63. Junge Tagung Öffentliches Recht

Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, Wissenschaftlichen Assistentinnen und Assistenten

Hamburg 2023

Interaktionen: Internationalität, Intra- und Interdisziplinarität

Nomos facultas DIKE

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

63. JUNGE TAGUNG ÖFFENTLICHES RECHT

Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, Wissenschaftlichen Assistentinnen und Assistenten

Interaktionen: Internationalität, Intra- und Interdisziplinarität

Herausgegeben von:

Larissa Bahmer | Clarissa Barth | Hannah Franz | Shari Gaffron | Katharina Goldberg | Christina Jacobs | Josina Johannsen | Rebecca Kruse | Friederike Löbbert | Hans Flemming Maltzahn | Maike Middeler | Lasse Ramson | Louisa Schmalhorst | Charlotte Schneeberger | Ester Schukajlow | Vanessa Steinert | Lennart Westmark

Nomos facultas DIKE

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Open-Access-Veröffentlichung dieses Titels wurde durch die Dachinitiative „Hochschule.digital Niedersachsen“ des Landes Niedersachsen ermöglicht.

Zitiervorschlag: *Autor:in in: Bahmer/Barth/Franz u.a. (Hrsg.), Interaktionen: Internationalität, Intra- und Interdisziplinarität, Baden-Baden: Nomos 2024, S. ###.*

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

1. Auflage 2024

© Die Autor:innen

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN 978-3-7560-0643-4 (Print)
ISBN 978-3-7489-4273-3 (ePDF)

ISBN 978-3-7089-2468-7 (facultas Verlag, Wien)
ISBN 978-3-03891-700-7 (Dike Verlag, Zürich/St. Gallen)

DOI: https://doi.org/10.5771/9783748942733

Onlineversion
Nomos eLibrary

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vorwort

Das Öffentliche Recht in einen größeren Kontext setzen und einer Tendenz zur Isolation des Öffentlichen Rechts aus institutionellen, sprachlichen oder disziplinären Gründen entgegenwirken – dazu trafen sich knapp 300 Nachwuchswissenschaftler:innen des Öffentlichen Rechts und anderer Disziplinen im Sommer 2023 zur 63. Junge Tagung Öffentliches Recht (JTÖR) zum Thema „Interaktionen: Internationalität, Intra- und Interdisziplinarität" in Hamburg .

Hamburg ist damit zum dritten Mal Austragungsort der JTÖR, früher genannt Assistententagung Öffentliches Recht. Auch wenn dieses Mal das Hauptprogramm in der Aula der Helmut-Schmidt-Universität/Universität der Bundeswehr stattfand, waren die Arbeitskreise und Workshops am Dienstagnachmittag an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Hamburg zu Gast. Zudem fand der „Impulsabend" am Donnerstag im Helmut-Schmidt-Auditorium der Bucerius Law School statt. Damit besuchten die Teilnehmenden gleich drei rechtswissenschaftliche Standorte in Hamburg, die auch die Vielfalt der Forschung im Öffentlichen Recht in der Hansestadt widerspiegeln.

Die 63. Junge Tagung Öffentliches Recht wäre ohne die Unterstützung vieler Personen und Institutionen nicht möglich gewesen, denen unser Dank gebührt. Wir haben uns sehr über Grußworte von Prof. Dr. Klaus Beckmann, Prof. Dr. Margarete Schuler-Harms, Prof. Dr. Felix Hanschmann sowie über eine Festrede von Dr. Ronen Steinke gefreut. Die Mitglieder des Organisationsteams möchten außerdem allen ihren Chef:innen danken – namentlich den Damen und Herren Professor:innen Sigrid Boysen, Gabriele Buchholtz, Michael Fehling, Armin Hatje, Ulrich Hufeld, Alexander Proelß, Margarete Schuler-Harms und Lars Viellechner. An der Helmut-Schmidt-Universität gebührt Dank der Universitätsleitung, dem Veranstaltungsmanagement, der Offizierheimgesellschaft, dem Team der Truppenküche sowie dem Medienzentrum. An der Bucerius Law School bedanken wir uns für die Unterstützung bei Prof. Dr. Katharina Boele-Woelki, Prof. Dr. Anne Röthel und dem Ausschuss des Interdisziplinären Programms, dem Team von Bucerius Event und dem Facility Management. Dank gebührt auch der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Hamburg, insbesondere ihrem Dekan Prof. Dr. Tilman Repgen. Schließlich

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

möchten wir den Leiter*innen der Workshops, Prof. Dr. Volker Steffahn, Lukas Musumeci und Dr. Isabel Lischewski danken.

Die Durchführung der Tagung in diesem Rahmen haben wir außerdem unseren zahlreichen Förderer:innen zu verdanken, denen wir für die großzügigen finanziellen Unterstützungen danken möchten. Außerdem gebührt Dank den vielen „helfenden Händen", ohne die ein so professioneller Ablauf nicht möglich gewesen wäre, und unserem Awareness-Team bestehend aus Marlene Maßmann und Lilian Langer.

Wir haben uns sehr über die vielfältigen fachlichen Diskussionen und persönlichen Begegnungen in- und außerhalb des Tagungsraums gefreut und hoffen, mit diesem Tagungsband weitere Eindrücke und Impulse vermitteln zu können. Dafür bedanken wir uns herzlich bei allen Vortragenden und Teilnehmenden. Wir freuen uns schon auf ein Wiedersehen bei der nächsten JTÖR!

Larissa Bahmer, Clarissa Barth, Hannah Franz, Shari Gaffron, Katharina Goldberg, Christina Jacobs, Josina Johannsen, Flemming Maltzahn, Rebecca Kruse, Friederike Löbbert, Maike Middeler, Lasse Ramson, Louisa Schmalhorst, Charlotte Schneeberger, Ester Schukajlow, Vanessa Steinert, Lennart Westmark

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Inhaltsverzeichnis

Editorial: Interaktionen auf der 63. Jungen Tagung Öffentliches Recht 11

Felix Würkert
Zum Begriff der Leistung: Das öffentliche Recht und die Leistungsgesellschaft 23

Valentina Chiofalo
Fehlende Intradisziplinarität als Bremse des (Antidiskriminierungs-) Rechts? Feministische Rechtswissenschaft und der intradisziplinäre Blick 45

Johannes Klamet
Ökonomische Menschenbilder als Analyseinstrumente im Öffentlichen Recht 65

Irina Lehner
Direkte Demokratie versus EU-Recht? Die Bewältigung von Konflikten zwischen Volksinitiativen und Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz–EU durch den schweizerischen Gesetzgeber am Beispiel der Masseneinwanderungsinitiative 85

Anna Berry
Die Ethisierung des Rechts
Ethikkommissionen als Beispiel gelungener rechtlicher Interdisziplinarität 105

Julian Seidl
Der Sozialstaat zwischen transnationaler Migration und Exklusion 123

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Emma Sammet
Die Wohngesetzgebung als Spiegel polit-ökonomischer Annahmen
Zur Rekonstruktion gesetzgeberischer Annahmen anhand von Mietpreisbremse und Wohngeld 143

Tilman Reinhardt
Ernährungssystemrecht 161

Rico David Neugärtner
Form matters, too – forciert formalistisches Vergleichen in der interdisziplinären Rechtsforschung in Interaktion mit Sprach-, Literatur- und Kunstwissenschaft 181

Johannes Thierer
An Ever Closer Market? Ein kompetenzrechtliches Verständnis der EU-Grundfreiheiten nach dem Vorbild der US-amerikanischen dormant Commerce Clause 201

Silvia Steininger, William Hamilton Byrne, Raphael Oidtmann
Die blinden Männer und der Elefant: Eine empirische Analyse der „Sozialwissenschaften" im Völkerrecht 221

Leo Müller und Jan Dönges
Die Rechtsprechungsanalyse im Lichte interdisziplinärer Methodik 243

Lilli Hasche
Ethnographie als Werkzeug (in) der Rechtswissenschaft 263

Jennifer Grafe
Die Umsetzung medizinischer und psychologischer Erkenntnisse im Recht bei abweichender gesellschaftlicher Erwartungshaltung am Beispiel der Pädophilie 279

Jan Schillmöller und Steliyana Doseva
Vom Mythos der Filterblase: Evidenzbasierte Regulierung im Zusammenspiel zwischen Kommunikations- und Rechtswissenschaft 299

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Linda Nell
Law and tacit knowledge 319

Talya Deibel
Law as Part of a Wider Conversation: Experiences with STS (Science and Technology Studies) 327

Paul P. Stewens, Nussaïbah B. Raja, Emma M. Dunne
Law Will Find A Way:
Legal Research at the Intersection with Palaeontology 343

Marcus Schnetter
Politischer Protest in der Form des Rechts: Public interest litigation als Grenzphänomen zwischen Politik und Recht am Beispiel des People's Climate Case 355

Elisabeth Faltinat
Methodische Interaktionen in der Rechtssoziologie
– am Beispiel eines qualitativ-empirischen Vorhabens – 375

Paula Rhein-Fischer
Interaktionen des Verfassungsrechts mit Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft bei Be- und Entlastungen: ein Vergleich zwischen Raum und Zeit 395

Liste der Förder:innen 415

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Editorial: Interaktionen auf der 63. Jungen Tagung Öffentliches Recht

Larissa Bahmer, Clarissa Barth, Hannah Franz, Shari Gaffron, Katharina Goldberg, Christina Jacobs, Josina Johannsen, Flemming Maltzahn, Rebecca Kruse, Friederike Löbbert, Maike Middeler, Lasse Ramson, Louisa Schmalhorst, Charlotte Schneeberger, Ester Schukajlow, Vanessa Steinert, Lennart Westmark

Die 63. Junge Tagung Öffentliches Recht fand zum Thema „Interaktionen: Internationalität, Intra- und Interdisziplinarität" im Juli 2023 in Hamburg statt. Dieser Tagungsband versammelt die Beiträge, die die Vortragenden auf Grundlage ihrer Abstracts und der anschließenden Diskussion im Rahmen der Tagung final erstellt haben. In diesem Editorial werfen wir, die Organisator:innen der Tagung und Herausgeber:innen des Tagungsbandes, zunächst noch einmal einen Blick auf das Tagungsthema (I.). Wegen der großen Resonanz auf unseren Call werden wir anschließend unsere Auswahl der Beiträge darlegen; auch um künftigen Organisationsteams eine Hilfestellung anzubieten (II.). Im dritten und vierten Teil des Editorials geben wir einen Überblick über die einzelnen Beiträge des Hauptprogramms (III.) und der Impulse (IV.). Wir schließen sodann mit einer kritischen Reflexion der Jungen Tagung Öffentliches Recht als einem wichtigen Forum für fachlichen und persönlichen Austausch zwischen Nachwuchswissenschaftler:innen im Öffentlichen Recht und einem Blick auf die Zukunft der Tagung (V.).

A. Interaktionen: Internationalität, Intra- und Interdisziplinarität

Das (nationale) Öffentliche Recht und seine Wissenschaft interagieren auf vielfältige Weise mit anderen Rechtsbereichen – seien es Normen anderen Ursprungs oder solche, die innerstaatlich typischerweise anderen Bereichen zugeordnet werden – sowie Erkenntnissen anderer Disziplinen. Diese Interaktionen sind kein neues Phänomen, ihnen kommt aber bisher noch zu wenig Aufmerksamkeit zu. Wer die unterschiedlichsten Interaktionen aufliest und in den Blick nimmt, erfährt die Komplexität von Rechtsetzung,

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rechtsanwendung und Rechtswissenschaft neu. Der Fokus auf Interaktionen wirkt dabei gleichzeitig der Tendenz zur Isolation des (nationalen) Öffentlichen Rechts aus institutionellen, sprachlichen und/oder disziplinären Gründen entgegen. Für die Tagung identifizierten wir vorab drei sich überschneidende Themenbereiche der Interaktionen: Internationalität, Intradisziplinarität und Interdisziplinarität.

Normen unterschiedlichen Ursprungs und unterschiedlicher (traditioneller) Zuordnung interagieren vielfältig miteinander und bedürfen der Koordinierung. Erst unter Berücksichtigung ihrer Interaktionen lässt sich die Rechtslage ausmachen, beurteilen und weiterentwickeln. Dabei sind Spannungslagen zu bewältigen, Besonderheiten der Rechtsquellen und ihrer Kontexte zu berücksichtigen oder nur vermeintliche Widersprüche aufzubrechen. Gleiches gilt, wenn juristische Verständnisse und Konzepte voneinander lernen sollen, etwa bei rechtsvergleichenden Arbeiten. Die Beschäftigung mit der Internationalität des Rechts lädt schließlich dazu ein, tradierte Grenzen der Dogmatik und des Denkens zu überwinden.

Tradierte Abgrenzungen, namentlich zwischen den juristischen Fachsäulen, überschreiten auch intradisziplinäre Forschungsansätze und -projekte. Gewissermaßen streiten schon der Gedanke der Einheit der Rechtsordnung sowie die verfassungsrechtliche Durchdringung des Rechts gegen eine gedankliche, oft aber auch institutionell verankerte Abschottung. Vielmehr fordert die enge Verflechtung der Rechtsbereiche gemeinsame Forschungsperspektiven.

Gleichzeitig interagieren Erkenntnisse unterschiedlicher Disziplinen miteinander und bedürfen der Übersetzung, des besseren Verständnisses und des Transfers. Dabei ist nicht nur die tragfähige, insbesondere methodengerechte Gewinnung und/oder Beurteilung von Erkenntnissen „anderer" Disziplinen eine ernstzunehmende Herausforderung. Auch die Verknüpfung mit Recht und Rechtswissenschaft bedarf besonderer Aufmerksamkeit und Reflexion. Interdisziplinäre Ansätze können dann zur Überprüfung von (versteckten) Annahmen und Vorstellungen im Recht und in der Rechtswissenschaft beitragen. Sie machen so vermeintlich Verborgenes der Untersuchung und Diskussion zugänglich.

Interaktionen können unterschiedlicher Gestalt sein: Normen, Rechtsbereiche und Erkenntnisse können sich voneinander abgrenzen, in Konkurrenz zueinander treten oder (differenziert) zusammenwirken. Als Rechtswissenschaftler:innen können wir jedenfalls zusammenwirken, um diese vielfältigen Interaktionen zu erkunden. Dazu hat die 63. Junge Tagung Öffentliches Recht eingeladen.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

B. Auf dem Weg zum wissenschaftlichen Hauptprogramm der Tagung: Einsendungen und Auswahl

Unser Call for Abstracts ist zu unserer großen Freude auf große Resonanz gestoßen. Wir haben über 100 Einsendungen zu den Themenbereichen der Internationalität, Intradisziplinarität und Interdisziplinarität erhalten. Das hat uns vor die Aufgabe gestellt, aus diesen vielen Beiträgen auszuwählen. Um sowohl unseren Erwartungen an ein inhaltlich starkes als auch an ein personell möglichst diverses Tagungsprogramm gerecht zu werden, haben wir ein aufwändiges Bewertungs- und Auswahlverfahren durchgeführt, das wir in seinen Kernelementen (mit-)teilen möchten.

Zunächst wurden alle Einsendungen anonymisiert. In dieser anonymisierten Form wurde jedes Abstract von mindestens sechs Mitgliedern des Organisationsteams bewertet. Für die Bewertung wählten wir die Kategorien „Beitrag zum Tagungsthema", „Innovativität" und „Argumentation und Methode", wobei jede Kategorie mit 0-3 Punkten bewertet werden konnte. Dafür skizzierten wir für jede Kategorie vorab schriftliche Maßstäbe, um die Bewertungen anzuleiten. Aus allen Bewertungen wurde eine Liste mit den Einsendungen – gerankt nach deren Durchschnittspunktzahl – erstellt, welche die Grundlage für die anschließende Auswahl bildete. Für die Auswahl traf sich das gesamte Organisationsteam an einem Wochenende, an dem wir aus den am besten bewerteten Einsendungen diejenigen aussuchten, die sich gut zu Panels zusammensetzen ließen. Erst an diesem Wochenende deckten wir die Merkmale auf, die wir bei der Einsendung der Abstracts abgefragt hatten: FINTA, BiPOC, aufgrund körperlicher/geistiger/seelischer Beeinträchtigung benachteiligte Person, Erstakademiker:in, Promovend:in/Habilitand:in. So konnten wir in mehrfacher Hinsicht auf eine personell diverse Zusammensetzung achten, ohne die Anonymisierung im Übrigen aufzugeben. Bei der Auswahl der Tagungsbeiträge berücksichtigten wir neben der Durchschnittspunktzahl aus der anonymisierten Bewertung auch diese Merkmale. So ergab sich nach langen Gesprächen und Diskussionen das wissenschaftliche Hauptprogramm der 63. JTÖR. Erst nach der finalen Auswahl haben wir die Anonymisierung aufgehoben, um die Ausgewählten zu benachrichtigen, die erfreulicherweise alle ihren Vortrag zugesagt haben.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

C. Überblick über die Inhalte der Tagungsbeiträge

Unter dem Oberbegriff „Gesellschaftsbilder" beschäftigten sich *Felix Würkert, Valentina Chiofalo* und *Johannes Klamet* mit dem Einfluss verschiedener Menschen- und Gesellschaftsbilder auf die Rechtswissenschaft. So führt *Valentina Chiofalo* aus, dass feministische Rechtswissenschaft als Mittel genutzt werden kann, um Intradisziplinärität insbesondere in der Rechtsprechung zu fördern. *Felix Würkert* nähert sich in seinem Beitrag dem Begriff der Leistung im Öffentlichen Recht und zeigt auf, an welchen Stellen dieser als Differenzierungskriterium oder Devianzmerkmal dient. Mit kritischem Blick auf die Leistungsgesellschaft stellt er dieser aktuelle Erkenntnisse der Disability Studies gegenüber und wirft die Frage auf, wie mit dem Kriterium der Leistung in Zukunft umgegangen werden soll. *Johannes Klamet* diskutiert, inwiefern Menschenbilder aus der Ökonomie für Rechtsetzung und Rechtsanwendung fruchtbar gemacht werden können. Er spricht sich dafür aus, dass die Realitäten menschlichen Verhaltens in Rechtspraxis und Gesetzgebung Berücksichtigung finden sollten.

