights and Natural Law, in: 일 저명학자 초청특강, 가천대학교 법학연구소, 2012, S. 1–22.
- Rückblick auf zehn Tagungen der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, in: Gornig, Gilbert (Hrsg.), Deutsch-polnische Begegnung zu Wissenschaft und Kultur. Societas Physicae Experimentalis. Schriftenreihe der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, Band 11, Marburg 2012, S. 13–20.
- Das Common Heritage-Prinzip und der Kulturgüterschutz, in: Gornig, Gilbert (Hrsg.), Deutsch-polnische Begegnung zu Wissenschaft und Kultur. Societas Physicae Experimentalis. Schriftenreihe der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, Band 11, Marburg 2012, S. 33–47.
- Schutz der Kulturgüter vor Umwelteinflüssen und natürlichen Gefahren im nationalen und internationalen Recht, in: Gornig, Gilbert (Hrsg.), Deutsch-polnische Begegnung zu Wissenschaft und Kultur. Societas Physicae Experimentalis. Schriftenreihe der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, Band 11, Marburg 2012, S. 77–96.
- Kultur und deutsch-polnischer Nachbarschaftsvertrag, in: Gornig, Gilbert (Hrsg.), Deutsch-polnische Begegnung zu Wissenschaft und Kultur. Societas Physicae Experimentalis. Schriftenreihe der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, Band 11, Marburg 2012, S. 226–234.
- Hessische Landkreisordnung, Kommentierung der Art. 44, 45, 46 HKO, in: Hilligardt, Jan/Ruder, Tim/Euler, Thomas/Sommer, Jürgen, Kommunalverfassungsrecht Hessen, Kommunal- und Schul-Verlag, Wiesbaden 2012 (Loseblattsammlung) (zusammen mit Björn Spanknebel).
- Zur Verfassungsmäßigkeit der Sicherungsverwahrung in Deutschland, in: Juristische Fakultät der Staatlichen Belarussischen Universität u. a. (Hrsg.), Aktuelle Fragen des rechtlichen Systems in der jetzt bestehenden Phase. Materialien der internationalen wissenschaftlichen und wirtschaftlichen Konferenz, Minsk 11. bis 12. Oktober 2012. Festschrift für S. G. Drobjasko, Minsk 2012, S. 211–214.
- К вопросу о конституционности превентивного ограничения свободы в Германии, in: Юридический факультет Беларускаго государственного университета, Актуальные вопросы совершенствования правовой системы на современном этапе, материалы международной научно-практической конференции, посвященной 90-летию профессора С. Г. Дробязко (Минск, 11.–12. октября 2012), с. 214–218.
- Klausur im Staatsrecht: „Lobbyismus für gesundheitsschädigende Produkte“, in: Marburg Law Review (MLR), 2012, Heft 2, S. 37–51 (zusammen mit Jonas Frobel).
- Der Anschluss von Waldeck-Pyrmont an Preußen. Auch ein Beitrag zum Untergang innerstaatlicher Rechtsgemeinschaften, in: Demel, Michael/Heck, Stefan/Schäfer, Thomas (Hrsg.), Auf festem Fundament. Festschrift für Christean Wagner zum 70. Geburtstag, Duncker & Humblot, Berlin 2013, S. 311–330.
- Vorwort, in: Matthias Friehe, Völkerrechtliche Haftung im Kulturgüterschutzrecht. Zugleich ein Beitrag zur Raub- und Beutekunstproblematik, in: Gornig, Gilbert/Schiller, Theo/Wesemann, Wolfgang (Hrsg.), Interdisziplinäre Europa Studien, Band 5, 2013, S. 9–10.

- Schutz von Minderheiten und Volksgruppen in einer europäischen Friedensordnung, in: Gornig, Gilbert/Rafael, Angel Manuel (Hrsg.), Minderheitenschutz. Eine interdisziplinäre Betrachtung. *Minority Protection. An International View.* Schriftenreihe Europäische Studien, Band 3, Klages Verlag, Marburg, 2013, S. 73–136.
- Die Wirkung des internationalen Rechts im nationalen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland. Auch ein Beitrag zu Monismus und Dualismus, in: Novaković, Marko (ed.), *Basic Concepts of Public International Law, Monism & Dualism*, Belgrad 2013, S. 763–802.
- Völkerrechtliche Vorgaben zur Regelung der Staatsangehörigkeit, in: Gornig, Gilbert/Bohle, Christina (Hrsg.), *Nation – Nationalität – Staat. Nation – Nationality – State.* Schriftenreihe Europäische Studien, Band 4, 2013, S. 71–107.
- Der Zerfall eines Staates, in: Gornig, Gilbert/Bohle, Christina (Hrsg.), *Nation – Nationalität – Staat. Nation – Nationality – State.* Schriftenreihe Europäische Studien, Band 4, 2013, S. 109–136.
- Erneuerbare Energien und das deutsche Erneuerbare-Energien-Gesetz, in: Gornig, Gilbert/Horn, Hans-Detlef/Weiler, Edgar (Hrsg.), *Erneuerbare Energien und rechtsstaatliche Politik. Belarussische und deutsche Positionen.* Schriftenreihe der deutsch-belarussischen Juristenvereinigung, Band 2. ильбертом Горнигом, Хансом-Детлефом Хорном, Эдгаром Вайлером (издан), *Возобновляемые источники энергии и политика правового государства позиция Германии и Беларуси.* Серия трудов Немецко-Беларусской Ассоциации юристов, Том 2, Klages Verlag Marburg, 2013, S. 89–108.
- К вопросу о конституционности превентивного ограничения свободы в Германии, in: Gornig, Gilbert/Horn, Hans-Detlef/Weiler, Edgar (Hrsg.), *Erneuerbare Energien und rechtsstaatliche Politik. Belarussische und deutsche Positionen.* Schriftenreihe der deutsch-belarussischen Juristenvereinigung, Band 2. ильбертом Горнигом, Хансом-Детлефом Хорном, Эдгаром Вайлером (издан), *Возобновляемые источники энергии и политика правового государства позиция Германии и Беларуси.* Серия трудов Немецко-Беларусской Ассоциации юристов, Том 2, Klages Verlag Marburg, 2013, S. 219–224.
- Rechtswissenschaftliche Betrachtung der aus dem Nachbarschaftsvertrag erwachsenen Regelungen zum Minderheitenrecht und zur Pflege des kulturellen Erbes, in: Gornig, Gilbert/Horn, Hans-Detlef/Parplies, Hans-Günther (Hrsg.), *20 Jahre deutsch-polnischer Nachbarschaftsvertrag. Realpolitische Stichproben aus einer fortschreitenden Völkerverständigung. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht*, Band 28, Duncker & Humblot, Berlin 2013, S. 67–103.
- Die Kriegsverbrecherprozesse in Deutschland. Ein Beitrag zur Geschichte des Völkerstrafrecht, in: Köhalmi, László (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Imre Bodnár*, Pécs 2013, S. 1–28.
- Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR), in: Schöbener, Burkhard (Hrsg.), *Völkerrecht. Lexikon zentraler Begriffe und Themen. Grundbegriffe des Völkerrechts*, C. F. Müller Verlag 2013, S. 16–21.
- Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbpr), in: Schöbener, Burkhard (Hrsg.), *Völkerrecht. Lexikon zentraler Begriffe und Themen. Grundbegriffe des Völkerrechts*, C. F. Müller Verlag 2013, S. 211–217.
- Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskr), in: Schöbener, Burkhard (Hrsg.), *Völkerrecht. Lexikon zentraler Begriffe und Themen. Grundbegriffe des Völkerrechts*, C. F. Müller Verlag 2013, S. 218–222.
- Menschenrechte (allgemein), in: Schöbener, Burkhard (Hrsg.), *Völkerrecht. Lexikon zentraler Begriffe und Themen. Grundbegriffe des Völkerrechts*, C. F. Müller Verlag 2013, S. 293–300.