Die Beiträge von *Irina Lehner* und *Anna Berry* befassen sich jeweils mit dem Thema „institutioneller Spannungsbewältigung". Während *Irina Lehner* am Beispiel des Konflikts zwischen der „Masseneinwanderungsinitiative" und dem Freizügigkeitsabkommen EU-Schweiz die Mittlerrolle der Bundesversammlung zwischen völkerrechtlichen Verpflichtungen und direktdemokratischen Interventionen untersucht und hierbei für ein gestärktes Rollenverständnis zur Steigerung der Konfliktbewältigung plädiert, befasst *Anna Berrys* Beitrag sich mit einem Beispiel für gelungene Interdisziplinarität zur Spannungsbewältigung: konkret mit der Rolle der öffentlichen Ethikkommission im Medizinrecht. Der Beitrag arbeitet insbesondere die Kompetenzen, die Entscheidungen und die Legitimation der Ethikkommission heraus.

Julian Seidl, Emma Sammet und *Tilman Reinhardt* widmen sich unter dem Schlagwort „Lebensgrundlagen" der rechtlichen Anknüpfung und Ausgestaltung verschiedener grundlegender Aspekte des menschlichen Lebens. *Julian Seidl* analysiert den Umgang des deutschen Sozialstaates mit transnationaler Migration und kommt zu dem Schluss, dass sozialstaatliche Abschottung innerhalb des europäischen Freizügigkeitsraums keine Lösung ist. Eine Durchbrechung des sozialrechtlichen Territorialitätsprinzips sei jedenfalls im Bereich der Existenzsicherung nicht mit der Verfassung vereinbar. *Emma Sammet* konzentriert sich in ihrem Beitrag auf die Mietpreisbremse und das Wohngeld und rekonstruiert daran, inwieweit polit-

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ökonomische Annahmen über die Funktionsweisen und Dynamiken des Wohnungsmarktes und die Wirkung wohnungspolitischer Instrumente implizit oder explizit der Wohngesetzgebung zugrunde gelegt werden. *Tilman Reinhardt* befasst sich in seinem Beitrag mit dem Recht des gesamten Ernährungssystems und arbeitet unter interdisziplinären Ansätzen Reformen heraus.

Rico David Neugärtner und *Johannes Thierer* befassen sich im Panel „Vergleichswege" mit der Thematik der Rechtsvergleichung. Während *Rico David Neugärtner* sich damit beschäftigt, *wie* Vergleichswege begangen werden sollten, ist *Johannes Thierer* einen Vergleichsweg gegangen. *Rico David Neugärtner* schlägt vor, die funktionalistische Rechtsvergleichung und vergleichende Begriffsarbeit um spezifisch form-forcierte Aspekte zu ergänzen. Ein Form-Begriff soll für Analyseansätze aus der Sprach-, Literatur- und Kunstwissenschaft fruchtbar gemacht werden. *Johannes Thierer* befasst sich mit einem Kompetenztitel des US-amerikanischen Rechts im Bereich des zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehrs. Dabei werden Gemeinsamkeiten und Unterschiede in der US-amerikanischen Rechtsprechung und derjenigen zu den europäischen Grundfreiheiten dargestellt.

Die Beiträge rund um das Thema „Interdisziplinarität als Werkzeug" befassen sich mit dem möglichen Einfluss verschiedener fachfremder Methoden auf die Rechtswissenschaft. *Silvia Steiniger* analysiert die Interaktion des Öffentlichen Rechts mit den Sozialwissenschaften im Völkerrecht. Ihre empirische Analyse stützt sich dabei auf eine erste umfassende Genealogie der sozialwissenschaftlichen Referenzen in sechs internationalen völkerrechtlichen Zeitschriften. *Leo Müller* und *Jan Dönges* analysieren verschiedene methodische Ansätze der Rechtsprechungsanalyse als empirische Forschung und stellen die induktive Methode vertiefend dar. Diese Methode eigne sich besonders, um aus Rechtsprechungsfundstellen allgemeine Aussagen zu gewinnen. *Lilli Hasche* setzt sich in ihrem Beitrag mit dem Potential rechtsethnographischer Forschung als weitere Perspektive auf die empirische Erforschung von Recht auseinander. Insbesondere zeigt sie auf, wie ethnographische Forschung eine kritische Perspektive auf Recht und Gesellschaft bieten kann und sogleich eine Reflexionsmöglichkeit der Forschenden eröffnen kann.

Unter der Frage „Gefühlte Wahrheit oder Evidenz?" widmet *Jennifer Grafe* sich in ihrem Beitrag den Grundlagen der Gesetzgebung und zeigt anhand des Beispiels von Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild den Bedarf einer evidenzbasierten Gesetzgebung und Gesetzeskontrolle auf. Zu einer ähnlichen Erkenntnis – wenn auch mit anderer thematischer

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Anknüpfung, nämlich am Beispiel der sogenannten Filterblasen – kommen *Jan Schillmöller* und *Steliyana Doseva*. Sie betonen insbesondere die Relevanz sozialwissenschaftlicher Studien als Basis für Rechtssetzung und Rechtsanwendung.

Die Beiträge von *Marcus Schnetter* und *Elisabeth Faltinat* im Panel „Überzeugungen bei Gericht" befassen sich im weitesten Sinne mit dem Gericht als rechtsprechende Gewalt. Der Beitrag von *Marcus Schnetter* widmet sich hierbei den Ambivalenzen zwischen politischem Protest und formstrengen gerichtlichen Verfahren und illustriert dabei insbesondere am Beispiel des People's Climate Case vor dem EuGH und EuG das Vorgehen politisch agierender Klageparteien. *Elisabeth Faltinat* untersucht, wie mit Hilfe der Grounded Theory Method das Konfliktpotenzial von Rechtsdogmatik und Rechtssoziologie entschärft werden kann, um so die Potenziale der Interaktionen beider Disziplinen für die praktische Arbeit – auch bei Gericht – nutzbar zu machen.

Der letzte Beitrag in diesem Band stammt von *Paula Rhein-Fischer*. Er zeigt die Übertragbarkeit von Konzepten zur Bestimmung von räumlichen Jurisdiktionsgrenzen sowie der extraterritorialen Grundrechtsgeltung auf eine sogenannte extratemporale Rechtssetzung auf und argumentiert – angesichts zahlreicher offener Fragen – für eine stärkere gemeinsame Betrachtung von Raum und Zeit als Bezugspunkt des Rechts. Auf der Tagung hat außerdem *Julian Hettihewa* – ebenfalls im Panel „Verantwortung für die Zukunft" – zum Thema „Potenziale der Youth Studies im Völkerrecht" vorgetragen. In seinem Vortrag ergründete *Julian Hettihewa* den Raum, Erkenntnisse der Youth Studies in der völkerrechtlichen Wissenschaft zu rezipieren. Dabei stellte er die inhärente Interdisziplinarität des Völkerrechts an den Beginn, um dann mit einer Reflektion der Rolle der Jugend im Völkerrecht zu einem Plädoyer für eine solche Rezeption zu kommen.

D. Überblick über die „Impulse"

Um den vielfältigen Interaktionen des (nationalen) Öffentlichen Rechts und seiner Wissenschaft mit anderen Rechtsbereichen und Disziplinen noch besser gerecht zu werden, haben die „Impulse" als Zusatz zum wissenschaftlichen Hauptprogramm stattgefunden. Ziel war es, Perspektiven von Wissenschaftler:innen einzubringen, die sich nicht rechtswissenschaftlich mit Öffentlichem Recht beschäftigen. Wir wollten nicht nur in „unserem" Kreis über Interaktionen mit „anderen" sprechen, sondern diese

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

selbst zu Wort kommen lassen und mit ihnen ins Gespräch kommen. Deshalb haben wir nach jungen Wissenschaftler:innen gesucht, die aus ihrer Perspektive etwas zum Thema Interaktionen und Internationalität, Intradisziplinarität und/oder Interdisziplinarität beitragen können und vor Rechtswissenschaftler:innen des Öffentlichen Rechts vortragen wollen. Angesichts der damit verbundenen gezielten Öffnung für internationale Wissenschaftler:innen war von Anfang an geplant, auch englischsprachige Beiträge ins Programm aufzunehmen. Dabei sehen wir neben der inhaltlichen Bereicherung auch die sprachliche Komponente selbst: Zugunsten der Internationalität sollte sich die deutsche Rechtswissenschaft des Öffentlichen Rechts mehr (zumindest) der englischen Sprache zuwenden, um auch mit internationalen Wissenschaftler:innen interagieren zu können.

Die Impulse waren in zwei Panels strukturiert. Das erste Panel zu „Law, Society and Knowledge" begann mit einem Beitrag von *Linda Nell,* Soziologin an der Universität Münster. Sie sprach über „Law and tacit knowledge" und zeigte auf, welche Rolle implizitem Wissen vor und nach der Rechtsetzung zukommt. Die Rechtsanwendung im Einzelfall werde erst durch implizites Wissen darüber, wie rechtliche Normen anzuwenden sind, ermöglicht und lasse sich daher rein rechtlich weder erklären noch steuern. Daran schloss sich ein Beitrag von *Talya Deibel*, Zivilrechtlerin aus der Türkei mit momentaner Forschungsstation am University College Cork (Irland), zu ihren Erfahrungen mit Science, Technology and Society Studies (STS) an. Sie sprach über wechselseitige Beziehungen zwischen Wissen, Technologie, Gesellschaft und Recht, insbesondere vor dem Hintergrund neuer technologischer Entwicklungen. Dabei stellte sie die kategorische Unterscheidung zwischen Wissenschaft und Recht sowie Subjekt und Objekt in Frage und plädierte für mehr Inter- und Intradisziplinarität in der Rechtswissenschaft. Die Beiträge verband nicht nur eine gewisse „Außenperspektive" auf das Öffentliche Recht, sondern auch der spezifische Fokus auf die Funktion von Wissen in der Interaktion zwischen Recht und Gesellschaft. Im zweiten Panel zeigten *Paul Stewens, Nussaïbah Raja* und *Emma Dunne* unter dem Titel „Law Will Find a Way: Legal Research at the Intersection with Palaeontology" eindrücklich auf, dass auch die interdisziplinäre Zusammenarbeit mit naturwissenschaftlichen Disziplinen äußerst fruchtbar sein kann. Anhand aktueller Beispiele aus der paläontologischen und paläobiologischen Forschung stellten sie das Fossilienrecht als in der Rechtswissenschaft noch kaum beachtetes Themenfeld vor. Sie machten deutlich, wie sehr das Ringen um gute, insbesondere ethische und legale Forschungspraktiken von einem weiteren Austausch profitieren könnte.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Zu einer spürbaren Auflockerung führte vor allem die – im juristischen Bereich unübliche – Vortragsweise im zweiten Panel: frei gesprochen, an einen TED-Talk erinnernd, bei mehrfachen und dynamischen Wechseln der Sprecher:innen. Mit den Impulsen konnte, so erscheint es uns im Rückblick, die Tagung wie gewünscht um internationale und fachübergreifende Perspektiven und Interaktionen erweitert werden. Impulse lassen sich gut nutzen, um das Tagungsprogramm gezielt um bestimmte Perspektiven und Einzelthemen zu ergänzen. Je nach Tagungsthema kann der Bedarf hieran unterschiedlich ausgeprägt sein. Eine durch englischsprachige Beiträge entstehende fremdsprachliche Herausforderung erscheint außerdem als gute Übung sämtlicher Beteiligter für internationale Tagungen. Werden „Impulse" als ein gegenüber dem Hauptprogramm stärker diskursives Format gedacht, muss allerdings ein geeigneter Rahmen geschaffen werden, damit sich die Teilnehmenden noch besser darauf einlassen können. Gerade bei einem großen Plenum ist das durchaus eine Herausforderung, sowohl hinsichtlich der Organisation als auch für die Moderation. Unsere Verbindung des Impuls-Programms mit einem anschließenden Abendempfang war dabei sicherlich nur ein möglicher Ansatzpunkt; auch über Alternativen zum Format aus Vortrag und anschließender moderierter Plenumsdiskussion könnten künftige Organisationsteams etwa weiter nachdenken.

E. Kritische Reflexion und Ausblick

Weil die Junge Tagung Öffentliches Recht ein Forum ist, in dem regelmäßig Nachwuchswissenschaftler:innen aus dem gesamten Bereich des Öffentlichen Rechts für fachlichen und persönlichen Austausch zusammenkommen, sollte ihre Bedeutung nicht unreflektiert bleiben. Wer sich in diesem Forum präsentieren, austauschen und vernetzen kann, bleibt womöglich nicht ohne Konsequenzen für den weiteren Werdegang. Das war uns mit Blick auf die Vortragenden sehr bewusst. Wir haben deshalb bei der Auswahl neben der Innovativität und Qualität der Beiträge auch die oben genannten Merkmale (FINTA, BiPoC, Person mit körperlicher/geistiger/seelischer Beeinträchtigung, Erstakademiker:in, Doktorand:in/Habilitand:in) berücksichtigt, um Geschlechtergerechtigkeit und Diversität im Rahmen unserer Möglichkeiten zu begünstigen. Das haben wir in der Rechtswissenschaft noch immer bitter nötig. So sind zwar wissenschaftliche Mitarbeitende und Promovierende nicht mehr überall überwiegend männ-

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lich.[1] Das sieht aber schon bei Vortragenden auf der JTÖR bzw. vormals ATÖR[2], Autor:innen[3], Herausgeber:innen[4], und vor allem bei Professor:innen deutlich anders aus.[5] Es zeigt sich, dass „die Schere zwischen der prozentualen Beteiligung von Frauen und Männern am Karriereverlauf nach dem Studienabschluss immer weiter auseinander klafft".[6] Und: „Unterrepräsentiert sind bei den rechtswissenschaftlichen Professuren nicht nur Frauen, sondern auch nicht-binäre Personen, People of Colour bzw. Personen mit Rassismuserfahrungen und Menschen mit Behinderungen. Juraprofessor*innen sind weit überwiegend männlich und *weiß*."[7] In der gesamten Rechtswissenschaft, auch auf der Jungen Tagung Öffentliches Recht, lässt sich eine starke Dominanz weißer Personen wahrnehmen.[8] Auch die

1 Von den deutschlandweit im Jahr 2022 Promovierenden sind etwas mehr Personen männlich als weiblich, in der Fächergruppe Rechts-, Wirtschafts- und Sozialwissenschaften liegen die Zahlen aber fast gleich auf, s. Statistischer Bericht, Statistik der Promovierenden 2022, EVAS-Nummer 21352, erschienen am 18.08.2023, Tabelle 21352-01 und Tabelle 21352-04. Der Frauenanteil bei abgeschlossenen rechtswissenschaftlichen Promotionen lag 2015 bei 39,2%, s. *Ulrike Schultz/Anja Böning/Ilka Peppmeier/Silke Schröder*, De jure und de facto: Professorinnen in der Rechtswissenschaft, 2018, 160. Der Frauenanteil bei den Wissenschaftlichen Mitarbeitenden an juristischen Fakultäten lag 2015 bei ca. 45%, s. ebd., 158 f.

2 Auf der ATÖR haben in 58 Jahren nur 21,09% Frauen vorgetragen, s. *Ulrike Lembke/Dana Valentiner*, Diskriminierung und Antidiskriminierung in der juristischen Ausbildung, in: Bretthauer, Sebastian/Henrich, Christina/Völzmann, Berit/Wolckenhaar, Leonard/Zimmermann, Sören (Hrsg.), Wandlungen im Öffentlichen Recht. Festschrift zu 60 Jahren Assistententagung – Junge Tagung Öffentliches Recht, 2020, 279 (301).

3 Der Anteil von Bearbeiterinnen in juristischen Kommentaren lag nach einer Auswertung von Ute Sacksofsky und Carolin Stix bei 11,91%, der Anteil von Autorinnen in juristischen Zeitschriften bei 17,32%, s. *Ute Sacksofsky/Carolin Stix*, Daten und Fakten zur Repräsentanz von Frauen in der Rechtswissenschaft, 2018, 27.

4 Der Anteil von Herausgeberinnen von juristischen Kommentaren lag nach derselben Auswertung bei 10,53%, der Anteil von Herausgeberinnen juristischer Zeitschriften bei 17,42%, s. ebd.