- Menschenrechtlicher Mindeststandard, in: Schöbener, Burkhard (Hrsg.), Völkerrecht. Lexikon zentraler Begriffe und Themen. Grundbegriffe des Völkerrechts, C. F. Müller Verlag 2013, S. 300–304.
- Arzthaftungsrecht in der Bundesrepublik Deutschland, in: Internationales Symposium zu den neuen Aufgaben des Strafrechts in der globalen Risikogesellschaft – die Medizin- und Lebensmittelsicherheit als Schwerpunkt, Kaohsiung 2014, S. 7–39 (zusammen mit Wen-Chin Chen).
- 德國醫師責任法, 全球風險社會刑法新議題國際學術研討會-以醫療安全及食品安為中心, Gilbert Gornig 教授/陳汶津, 國立高雄大學(臺灣), 2014, S. 40–62.
- Nachruf Professor Dr. Jan Drwal, in: Gornig, Gilbert (Hrsg.), Deutsch-polnische Begegnung zu Wissenschaft und Kultur. Societas Physicae Experimentalis. Schriftenreihe der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, Band 12, Marburg, 2014, S. 11–14 (auch in polnischer Sprache) (zusammen mit Aldona Szczeponek und Hans-Jürgen Kämpfert).
- Weltraumnutzung durch Satelliten unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Probleme der Fernerkundung, in: Gornig, Gilbert (Hrsg.), Deutsch-polnische Begegnung zu Wissenschaft und Kultur. Societas Physicae Experimentalis. Schriftenreihe der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, Band 12, Marburg 2014, S. 123–143 (mit polnischer Zusammenfassung).
- Danzigs Unabhängigkeit und Neutralität. Belege aus den Jahren 1700–1704, in: Gornig, Gilbert (Hrsg.), Deutsch-polnische Begegnung zu Wissenschaft und Kultur. Societas Physicae Experimentalis. Schriftenreihe der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, Band 12, Marburg 2014, S. 168–176 (mit polnischer Zusammenfassung).
- 德國醫師責任法, 高大法學論叢, 國立高雄大學法學院出版(臺灣), 第10卷第1期, 2014年9月, 頁213–258. (Arzthaftungsrecht in der Bundesrepublik Deutschland, in: Law Journal, College of Law, National University of Kaohsiung, Vol. 10, No. 1, 2014, S. 213–258 (zusammen mit Wen-Chin Chen 陳汶津).
- Ausstieg aus der Atomenergie und Erneuerbare Energien in Deutschland. Auch ein Überblick über das Erneuerbare Energien-Gesetz, in: Science and Technology Law Journal, Band 7, 2014, S. 167–223 (zusammen mit Wen-Chin Chen).
- 告別核能、迎向再生能源的德國經驗-論德國再生能源法 (Ausstieg aus der Atomenergie und Erneuerbare Energien in Deutschland. Auch ein Überblick über das Erneuerbare Energiengesetz), 科技法律評析, 第7期, 2014年12月出版, 頁224–270 (中文) (與陳汶津合著).
- Selbstbestimmungsrecht der Völker, in: The International Symposium on the New Issues of Local Autonomy, Constitutional States and Intellectual Property, Kaohsiung University, Kaohsiung, Taiwan, 18. März 2015, S. 3–44 (zusammen mit Wen-Chin Chen).
- 論人民自決權 (Selbstbestimmungsrecht der Völker), 「地方自治與憲政國家暨智慧財產新議題」國際研討會, 2015年3月18日舉辦, 高雄大學法學院主辦, 頁45–68, (中文) (與陳汶津合著).
- 德國能源稅發展, 教授/陳汶津 (Energiesteuern. Konferenzunterlage, National Chung Cheng University, Taiwan) (zusammen mit Wen-Chin Chen).
- Zur Revision der Verfassung Serbiens. Auch ein Beitrag zum Rechtsstaatsprinzip aus deutscher Sicht, Universität Novi Sad 2014, Konferenzunterlagen, 29 S.
- Podiumsbeitrag, in: Kulturstiftung der der deutschen Vertriebenen (Hrsg.), 40 Jahre Erhaltung, Pflege und Weiterentwicklung des ostdeutschen Kulturerbes, 2015, S. 113.
- Drei-Mächte-Rechte in Deutschland, in: Gornig, Gilbert in Zusammenarbeit mit Philipp Stompfe (Hrsg.), Rechtspolitische Entwicklungen im nationalen und internationalen Kontext. Festschrift für Friedrich Bohl zum 70. Geburtstag, Duncker & Humblot, Berlin 2015, S. 393–418.