5 Der deutschlandweite Frauenanteil bei den Professuren lag 2021 bei 27,2 %, in den Rechts-, Wirtschafts- und Sozialwissenschaften bei 32,9 %, s. dazu https://de.statista.com/statistik/daten/studie/197908/umfrage/frauenanteil-in-der-professorenschaft-nach-faechergruppen/ (zuletzt abgerufen am 18.10.2023). Von den 2015 und 2014 abgeschlossenen Habilitationen waren 22,6 % von Frauen, die Zahlen schwanken hier allerdings stärker, s. *Schultz/Böning/Peppmeier/Schröder* (Fn. 1), 163 f.

6 *Schultz/Böning/Peppmeier/Schröder* (Fn. 1), 173.

7 *Lembke/Valentiner* (Fn. 2), 287 (kursiv im Original).

8 So nach „eigene[n], erfahrungsbasierte[n] und somit notwendigerweise subjektive[n] Beobachtungen" mit Bezug auf die ATÖR *Carolin Stix*, Rassismuskritik in der Rechtswissenschaft, in: Bretthauer/Henrich/Völzmann/Wolckenhaar/Zimmermann (Fn. 2), 217 (232).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

soziale Herkunft spielt in der Rechtswissenschaft noch immer eine große Rolle: Nur 21% der Juraprofessor:innen stammen aus statusniedrigeren Herkunftsgruppen, sogar nur 2% aus der niedrigen Herkunftsgruppe.[9] Von *Anja Böning* erhobene Zahlen zeigen zudem, dass auch der wissenschaftliche Nachwuchs im Öffentlichen Recht ein „extrem hohes Bildungsniveau der Herkunftsfamilien" aufweist. Nur 17% der Befragten stammen aus der mittleren, nur 6% aus der niedrigen Herkunftsgruppe. Ganze 69% stammen aus einem akademischen Elternhaus.[10] Und mehr als ein Drittel hat sogar eine Person mit einem juristischen Abschluss in der Familie.[11] All diese Zahlen und die mit ihnen verbundenen Realitäten entstehen nicht durch Zufälle. Wir wünschen uns, dass auch künftige Organisationsteams dem besondere Aufmerksamkeit widmen. Nach unserem Eindruck konnten wir zeigen, dass die Junge Tagung Öffentliches Recht dadurch insgesamt gewinnt.

Auch der Teilnehmendenkreis sollte wegen der damit verbundenen Möglichkeiten des Austausches und der Vernetzung nicht unreflektiert bleiben. Dies gilt umso mehr bei einer Tagung, die es aufgrund räumlicher und organisatorischer Beschränkungen nicht vermag, den gesamten Kreis angesprochener und interessierter Personen willkommen zu heißen. Unser Vorgehen, die Teilnahmeplätze sämtlich nach einer längeren Anmeldephase zu verlosen, hat teilweise für Unverständnis gesorgt. Dies hat nicht überrascht, war doch bisher eine Platzvergabe nach dem Windhundprinzip auf der JTÖR üblich. Unser Ziel war, auch denen eine Teilnahme zu ermöglichen, die (bisher) kaum in der (Nachwuchs-)Wissenschaft vernetzt sind und daher erst nach einiger Zeit von der Eröffnung der Anmeldung zur Tagung erfahren. Vielleicht ist es künftigen Organisationsteams möglich, den Prozess der Auswahl des Teilnehmendenkreises noch zu optimieren. Um (gemeinsam anreisende) Gruppen nicht auseinanderzureißen und Personen, für die eine Teilnahme besonders wichtig ist, eine höhere Chance zur Teilnahme zu bieten, könnte etwa eine Kombination aus Los- und Windhundverfahren zur Anwendung kommen.

---

9 *Anja Böning*, Zur sozialen Situation der Assistent*innen im Öffentlichen Recht - Explorative Erkenntnisse aus einer Online-Erhebung, in: Bretthauer/Henrich/Völzmann/Wolckenhaar/Zimmermann (Fn. 2), 253 (254) unter Verweis auf *Christina Möller,* Herkunft zählt (fast) immer. Soziale Ungleichheiten unter Universitätsprofessorinnen und -professoren, 2015, 233.

10 *Anja Böning* (Fn. 9), 273.

11 *Anja Böning* (Fn. 9), 276.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schließlich spielt für Geschlechtergerechtigkeit und Diversität nicht nur die Auswahl der Vortragenden und Teilnehmenden eine Rolle. Mehr ist zu berücksichtigen und umzusetzen, damit alle sich wohlfühlen, am Diskurs beteiligen und gern wiederkommen. Einrichten lässt sich beispielsweise eine bedarfsgerechte Kinderbetreuung sowie ein Awareness-Team, das bei Problemen und jeglichem Unwohlsein erste, vertrauliche Ansprechpartner:innen bereit hält. Themen, die für manche Personen emotional belastet sein können, können mit einer Triggerwarnung versehen werden. Auch mit Rückzugsorten im Tagungsgebäude und vegetarischen/veganen/allergikerfreundlichen Essensoptionen kann individuellen Belangen Rechnung getragen werden. Bei künftigen Tagungen können solche Angebote noch weiter ergänzt werden.

Abschließend halten wir fest, dass die Organisation und Durchführung der Tagung und die Zusammenstellung dieses Tagungsbandes für uns als Organisator:innen und Herausgeber:innen eine sowohl fachlich als auch persönlich überaus bereichernde Erfahrung war. Bis zur nächsten JTÖR!

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zum Begriff der Leistung: Das öffentliche Recht und die Leistungsgesellschaft*

Felix Würkert

A. Einleitung

In ihrem 2018 erschienen Buch konstatiert die Historikerin Nina Verheyen, die deutsche Gesellschaft sei eine Leistungsgesellschaft. Als solche versteht sie „Staaten [...], die gezielt rechtliche Grundlagen und politische Instrumente schaffen, um die Lebenschancen aller Bürgerinnen statt an Herkunft explizit an ‚Leistung' zu binden, und die sich diskursiv darüber verständigen, was damit gemeint ist und wie es ermittelt wird."[1]

Dass die rechtlich verfasste Gesellschaft als Leistungsgesellschaft konzipiert ist, zeigt sich auch in einer benachbarten Rechtsordnung. Laut Art. 14 Abs. 5a S. 2 des österreichischen Bundesverfassungsgesetzes (B-VG) sollen Kinder und Jugendliche unter anderem zu „leistungsorientierten [...] Menschen werden". Der 2005 eingeführte Absatz ist dabei weniger hinsichtlich dieses Wortlauts bemerkenswert.[2] Auch etwa § 2 Abs. 2 S. 1 des Hamburgischen Schulgesetzes erklärt die „Stärkung der Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft der Schülerinnen und Schüler" zum Bildungs- und Erziehungsauftrag. Bemerkenswert ist indes, dass im B-VG die Leistungsorientierung gemeinsam mit den anderen Zielen und Grundwerten in den verfassungsrechtlichen Rang einer Staatszielbestimmung erhoben wurde. Dabei entsprächen diese Werte und Ziele dem „Musterbild [eines Menschen] das dem Typus des demokratisch-rechtsstaatlichen Verfassungsstaat, insbesondere seinen Grundrechtskatalogen zugrunde liegt [...]".[3] Ausgangspunkt dieses Satzes ist die spezifische Norm des B-VG, doch weist er darüber hinaus und beansprucht, dass ein Katalog an Werten und Zielen,

* Shari Gaffron und Lasse Ramson danke ich für ihre Anmerkungen. Verbleibende Fehler sind meine.

1 *Nina Verheyen*, Die Erfindung der Leistung, 2018, 65 (die Autorin alterniert generisches Maskulinum und generisches Femininum).

2 Vgl. *Bernd Wieser*, in: Korinek, Karl u.a. (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 14. Aufl. 2018, Art. 14 B-VG Rn. 59.

3 *Theo Öhlinger/Harald Eberhard*, Verfassungsrecht, 12. Aufl. 2019, 74 Rn. 102b.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Leistungsorientierung umfasst, grundsätzlich das Menschenbild des demokratisch-rechtsstaatlichen Verfassungsstaats präge. Dabei taucht der Begriff „Leistung" sonst an keiner Stelle des B-VG auf.

Im Grundgesetz findet sich Leistung ebenfalls allein in Art. 33 Abs. 2 GG. Damit stellt sich die Frage, was das für ein Begriff ist, dem instinktiv eine zentrale Bedeutung beigemessen wird, der gar als „Fundamentalnorm unserer Gesellschaft"[4] bezeichnet wird, der aber nur einmal und nur in begrenzter Funktion in der Verfassung auftaucht und dabei ohne Definition bleibt. In der Wissenschaft vom öffentlichen Recht ist diese Frage, bis auf die hervorzuhebende Arbeit von Hartmut Malinka zum Verfassungsrecht,[5] weder gestellt noch beantwortet worden.[6]

Dieser Umstand ist umso überraschender, als abseits der Rechtswissenschaft bereits mehrfach intensive wissenschaftliche Debatten um Leistung, Leistungsprinzip und Leistungsgesellschaft geführt wurden. Exemplarisch sei an dieser Stelle die Gegenüberstellung von Lustprinzip und Leistungsprinzip bei Herbert Marcuse genannt,[7] die nachhaltigen Einfluss auf die sog. 68er hatte.[8] Die soziologische Studie Claus Offes adressierte die mit dem Leistungsprinzip verbundenen Verteilungsfragen.[9] Helmut Schelsky wandte sich wiederum gegen diese Leistungskritik, die er als „Diffamierung der Leistung"[10] ansah. Nach diesem Höhepunkt der Debatte in den 1970ern[11] wurde unter dem Eindruck des Neoliberalismus der 1990er und dem daran anschließenden Abbau des Sozialstaats (New Labours Third

4 *Kai Dröge/Kira Marrs/Wolfgang Menz*, Rückkehr der Leistungsfrage, in: dies. (Hrsg.), Rückkehr der Leistungsfrage, 2008, 7 (7).

5 *Hartmut Malinka*, Leistung und Verfassung, 2000, 11 f.

6 Die Beschäftigung der Staatsrechtslehrertagung 1971 mit den „Grundrechten im Leistungsstaat" streift die Frage zT, fokussiert jedoch primär Leistungen des Staates: *Wolfgang Martens*, VVDStRL 30 (1972), 7 (8); *Peter Häberle*, VVDStRL 30 (1972), 43 (55); als Leerstelle identifiziert bei *Peter Häberle*, Effizienz und Verfassung, AöR 1973, 625 (625, 633); kurz taucht die Frage der Leistung auf bei *Herbert Krüger*, Die deutsche Staatlichkeit im Jahre 1971, Der Staat 1971, 1 (29 f.); zu Krügers NS-Vergangenheit *Horst Dreier*, Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, VVDStRL 60 (2001), 9 (17, 24 Fn. 67).

7 *Herbert Marcuse*, Triebstruktur und Gesellschaft, 1965, 49 ff.

8 *Reimut Reiche*, Marcuse, Herbert 19.7.1898 Berlin – 29.7.1979 Starnberg – Triebstruktur und Gesellschaft, in: Axel Honneth (Hrsg.), Schlüsseltexte der Kritischen Theorie, 2006, 344 (346).

9 *Claus Offe*, Leistungsprinzip und industrielle Arbeit, 1970, 44.

10 *Helmut Schelsky*, Die Arbeit tun die anderen, 1975, 181 ff.

11 *Kai Dröge/Kira Marrs/Wolfgang Menz* (Fn. 4), 7 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Way, Hartz-Reformen etc.)[12] die Debatte Anfang der 2000er wieder aktueller[13] und nimmt seit der Mitte der 2010er Jahre wieder an Fahrt auf.[14] Parallel zu diesem deutschsprachigen Debattenverlauf soll an dieser Stelle jedenfalls der jüngste US-amerikanische Beitrag des Philosophen Michael Sandel genannt werden.[15]

Vor diesem Hintergrund lohnt es, sich auf die Suche nach den Erscheinungsformen der Leistung im öffentlichen Recht zu machen. Hierfür ist zuerst eine begriffliche Annäherung erforderlich (B.). Betrachtet man davon ausgehend eine Auswahl an Bereichen, in denen Leistung und das öffentliche Recht interagieren (C.), so lassen sich grob zwei Seiten unterscheiden: jene, in denen Leistung als Differenzierungsmerkmal fungiert (C.I.) und jene, in denen Nicht- oder Minderleistung als Devianz markiert und sanktioniert werden (C.II.). Das so gefundene Bild einer auch rechtlich formierten Leistungsgesellschaft soll sodann mit dem Konzept des Ableismus und den Erkenntnissen der Disability Studies kontrastiert werden (D.), um über die Fokussierung auf Leistung hinauszublicken (E.).

B. Leistung: Eine begriffliche Annäherung

Wurde bis zu diesem Punkt der Begriff der Leistung ohne Definition verwendet, so entspricht dies durchaus der üblichen Praxis, in welcher der Begriff zumeist intuitiv mit Bedeutung ausgefüllt wird. Als Untersuchungsgegenstand lohnt es sich jedoch, sich dem Begriff anzunähern.

Das Leistungsprinzip kann mit Claus Offe beschrieben werden, wonach „[…] der soziale Status von Individuen von ihrem Status innerhalb der Arbeits- und Produktionssphäre abhängig sein soll. Ihr Status in den hierarchischen Organisationen der Produktionssphäre ist seinerseits abhängig zu machen von individueller Leistung."[16] Die auch von Offe hervorgehobene

12 *Diether Döring*, Soziale Sicherung in der Defensive, in: ders. (Hrsg.), Soziale Sicherheit in Gefahr, 1995, 11 (43); *Christian Brütt*, Workfare als Mindestsicherung, 2011, 72 f., 84 f.

13 *Kai Dröge/Kira Marrs/Wolfgang Menz* (Fn. 4), 8; *Axel Honneth*, Umverteilung als Anerkennung – Eine Erwiderung, in: Fraser, Nancy/ders., Umverteilung oder Anerkennung, 2003, 129 (175).

14 *Lars Distelhorst*, Leistung – das Endstadium der Ideologie, 2014; *Verheyen* (Fn. 1), 196 ff.; *Kevin M. Dear*, Leistungsgerechtigkeit im Politischen Liberalismus, 2018.

15 *Michael Sandel*, The Tyranny of Merit, 2020.

16 *Offe* (Fn. 9), 44.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Unbestimmbarkeit wird indes besonders gut sichtbar, wenn Axel Honneth Leistung definiert als „produktiver Beitrag zur gesellschaftlichen Reproduktion, der soziale Wertschätzung verdient“[17]. Sowohl Beitrag oder Aufwand als auch Ertrag unterliegen sozialer Wertung. Zugleich existiert kein festes Verhältnis der beiden Variablen Aufwand und Ertrag.[18]

Anders als im Deutschen existiert im Englischen eine philosophische Unterscheidung zwischen „desert“ und „merit“, die zum Teil auch mit Verdienst übersetzt werden.[19] Während „desert“ auf einer bereits erfolgten Handlung beruht, bezieht sich „merit“ auf Eigenschaften, die einer Person zugeschrieben werden und die uns zu der Annahme veranlassen, dass diese Person sich in Zukunft entsprechend verhalten wird. Während „desert“ also ein reaktives Konzept ist, ist „merit“ zukunftsorientiert.[20] Der Unterschied ist praktisch jedoch schwer aufrechtzuerhalten. Schließlich wird „merit“ – zum Beispiel im Hinblick auf die Zulassung zu Universitäten – auch auf der Grundlage standardisierter Tests beurteilt.[21] Hier wird also reaktiv an eine vergangene Handlung angeknüpft, um daraus Aussagen über die zukunftsorientierte Eigenschaft einer Person treffen zu können. Was die beiden Begriffe gegebenenfalls wirklich voneinander trennt, ist, dass „desert“ auf eine spezifische Tat abstellt – selbst wenn diese Tat offensichtlich nicht charakteristisch ist. Denken wir etwa an die Heldentat eines Feiglings. „Merit“ hingegen nimmt eher den Charakter einer Person in den Blick. Dies kann sich in Prüfungsergebnissen, aber auch in außerschulischen Aktivitäten, Umgangsformen usw. widerspiegeln. Im Englischen findet sich mit dem ins Negative gewendeten Begriff „demerit“ zudem eine explizite Verknüpfung von missbilligten Handlungen oder Eigenschaften und Sanktionierung oder Abwertung,[22] wie sie gedanklich auch in den Definitionen Honneths und Offes enthalten ist.

17 *Honneth* (Fn. 13), 175.
18 *Offe* (Fn. 9), 47.
19 Zur weitgehenden Synonymität von merit und desert und der teilweisen Deckungsgleicheit mit Leistung *Frank Nullmeier*, Verdienst, in: Gosepath, Stefan u.a. (Hrsg.), Handbuch der politischen Philosophie und Sozialphilosophie, Band 2, 2008, 1402 (1402 f.).
20 *J. R. Lucas*, On Justice, 1980, 166 („We give scholarships on merit and military decorations on desert.“).
21 Ebd.; *Jerome Karabel*, The chosen, 2005, 4-6.
22 *Nullmeier* (Fn. 19), 1403.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Auch andere Begriffe werden verwendet, um Leistung zu thematisieren. Marcuse schrieb vom „performance principle".[23] Michael Young prägte mit seinem dystopischen Entwurf einer reinen „meritocracy" diesen Begriff,[24] während David McClellands sozialpsychologische Studie „The achieving society" in der deutschen Übersetzung den Begriff „Die Leistungsgesellschaft" einführte.[25]

Angesichts eines sich stetig wandelnden Leistungsverständnisses erscheint das Übersetzungspaar „Leistung – performance" besonders charmant, berücksichtigt es in seiner Doppeldeutigkeit doch auch Elemente von Darstellung und Wahrnehmung. So kann auch Leistung berücksichtigt werden, die sich nicht unmittelbar als Beitrag zur Reproduktion aufdrängt, aber als erfasster Marker des Erfolgs und der Selbstoptimierung in Form von Likes, Retweets, Kontakten, gezählten Schritten, Kalorien etc. als Leistung wahrgenommen wird und über Status und Wertschätzung entscheiden kann.[26]

Am Ende dieses Abschnitts bleibt damit keine eindeutige Definition von Leistung, sondern eine Annäherung und Funktionsbeschreibung. Leistung ist ein Tun, das die Gesellschaft sinnvoll findet, und es dient dazu, unseren Platz in der Gesellschaft zu bestimmen und zu rechtfertigen.