- Weltraumnutzung durch Satelliten. Auch ein Beitrag zum „remote sensing“, in: Chonbuk Law Review, vol. 44, 2015, S. 323–350 (Korea).
- Funktionslosigkeit eines Bebauungsplans, in: Marburg Law Review (MLR), 2015, Heft 1, S. 32–35.
- Kampf gegen Piraten. Völkerrechtliche, öffentlich-rechtliche und strafrechtliche Aspekte, in: Bannenberg, Britta/Brettel, Hauke/Freund, Georg/Meier, Bernd-Dieter/Remschmidt, Helmut/Safferling, Christoph (Hrsg.), Über allem: Menschlichkeit. Festschrift für Dieter Rössner, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2015, S. 775–797.
- „Chaostage in der Stadt“ (Fallbesprechung), in: Marburg Law Review (MLR), 2015, Heft 2, S. 69–74 (zusammen mit Adrianna A. Michel).
- Einreise, Aufenthalt und Entfernen Fremder. Völkerrechtliche, europarechtliche und deutsche Regeln. Ein Überblick, in: Gornig, Gilbert/Adrianna Michel/Bohle, Christina (Hrsg.), Interdisziplinäre Beschäftigung mit dem Phänomen Migration. Interdisciplinary Study of the Phenomen of Migration. Schriftenreihe Europäische Studien, Band 6, Klages Verlag, Marburg 2015, S. 119–182.
- Territoriale Souveränität und Gebietshoheit und das Selbstbestimmungsrecht der Völker, in: Gornig, Gilbert/Michel, Adrianna/Bohle, Christina (Hrsg.), Territoriale Souveränität und Gebietshoheit. Selbstbestimmungsrecht und Sezession aus interdisziplinärer Sicht. Territorial Sovereignty and Territorial Jurisdiction. The Right of Self-Determination and Secession. An Interdisciplinary View. Schriftenreihe Europäische Studien, Band 7, Klages Verlag, Marburg 2015, S. 11–41.
- 吳淑如/鄭文中 譯, 德國醫師責任法, 收錄於「全球風險社會刑法新議題 – 以食品安全及醫療為中心」, 張麗卿主編, 元照出版公司(台北), 頁48–83 (zusammen mit 陳汶津著).
- Arzthaftung in der Bundesrepublik Deutschland, in: Li-Ching Chang (Hrsg.), Neue strafrechtliche Fragen in der globalen Risikogesellschaft: Schwerpunkt Lebensmittelsicherheit und Medizinsicherheit, Angle Verlag, Taipei, 2015, S. 3–47 (zusammen mit Wen-Chin Chen; Übersetzung: Shu-Ru Wu/Wen-Chung Cheng).
- Danziger Naturforschende Gesellschaft. Societas Physicae Experimentalis, in: Danzig. Mitteilungsblatt des Bundes der Danziger, Nr. 7 Dezember 2015, S. 10–11.
- Territoriale Souveränität und Gebietshoheit als Begriffe des Völkerrechts, in: Gornig, Gilbert/Horn, Hans-Detlef (Hrsg.), Territoriale Souveränität und Gebietshoheit. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 30, Duncker & Humblot, Berlin 2016, S. 35–76.
- 從行政法及刑法觀點談德國性交易的實務問題, 第七屆兩岸刑事法制暨財經法律國際學術研討會 (Konferenzdokument) 2016, S. 35–57 (zusammen mit Wen-Chin Chen).
- Praxisfrage der Prostitution aus verwaltungs- und strafrechtlicher Sicht, Konferenzdokument, in: 第七屆兩岸刑事法制暨財經法律國際學術研討會 (Konferenzdokument) 2016, S. 3–34 (zusammen mit Wen-Chin Chen).
- Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in Konkurrenz zur staatlichen Gerichtsbarkeit, in: Bouffier, Volker/Horn, Hans-Detlef/Poseck, Roman/Radtke, Henning/Safferling, Christoph (Hrsg.), Grundgesetz und Europa. Liber Amicorum für Herbert Landau zum Ausscheiden aus dem Bundesverfassungsgericht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016, S. 501–518.
- Haftung von Staaten für die Zerstörung und Verschleppung von Kulturgütern, in: Mammitzsch, Volker/Föllinger, Sabine/Froning, Heide/Gornig, Gilbert/Jungraithmayr, Herrmann (Hrsg.), Die Marburger Gelehrten-Gesellschaft. Universitas litterarum nach 1968, de Gruyter 2016, S. 55–76.
- Einreise, Aufenthalt und Ausreise von Fremden, unter besondere Berücksichtigung von Flüchtlingen, in: Gornig, Gilbert/Horn, Hans-Detlef (Hrsg.), Migration, Asyl, Flücht-

- linge und Fremdenrecht. Deutschland und seine Nachbarn in Europa vor neuen Herausforderungen. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 31, Duncker & Humblot, Berlin 2017, S. 21–66.
- Wiedervereinigung Deutschlands und Verlust der deutschen Ostgebiete. Ein Beitrag zur Rechtslage Deutschlands nach 1945, in: Menkhaus, Heinrich/Narazaki, Midori (Hrsg.), Japanischer Vorkämpfer für die Rechtsordnung des 21. Jahrhunderts. Festschrift für Koresuke Yamauchi zum 70. Geburtstag, Duncker & Humblot, Berlin, 2017, S. 135–158.
 - Einreise, Aufenthalt und Ausreise von Fremden, unter besondere Berücksichtigung von Flüchtlingen (德國難民政策的回顧與反思), in: 成大法學論壇, 國立成功大學法律學系(臺灣), 國立成功大學社會科學大樓7樓會議室, National Cheng Kung University Tainan, Tainan (Taiwan), 2017年11月8日, S. 1–2 (Konferenzdokument).
 - Kontrollmittelung und Steuerrecht: Allgemeine und deutsche Aspekte unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Informationsaustausches, 稅務資訊通報與國際租稅資訊交換學術研討會, 國立中正大學財稅法研究中心(臺灣), 國立中正大學法學院實習法庭, National Chiayi University, Chiayi (Taiwan), 2017年11月9日, S. 1–36 (Konferenzdokument).
 - 稅務資訊通報與稅法：在特別考量國際租稅交換下一般性及德國法觀點之探討, 稅務資訊通報與國際租稅資訊交換學術研討會, 國立中正大學財稅法研究中心(臺灣), 國立中正大學法學院實習法庭, National Chiayi University, Chiayi (Taiwan), 2017年11月9日, S. 1–25 (Konferenzdokument).
 - Das Schicksal Danzigs vor und nach dem Versailler Friedensvertrag. Auch ein Beitrag zu den Gebietsverlusten in Westpreußen, in: Gornig, Gilbert/Michel, Adrianna A. (Hrsg.), Der Erste Weltkrieg und seine Folgen für das Zusammenleben der Völker in Mittel- und Ostmitteleuropa, Teil 1. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 32, Duncker & Humblot, Berlin 2017, S. 113–147.
 - Das Schicksal des Memellandes seit dem Versailler Friedensvertrag, in: Gornig, Gilbert/Michel, Adrianna A. (Hrsg.), Der Erste Weltkrieg und seine Folgen für das Zusammenleben der Völker in Mittel- und Ostmitteleuropa, Teil 1. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 32, Duncker & Humblot, Berlin 2017, S. 149–180.
 - „Die Bekämpfung der Schweinepest durch unionsrechtliche Sendungsverbote“ – Klausur im Europarecht (Fallbesprechung), in: Marburg Law Review (MLR), 2017, Heft 1, S. 45–52 (zusammen mit Adrianna A. Michel).
 - Kommentierung des Art. 12a GG, in: Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, Band 1, Präambel, Art. 1–Art. 19, Kommentar, 7. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München 2018, S. 1247–1297.
 - Kommentierung des Art. 13 GG, in: Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, Band 1, Präambel, Art. 1–19, Kommentar, 7. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München 2018, S. 1299–1357.
 - Kommunalrecht, in: Öffentliches Recht in Hessen. Kommunalrecht. Polizei- und Ordnungsrecht. Öffentliches Baurecht (zusammen mit Hans-Detlef Horn und Martin Will), C. H. Beck 2018, S. 1–175.
 - Rückgabe von Kulturgütern, in: Gornig, Gilbert (Hrsg.), Deutsch-polnische Begegnung zu Wissenschaft und Kultur. Societas Physicae Experimentalis. Schriftenreihe der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, Band 13, Klages Verlag Marburg 2018, S. 181–206 (mit polnischer Zusammenfassung).
 - Schlussbemerkungen: Danzig-Westpreußen, in: Gornig, Gilbert (Hrsg.), Deutsch-polnische Begegnung zu Wissenschaft und Kultur. Societas Physicae Experimentalis. Schriftenreihe der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, Band 13, Klages Verlag Marburg 2018, S. 207–217 (mit polnischer Zusammenfassung).