C. Leistung und das öffentliche Recht

Betrachtet man das öffentliche Recht, so wird der Begriff der Leistung auch hier nicht einheitlich verwendet.[27] Dennoch wirkt Leistung an diversen Stellen, explizit oder implizit, als zentrales Kriterium. Diese reichen von der Integrationsleistung und dem gesicherten Lebensunterhalt des Aufenthalts- und Staatsangehörigkeitsrechts[28] über Leistungskriterien im

23 Herbert Marcuse, Eros and Civilization, 1955, 44; *ders.* (Fn. 8) 49 ff.

24 *Michael Young*, The Rise of Meritocracy, 1958.

25 *David C. McClelland*, The achieving society, 1961; *ders.*, Die Leistungsgesellschaft, 1966.

26 *Lars Distelhorst*, Zum Begriff der Leistung, in: Klopotek, Felix /Scheiffele, Peter (Hrsg.), Zonen der Selbstoptimierung, 2016, 35 (36, 49).

27 *Malinka* (Fn. 55), 12.

28 § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG; § 8 Abs, 1 Nr. 4 StAG; Referentenentwurf des Bundesministeriums des Innern und für Heimat, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Staatsangehörigkeitsrechts, Stand 19.05.2023, https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/gesetzgebungsverfahren/DE/Downloads/referentenentwuerfe/VII5/gesetz-zur-modernisierung-des-staatsangehoerigkeitsrechts.pdf (zuletzt abgerufen am: 19.09.2023).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Bildungsbereich[29] und die Förderung der Leistungsbereitschaft im Recht der sozialen Sicherung[30] bis hin zum Leistungsfähigkeitsprinzip des Steuerrechts[31] und darüber hinaus. Während Leistung regelmäßig dort auftaucht, wo sie als positiv konnotierter Begriff der Differenzierung fungiert (I.), ist der Begriff als Bezugspunkt für Devianz und Disziplinierung (II.) merklich abwesend. Dabei greifen Bestenauslese und Aussortieren und Sanktionieren stets ineinander und funktionieren lediglich gemeinsam.

I. Leistung als Differenzierungskriterium

1. Gleichheit und die Bestenauslese (Art. 33 Abs. 2 GG)

Wenn in Art. 33 Abs. 2 GG der Begriff der Leistung verwendet wird, so ist er dort Teil eines besonderen Gleichheitssatzes.[32] Dieser Dreiklang aus Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung wird regelmäßig dahingehend systematisiert, dass ein weiter Eignungsbegriff sowohl Befähigung, fachliche Leistung als auch Eignung im engeren Sinne erfasst.[33] Während damit Eignung als Oberbegriff fungiert, schreibt das Bundesverfassungsgericht sowohl vom „Prinzip der Bestenauslese"[34] als auch vom „Leistungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG"[35]. An anderer Stelle zeigte sich dies bereits im Parlamentarischen Rat. In der Debatte um Art. 132 GG, einer Übergangsbestimmung zu Beamten, Richtern und dem öffentlichen Dienst, wurde eine Leistungsauslese gefordert. Es solle ein Leistungsstaat und kein Beamtenstaat entstehen. Je höher die Leistung der Beamten sei, um so besser werde die Staatsapparatur funktionieren.[36]

29 BVerfG, Urteil vom 19.12.2017, 1 BvL 3/14 u.a., BVerfGE 147, 253 (291, 316).
30 *Brütt* (Fn. 12), 263 f.
31 *Paul Kirchhof,* in: Isensee, Josef /ders. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band 5, 3. Aufl. 2017, § 118 Rn. 183.
32 *Malinka* (Fn. 5), 139, 145.
33 *Theodor Maunz*, in: ders./Dürig, Günter (Hrsg.), GG, März 1966, Art. 33 Rn. 19; BVerwG, Urteil vom 6.2.1975, II C 68.73, BVerwGE 47, 330 (336); zur NS-Vergangenheit und rechtem Gedankengut bei Maunz *Michael Stolleis*, Maunz, Theodor (1901-1993), in: Cordes, Albrecht u.a. (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG), 2 Aufl. 2004 ff., Bd. III, 22. Lfg., Band 3, Spalte 1372-1373.
34 BVerfG, Beschluss vom 16.12.2015, 2 BvR 1958/13, BVerfGE 141, 56 (68).
35 BVerfG, Beschluss vom 21.4.2015, 2 BvR 1322/12 u.a., BVerfGE 139, 19 (50).
36 Parlamentarischer Rat, Band 14.I, 575.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Insgesamt handelt es sich bei den Kriterien in Art. 33 Abs. 2 GG um unbestimmte Rechtsbegriffe, welche nur begrenzt gerichtlich überprüfbar sind.[37] Im Parlamentarischen Rat hatte man sich für die Streichung des Zusatzes „charakterlich" vor „Eignung" entschieden, da sich dieser Begriff sowohl im Nationalsozialismus als auch in der preußischen Armee als dehnbar und missbrauchsanfällig erwiesen habe.[38] Angesichts beider Umstände überrascht es, wenn es heißt, die „Kriterien sollen eine sachlich-rationale Auswahl gewährleisten".[39] Gleiches gilt, wenn – in offener Abwehr der in Art. 3 Abs. 2 GG festgeschriebenen Gleichstellungsauftrags – die minutiöse Erfassbarkeit und Vergleichbarkeit angenommen wird: „Bei absolut gleich geeigneten Bewerbern um eine Stelle kann bei der die Auswahl bestimmenden Abwägung das Förderungsgebot der tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und der Beseitigung bestehender Nachteile ins Gewicht fallen; eine individuelle Rechtsposition einer Bewerberin folgt daraus nicht."[40] Die Annahme, dass die „unspezifische Heranziehung sozial- oder gesellschaftspolitischer Ziele oder Gesichtspunkte [...] mit der die Qualität, Unparteilichkeit und Objektivität des öffentlichen Dienstes gewährleistenden Verfassungsnorm des Art. 33 Abs. 2 und der institutionellen Garantie des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 4 und 5) unvereinbar" ist, ignoriert, dass der Leistungsbegriff gerade von sozial- und gesellschaftspolitischem Wandel geprägt ist.[41]

Um die Schwierigkeiten eines solchen vermeintlich objektiven und naturalisierten Leistungsverständnisses noch besser erkennen zu können, bedarf es einer rechts- und ideengeschichtlichen Rückschau. Leistung ist als zentrale Idee beschrieben worden, um die herum die Denker*innen der Aufklärung die Gesellschaft neu ordneten. Als solche markiert sie den Übergang von einer askriptiven Theorie der Differenzierung zu einer meritokratischen Theorie der Differenzierung. Aristokratie bedeutete, dass die Stellung einer Person im Leben und in der Gesellschaft durch Abstammung und Geburt bestimmt wurde. Meritokratie hingegen bedeutete, dass die Position einer Person das Ergebnis von Talent und Anstrengung war.[42] Pierre

37 *Christian Bickenbach*, in: Münch, Ingo von/Kunig, Philip (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2021, Art. 33, Rn. 66.
38 Parlamentarischer Rat, Band 14.II, 1425 f.
39 *Bickenbach* (Fn. 37), Rn. 68.
40 *Peter Badura*, in: Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz Rupert (Hrsg.), GG, Lfg. 88, August 2019, Art. 33 Rn. 32.
41 *Badura* (Fn. 40), Rn. 26; zur sozialen Konstruktion; *Verheyen* (Fn. 1), 206 f.
42 Vgl. *John Carson*, The measure of merit, 2007, 14 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Bourdieu hat gezeigt, wie die Etablierung einer Bürokratie am königlichen Hof, die auf einem an Bildungseinrichtungen ausgebildeten meritokratischen Amtsadel („noblesse de robe" bzw. „noblesse d'État") basierte, zu diesem Wandel beigetragen hat, und damit schlussendlich zur Verdrängung des allein auf Geburt basierenden Adels („noblesse du sang").[43]

Die französischen Revolutionär*innen verbanden formale Gleichheit und Verdienst in Art. 6 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26. August 1789:

„Das Gesetz ist der Ausdruck des allgemeinen Willens. Alle Bürger haben das Recht, persönlich oder durch ihre Vertreter an seiner Formung mitzuwirken. Es soll für alle gleich sein, mag es beschützen, mag es bestrafen. Da alle Bürger in seinen Augen gleich sind, sind sie gleicherweise zu allen Würden, Stellungen und Beamtungen nach ihrer Fähigkeit zugelassen ohne einen anderen Unterschied als den ihrer Tugenden und ihrer Talente."[44]

Dieser Artikel ist eine der ersten Vorstellungen von rechtlicher Gleichheit in der eurozentrischen Geschichte und eine revolutionäre Beschwörung der „universalisierten Erinnerung an die ursprüngliche Gleichheit".[45] Und als ein solches Symbol ist es wertvoll und wichtig und hat einen emanzipatorischen Charakter. Als solches hat es unter den Sklaven in Haiti und Louisiana fungiert.[46] Der bloße Wortlaut der Norm verbirgt die formale Ausgrenzung und Ungleichheit, die sie für große Teile der Bevölkerung und der Menschheit vorsah. Gleichzeitig besitzt sie einen emanzipatorischen Symbolwert für den Anspruch auf universelle rechtliche Gleichheit. Dieser hat einerseits zur Überwindung formaler Ungleichheiten beigetragen, aber auch dazu, die fortbestehende materielle Ungleichheit zu verschleiern. Während in der aristokratischen Ära jeder natürlich in seine Schranken verwiesen wurde, bedeutete die auf Verdienst basierende Gleichheit, dass jeder die Möglichkeit hatte, um soziale Positionen zu konkurrieren. Was Verdienst war, wurde jedoch von den weißen, männlichen Denkern der Aufklärung definiert und orientierte sich – wenig überraschend – an ihren eigenen Eigenschaften.[47] Gleichzeitig wurde der soziale Status nun als durch Verdienst begründet und gerechtfertigt verstanden. Dies führt

43 *Pierre Bourdieu*, De la maison du roi à la raison d'État, Actes de la recherche en sciences sociales Vol. 118 1997, 55 (61).
44 https://www.conseil-constitutionnel.fr/de/erklaerung-der-menschen-und-buergerrechte-vom-26-august-1789.
45 *Hauke Brunkhorst*, Critical theory of legal revolutions, 2014, 22.
46 *Brunkhorst* (Fn. 45), 260-262.
47 *Carson* (Fn. 42), 15-16.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

dazu, dass aus dem sozialen Status auch Verdienst abgeleitet wird, was die meritokratische Theorie der Differenzierung wieder der askriptiven Theorie annähert. Nachdem diejenigen, die am längsten von dieser formalen Leistungsgleichheit ausgeschlossen waren, das Recht erlangt hatten, ebenfalls zu konkurrieren, standen die Chancen bereits gegen sie. Insoweit lässt sich an dieser Stelle verallgemeinern, was Patricia Mazón über den Zeitpunkt schrieb, als Frauen in Deutschland Zugang zu den männlich geprägten Institutionen der Universitäten erhielten: „What German women did receive was the chance to compete on a male playing field."[48] Indem trotz stets ungleicher Bedingungen die individuelle Leistung als vermeintlich objektive Grundlage für Erfolg und Misserfolg bekräftigt wird, wird ebenso die askriptive Verbindung zwischen sozialem Status und Leistung stabilisiert.

2. Eigentum und sozialversicherungsrechtliche Ansprüche

Wieder anders zeigt sich der Leistungsbegriff im Bereich des Art. 14 GG. Ursprünglich schloss die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts jegliche öffentlich-rechtlich begründeten Ansprüche vom sachlichen Schutzbereich des Art. 14 GG aus. Erst im Verlauf der Zeit setzte sich die heute in ständiger Rechtsprechung geltende Auffassung durch, dass gewisse Ansprüche sehr wohl als Eigentum geschützt sind. Dabei kam und kommt dem Begriff der Leistung erneut eine zentrale Rolle zu.[49] Eigentum sind demnach insbesondere nur jene Ansprüche, die überwiegend auf der Leistung des Einzelnen beruhen.[50]

Hier wird deutlich, inwieweit die Definition des Leistungsbegriffes Gegenstand eines gesellschaftlichen Diskurses ist. Ursprünglich wurde allein auf den hinter Versicherungsbeiträgen stehenden Umfang der persönlichen Erwerbsarbeitsleistung abgestellt. Dass diese anerkannte Form der Leistung wiederum erst durch andere Leistung im Bereich Care-Arbeit ermöglicht wird, fand an dieser Stelle lange Zeit genauso wenig Niederschlag wie der Umstand, dass es sich bei Care-Arbeit auch unabhängig von der Ermögli-

48 *Patricia M. Mazón*, Gender and the Modern Research University, 2003, 222.

49 *Malinka* (Fn. 5), 44 ff.

50 Zu weiteren Kriterien und der hervorgehobenen Rolle der Leistung *Hans-Jürgen Papier/Foroud Shirvani*, in: Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert (Hrsg.), GG, Lfg. 83, August 2018, Art. 14 GG Rn. 236-240.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

chung von Erwerbsarbeit um Leistung handelt.[51] Nina Verheyen schreibt daher, individuelle Leistung gebe es nicht, sie sei vielmehr die Arbeit von vielen.[52] Das Bundesverfassungsgericht befasst sich in der Entscheidung, in der die Rentenansprüche erstmalig dem Schutzbereich des Art. 14 I GG unterstellt wurden, zwar mit dem Versorgungsausgleich nach Scheidung, stellt den Wert der Care-Arbeit aber nicht in die Ausgleichsrechnung ein. Zwar spricht das Bundesverfassungsgericht durchaus von den „unmittelbaren Leistungen der Frau bei der Führung des Haushalts und der Pflege und Erziehung der Kinder"[53], die als Unterhaltsleistungen anzusehen seien, schlussfolgert daraus aber lediglich, dass der Gesetzgeber deshalb entsprechend in das Eigentum der ausgleichsverpflichteten Person eingreifen durfte. Von Eigentum ist jedoch nur im Hinblick auf die ausgleichsverpflichtete Person die Rede.[54]

Dass auch Tätigkeiten, die nicht unmittelbar der Erwerbsarbeit dienen, Leistungen darstellen und als solche im Wege der rechtlichen Anerkennung zu eigentumsrechtlich geschützten Rentenansprüchen führen können, stellte das Bundesverfassungsgericht erst in der sog. Trümmerfrauenentscheidung klar. Der Gesetzgeber hatte mit dem expliziten Ziel, die Leistungen in der Kindererziehung anzuerkennen, eine Erziehungszeit von einem Jahr bei der Berechnung des Rentenanspruchs eingeführt.[55] Das Bundesverfassungsgericht stellte in diesem Zusammenhang heraus, dass durch die gesetzgeberische Anerkennung und sozialversicherungsrechtliche Ausgestaltung dieser Leistung auch dieser Bestandteil des Rentenanspruchs vom Schutzbereich des Art. 14 GG erfasst wurde. Der Gesetzgeber hat diese Eigentumsposition durch die jeweiligen Gesetzesänderungen geschaffen.[56] Dabei ist dies deshalb hervorhebungswürdig, weil die so geschaffene Eigentumsposition allein aus Steuermitteln finanziert wurde,[57] während in der Vorsorgeausgleichsentscheidung noch die enge Beziehung zwischen der auf

51 Vgl. zur normativen Abwertung speziell vermeintlich weiblicher Tätigkeiten *Sarah Diehl*, Mutterschaft und Fürsorge als Dienst, in: Klopotek, Felix/Scheiffele, Peter (Hrsg.), Zonen der Selbstoptimierung, 2016, 183 (187); *Honneth* (Fn. 13), 175.

52 *Verheyen* (Fn. 1), 204 f.