- Transnistrien, Abchasien und Südossetien als nicht anerkannte Staaten. Auch ein Beitrag zur *uti-possidetis*-Doktrin und zum Selbstbestimmungsrecht der Völker, in: Gornig, Gilbert/Pabst, Martin (Hrsg.), Ein Jahrhundert Ost-West-Beziehungen. Zum 100. Geburtstag von Boris Meissner. 11 Beiträge zum 25. Baltischen Seminar. Schriftenreihe Baltische Seminare, Band 25, Carl Schirren-Gesellschaft 2018, S. 205–252.
- Investitionsschutzabkommen, in: Gornig, Gilbert/Horn, Hans-Detlef/Weiler, Edgar (Hrsg.), Wirtschaftsrecht. Belarussische und deutsche Positionen. Schriftenreihe der deutsch-belarussischen Juristengesellschaft, Band 3, 2018. ильбертом Горнигом, Хансом-Детлефом Хорном, Эдгаром Вайлером (издан), Экономическое право. Позиция Беларуси и Германии. Серия трудов Немецко-Беларусской Ассоциации юристов, Том 3, Klages Verlag Marburg 2018, S. 31–70.
- Защита иностранных инвестиций, Гильбертом Горнигом/Хансом-Детлефом Хорном/Эдгаром Вайлером (Издан), Wirtschaftsrecht. Belarussische und deutsche Positionen. Schriftenreihe der deutsch-belarussischen Juristengesellschaft, Band 3, 2018. ильбертом Горнигом, Хансом-Детлефом Хорном, Эдгаром Вайлером (издан), Экономическое право. Позиция Беларуси и Германии. Серия трудов Немецко-Беларусской Ассоциации юристов, Том 3, Klages Verlag Marburg 2018, S. 71–114.
- Die friedliche Beilegung des Streits um den Beagle-Kanal, in: Raffaeiner, Andreas (Hrsg.), 25 Jahre Streitbeilegung 1992–2017: Ist das „Südtirolproblem“ gelöst!? Studien zum Völker- und Europarecht, Band 161, Verlag Dr. Kovač, Hamburg 2018, S. 205–220.
- Kommentierung der Art. 44, 45, 46 der Hessischen Landkreisordnung, in: Hilligardt, Jan/Ruder, Tim, Hessische Landkreisordnung. Kommentar, Kommunal- und Schulverlag, Wiesbaden 2018 (Loseblattsammlung) (zweite Überarbeitung) (zusammen mit Björn Spanknebel).
- Amtshaftungsklage, in: Schöbener, Burkhard (Hrsg.), Europarecht. Lexikon zentraler Begriffe und Themen. Grundbegriffe des Rechts, C. F. Müller Verlag 2019, S. 1–8 (Rn. 1–27).
- Nichtigkeitsklage, in: Schöbener, Burkhard (Hrsg.), Europarecht. Lexikon zentraler Begriffe und Themen. Grundbegriffe des Rechts, C. F. Müller Verlag 2019, S. 587–592 (Rn. 2187–2212).
- Rechtsschutz vor dem Gerichtshof der EU, in: Schöbener, Burkhard (Hrsg.), Europarecht. Lexikon zentraler Begriffe und Themen. Grundbegriffe des Rechts, C. F. Müller Verlag 2019, S. 680–685 (Rn. 2542–2558).
- Untätigkeitsklage, in: Schöbener, Burkhard (Hrsg.), Europarecht. Lexikon zentraler Begriffe und Themen. Grundbegriffe des Rechts, C. F. Müller Verlag 2019, S. 751–755 (Rn. 2828–2845).
- Vertragsverletzungsverfahren, in: Schöbener, Burkhard (Hrsg.), Europarecht. Lexikon zentraler Begriffe und Themen. Grundbegriffe des Rechts, C. F. Müller Verlag 2019, S. 787–793 (Rn. 2984–3016).
- Vorabentscheidungsverfahren, in: Schöbener, Burkhard (Hrsg.), Europarecht. Lexikon zentraler Begriffe und Themen. Grundbegriffe des Rechts, C. F. Müller Verlag 2019, S. 812–816 (Rn. 3096–3112).
- 稅捐資訊通報與稅法 國際資訊交換下一般性及德國法觀點之探討 (Kontrollmitteilung und Steuerrecht: Allgemeine und deutsche Aspekte unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Informationsaustausches), in: 成大法學 (Cheng Kung Law Review) 第36期, 2018年12月15, S. 47–87 (陳汶津 譯/Wen-Chin Chen).
- Österreich, die Tschechoslowakei und das Schicksal des Sudetenlandes bis heute. Auch ein Beitrag zur Entstehung von Staaten, in: Gornig, Gilbert/Michel, Adrianna A. (Hrsg.), Der Erste Weltkrieg und seine Folgen für das Zusammenleben der Völker in Mittel- und Ostmitteleuropa, Teil 2. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 33, Duncker & Humblot, Berlin 2019, S. 89–133.