53 BVerfG, Urteil vom 28.2.1980, 1 BvL 17/77, BVerfGE 53, 257, 296.

54 Ebd.

55 Bundesrats-Drucksache 500/84, 28.

56 BVerfG, Urteil vom 7.7.1992, 1 BvL 51/86, BVerfGE 87, 1 (41).

57 BVerfG, Urteil vom 7.7.1992, 1 BvL 51/86, BVerfGE 87, 1 (8 f.); erstmalig als Möglichkeit anerkannt in BVerfG, Urteil vom 16.7.1985, 1 BvL 5/80 u.a., BVerfGE 69, 272 (301 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

individueller Arbeit beruhenden Beitragsleistung und dem Eigentumsrecht hervorgehoben worden war.[58] Hierin zeigt sich ein partiell verändertes Leistungsverständnis, in dem die Berücksichtigung eines Erziehungsjahrs im Rentenanspruch eben nicht Ausdruck einer ausgleichenden staatlichen Fürsorge ist, die daher durch Art. 14 GG geschützt ist,[59] sondern gleichwohl als eigentumsbegründende Leistung anerkannt wird. Dabei endet die Auseinandersetzung über Leistung an dieser Stelle nicht, sondern dauert an, sodass mittlerweile eine Erziehungszeit von 3 bzw. 2½ Jahren, je nach Stichtag, angerechnet wird (§§ 56, 249 SGB VI).[60]

Während die aufgezeigte Rolle des Leistungsbegriffs bei der verfassungsrechtlichen Einordnung von Erziehungszeiten primär auf eine eigenständige Leistung – die der Erziehung – abstellt, ist auch der Diskurs über kooperative Leistung weiter vorangeschritten. So hat das BVerfG hervorgehoben, dass nicht nur der Rentenanspruch der jeweiligen Beitragszahler*in, sondern auch der Anspruch auf Versorgungsausgleich vom Schutzbereich des Art. 14 I GG umfasst ist.[61] Dabei rekurriert das Gericht explizit auf den Leistungscharakter der unbezahlten Care-Arbeit.[62]

Nicht thematisiert wird bei all dem, dass, während Eingriffe in den Rentenanspruch an Art. 14 GG gemessen werden, weil die Rente auf Leistung beruht, Eingriffe ins frühere Arbeitslosengeld 2, heute Bürgergeld, oder ins Asylbewerberleistungsgesetz nicht an Art. 14 GG gemessen werden, sondern am Sozialstaatsprinzip.[63] Darin ist neben einer grundrechtlichen Systematisierung auch eine Wertung über das enthalten, was die jeweiligen Bezieher*innen zuvor getan haben: Hierbei handelt es sich demnach eben nicht um eine Leistung. Axel Honneth schrieb über dieses Aufspaltung in der sozialen Marktwirtschaft der Staaten des Globalen Nordens: „Ein geringer Teil der gesellschaftlich verfügbaren Güter steht dem einzelnen Gesellschaftsmitglied nunmehr als Rechtsperson in Form von sozialen Rechten gesichert zu, während der ungleich größere Teil weiterhin normativ gemäß dem kapitalistischen Leistungsprinzip verteilt werden soll."[64] Die

58 BVerfG, Urteil vom 28.2.1980, 1 BvL 17/77, BVerfGE 53, 257 (291).
59 Ebd.
60 Siehe *Dana Matlok*, *Rüdiger Mey*, NZS-Jahresrevue 2018/2019: Rentenversicherungsrecht, Neue Zeitschrift für Sozialrecht 2019, 487 (491 f.).
61 BVerfG, Urteil vom 26.5.2020, 1 BvL 5/18, Rn. 57 = BVerfGE 153, 358.
62 Ebd.
63 *Hans-Jürgen Papier/Foroud Shirvani*, in: Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert (Hrsg.), GG, Lfg. 83, August 2018, Art. 14 GG Rn. 243, 261 m.w.N.
64 *Honneth* (Fn. 13), (177).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

damit verbundenen „Distributionskämpfe“ würden folglich entweder über eine Ausweitung der sozialen Rechte oder eine Anpassung des Leistungsbegriffs geführt.[65]

II. Devianz in der Leistungsgesellschaft

Der Begriff der Leistung fungiert jedoch nicht nur als Anknüpfungspunkt für die Auswahl der „Besten“ oder für die Zuordnung wirtschaftlicher Ressourcen zu eben jenen, sondern auch – als Nicht- oder Minderleistung ins Negative gewendet – als Marker der Devianz. Dabei geht diese Komponente über die reine Disziplinierung hinaus und umfasst ebenso Elemente der Exklusion – bis hin zur Vernichtung.[66]

1. Historische Hintergründe

Mangelnde Leistung als Marker der Devianz im historischen Kontext zu betrachten, verdeutlicht zum einen die lange Geschichte dieser Funktion, erlaubt aber auch Kontinuitätslinien zu erkennen. Besonders interessant ist dabei auch der schwierige Umgang mit historischem Unrecht. Gleichwohl können an dieser Stelle nur kursorisch einige Beispiele herausgegriffen werden.

Eindrücklich ist die Geschichte der Arbeitshäuser,[67] die in vielen Regionen Europas existierten. Sie wurden vielfach im unmittelbaren Zusammenhang mit Haftanstalten errichtet und betrieben und sahen Hilfsleistungen nur gegen Arbeit und unter Preisgabe bürgerlicher Rechte vor. Sie dienten der Disziplinierung jener, die zu wenig oder nichts leisteten und der Abschreckung jener, die (noch) genug leisteten.[68]

Nicht- oder Mangelleistung wirkte sich auch auf die Freizügigkeit der jeweiligen Personen aus. Lange Zeit galt in den deutschen Ländern der Grundsatz, dass die Versorgung der Armen dem jeweiligen Herkunftsort

65 Ebd.
66 *Wolfgang Ayaß*, „Asoziale“ im Nationalsozialismus, 1995, 219 f.
67 *Hannes Stekl*, „Labore et fame“ Sozialdisziplinierung in Zucht und Arbeitshäusern des 17. und 18. Jahrhunderts, in: Sachße, Christoph/Tennstedt, Florian (Hrsg.), Soziale Sicherheit und soziale Disziplinierung, 1986, 119–147.
68 *Eberhardt Eichenhofer*, Sozialrecht, 12. Aufl., 2021, S. 15 f. Rn. 22 f.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

oblag, sodass sie sich faktisch nur schwer davon entfernen konnten.[69] Dies änderte sich nur bedingt, nachdem der Norddeutsche Bund die Freizügigkeit durch das Freizügigkeitsgesetz[70] ausgeweitet und durch das Unterstützungswohnsitzgesetz[71] nun die jeweilige Gemeinde am Wohnsitz für Sozialleistungen zuständig machte. Zwar wird dies zum Teil als deutlicher Zugewinn an Grundrechtsschutz gewertet,[72] erlaubte aber gem. § 3 Freizügigkeitsgesetz Aufenthaltsverbote für verurteilte Bettler*innen und Landstreicher*innen und enthielt in § 4 die Berechtigung, jeden abzuweisen, der „nicht hinreichende Kräfte besitzt, um sich und seinen nicht arbeitsfähigen Angehörigen den nothdürftigen Lebensunterhalt zu verschaffen", wenngleich die bloße Gefahr der Verarmung nicht ausreichen sollte. Die Folge dieser Gesetzgebung war die Abweisung jener, die nicht leistungsfähig waren.[73]

Springt man vom Norddeutschen Bund noch einmal signifikant nach vorne, so findet sich mit der Verfolgung von sog. „Asozialen" und „Arbeitsscheuen" im nationalsozialistischen Deutschland der historische Tiefpunkt.[74] Die Markierung als deviant wurde hier begrifflich durch die schlussendlich unvollendete Arbeit an einem „Gemeinschaftsfremdengesetz" besonders deutlich.[75] Hierbei fällt insbesondere auf, wie schwer sich der deutsche Staat mit der Anerkennung und Aufarbeitung dieses Unrechts getan hat. Die Opfergruppe findet sich nicht in der staatsangehörigkeitsrechtlichen Widergutmachungsnorm des Art. 116 Abs. 2 GG[76] und eine grundsätzliche rechtliche Rehabilitation erfolgte erst 2020.[77]

Stattdessen lassen sich deutliche Kontinuitäten in der Debatte um ein Bewahrungsgesetz identifizieren, dessen Gedanke eines mit Zwang und Freiheitsentzug verwirklichten staatlichen Schutzes für Personen „die aus Mangel an innerer Festigkeit ein geordnetes Leben in der Gemeinschaft nicht

69 Ebd.
70 Gesetz über die Freizügigkeit v. 1.11.1867, BGBl. d. Norddeutschen Bundes 1867, S. 55 ff.
71 Gesetz über den Unterstützungswohnsitz v. 6.6.1870, BGBl. d. Norddeutschen Bundes 1870, S. 360 ff.
72 *Wolfgang Durner*, in: Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert (Hrsg.), GG, Lfg. 99, September 2022, Art 11 Rn. 22 f.
73 *Eichenhofer* (Fn. 69), 15 f. Rn. 22 f.
74 Grundlegend *Ayaß* (Fn. 66).
75 *Ayaß* (Fn. 66), 202 ff.
76 *Felix Würkert*, (Re-)gaining Citizenship via Constitutional Law, European Human Rights and Transitional Justice, GYIL 2020, 773 (782 f.).
77 BT-Plenarprotokoll 19/146 vom 13. Februar 2020, 19325 B.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

führen können“ (§ 72 Abs. 1 BSHG[78]) 1961 seinen Weg in das Bundesozialhilfegesetz fand.[79] Hinzu trat ein institutionalisierter Arbeitszwang für vermeintlich arbeitsunwillige Sozialhilfeempfänger*innen in den §§ 25 f. BSHG, wobei man offensichtlich auch kein Problem darin sah, diesen Unterabschnitt mit „Folgen bei Arbeitsscheu und unwirtschaftlichem Verhalten“ zu überschreiben.[80] Allerdings erklärte das Bundesverfassungsgericht die paternalistische Bewahrungsregelung des § 73 BSHG bereits 1966 für verfassungswidrig.[81] Zugleich hielt es indes noch 1971 § 26 BSHG und die darin vorgesehene Zwangsunterbringung bei Unterhaltsverpflichteten, die nicht arbeiten, für verfassungskonform, weil es dabei nicht um staatliche Bevormundung gehe, sondern um die Abwägung der Freiheit des Einzelnen mit den Rechten Dritter.[82] Dessen ungeachtet strich der Gesetzgeber die Norm 1974 und ließ dabei auch den Begriff „Arbeitsscheu“ fallen. Nur eine kleine Anzahl an Personen war tatsächlich zum Opfer dieser Maßnahmen geworden.[83] Gleichwohl ist eine Anerkennung oder Wiedergutmachung nicht bekannt, wenn auch das BVerfG in der jüngeren Entscheidung zu sog. „Hartz-4-Sanktionen“ eine Distanzierung erkennen lässt.[84]

Lediglich erwähnt werden kann an dieser Stelle die Disziplinierung junger Menschen im Rahmen der bundesdeutschen Fürsorgeerziehung,[85] wie auch die Kontinuitäten in der Sowjetischen Besatzungszone und der DDR in Form der Verfolgung „Asozialer“, „Arbeitsscheuer“ und anderer vermeintlich devianter Personen.[86]

2. Gefangenenarbeit

Betrachtet man als weiteres Beispiel die jüngste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Entlohnung von Gefangenenarbeit, so fällt insbesondere ein Wandel dahingehend auf, was als Leistung angesehen wird. Dieser Wandel vollzieht sich von der bloßen obrigkeitsstaatlichen Erzie-

78 BGBl. Nr. 46 vom 5. Juli 1961, 815 ff.
79 *Matthias Willing*, Das Bewahrungsgesetz (1918 - 1967), 2003, 271 ff., 301 ff.
80 Zu den diesbezüglichen Kontinuitäten BVerfG, Urteil vom 5.11.2019, 1 BvL 7/16, BVerfGE 152, 68 (72 f.).
81 BVerfG, Urteil vom 18.7.1967, 2 BvF 3/62 u.a., BVerfGE 22, 180 (181).
82 BVerfG, Beschluss vom 15.12.1970, 2 BvL 17/67, BVerfGE 30, 47 (47).
83 *Brütt* (Fn. 12), 262.
84 BVerfG, Urteil vom 5.11.2019, 1 BvL 7/16, BVerfGE 152, 68 (72 f., 117, 122).
85 *Kirsten Scheiwe*, Zwang und Erziehung, in: Schumann, Eva/Wapler, Friederike (Hrsg.), Erziehen und Strafen, Bessern und Bewahren, 2017, 3 (9).
86 *Matthias Willing*, »Sozialistische Wohlfahrt«, 2008, 96, 250 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hung zu Leistung im Sinne eines Tätigwerdens hin zur Erziehung zu Leistung verengt auf Lohnarbeit.

Foucault berichtet noch, Gefangenenarbeit habe keinen Ertrag erzielen müssen. Sie habe der Erziehung zur Arbeit im Sinne eines physischen Gewöhnungsprozesses gedient.[87] Dieser Ansatz scheint auch im deutschen Strafvollzug der Gegenwart noch verbreitet zu sein. So berichtet das Bundesverfassungsgericht von einer Stellungnahme des bayrischen Kriminologischen Dienstes, wonach man dort zwar keine wissenschaftlichen Erkenntnisse zur Wirksamkeit von Arbeit zur Resozialisierung habe, aber: „Arbeit sei stets als selbstverständliche und wirksame Maßnahme angesehen worden; sie sei traditionsbedingt schon immer Teil des Strafvollzugs gewesen."[88]

Dieser Mangel an Empirie und diese Konzeptlosigkeit tragen dazu bei, dass das Bundesverfassungsgericht der Verfassungsbeschwerde stattgibt. Dabei orientiert sich die Entscheidung inhaltlich primär an der Vorgängerentscheidung von 1998. Mit – aus anderen Bereichen unbekannter Geduld – ermahnt das Bundesverfassungsgericht, man möge doch die dort aufgestellten Maßstäbe und Anforderungen beachten. Es tut dies, nachdem es bereits in einem Nichtannahmebeschluss 2002 die damaligen Regelungen als noch verfassungsgemäß bezeichnet hatte[89] und im obiter dictum eines Nichtannahmebeschlusses 2015 Zweifel an der Verfassungsgemäßheit der verfahrensgegenständlichen Regelung aus Rheinland-Pfalz erkennen ließ.[90]

Trotz eines in dieser Sache folglich zurecht als schwerfällig kritisierten Gesetzgebers[91] verschärft das Bundesverfassungsgericht seinen Maßstab in der jüngsten Entscheidung nicht.[92] Es finden sich indes Veränderungen in den Nuancen. Erhalten geblieben ist leider die zynische Plattitüde

87 *Michel Foucault*, Überwachen und Strafen, 1977, 309 ff.

88 BVerfG, Urteil vom 20.6.2023, 2 BvR 166/16, 2 BvR 1683/17, NJW 2023, 2405 (2417).

89 BVerfG, Beschluss vom 24.3.2002, 2 BvR 2175/01, NJW 2002, 2023 (2025).

90 BVerfG, Beschluss vom 16.12.2015, 2 BvR 1017/14, NStZ 2016, 236 (237 f).

91 *Miriam Azinović*, Gefangenenvergütung in Bayern und Nordrhein-Westfalen verfassungswidrig, NZA 2023, 1013 (1017).

92 Wohl entgegen der Deutung der Vorsitzenden des 2. Senats in der Urteilsverkündung, vgl. *Lara Mann/Jaqueline Stein*, Prekariat Gefängnis, VerfBlog, 22.06.2023, https://verfassungsblog.de/prekariat-gefangnis/ (zuletzt abgerufen am: 1.08.2023); eine Intensivierung insbesondere in der Aufwertung des Wissenschaftskriteriums sehend *Alexander Frammersberger/Jan Philip Kühne*, Anmerkung zum Urteil des BVerfG v. 20.06.2023, NJW 2023, 2420 (2421).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„Anerkennung ist nicht nur ein monetäres Konzept."[93] Nicht in die neue Entscheidung geschafft hat es allerdings der Satz, der dem in der alten Entscheidung folgt: „Die moderne Gesellschaft ist geradezu darauf angewiesen, dass freiwillig geleistete oder auch zugewiesene Arbeit andere als finanzielle Formen der Anerkennung erfährt."[94]

Übernommen wurde der Gedanke, dass, wenn Arbeit primär durch Geld anerkannt wird, dieses auch genug sein muss, um die Sinnhaftigkeit von Erwerbsarbeit zu vermitteln.[95] Hier ist die fortwährende Annahme erkennbar, der Grund für Strafbarkeit sei vielmals das vermeintlich leichte Geld, das über Kriminalität im Gegensatz zu ehrlicher Arbeit verdient werden könne. Deshalb müsse der Wert letzterer gezielt vermittelt werden. Auch in diesem Sinne wird Leistung von Nichtleistung abgegrenzt. Neu ist an dieser Stelle ein zwischen zwei übernommene Maßstabsteile eingeschobener nachdenklicher Satz. Ausgangspunkt für das Verhältnis von durch Geld entlohnter Arbeit und deren wahrgenommener Sinnhaftigkeit sei die „– unter Umständen gesamtgesellschaftlichen Veränderungsprozessen unterliegende – Bedeutung von Erwerbsarbeit in der Gesellschaft."[96] Dabei prägt das Bundesverfassungsgericht eben diesen Wandel selbst. Es überlässt es – leider – dem Gesetzgeber, ein kohärierendes System der Anerkennung zu entwickeln, aber in das Zentrum seiner eigenen Ausführungen hat es die Erwerbsarbeit gestellt. Damit trägt es zum Wandel des Leistungsbegriffs bei.