- Ungarn und der Frieden von Trianon. Auch ein Beitrag zum Fortbestand oder Untergang von Staaten, in: Gornig, Gilbert/Michel, Adrianna A. (Hrsg.), *Der Erste Weltkrieg und seine Folgen für das Zusammenleben der Völker in Mittel- und Osteuropa*, Teil 2. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 33, Duncker & Humblot, Berlin 2019, S. 191–222.
- Die doppelte Staatsangehörigkeit und Völkerrecht, in: *Europa Ethnica*, 2019, Heft 1/2, S. 16–22.
- Das Schicksal Danzigs. Erster Weltkrieg und Versailler Friedensvertrag, in: *Danziger Neueste Nachrichten. Danziger Zeitung*, 1. Quartal 2019, S. 18–20.
- Das Schicksal Danzigs. Erster Weltkrieg und Versailler Friedensvertrag, in: *Danziger Neueste Nachrichten. Danziger Zeitung*, 2. Quartal 2019, S. 17–20.
- Rechtsgeschichtliche Quellenexegese: Justinian. C. 4, 27, 2 (3), 1 (530). Auch ein Beitrag zur Stellvertretung im Justinianischen Gesetzeswerk, in: Raffener, Andreas (Hrsg.), *Auf der Klaviatur der Rechtsgeschichte. Festgabe für Kurt Ebert zum 75. Geburtstag*, Rechtsgeschichtliche Studien, Band 84.1, Hamburg 2019, S. 319–338.
- Europäische Grundwerte. Insbesondere Minderheitenschutz in Deutschland, in: *europa ethnica* 2020, Heft 1/2, S. 2–16.
- Das Schicksal Danzigs. Erster Weltkrieg und Versailler Friedensvertrag, in: *Danziger Neueste Nachrichten. Danziger Zeitung*, 1. Quartal 2020, S. 15–17.
- Universitäre Berufungsverfahren – eine rechtliche Kritik, in: *Wiener Zeitung*, 30. Mai 2020 (zusammen mit Paolo Piva). <https://www.wienerzeitung.at/themen/recht/recht/2062280-Universitaere-Berufungsverfahren-eine-rechtliche-Kritik.html>.
- Freizügigkeit der Hochschullehrer in der EU. Der Problemfall Österreich, in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*, 11/2020, S. 469–476 (zusammen mit Paolo Piva).
- Das Schicksal Danzigs. Erster Weltkrieg und Versailler Friedensvertrag, in: *Danziger Neueste Nachrichten. Danziger Zeitung*, 2. Quartal 2020, S. 12–13.
- Der Beginn der Palästinafrage und des Nahostkonflikts, in: Gornig, Gilbert H./Michel, Adrianna A. (Hrsg.), *Der Erste Weltkrieg und seine Folgen für das Zusammenleben der Völker in Mittel- und Osteuropa*, Teil 3. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 34, Duncker & Humblot, Berlin 2020, S. 61–111.
- Der Frieden von Brest-Litowsk und seine völkerrechtliche Würdigung, in: Gornig, Gilbert H./Eisfeld, Alfred (Hrsg.), *Der Friede von Brest-Litowsk vom 3. März 1918 mit Russland und der sog. Brotfrieden vom 19. Februar 1918 mit der Ukraine. Die vergessenen Frieden: 100 Jahre später in den Blickpunkt gerückt. Abhandlungen des Göttinger Arbeitskreises*, Band 14, Duncker & Humblot, Berlin 2020, S. 15–53.
- Zum Feststellungsinteresse übergangener Bewerberinnen und Bewerber im universitären Berufungsverfahren. Zugleich eine Replik zu Schweighofer, N@HZ 2020, 48, in: N@HZ 2020, S. 131–134 (zusammen mit Paolo Piva).
- Minderheiten und Minderheitenschutz in Frankreich, in: *europa ethnica* 2020, S. 126–132.
- Nachbetrachtung, in: Raffener, Andreas (Hrsg.), *100 Jahre Staatsvertrag von St. Germain – Der Rest ist Österreich!*, facultas Universitätsverlag, Wien 2020, S. 237–238.
- EU, Verfassung und Universitäten – eine rechtsvergleichende Betrachtung, in: Matzka, Manfred/Hilpold, Peter/Hämmerle, Walter (Hrsg.), *100 Jahre Verfassung. 77 Stimmen zum Jubiläum des österreichischen Bundes-Verfassungsgesetzes (B-VG). Ein Lesebuch*, facultas Universitätsverlag, Wien 2020, S. 171–173 (zusammen mit Paolo Piva).
- Der Vertrag von Wiesbaden vom 4. August 1950, in: *Sudetendeutsche Landsmannschaft/Sudetendeutscher Rat/Kulturstiftung der deutschen Vertriebenen (Hrsg.), Festschrift*

70 Jahre Wiesbadener Abkommen. Von Vertreibung zur Verständigung, Bonn, 2020, S. 48–65.

- Kunstraub und Raubkunst, in: Hilpold, Peter/Raffener, Andreas/Steinmair, Walter (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit, Grundrechte und Solidarität in Österreich und in Europa. Festgabe zum 85. Geburtstag von Professor Heinrich Neisser, einem europäischen Humanisten, facultas Universitätsverlag, Wien 2020, S. 1459–1490.
- Kiss László a nagyszerű jogász és tanár, egy szeretnivaló ember/László Kiss, ein großartiger Jurist und Lehrer sowie ein liebenswerter Mensch, in: Ferenc, Csefkó/Krisztina, Nemes (Szerkesztő/Társszerkesztő), Kiss Laci 70. Ünnepi írások Kiss László professor emeritus, volt alkotmánybíró születésnapjára, Nyomdai munkálatok Kódex Nyomda Kft., Pécs, 2021, S. 122–128 (deutsch und ungarisch).
- Hessische Landkreisordnung, Kommentierung der Art. 37, 37a, 38, 39, 44, 45, 46 HKO, in: Hilligardt, Jan/Ruder, Tim, Hessische Landkreisordnung, Kommentar, Kommunal- und Schulverlag, 2. Aufl. Wiesbaden 2021, S. 465–481; 490–499 und 538–550 (zusammen mit Björn Spanknebel).
- Hessische Landkreisordnung, Kommentierung des Art. 37b HKO, in: Hilligardt, Jan/Ruder, Tim, Hessische Landkreisordnung, Kommentar, Kommunal- und Schulverlag, 2. Aufl. Wiesbaden 2021, S. 481–490.
- Europäische Grundwerte. Auch eine kritische Betrachtung Deutschlands, in: Gornig, Gilbert/Hilpold, Peter (Hrsg.), Europas Grundwerte und ihre Umsetzung insbesondere in den Ländern Mittel- und Osteuropas. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht, Band 35, Duncker & Humblot, Berlin 2021, S. 15–64.
- Migration aus rechtlicher Sicht unter besonderer Berücksichtigung des Flüchtlingsrechts. Auch eine Übersicht aus dem Blickwinkel deutschen Rechts, Teil 1, in: JURA. A Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Karának tudományos lapja, 25 évyam 2019.2.szám (Wissenschaftliche Zeitschrift der Fakultät für Politikwissenschaft und Recht der Universität Pécs, 25. Jahrgang 2019, Februar 2019, S. 87–104 (erschienen 2021)).
- Südtirol und das Selbstbestimmungsrecht der Völker, in: Mittermaier, Karl (Hrsg.), Luis Durnwalder und die Anderen. 155 Stimmen zum Achtzigsten. Festschrift für Luis Durnwalder zum Achtzigsten, Suedmedia-Verlag, Vahrn bei Brixen 2021, S. 170–182.
- „Die Beseitigung einer Aufhebung“ – Zur Rücknahme einer Baugenehmigung, in: Marburg Law Review (MLR) 2021, S. 116–123 (zusammen mit Carolin Gornig). (online: <https://www.law-review.de/mlr-online/>).
- Migration aus rechtlicher Sicht unter besonderer Berücksichtigung des Flüchtlingsrechts. Auch eine Übersicht aus dem Blickwinkel deutschen Rechts, Teil 2, in: JURA. A Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Karának tudományos lapja, 26 évyam 2020.1.szám (Wissenschaftliche Zeitschrift der Fakultät für Politikwissenschaft und Recht der Universität Pécs, 26. Jahrgang 2020/1, S. 36–78 (erschienen 2021)).
- Wirtschaftssanktionen im Rahmen des Ukraine-Konflikts, in: Gornig, Gilbert/Eisfeld, Alfred (Hrsg.), Die Ukraine zwischen Russland und der Europäischen Union. Abhandlungen des Göttinger Arbeitskreises, Band 15, Duncker & Humblot, Berlin 2021, S. 247–268.
- Der Tyrannenmord in ethischer und rechtlicher Sicht, in: Gierlich, Ernst/Parplies, Hans-Günther (Hrsg.), Widerstand gegen den Nationalsozialismus im Nordosten. Persönlichkeiten, Konzepte, Schicksale, 2022, S. 17–53.
- Staatlicher Kunstraub in Friedenszeiten, in: Hilpold, Peter/Raffener, Andreas/Steinmair, Walter (Hrsg.), Österreich und die EU im Umbruch – eine Nachlese zur Festschrift für Heinrich Neisser, 2022, S. 301–306.