D. Ableismus und Leistung

Die vorangegangenen Abschnitte haben beispielhaft gezeigt, welche Wirkmacht das Konzept der Leistung auch rechtlich entfaltet – und dies bei zentralen Entscheidungen. Dabei sei auch daran erinnert, dass weder Begriff noch Konzept im Grundgesetz fest verankert sind. Art. 33 GG vermag eine solche Rolle nicht einzunehmen. Dieser rechtlichen Heimatlosigkeit eines so zentralen Konzepts mag man abgeklärt begegnen. Man kann sich durch sie jedoch auch zu der grundsätzlichen Frage herausgefordert fühlen,

93 BVerfG, Urteil vom 1.7.1998, 2 BvR 441/90 u.a., BVerfGE 98, 169 (202); BVerfG Urteil vom 20.6.2023, 2 BvR 166/16, 2 BvR 1683/17, NJW 2023, 2405 (2411).
94 Ebd.
95 BVerfG, Urteil vom 20.6.2023, 2 BvR 166/16, 2 BvR 1683/17, NJW 2023, 2405 (2413).
96 Ebd.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ob Leistung überhaupt ein Differenzierungsmerkmal oder (negativ) ein Marker für Devianz sein sollte.

Michael Sandel wirft diese Frage in gewisser Hinsicht auf, wenn er schreibt: „Morally, it is unclear why the talented deserve the outsize rewards that market-driven societies lavish on the successful."[97]

Die Frage kann jedoch – über Bande der UN-Behindertenrechtskonvention – auch aus dem Inneren des öffentlichen Rechts selbst heraus gestellt werden. Dabei geht es nicht darum, auf die eine Norm zu verweisen, welche eine Anknüpfung an Leistung verbietet. Vielmehr zielt dieser Ansatz darauf ab, der Fokussierung auf Leistung den weiten Begriff des Ableismus und das soziale Modell von Behinderung entgegenzustellen. Ganz im Sinne der Disability Studies, die mit den Behindertenbewegungen maßgeblichen Einfluss auf die Genese der Konvention hatten, wird „Behinderung [...] so zum Werkzeug, um gesellschaftliche Wirklichkeit und kulturelle Praktiken noch besser erkennen zu können."[98]

I. Das soziale Modell von Behinderung

Die UN-Konvention unterscheidet zwischen Disability (Behinderung) und Impairment (Beeinträchtigung) (Art. 1 Abs. 2). Ersteres ist demnach das Ergebnis einer sozialen Konstruktion, die auf zweiterem, einer in der Person liegenden Gegebenheit beruht.

Neben die Frage der Begrifflichkeit tritt die Frage des Grundverständnisses von Behinderung. Der UN-Behindertenrechtskonvention liegt dabei das sog. soziale Modell von Behinderung zugrunde, welches Behinderung als das Ergebnis sozialer Interaktionen, also als sozial konstruiert, versteht.[99]

Die vermeintliche Andersartigkeit behinderter Menschen, gegen die sich das soziale Modell richtet, ist es schlussendlich auch, an die die vorliegende Argumentation zum Konzept der Leistung anknüpft. Denn Andersartigkeit setzt im ersten Schritt eine Normalität voraus. Nicht nur Behinderung

97 *Sandel* (Fn. 15), 24.

98 *Anne Waldschmidt*, Disability Studies zur Einführung, 2020, 37.

99 Zur Bedeutung, zur Konvention und der Kritik am Modell *Colin Barnes*, Understanding the social model of disability, in Watson, Nick/Vehmas, Simo (Hrsg.), Routledge handbook of disability studies, 2. Aufl. 2020, 14 (20, 22 f., 24).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wurde und wird ausgehend von dieser Normalität definiert,[100] sondern auch Leistung. Dabei fällt auf, dass das historische Aufkommen einer „Normalisierungsgesellschaft" seit Mitte des 18. Jahrhunderts[101] dem Aufkommen des modernen Leistungsbegriffs in Deutschland im 19. Jahrhundert überraschend deutlich vorausgeht.[102] Wenn aber sowohl Behinderung als auch der vermeintliche Nullpunkt der „Normalität" historisch gewachsene soziale Konstrukte sind, dann legt das soziale Modell von Behinderung logisch auch nahe, dass Leistung ebenfalls ein solches Konstrukt ist. Dass Leistung ein Konstrukt ist und als solches unbestimmbar und unmessbar, das haben viele der zu Beginn dieses Textes zitierten Soziolog*innen und Philosoph*innen bereits früh herausgestellt. Dessen ungeachtet spielt der Leistungsbegriff – wie beispielhaft gezeigt – im öffentlichen Recht nach wie vor eine wichtige Rolle. Der Neuigkeitswert liegt folglich darin, dass mit der UN-Behindertenrechtskonvention erstmals ein Rechtstext diese Erkenntnis in die Sphäre des öffentlichen Rechts trägt.

II. Ableismus

Einen weiteren zentralen Erkenntnisgewinn zum Konzept der Leistung hält der Begriff des Ableismus (engl. ableism) bereit. Während der Begriff selbst in der Konvention nicht auftaucht, bezeichnet etwa Theresia Degener die Konvention als Antwort auf Ableismus, so wie die UN-Frauenrechtskonvention (CEDAW) die Antwort auf Sexismus sei.[103] So überrascht es kaum, dass sich der Begriff auch in der Debatte um ein postkategorisches Antidiskriminierungsrecht wiederfindet: „Bezweckt wird [durch die Anknüpfung an ableistische Benachteiligung statt an Behinderung] eine Verschiebung des Blickes von einer selektiven Wahrnehmung von (Un-)Fähigkeit – (Dis-)Ability – verstärkt hin zu behindernden gesellschaftlichen Normvorstellungen und Rahmenbedingungen (Ableism)."[104]

100 *Heike Zirden*, Die Erfindung der Normalität – Einleitung, in: Lutz, Petra u.a (Hrsg.), Der [im-]perfekte Mensch, 2003, 28 (28 f.).
101 Ebd.
102 Vgl. *Verheyen* (Fn. 1), 127 ff.
103 *Theresia Degener*, A New Human Rights Model of Disability, in: Della Fina, Valentina u.a (Hrsg.), The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 2017, 41 (51).
104 *Doris Liebscher u.a.*, Wege aus der Essentialismusfalle, Kritische Justiz 2012, 204 (215).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Während diese Definition jedoch in gewisser Hinsicht nach wie vor nicht völlig postkategorisch ist, sondern Ableismus nach wie vor von der behindernden Gesellschaft aus denkt und damit den durch sie Behinderten nach wie vor mitdenkt, deutet sie mit der deutschen Übersetzung „(Un-)Fähigkeit – (Dis-)Ability" auch einen anderen Weg. Ableismus kann eben auch, weiter verstanden, ein Ismus sein, dessen zentraler ideologischer Bestandteil die Fähigkeit ist.[105] In diese Richtung weist auch Tobin Siebers, wenn er von einer „ideology of ability" schreibt: „The ideology of ability is at its simplest the preference for able-bodiedness. At its most radical, it defines the base-line by which humanness is determined, setting the measure of body and mind that gives or denies human status to individual persons. It affects nearly all of our judgments, definitions, and values about human beings, but because it is discriminatory and exclusionary, it creates social locations outside of and critical of its purview, most notably in this case, the perspective of disability."[106]

So betrachtet stellt sich auch rechtlich die Frage, wieso es nicht akzeptiert wird, behinderte Menschen aufgrund vermeintlich mangelnder Fähigkeit bzw. Leistung abzuwerten (Art. 5 BRK), eben diese Abwertung an den meisten anderen Stellen der rechtlich verfassten Leistungsgesellschaft aber beinahe intuitiv akzeptiert und für gegeben gehalten wird. Diese Internalisierung geht dabei sogar so weit, dass selbst in einem Text zu Ableismus unter Völkerrechtler*innen beklagt wird, das Feld selektiere nicht nach „merit", sondern nach „social class".[107]

Der Philosoph Wilhelm Vossenkuhl beschreibt die hier aufgeworfene Irritation als normative Überforderung. Speziell im Hinblick auf die durch die Sozialgesetzgebung modifizierte Teilnahme behinderter Menschen an der Arbeitswelt sieht er eine Gefahr darin, dass behinderte Menschen von den Anforderungen der Leistungsgesellschaft ausgenommen seien, während ihre Kolleg*innen sich damit arrangieren müssten, weiterhin in einer solchen zu arbeiten. Er befürchtet, diese Spannung könne im sozialen Zusammenleben zulasten behinderter Menschen aufgelöst werden. Folglich bedürfe es für diese eines vielseitig abgesicherten „Freiraum[s] der Bewertung, der selbst nicht dem Leistungskriterium unterworfen ist [...], damit

105 Ähnlich auch *Gregor Wolbring*, Expanding Ableism, Society 2012, 75 (80).
106 *Tobin Siebers*, Disability Theory, 2008, 8.
107 *Lys Kulamadayil*, Ableism in the college of international lawyers, Leiden Journal of International Law 2023, 1 (5).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

jeder einzelne nicht behinderte Mensch sich zur Anerkennung der Teilhabe der Behinderten an der beruflichen Arbeit ermutigt fühlt."[108]

Demnach wäre im vorliegenden Text kein Widerspruch freigelegt worden, sondern lediglich ein Ausnahmebereich. Doch zum einen enthält die konkrete Konstellation Anklänge jener Barmherzigkeit, gegen die sich Behindertenbewegung und Disability Studies lange gewehrt haben.[109] Zum anderen ignoriert dieser Ansatz, dass auch behinderte Menschen sich den Anforderungen der Leistungsgesellschaft stellen, ohne zugleich ihr Behindertsein infrage zu stellen.[110] Stattdessen sollte jedoch nicht das vermeintlich Besondere bei den vermeintlich Besonderen fokussiert werden, sondern deren Perspektive genutzt werden, um die Überhöhung von Leistung zu erkennen.

E. Ausblick

Die Frage, die sich nun stellt, ist jene nach den Perspektiven. Soll nun auf das Konzept der Leistung verzichtet werden? Wie soll das praktisch gehen? An dieser Stelle ist dieser Text nur ein Auftakt, der ein Problem freilegt und eine Frage formuliert, ohne zugleich oder gar zuvor schon eine Antwort parat zu haben. Nina Verheyen, mit der dieser Text startete, schließt ihrerseits mit der Forderung, der Leistungsbegriff müsse fortlaufend ausgehandelt werden[111] und könne so auch in Auseinandersetzungen

108 *Wilhelm Vossenkuhl,* Jenseits von Funktionieren und Leisten, in: Becker, Ulrich u.a. (Hrsg.), Homo faber disabilis?, 2015, 263 (272).

109 *Waldschmidt* (Fn. 98), 11; beispielhaft *Christa Schlett*, …Krüppel sein dagegen sehr, 2. Aufl. 1984, 11 („man macht so seine Erfahrungen: als »Nehmender« sei man doch immer wieder zu unterwürfiger Dankbarkeit und Katzbuckeldienerei verurteilt. Erklärte mir vor wenigen Wochen doch erst wieder ein Verwandter mit gerechtem Ernst, daß wohl jedermann in den sogenannten Himmel komme, welcher an meiner Person Christenpflicht übe. Ja, nun weiß ich endlich, zu was ich in dieser Welt nütze bin! Ist es nicht eine feine Sache, wenn man so vielen Menschen zur Seligkeit verhelfen kann?").

110 *Karen Soldatic*, Social suffering in the neoliberal age, in: Watson, Nick/Vehmas, Simo (Hrsg.), Routledge handbook of disability studies, 2. Aufl. 2020, 237 (246); auch die Mindestlohnausnahme in Behindertenwerkstätten unterstreicht die Betroffenheit vom Leistungsprinzip; siehe *Yannick Schumacher*, Der Stundenlohn in Behindertenwerkstätten – Bloß moralisch bedenklich oder sogar verfassungsrechtlich problematisch?, JuWissBlog, 29.11.2022, https://www.juwiss.de/67-2022/ (zuletzt abgerufen am 1.08.2023).

111 *Verheyen* (Fn. 1), 207.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

um soziale Gerechtigkeit nutzbar gemacht werden.[112] Dieses Fazit ist gewiss realitätsnah. Gleichwohl dringt es nicht zum Kern des hier aufgeworfenen Problems vor.

Daher soll stattdessen auf die jüdische Theologin und Disability-Studies-Forscherin Julia Watts Belser verwiesen werden. Sie hebt hervor, dass der religiösen Praxis des Nichtstuns am Schabbat ein großer Wert zugeschrieben wird. Nicht das Tun eines Menschen, sondern allein das Sein ist die Grundlage des Wertes.[113] Die zweite Hälfte dieses Satzes hat sich die deutsche Verfassungsordnung mit Art. 1 GG bereits ins Zentrum gestellt.

112 *Verheyen* (Fn. 1), 203.

113 *Julia Watts Belser*, „Wieso soll mein Körper kein Ebenbild Gottes sein?", Deutschlandfunk Kultur, 20.06.2021, https://www.deutschlandfunkkultur.de/behinderung-und-glaube-wieso-soll-mein-koerper-kein-100.html (zuletzt abgerufen am: 1.08.2023); *dies.*, Loving Our Own Bones: Rethinking disability in an ableist world, 2023, 197 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Fehlende Intradisziplinarität als Bremse des (Antidiskriminierungs-) Rechts? Feministische Rechtswissenschaft und der intradisziplinäre Blick[1]

Valentina Chiofalo

Im Studium lernen wir als erstes die Rechtswissenschaft streng in Rechtsgebiete zu unterteilen. Gleichzeitig berühren alle Sachverhalte grundrechtsrelevante Lebensbereiche. Es wird somit schnell sichtbar, dass diese Trennung an ihre Grenzen stößt und ein zu enger Blick eine sachgerechte Lösung erschwert. Denn das Verfassungsrecht stoppt nicht, wenn das Zivilrecht beginnt, sondern durchzieht unsere gesamte Rechtsordnung, unser Leben. Klassischerweise zugeordnet wird das Verfassungsrecht freilich dem öffentlichen Recht und findet mindestens über die Rechtsfigur der mittelbaren Drittwirkung Einzug in die Zivilrechtsprechung. Sowohl dogmatische wie auch theoretische Begründungsversuche, das Privatrecht streng vom öffentlichen Recht zu trennen, scheitern immer wieder. Dies ändert jedoch nichts an der gelebten Praxis, die die Zivilrechtsprechung streng vom öffentlich-rechtlichen Rechtsweg abgrenzt.

Die These meines Beitrags ist, dass feministische Rechtswissenschaft ein Mittel ist, um die Divergenz zwischen der schwer zu begründenden Trennung und der Realität vor Gerichten zu überwinden. Denn feministische Rechtswissenschaft kann den intradisziplinären Blick fördern, eine rechtsgebietsübergreifende Rechtsprechung somit erleichtern. Die feministische Rechtswissenschaft kann keinem spezifischen Rechtsgebiet zugeordnet werden, sondern ist eine Perspektive auf das Recht in seiner Gänze. Sie ist somit der Natur nach intradisziplinär. Exemplarisch für fehlende intradisziplinäre Kompetenzen dient mir ein Urteil des Landgerichts Berlin.[2] Eine Frau sonnte sich „oben ohne" auf einem öffentlichen Wasserspielplatz, woraufhin sie vom lokalen Sicherheitsdienst und der Polizei aufgefordert

1 Vielen Dank an *Eva Maria Bredler* und *Mattis Leson* für die klugen Anmerkungen, den anregenden Austausch, die Hilfe beim roten Faden finden. Außerdem möchte ich an dieser Stelle auf alle feministischen Rechtswissenschaftler:innen der letzten Jahre und Jahrzehnte verweisen und mich für die inspirierenden, mutigen und gewinnbringenden Arbeiten bedanken.

2 LG Berlin, Urteil vom 14.9.2022, Az.: 26 O 80/22.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wurde, sich zu bekleiden. Gestützt auf das Landesantidiskriminierungsgesetz (LADG) legte die betroffene Frau aufgrund einer Diskriminierung beim Landgericht Berlin Klage ein – und scheiterte. Statt das LADG im Lichte von Art. 3 Abs. 3 GG auszulegen, bleibt das Gericht zu sehr in der eigenen zivilrechtlichen Logik verhaftet und verkennt vorgetragene verfassungsrechtliche Erwägungen.

Schlussendlich plädiere ich dafür, die feministische Rechtswissenschaft in den Kanon des Rechtswissenschaftsstudiums zu integrieren und unabhängig von der universitären Ausbildung ein „Feminist Mainstreaming" voranzutreiben. Denn intradisziplinäres Arbeiten ist eine Kompetenz, die erlernt werden muss und der Rechtswissenschaft zum Abbau intradisziplinärer Hürden behilflich ist. Um meine These zu begründen, frage ich mich zu Beginn, wie das öffentliche Recht und Privatrecht zueinanderstehen (unter A.) und betrachte anschließend die Grundzüge der feministischen Rechtswissenschaft (unter B.). Als praktisches Anwendungsbeispiel dient mir das erwähnte Urteil des Landgerichts Berlin (unter C.). Den Abschluss bietet einen Blick in die Zukunft, da die breite Anwendung von feministischer Rechtswissenschaft zu einer gesteigerten Intradisziplinarität führen kann (unter D.).