- Die Union von Lublin – geschichtlich und rechtlich betrachtet, in: Schriftenreihe der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, Band 14, Klages Verlag Marburg 2022, S. 13–38.
- Danziger Schicksalsjahre 1569 – 1919 – 1939 – 1945. Eine historische und rechtliche Betrachtung, in: Schriftenreihe der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, Band 14, Klages Verlag Marburg 2022, S. 145–162.
- Sammelbürgerungen nach dem Zweiten Weltkrieg, in: Gornig, Gilbert (Hrsg.), Deutsch-polnische Begegnung zu Wissenschaft und Kultur. Societas Physicae Experimentalis. Schriftenreihe der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, Band 14, Klages Verlag Marburg 2022, S. 163–165.
- Danziger Staatsangehörigkeit, in: Gornig, Gilbert (Hrsg.), Deutsch-polnische Begegnung zu Wissenschaft und Kultur. Societas Physicae Experimentalis. Schriftenreihe der Danziger Naturforschenden Gesellschaft, Band 14, Klages Verlag Marburg 2022, S. 183–188.
- Wem gehören eigentlich die Wasserflächen auf der Welt, in: Fielitz, Sonja (Hrsg.), Akteur „Wasser“: Betrachtungen aus den Rechts-, Kunst-, Musik- und Literaturwissenschaften, Peter Lang, Frankfurt/Main/New York 2022, S. 21–33.

Im Erscheinen begriffen:

- Geleitwort, in: Eisfeld, Olga/Litzenberger, Olga, herausgegeben im Auftrag des Göttinger Arbeitskreises e. V., Vor dem Vergessen bewahren. Уберечь от забвения. Festschrift für Alfred Eisfeld zum 70. Geburtstag. Юбилейный сборник к 70-летию Альфреда Айсфельда. Подготовлен по поручению Гёттингенского исследовательского центра Ольгой Айсфельд и Ольгой Лиценбергер. Göttingen 2022 (deutsch und russisch).
- Die Bibliothek der Danziger Naturforschenden Gesellschaft als Beispiel für das rechtliche Schicksal der Danziger Kulturgüter, in: Senarclens, Vanessa de (Hrsg.), Das ‚Bibliomigratorische‘ im deutsch-polnischen Kontext seit dem Zweiten Weltkrieg (erscheint 2023).
- Kommentierung des Art. 12 a GG, in: Voßkuhle, Andreas/Huber, Peter (ehemals von Mangoldt/Klein), Das Bonner Grundgesetz, Band 1. Präambel Art. 1–19, Kommentar, 7. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München 2023.
- Kommentierung des Art. 13 GG, in: Voßkuhle, Andreas/Huber, Peter (ehemals von Mangoldt/Klein), Das Bonner Grundgesetz. Kommentar, Band 1. Präambel Art. 1–19, Kommentar, 7. Aufl. Verlag Franz Vahlen, München 2023.

VI. Buchanzeigen und Buchbesprechungen

- Hans-Uwe Erichsen: Zur Haftung im Bund-Länder-Verhältnis. Schriften zum öffentlichen Recht, Band 505, Berlin 1986, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), Band 112 (1987), Heft 1, S. 156–158.
- Hans D. Jarass: Umweltverträglichkeitsprüfung bei Investitionsvorhaben. Schriftenreihe Recht – Technik – Wirtschaft, hrsg. von Professor Dr. Dr. Lukes, Band 45, Köln, Berlin, Bonn, München 1987, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), Band 113 (1988), Heft 3, S. 490–491.
- Jochen Abr. Frowein/Torsten Stein (Hrsg.): Die Rechtsstellung von Ausländern nach staatlichem Recht und Völkerrecht. – The legal Position of Aliens in National and International Law. – Le régime juridique des étrangers en droit national et international. Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 94/1, 2, Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokio 1987, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), Band 114 (1988), Heft 3, S. 500–503.
- Klaus-Henning Rosen (Hrsg.): Jahrbuch der Deutschen Stiftung für UNO-Flüchtlingshilfe 1988, Baden-Baden 1988, in: German Yearbook of International Law, volume 31 (1988), S. 722–726.