A. Problemaufriss: Intradisziplinäre Hürden in der Rechtsprechung

Öffentliches Recht und Privatrecht, so wird es zumindest in der universitären Ausbildung gelehrt, sind voneinander abzutrennen, wahlweise nach der Interessentheorie, nach der Subordinations- beziehungsweise Subjektionstheorie, der Sonderrechtstheorie und modifizierten Subjektstheorie.[3] Alle diese Ansätze stoßen immer wieder auf ihre Grenzen, alle weisen Ausnahmen auf. Trotz Abgrenzungsproblemen wird eine kategoriale Unterscheidung der Teilrechtsordnungen suggeriert (unter I.), sie bleibt gelebte Wirklichkeit (unter II.).

3 *Isabel Lischewski*, in: Chiofalo, Valentina/Kohal, Jaschar/Linke, Louisa (Hrsg.), Staatsorganisationsrecht, 2022, 47 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

I. Die starre Trennung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht kann nicht begründet werden ...

Dass die Trennung zwischen Privat- und öffentlichem Recht immer wieder auf ihre Grenzen stößt, ist keine neue Debatte – erst 2019 war das Verhältnis zwischen den Rechtsgebieten Thema der Staatsrechtslehrertagung.[4] Dabei ist eine starre Unterscheidung weder rechtstheoretisch noch dogmatisch haltbar.[5] Nichtsdestotrotz orientiert sich die Rechtswissenschaft anhand dieser Unterteilung, mindestens Bequemlichkeit und Beharrung stehen einer neuen Systematisierung entgegen.[6] Konsequenz dieser Unterscheidung ist eben auch ein gewisses Selbstverständnis der Disziplinen, eine gedankliche wie auch räumliche Aufteilung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht. Disziplinäre Verständnisse setzen unserer Rechtsprechung somit inhärente Grenzen, und zwar auch dann, wenn der Zivil- und Verwaltungsrechtsweg als gleichwertig normiert ist,[7] da die Teilrechtsordnungen einer internen Dogmatik und Logik folgen – es gibt eigene Regeln, eigene Begriffe, eigene Ziele, eigene Figuren.[8]

---

4 Siehe Sacksofky, Ute (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht, VVDStRL 79, 2020; für einen historischen Überblick: *Dieter Grimm*, Verfassung und Privatrecht im 19. Jahrhundert, 2017.

5 Siehe dazu ausführlich: *Alexander Somek*, Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?, in: Sacksofsky (Fn. 4), 7 (7 ff., 17 m.w.N.); *Julian Krüper,* Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?, in: Sacksofky (Fn. 4), 43 (48 m.w.N.); *András Jakab/Lando Kirchmair*, Die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht als genetischer Fehler in der DNA kontinentaler Rechtsordnungen, Der Staat 2019, 345 (347 ff.).

6 Vgl. *Matthias Jestaedt*, Die Dreiteilung der juridischen Welt – Plädoyer für ihre intradisziplinäre Relationierung und Relativierung, in: Bruns, Alexander/Kern, Christoph/Münch, Joachim/Piekenbrock, Andreas/Stadler, Astrid/Tsikrikas, Dimitrios (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner, 2013, 917 (929); *Dominik Schäfer,* Intradisziplinäre Rechtswissenschaft im Überschneidungsbereich von öffentlichem Recht und Privatrecht, in: Christandl, Gregor/Laimer, Simon et. al. (Hrsg.), Intra- und Interdisziplinarität im Zivilrecht, 2017, 257 (259). *Krüper* vertritt dagegen die These, dass die kategoriale Unterscheidung Zweifel an der Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz mindern würde, siehe *Krüper* (Fn. 5), 69 ff.

7 Eine a.A. deutet an: *Somek* (Fn. 5), 17.

8 Zu den Schlüsselthemen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts siehe beispielsweise *Eberhard Schmidt-Aßmann,* Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen – Einleitende Problemskizze, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, 7 (16 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. ... und bleibt trotzdem gelebte Wirklichkeit

Die Trennung ist somit gelebte Wirklichkeit, sei es in der Universität oder der Praxis.[9] In den Worten von *Julian Krüper* bleibt die Unterscheidung zwischen den Rechtsgebieten kategorial geläufig, wenn sie „vorausgesetzt und gelehrt [wird], es wird formell, materiell und institutionell mit ihr argumentiert, sie prägt juristische Identitäten, und sie wird immer wieder reproduziert: in Fakultätsstrukturen, Lehrstuhldenominationen, Venien, Publikationsformaten, Fachgesellschaften und so fort."[10] Es bringt folglich wenig, die Unterscheidung grundlegend in Frage zu stellen. Stattdessen wird vor allem im öffentlichen Recht vertreten, die beiden Rechtsgebiete als gegenseitige Auffangordnungen zu verstehen.[11] Denn öffentliches Recht und Privatrecht bedingen sich durch wechselseitige materielle Einflüsse und stehen in einer Austauschbewegung zueinander.[12] Prämisse der Auffangidee ist, die Eigenständigkeit der Teilrechtsordnungen zu akzeptieren, gleichzeitig aber eine Offenheit gegenüber des jeweils anderen zu bewahren.[13]

Die Auffangidee wird im Privatrecht noch weniger breit vertreten als im öffentlichen Recht.[14] Dieses „Rezeptionsdefizit"[15] wirkt sich mitunter auch auf die Rechtsprechung aus. Die Unterscheidung der Rechtswege kann somit ein relevanter Faktor für den Ausgang eines Verfahrens sein, insbesondere dann, wenn verfassungsrechtliche Wertungen entscheidungserheblich sind. Das Verfassungsrecht ist freilich dem öffentlichen Recht zuzuordnen, es besteht demnach eine naturgemäße Nähe zu öffentlich-rechtlichen Fachgerichten. In die Zivilrechtsprechung strahlen Grundrechte als objektive Wertordnung aus,[16] es besteht zumindest über die Rechtsfigur der mittelbaren Drittwirkung Raum für verfassungsrechtliche Erwägungen. Inwiefern die Denklogik des öffentlichen Rechts, die dogmatischen und theoretischen Strukturen in der Grundrechtsanwendung stärker berücksichtigt werden,[17] entscheidet sich mitunter an der Frage, welcher Rechtsweg eröffnet ist.[18]

9 *Somek* (Fn. 5), 17.
10 *Krüper* (Fn. 5), 61.
11 *Schmidt-Aßmann* (Fn. 8), 7 ff.
12 *Grimm* (Fn. 4), 30 ff.; *Krüper* (Fn. 5), 52.
13 *Schmidt-Aßmann* (Fn. 8), 7 ff.
14 *Schäfer* (Fn. 6), 260.
15 *Schäfer* (Fn. 6), 260.
16 BVerfG, Urteil vom 17.8.1958, 1 BvR 400/51, ECLI:DE:BVerfG:1951:rs:19580115.1bvr040051, Rn. 20 ff., BVerfGE 7, 198 – Lüth.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Im Antidiskriminierungsrecht wird die Komplexität noch dadurch gesteigert, dass es sich dabei um ein Rechtsgebiet „im Werden" handelt, welches eigene dogmatische Figuren und bereichsspezifische Regeln verwendet.[19] Gegenstand des Antidiskriminierungsrechts ist sowohl ein Nichtdiskriminierungsrecht wie auch ein Gleichstellungsrecht.[20] Wegbereiter des Antidiskriminierungsrechts waren Interventionen feministischer Rechtswissenschaftler:innen, die sich für eine materiale Interpretation des Art. 3 Abs. 2 GG stark machten.[21] Es steht somit eine inhaltliche Nähe zum öffentlichen Recht, die Regelungen sind jedoch in der Regel im Zivilrecht kodifiziert.[22] Im rechtlichen Kampf gegen Diskriminierung hilft es mithin wenig, wenn gleiche Rechte auf dem Papier gewährt werden, aber nicht durchzusetzen sind.[23] Progressive Rechtsentwicklung alleine reicht nicht aus, da das Gesetz im Einzelfall durch die Fachgerichte angewandt werden muss. Die verfassungsrechtliche Maßstabsbildung sowie Vorgaben aus dem Unionsrecht (wie beim AGG) sind dabei in der Rechtsauslegung unerlässlich.[24] Ob ich aus einer privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Brille auf einen diskriminierungssensiblen Fall blicke, prägt jedoch meinen disziplinären Zugang, mein Verständnis – und im Zweifel mein Ergebnis.[25]

---

17 Vgl. *Sophie Schöneberger*, Wandel des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, in: Sacksofsky (Fn. 4), 291 (292 f.): „[...] Rechtsprechung orientiert sich in der Anwendung der Grundrechte in weiten Teilen nur sehr lose an eigenen oder von der Wissenschaft entwickelten dogmatischen und theoretischen Strukturen.".

18 Vgl. *Schmidt-Aßmann* (Fn. 8), 14: „Verfassungskonkretisierung steht folglich nicht in der Alleinverantwortung der Fachvertreter des öffentlichen Rechts, sondern geht ebenso die Privatrechtswissenschaft an. Konkretisierung kann ohne genau Kenntnis des jeweiligen Rechtsgebiets [...] nicht vorgenommen werden und ist daher auf eine an der Verfassung ausgerichtete intradisziplinäre Grundlagenarbeit *aller* juristischen Fachrichtungen angewiesen."; *Anna Katharina Mangold*, Von Homogenität zu Vielfalt. Die Entstehung von Antidiskriminierungsrecht als eigenständigem Rechtsgebiet in der Berliner Republik, in: Duve, Thomas/Ruppert, Stefan (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Berliner Republik, 2018, 461 (491 f.).

19 Siehe dazu grundlegend: Mangold, Anna Katharina/Payandeh, Mehrdad (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht: Strukturen, Rechtsfiguren und Konzepte, 2022; *Mangold* (Fn. 18), 484 ff.

20 *Mangold* (Fn. 18), 464.

21 Siehe dazu B. I.

22 Siehe dazu beispielsweise das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) oder das Entgelttranzparenzgesetz (EntgTranspG).

23 Vgl. z.B. *Anna Katharina Mangold*, Mehrdimensionale Diskriminierung – Potentiale eines materialen Gleichheitsverständnisses, RPhZ 2016, 152 (161 ff.).

24 *Mangold* (Fn. 18), 465 ff.

25 Vgl. *Mangold* (Fn. 18), 491 f.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

B. Was bietet feministische Rechtswissenschaft?

Ich argumentiere, dass feministische Rechtswissenschaft uns ein Mittel bietet, diese gedankliche Spaltung zwischen den Rechtsgebieten stärker zu hinterfragen und intradisziplinäre Kompetenzen aufzubauen. Dies lässt sich vor allem auf die Arbeitsweise der feministischen Rechtswissenschaft zurückführen (unter III.). Doch was hat es mit der feministischen Rechtswissenschaft auf sich? Den Einstieg in das Themenfeld bietet das folgende Zitat von *Virginia Woolf*:

> Wenn ein Thema jedoch höchst umstritten ist – und das ist jede Frage, bei der es um die Geschlechter geht –, kann man nicht hoffen, die Wahrheit zu sagen. Man kann lediglich zeigen, wie man zu seiner Meinung gekommen ist, welche es auch immer sein mag. Man kann seiner Zuhörerschaft nur die Möglichkeit geben, ihre eigenen Schlussfolgerungen zu ziehen, wenn sie die Grenzen, die Vorurteile und Eigenarten der Vortragenden bemerken.[26]

Dieses Zitat zeigt uns, wieso die feministische Rechtswissenschaft heute immer noch erklärungs- und rechtfertigungsbedürftig ist.[27] Denn es geht um geschlechtliche Hierarchisierungen, um Macht[28] – aber auch um eine Subjektivität[29], die selbst eingenommen wird, aber eben auch aufgedeckt werden soll. Denn eine der großen Leistungen der feministischen Rechtswissenschaft ist es, dazu beizutragen den Mythos des objektiven Rechts[30] weiter zu dekonstruieren und rechtlich zu erfassen (unter I.).

---

26 *Virginia Woolf*, Ein Zimmer für sich allein, 2019, 6 f.

27 So *Ute Sacksofsky* in ihrer Antrittsvorlesung 2001, wiederholt von *Anna Katharina Mangold* in ihrer Antrittsvorlesung 2023: *Ute Sacksofsky*, Was ist feministische Rechtswissenschaft?, ZRP 2001, 412.

28 Die feministische Rechtswissenschaft entwickelte sich die letzten Jahrzehnte durchaus weiter. Wurde zu Beginn noch vor allem die sog. „Frauenfrage" gestellt, entwickelte sich die Debatte weiter in Richtung „Geschlechterfrage", die sich bestenfalls intersektional verortet. Siehe dazu *Susanne Baer/Sarah Elsuni*, Feministische Rechtstheorie, in: Hilgendorf, Eric/Joerden, Jan C. (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie, 296 (296 ff.).

29 Zum Vorwurf des Politischen siehe *Pola Maria Brünger*, Der Vorwurf des Politischen. Vorverständnisse in der Rezeption feministischer Rechtswissenschaft, in: Dux, Elisabeth/Groß, Johanna/Kraft, Julia/Militz, Rebecca/Ness, Sina (Hrsg.), FRAUEN. MACHT. RECHT., 2023, 183.

30 Zur Objektivität im Recht siehe beispielsweise *Eva Kocher*, Die Position der Dritten. Objektivität im bürgerlichen Recht, Jahrbuch des öffentlichen Rechts 2019, 403; sowie *Sué González Hauck*, Weiße Deutungshoheit statt Objektivität: Der ‚objektive Dritte'

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

I. Dogmatisierungsleistung: materiale Gleichheit

Eine der großen Errungenschaften der feministischen Rechtswissenschaft ist die Dogmatisierung des Antidiskriminierungsrechts, das maßgeblich von einem weiten Gleichheitsverständnis geprägt ist. Zuvörderst sind *Ute Sacksofsky* sowie *Susanne Baer* zu nennen, die mit ihren Dissertationen in den 90er Jahren einen material-asymmetrischen Gleichheitsbegriff dogmatisch herleiteten. *Sacksofsky* etablierte den besonderen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 2 GG als Dominierungsverbot,[31] *Baer* als Hierarchisierungsverbot.[32] Bis heute ist umstritten, inwiefern Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG[33] ein formal-symmetrisches oder material-asymmetrisches Gleichheitsverständnis beinhalten. Nach der formalen Lesart ist beispielsweise jede rechtliche Verwendung des Merkmals „Geschlecht" grundsätzlich verboten.[34] Dahinter steht die prinzipielle Annahme, dass alle Menschen faktisch gleichgestellt sind, jede Ungleichbehandlung somit ein rechtfertigungsbedürftiger Sonderfall ist. Ein materiell-asymmetrisches Gleichheitsverständnis nach *Sacksofsky* und *Baer* geht von einer anderen Prämisse aus: Menschen werden nicht *zufällig* diskriminiert, sondern aufgrund gesellschaftlicher Strukturen besteht für gewisse Personen eine höhere Wahrscheinlichkeit, von Ungleichbehandlungen betroffen zu sein. Hauptunterschied der beiden Gleichheitsverständnisse liegt in der Frage, ob positive/proaktive Maßnahmen zulässig sind. Nach einem rein formalen Verständnis von Gleichheit ist proaktives Gleichstellungsrecht grundsätzlich nicht zu begründen. Denn jede positive Maßnahme stellt auch einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot der jeweils anderen Gruppe dar: Fördermaßnahmen für Frauen würden sich diskriminierend auf Männer auswirken und seien daher gar nicht oder nur begrenzt zulässig.[35] Um strukturellen Nachteilen entgegen-

---

und die systematische Abwertung rassismuserfahrener Perspektiven, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2022, 153.

31 *Ute Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1996, 312 ff.

32 *Susanne Baer,* Würde oder Gleichheit?, 1995, 221 ff.

33 Mittlerweile wird diese materiale Lesart auf die anderen Kategorien aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG ausgeweitet, siehe *Ute Sacksofsky*, in: Herdegen, Matthias/Masing, Johannes/Poscher, Ralf/Gärditz, Ferdinand (Hrsg.), Handbuch Verfassungsrecht, 2021, § 19, Rn. 142 ff.; *Susanne Baer/Nora Markard*, in: von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian/Huber, Michael/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 3 Rn. 421 und 426 ff.

34 *Sacksofsky* (Fn. 33), Rn. 110 ff.

35 *Sacksofsky* (Fn. 33), Rn. 125. In welchem Umfang positive Maßnahmen schlussendlich verfassungskonform sind, hängt natürlich vom Einzelfall ab und inwiefern struk-

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

wirken zu können, ist eine materiale Auslegung des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG grundsätzlich auch für positive Maßnahmen geöffnet.[36]

Zwar ist ein material-asymmetrisches Gleichheitsverständnis in der Literatur umstritten, das Bundesverfassungsgericht selbst legte jedoch bereits 1992 seinem Urteil zum *Nachtarbeitsverbot*[37] einen solchen Gleichheitsbegriff zugrunde.[38] Nachtarbeit war für Frauen pauschal verboten – begründet wurde dies damit, dass weibliche Arbeiterinnen wegen ihrer körperlichen Konstitution stärker unter Nachtarbeit litten als männliche Arbeitnehmer. Das BVerfG sah dies nicht mit Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG vereinbar - und das, obwohl Studien darauf hinwiesen, Frauen würden mehr unter Nachtarbeit leiden als Männer. Dies ergebe sich allerdings aus der parallelen Erziehungsarbeit und den verfestigten Rollenbildern.[39] Ein solches materiales Verständnis wiederholte das Gericht zuletzt in der *Triage*-Entscheidung anhand von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, indem es staatliche Benachteiligungen als „Unterscheidungen mit benachteiligender Wirkung" definierte, und den

---

turelle Benachteiligungen überhaupt berücksichtigt werden (können). Je nach Auffassung wird dann ein engerer Bezug zwischen der gewählten Maßnahme und dem auszugleichenden Nachteil verlangt. Siehe beispielsweise *Uwe Kischel*, in: Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), BeckOK GG, 55. Ed. 2023, Art. 3 Rn. 196 ff.