- Sabino Cassese/Dominique Berlin/Sabine Pag/Catherine Bourtembourg/Claudio Franchini, Institut International des sciences administratives. Institut Européenne d'administration publique. – International Institute of Administrative Sciences. European Institute of Public Administration: The European Administration. – L'administration européenne, ohne Ort, 1988, in: Die Verwaltung 1989, S. 393–395.
- Burkhard Richter: Teiluntersagung in der Fusionskontrolle. FIW-Schriftenreihe, hrsg. vom Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb, Köln, Berlin, Bonn, München 1989, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), Band 115 (1990), Heft 3, S. 535–536.
- Günter Sieben/Wolfgang Ossadnik/Annette Wachter: Planungen für öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten. Schriften zur öffentlichen Verwaltung und zur öffentlichen Wirtschaft, Band 115, hrsg. v. Peter Eichhorn/Peter Friedrich, Baden-Baden 1988, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), Band 115 (1990), Heft 4, S. 688–689.
- Michael Schweitzer/Waldemar Hummer: Europarecht. Das institutionelle Recht der Europäischen Gemeinschaften; das materielle Recht der EWG. Juristische Lernbücher, Band 16, 3. Aufl., Neuwied, Frankfurt/Main 1990, in: Juristenzeitung (JZ) 1991, S. 303.
- Ralph Uhlig: Die Interparlamentarische Union 1889–1914. Friedenssicherungsbemühungen im Zeitalter des Imperialismus. Studien zur modernen Geschichte, Band 39, Stuttgart 1988, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte (ZNR) 1991, Heft 12, S. 108 f.
- Werner Hoppe/Martin Beckmann: Grundeigentumsschutz bei heranrückendem Bergbau. Eine Untersuchung zur Reichweite des Bestandsschutzes aus Anlaß der Nordwanderung des Bergbaus in Nordrhein-Westfalen. Schriftenreihe Recht – Technik – Wirtschaft, hrsg. von Professor Dr. Dr. Rudolf Lukes, Band 49, Köln, Berlin, Bonn, München 1988, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), Band 116 (1991), Heft 2, S. 310–311.
- Herwig Roggemann: Die DDR-Verfassungen. Einführung in das Verfassungsrecht der DDR. Grundlagen und neuere Entwicklung, die Gesetzgebung der sozialistischen Staaten, hrsg. von Herwig Roggemann, 4. Aufl., Berlin 1989, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), Band 116 (1991), Heft 2, S. 319–321.
- Sabino Cassese: Le basi del diritto amministrativo, Nuovo Biblioteca Scientifica Einaudi, vol. 82, Torino 1989, in: Die Verwaltung 1991, S. 401–403.
- Erwin Dahinden: Die rechtlichen Aspekte des Satellitenrundfunks, Freiburg (Schweiz) 1990, in: Rundfunk und Fernsehen 1992, S. 138–140.
- Dieter Nörr: Die Fides im römischen Völkerrecht. Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Karlsruhe 1991, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), Band 117 (1992), Heft 1, S. 119–120.
- Rüdiger Wolfrum (Hrsg.): Die Reform der Vereinten Nationen. Möglichkeiten und Grenzen. Referate und Diskussionsbeiträge eines Symposiums des Instituts für Internationales Recht vom 18. bis 21. November 1987 in Kiel. Veröffentlichung des Instituts für Internationales Recht an der Universität Kiel, Band 106, Berlin 1989, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), Band 117 (1992), Heft 2, S. 300–303.
- Kay Hailbronner/Günter Renner: Staatsangehörigkeitsrecht; Kommentar, München 1991, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), Band 117, Heft 2 (1992), S. 332–333.
- Ludwig Gramlich: Außenwirtschaftsrecht – Ein Grundriß, Köln 1991, in: Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 1992, Heft 18, S. 804.
- Horst Stein: Verteidigungsfunktion und Grundgesetzordnung, Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtswissenschaften, Frankfurt/Main, Bern, New York, 1990, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) Band 118 (1993), Heft 3, S.491–493.
- Ignaz Seidl-Hohenveldern: Völkerrecht, 2. Aufl., Neuwied, 1991, in: Juristenzeitung (JZ) 1993, Heft 23, S. 1157.

- Hubert Meyer: Kommunales Parteien- und Fraktionenrecht. Verfassungsrechtliche Determinanten und ausgewählte Probleme unter besonderer Berücksichtigung der Chancengleichheit sowie Fragen der Finanzierung, in: Kommunalrecht – Kommunalverwaltung, Band 6, hrsg. von Albert von Mutius und Franz Ludwig Knemeyer, Baden-Baden 1990, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1994, Heft 3, S. 260.
- Rudolf Streinz: Europarecht, Schwerpunkte, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg in der 1992, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), Band 119 (1994), Heft 3, S. 526–527.
- Stefan Hofmann: Internationales Anwaltsrecht. Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit Europäischen Gemeinschaft, Konstanzer Schriften zur Rechtswissenschaft, Band 45, Konstanz 1991, in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Band 59 (1995), Heft 2, S. 349–351.
- Christian Schede: Bundesrat und Europäische Union, in: Schriften zum Staats- und Völkerrecht, hrsg. v. Dieter Blumenwitz, Frankfurt/Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien 1994, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), Band 122 (1997), Heft 2, S. 297–300.
- Martin Wasmeier: Umweltabgaben und Europarecht. Schranken des staatlichen Handlungsspielraumes bei der Erhebung öffentlicher Abgaben im Interesse des Umweltschutzes. Münchener Universitätschriften. Reihe der Juristischen Fakultät, Band 107, hrsg. v. Claus Wilhelm Canaris, Peter Lerche, Claus Roxin, München 1995, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), Band 122 (1997), Heft 2, S. 302–305.
- Jörn Ipsen: Niedersächsisches Gefahrenabwehrrecht. Lehrbuch, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden 1995, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1997, Heft 10, S. 988.
- Rivista trimestrale di diritto pubblico 1995, in: Die Verwaltung. Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaften, Band 30 (1997), Heft 4, S. 573–574.
- Jürg Gassmann: Geheimnisschutz, Informationsfreiheit und Medien im japanischen Recht, Japanisches Recht, hrsg. von Gottfried Baumgärtl, Peter Hanau u.a., Köln, Berlin, Bonn, München 1990, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), Band 35 (1997), Heft 3, S. 362–364.
- Uwe Berlitz: Ländervermögen im Bundesstaat, in: Föderalismus-Studien, hrsg. v. Hans-Peter Schneider, Baden-Baden 1997, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1997, Heft 8, S. 780.
- Hans-Joachim Cremer: Der Schutz vor den Auslandsfolgen aufenthaltsbeendender Maßnahmen. Zugleich ein Beitrag zur Bestimmung der Reichweite grundrechtlicher Verantwortung für die Folgewirkung deutscher Hoheitsakte, Nomos Universitätschriften, Band 126, Baden-Baden 1994, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), Band 123 (1998), Heft 2, S. 318–320.
- Johannes Hellermann: Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte, in: Schriften zum öffentlichen Recht, Band 645, Berlin 1993, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), Band 123 (1998), Heft 2, S. 331–333.
- Markus Gehrlein: Die Strafbarkeit der Ostspione auf dem Prüfstand des Verfassungs- und Völkerrechts. Schriftenreihe Annales Universitatis Saraviensis. Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Abteilung Band 129, Berlin, Bonn, München 1996, in: Juristenzeitung (JZ) 1999, Heft 6, S. 299–300.
- Rivista trimestrale di diritto pubblico 1997/1, in: Die Verwaltung. Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaften, Band 32 (1999), Heft 4, S. 569–570.
- Josef Franz Lindner: Die verfassungsrechtliche Dimension der allgemeinen polizeirechtlichen Adressatenpflichten. Zugleich ein Beitrag zur Entwicklung einer funktionalen Adressatendogmatik, in: Münchener Universitätschriften. Reihe Juristische Fakultät

- tät, Band 126, hrsg. v. Claus Wilhelm Canaris, Peter Lerche, Claus Roxin, München 1997, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 1999, Heft 12, S. 1324.
- Herwig Roggemann: Die internationalen Strafgerichtshöfe. Einführung – Rechtsgrundlagen – Dokumente, Berlin Verlag Arno Spitz, Berlin, 2. Aufl. 1998, in: *Neue Justiz* 2000, Heft 1, S. 27.
 - Dieter Eglin: Demokratie und Minderheiten unter besonderer Berücksichtigung der Demokratie als Lebensform, der materiellen Schranken von Verfassungsrecht und der Diskurstheorie. Peter Lang, Europäische Hochschulschriften, Peter Lang, Frankfurt/Main 1998, in: *Juristenzeitung (JZ)* 2000, Heft 5, S. 249–250.
 - Andreas Reich: Magdeburger Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland; 1. Aufl., Bad Honnef 1998, in: *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)* 2000, Heft 7, S. 303.
 - Stephanie Herrmann: Informationspflichten gegenüber der Verwaltung. Dargestellt am Recht der Gefahrenabwehr – Europäische Hochschulschriften, Reihe 2, Band 2254, Peter Lang, Frankfurt/Main 1997, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 2000, Heft 4, S. 418–419.
 - Reinhard Wulforth: Der Schutz 'überdurchschnittlich empfindlicher' Rechtsgüter im Polizei- und Umweltrecht, in: *Schriften zum Umweltrecht*, Band 38, hrsg. v. Michael Klopfer, Berlin 1994, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 2000, Heft 4, S. 419.
 - Stephan Wilske: Die völkerrechtswidrige Entführung und ihre Rechtsfolgen, in: *Tübinger Schriften zum internationalen und europäischen Recht*, Band 52, Duncker & Humblot, Berlin 2000, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (Unblutig gegen den Blutrünstigen. Staatlich veranlaßte Entführungen von mutmaßlichen Straftätern aus fremden Hoheitsgebieten), Montag, 6. November 2000, Nr. 258, S. 11.
 - Kay Hailbronner (Hrsg.): Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts. Bilanz und Ausblick an der Jahrtausendwende. Beiträge anlässlich des Kolloquiums zu Ehren von Professor Dr. Karl Doebling aus Anlass seines achtzigsten Geburtstags am 17. März 1999 in Konstanz, Motive – Texte – Materialien (MTM), Band 89, C.F. Müller-Verlag, Heidelberg 2000, in: *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (ZAR)* 2000, Heft 6, S. 277–278.
 - Walter Kälin: Grundrechte im Kulturkonflikt. Freiheit und Gleichheit in der Einwanderungsgesellschaft, Verlag Neue Zürcher Zeitung, Zürich 2000, in: *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (ZAR)*, 2001, Heft 1, S. 41–42.
 - Bundesministerium des Innern (Hrsg.): Verfassungsschutz: Bestandsaufnahme und Perspektiven. Beiträge aus Wissenschaft und Praxis, mdv. Mitteldeutscher Verlag, Halle/Saale 1998, in: *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, 2001, Heft 4, S. 649–650.
 - Petra Funk-Rueffert: Kooperation von Europäischem Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht im Bereich des Grundrechtsschutzes, *Tübinger Schriften zum internationalen und europäischen Recht*, Band 48, Duncker & Humblot 1999, in: *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)* 2001, Heft 10, S. 440.
 - Ernst Rasch (Begr.)/Hartmut Schulze (Überarb.)/Johannes-Ulrich Pöhlker (fortgef.)/Andreas Hoja (fortgef.)/Gerald Burkard (fortgef.): Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG), Kommentar, 1. Aufl., Kommunal- und Schulverlag, 2000, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 2001, Heft 11, 2001, S. 1257.
 - Ingo v. Münch: Staatsrecht I, 6. Aufl., Verlag W. Kohlhammer, 2000, in: *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 2001, Heft 24, S. 1058.
 - Bernd Wermeckes: Der erweiterte Grundrechtsschutz in den Landesverfassungen. – Zu Erscheinungsformen, Wirksamkeit und Bestand weitergehender Landesgrundrechte im

- Bundesstaat des Grundgesetzes. Zugleich ein Beitrag zur Verfassungsrechtsvergleichung im Bundesstaat. Düsseldorf: Rechtswissenschaftliche Schriften, Band 13, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2000, in: *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 2002, Heft 10, S. 442–443.
- Ingo v. Münch: Staatsrecht II, 5. Aufl., Verlag W. Kohlhammer, 2002, in: *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 2002, Heft 5, S. 219–220.
 - Katja S. Ziegler: Fluchtverursachung als völkerrechtliches Delikt, Duncker & Humblot, Berlin 2002, in: *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (ZAR)*, 2003, Heft 9, S. 324–325.
 - Armin Geus: Die Naturgeschichte der Seeigel von Jacob Theodor Klein, aus dem Lateinischen übersetzt und kommentiert von Thomas Heinzeller mit einem Bericht über die Seeigel aus dem Museum Kleinianum von Bernhard Ruthensteiner und einem Essay über Leben und Werk des Naturforschers Jacob Theodor Klein (1685–1759), *ACTA BIOHISTORICA*, Schriften aus dem Museum und Forschungsarchiv für die Geschichte der Biologie, Band 16, herausgegeben von Armin Geus, Ekkehard Höxtermann und Katharina Schmidt-Loske, in: *Spixiana. Zeitschrift für Zoologie*, 2015, Band 38, Heft 1, S. 69, 70 und 144.
 - Bennet Brämer: Das Obergericht der Freien Stadt Danzig und seine Rechtsprechung als Verfassungsgerichtshof. Aachen: Shaker Verlag 2019. LVII, 366 Seiten, in: *Preußenland. Jahrbuch der Historischen Kommission für ost- und westpreußische Landesforschung und der Copernicus-Vereinigung für Geschichte und Landeskunde Westpreußens sowie Mitteilungen aus dem Geheimen Staatsarchiv Preußischer Kulturbesitz*, fibre Verlag, Osnabrück, Band 12 (2021), S. 154–156.

Während sich der erste Band der Festschrift für Professor Gornig zentral dem Europäischen Minderheitenrecht widmet, zu welchem der Jubilar international maßgebliche Publikationen vorzuweisen hat, bezieht sich der zweite Band auf eine Vielzahl weiterer Themenfelder, in welchen Professor Gornig bleibende Marksteine wissenschaftlicher Leistung gesetzt hat. Zu diesen Wissenschaftsgebieten zählen das Völkerrecht, das Europarecht und das deutsche Recht im Allgemeinen.

Schwerpunktmäßig werden das Rechtsstaatlichkeitsprinzip (national, europäisch, international), Fragen des allgemeinen Völkerrechts, des Menschenrechtsschutzes und des Völkerstrafrechts, EU-rechtliche Themen sowie Aspekte des deutschen Rechts (bspw. das Lieferkettengesetz) behandelt.

Den Band beschließt ein Gespräch mit Professor Gornig über ein „Leben für Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Menschen- und Minderheitenrechte“.

Österreich
ISBN 978-3-7089-2345-1



Deutschland
ISBN 978-3-7560-1084-4



facultas.at