36 *Baer/Markard* (Fn. 33), Art. 3 Abs. 3 Rn. 421 und 426 ff; *Sacksofsky* (Fn. 33), Rn. 126 m.w.N.

37 BVerfG, Urteil vom 20.1.1992, 1 BvR 1025/84, ECLI:DE:BVerfG:1992:rs:19920128.1bvr102584, BVerfGE 85, 191 – Nachtarbeitsverbot; siehe weiterführend *Cara Röhner*, Ungleichheit und Verfassung, 2019, 187 ff.

38 Das Bundesverfassungsgericht spricht bei den speziellen Gleichheitssätzen häufig von einem „grundsätzlichen Anknüpfungsverbot"; jede rechtliche Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal sei demnach eine relevante Differenzierung. Siehe z.B. BVerfG, Urteil vom 18.12.1953, 1 BvL 106/53, Rn. 39, BVerfGE 3, 225 – Gleichberechtigung; BVerfG, Beschluss vom 12.2.2003, 2 BvR 709/99, Rn. 47, BVerfGE 107, 257 – Beamtenbesoldung Ost II; BVerfG, Urteil vom 14.3.2000, 1 BvR 284, 1659/96, ECLI:DE:BVerfG:2000:rs20000314.1bvr028496, Rn. 40, BVerfGE 102, 41 – Kriegsbeschädigtengrundrechte; BVerfG, 28.1.1992, 1 BvR 1025/84, Rn. 53 – Nachtarbeitsverbot. Die Rechtsprechung des BVerfG ist dabei nicht eindeutig. In der Kommentarliteratur wird häufig von einem Anknüpfungs- oder einem Begründungsverbot gesprochen. Siehe *Hans D. Jarass*, in: ders./Pieroth, Bodo/Kment, Martin (Hrsg.), GG, 17. Aufl. 2022, Art. 3 Rn. 136; *Kischel* (Fn. 35), Art. 3 Rn. 212; *Christine Langenfeld*, in: Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H. (Hrsg.), GG, 2023, Art. 3 Abs. 2 Rn. 25 f. und Abs. 3 Rn. 20 ff.; *Sigrid Boysen*, in: von Münch, Ingo/Kunig, Philip (Hrsg.), GG, 2021, Art. 3 Rn. 125 ff.; *Werner Heun,* in: Dreier, Horst (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 120 ff; *Heike Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hofmann, Hans/Henneke, Hans-Günter (Hrsg.), GG, 15. Aufl. 2022, Art. 3 Rn. 55 ff.

39 BVerfG, 28.1.1992, 1 BvR 1025/84, Rn. 57 ff. – Nachtarbeitsverbot.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

„Ausschluss von Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten" in den Anwendungsbereich miteinbezog.[40]

II. Arbeitsweise: Das Recht in seiner Gänze betrachten

Um meine These weiter auszuführen, muss ich auf die Arbeitsweise der feministischen Rechtswissenschaft eingehen: Feministische Rechtswissenschaft betrachtet die Rechtswirklichkeit.[41] Denn die normative Rechtssetzung (*law in the books*) alleine sagt wenig über die Lebensrealitäten von Frauen und marginalisierten Gruppen (*law in action*).[42] Da der Alltag vor allem durch das einfache Recht ausgestaltet wird, müssen kritische öffentlich-rechtliche Jurist:innen, wenn sie beispielsweise Geschlechtsdimensionen betrachten wollen, das einfache Recht kennen und verstehen. Nur so sind die Effekte, die ein Gesetz auf eine Gruppe haben könnte, nachzuvollziehen.[43]

Gleichzeitig sind für feministisch Privatrechtler:innen verfassungsrechtliche Maßstäbe unerlässlich. Immerhin bietet das Verfassungsrecht (und im weiteren Sinne auch das Unions- und Völkerrecht) die einschlägigen Argumente, um das emanzipatorische Potenzial des Rechts zu entfalten. Über verfassungsrechtliche Bestimmungen kann das Recht als Gestaltungsinstrument geschärft und bestehende Machtasymmetrien offengelegt werden. Als antidiskriminierungsrechtlich verständige Zivilrechtler:in muss ich somit, um mein Argument beispielsweise im Anwendungsbereich des Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) oder des Entgelttranzparenzgesetz (EntgTranspG) besser entfalten zu können, auf die verfassungs-, europa- und/oder völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote zurückgreifen. Dem stehen in der Regel andere verfassungsrechtliche Güter gegenüber – sei es die allgemeine Handlungsfreiheit, die Meinungsfreiheit oder das Eigentumsrecht. Die unterschiedlichen grundrechtlichen Rechtspositionen müssen miteinander abgewogen werden, die jeweilige dogmatische Systematik bietet dabei freilich die Grundlage. Das Verfassungsrecht stellt das relevante

40 BVerfG, Beschluss vom 16.12.2021, 1 BvR 1541/20, ECLI:DE:BVerfG:2021:rs20211216.1bvr154120, Rn. 93, BVerfGE 160, 79 – Triage.

41 *Baer/Elsuni* (Fn. 28), 296; *Autor/innenkollektiv*, Einleitung, in: Foljanty, Lena/Lembke, Ulrike (Hrsg.), Feministische Rechtswissenschaft. Ein Studienbuch, 2. Aufl. 2012, 25 f.

42 Grundlegend *Roscoe Pound*, Law in Books and Law in Action, American Law Review 1910, 12.

43 *Andrea Büchler/Michelle Cottier*, Legal Gender Studies, 2012, 53 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Bezugssystem dar, egal in welche Richtung argumentiert werden muss. Dadurch verschwimmen kategoriale Grenzen, Intradisziplinarität wird somit gefördert.

C. Das Plansche-Urteil – Antidiskriminierung gone wrong

Was passieren kann, wenn ein antidiskriminierungsrechtlich sensibler Fall vor einem Zivilgericht verhandelt wird, zeigt uns das Landgericht Berlin (Zivilkammer, Vorsitzende Richterin als Einzelrichterin) im September 2022.[44] Das Gericht schafft es vorliegend nicht, die verfassungsrechtlichen Wertungen aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG entsprechend anzuwenden, bleibt zu stark in der eigenen zivilrechtlichen Logik verhaftet. Strittig war, inwiefern die Mitarbeiter:innen eines (Wasser-)Spielplatzes (Plansche) und/oder die Polizei die Klägerin auffordern durften, sich „obenrum" zu bekleiden – oder ob es sich dabei um eine Diskriminierung im Sinne des Landesantidiskriminierungsgesetzes (LADG) handelt. Beklagte des Rechtsstreits ist das Land Berlin. Das Gericht verneint einen Anspruch, da es keine Diskriminierung (§§ 2, 4 LADG) erkennen konnte. Dabei bedient sich das Gericht zwei rechtlichen Argumentationslinien: So bestehe erstens bereits keine Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts und zweitens sei diese, wenn man vom Gegenteil ausginge, nach § 5 LADG gerechtfertigt. Zu Beginn soll der konkrete rechtliche Rahmen des LADG dargestellt werden (unter I.), bevor sich mit der Argumentation des Landgerichts (unter II.) befasst wird. Zum Schluss erfolgt eine kritische Würdigung (unter III.).

I. Einordnung in das Landesantidiskriminierungsgesetz

Eine Besonderheit des Falls liegt darin, dass in Berlin seit 21. Juni 2020 das LADG in Kraft ist. Das Gesetz normiert ein umfassendes Diskriminierungsverbot für das öffentlich-rechtliche Handeln des Landes Berlin. Das LADG richtet sich somit nicht an Private, sondern an die öffentli-

44 LG Berlin, Urteil vom 14.9.2022, Az.: 26 O 80/22. Das Urteil ist nicht rechtskräftig. In der Berufungsverhandlung am 29. September 2023 ist es vor dem Berliner Kammergericht zu keinem Urteil gekommen.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

che Hand.[45] Bei einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung (Diskriminierung) hat der:die jeweils Betroffene einen Anspruch auf Schadensersatz und Entschädigung (§ 8 Abs. 1 und Abs. 2 LADG).

Nach § 2 LADG darf kein Mensch im Rahmen öffentlich-rechtlichen Handelns auf Grund des Geschlechts, der ethnischen Herkunft, einer rassistischen und antisemitischen Zuschreibung, der Religion und Weltanschauung, einer Behinderung, einer chronischen Erkrankung, des Lebensalters, der Sprache, der sexuellen und geschlechtlichen Identität sowie des sozialen Status diskriminiert werden. Eine Diskriminierung liegt u.a. vor, wenn eine Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt ist, sie also nach § 5 Abs. 1 LADG nicht auf einen hinreichend sachlichen Grund beruht. Da nicht jede Ungleichbehandlung anhand des gleichen Maßstabs zu rechtfertigen ist, greift § 5 Abs. 1 LADG auf eine generelle Formulierung zurück. Der Maßstab des sachlichen Grunds ist dann im Lichte der verfassungsrechtlichen Vorgaben aus Art. 3 Abs. 1 bis 3 GG auszulegen.

II. Das Urteil des Landgerichts Berlin

1. Sachverhalt

Die Klägerin besuchte mit ihrem damals sechsjährigen Kind am 20. Juni 2021 die sogenannte „Plansche" im Plänterwald/Berlin und sonnte sich mit freiem Oberkörper. Bei der Plansche handelt es sich um einen (Wasser-)Spielplatz mit Liegewiese. Im Zuge dessen wurde sie vom lokalen Sicherheitsdienst und der Polizei aufgefordert, sich „obenrum" zu bekleiden. Die Klägerin verließ daraufhin die Plansche und ist der Ansicht, durch die Aufforderung der Beschäftigten und der Polizei gemäß §§ 2, 4 LADG diskriminiert worden zu sein. Gerichtlich begehrt sie vom Land Berlin Entschädigung gemäß § 8 LADG in Höhe von mindestens 10.000 €. Demgegenüber wendet das Land Berlin ein, es liege keine Ungleichbehandlung vor, jedenfalls bestehe aber eine Rechtfertigung.[46]

---

45 Anders als beim AGG oder beim EntgTranspG entfallen dadurch viele strittige Punkte bezüglich der Bindungswirkung des Antidiskriminierungsrechts gegenüber Privaten. Siehe dafür *Ferdinand Gärditz*, in: Mangold/Payandeh (Fn. 19), § 4.

46 Die Streitigkeiten um den Anwendungsbereich des LADG werden an dieser Stelle ausgespart, gleiches gilt für Fragen einer Rechtsgrundlage. Siehe dazu ausführlich: GFF, Berufungsbegründungsschrift vom 18.11.2022, 9 f., https://freiheitsrechte.org/uploads/documents/Gleiche-Rechte/Plansche/Berufungsbegruendungsschrift_final_

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

2. Darstellung der Urteilsgründe

Das Gericht wies die Klage als unbegründet zurück. Aufgrund der offensichtlichen Geschlechtsunterschiede liege bereits keine Ungleichbehandlung vor (unter a). Selbst wenn dies anders bewertet werde, sei eine solche Differenzierung über das geschlechtliche Schamgefühl und das elterlicher Erziehungsrecht gerechtfertigt (unter b).

a) Fehlende Ungleichbehandlung: offensichtliche Unterschiede der Geschlechter

Die Frage, ob eine Person aufgrund einer spezifischen Zuschreibung ungleich behandelt wurde, stellt die erste Prüfungsstufe im Rahmen der Diskriminierungsverbote dar. Laut Gericht sei jedoch bereits keine Ungleichbehandlung ersichtlich. Die Klägerin habe weder vorgetragen, anders als andere anwesende Frauen behandelt worden zu sein, noch ergebe sich eine Differenzierung gegenüber den anwesenden Männern. Das Gericht führt knapp aus, „dass bei an Art. 3 GG orientierter Auslegung nicht in jedem Falle untersagt ist, geschlechtliche Unterschiede Anlass für unterschiedliche Behandlung sein zu lassen."[47] Eine fehlende Ungleichbehandlung ergebe sich aus den „offensichtlichen Unterschieden" der Geschlechter.[48]

b) Rechtfertigung: geschlechtliches Schamgefühl und Erziehungsrecht

Trotz der verneinten Ungleichbehandlung befasst sich das Gericht mit einer möglichen Rechtfertigung. Unter Berücksichtigung von Art. 3 Abs. 2 GG dürfe der vorhandene geschlechtliche Unterschied bei rechtlicher Bewertung nicht als solcher handlungsbestimmend sein. Da ein sachlicher Grund für die „Ungleichbehandlung des Ungleichen"[49] vorliege, sei diese im Sinne von § 5 Abs. 1 LADG gerechtfertigt. Zur Auslegung, was einen sachlichen Grund darstellen kann, bedient sich das Gericht laut eigener Aussage dem Gesetzesziel und den in ähnlichen Gesetzen entwickelten

anonymisiert.pdf (zuletzt abgerufen am: 17.08.2023). Zusätzlich möchte ich an dieser Stelle die Anwältin der Klägerin, RAin Leonie Thum, erwähnen.

47 LG Berlin, Urteil vom 14.9.2022, Az.: 26 O 80/22, S. 5.

48 LG Berlin, Urteil vom 14.9.2022, Az.: 26 O 80/22, S. 5.

49 LG Berlin, Urteil vom 14.9.2022, Az.: 26 O 80/22, S. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Grundsätzen, den allgemein geltenden Grundsätzen von Treu und Glauben, sowie den verfassungsmäßig geschützten Rechten aller Betroffenen.[50]

Als sachliche Gründe führt das Gericht zwei an: das geschlechtliche Schamgefühl und das elterliche Erziehungsrecht. Ob das geschlechtliche Schamgefühl aus Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitet wird, ist nicht klar ersichtlich, das Gericht verweist zum Schluss der Begründung nur kurz auf die allgemeine Handlungsfreiheit dritter Erwachsener (Art. 2 GG).[51] Das Schamgefühl sei zumindest dann tangiert, wenn ein nackter weiblicher Oberkörper an Orten, an denen dies nicht unbedingt zu erwarten ist, präsentiert werde. Dies führe dazu, dass andere Besucher sich aus moralischen, religiösen und sonstigen Gründen belästigt und unwohl fühlen könnten. Außerdem handle es sich bei der Plansche um einen Kinderspielplatz, daher müsse neben der allgemeinen Handlungsfreiheit dritter Erwachsener (Art. 2 GG) auch deren Recht zur Erziehung ihrer Kinder (Art. 6 GG) berücksichtigt werden, „was nach dem Dargelegten rechtmäßig zu einem Zurücktreten des Freiheitsrechts der Klägerin in diesem Bereich führen durfte."[52]

III. Kritische Würdigung

Das Urteil des Landgerichts Berlin kann weder in seiner Maßstabbildung noch in der Anwendung des LADGs überzeugen. Nach der hier vertretenen Auffassung liegt eine unmittelbare Ungleichbehandlung vor (unter 1.), die vorliegend nicht gerechtfertigt werden kann (unter 2.). In meine Analyse beziehe ich sowohl die Berufungsbegründung der Gesellschaft für Freiheitsrechte (GFF) wie auch die offizielle Beanstandung der LADG-Ombudsstelle mit ein.[53]

50 LG Berlin, Urteil vom 14.9.2022, Az.: 26 O 80/22, S. 5 f.

51 Es ist nicht eindeutig, ob das Gericht das geschlechtliche Schamgefühl tatsächlich Art. 2 Abs. 1 GG zuordnet oder dies als sonstigen sachlichen Grund anerkennt, vgl. LG Berlin, Urteil vom 14.9.2022, Az.: 26 O 80/22, S. 7.

52 Ebd.

53 So auch LADG-Ombudsstelle, Beanstandung nach § 14 Abs. 4 LADG, Diskriminierungsbeschwerde Plansche, 16.8.2021; GFF (Fn. 46), 9 f. Nach § 14 Abs. 4 LADG hat die Senatsverwaltung im Zuge des LADG eine Ombudsstelle eingerichtet. Sie unterstützt und berät mögliche Betroffene kostenfrei.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Differenzierung anhand sekundärer Geschlechtsmerkmale als unmittelbare Ungleichbehandlung

Zu Beginn überrascht, wie begründungsarm das Gericht eine Ungleichbehandlung ablehnt. Die Prüfung nimmt insgesamt zwei volle Sätze und einen Halbsatz in Anspruch. Die Klägerin sei zwar anders als andere Männer behandelt worden, dies ergebe sich aber aus den „offensichtlichen Unterschieden" der Geschlechter. Daraus deduziert das Gericht, es könne keine Ungleichbehandlung vorliegen.[54]

Diese knappe Ausführung wirft schlussendlich mehr Fragen auf, als sie beantwortet. Zuvörderst ist offen, was sich hinter diesen „offensichtlichen Unterschieden" der Geschlechter verbergen mag. Wann genau sind geschlechtliche Unterschiede offensichtlich und wann nicht? Das Gericht erklärt sich nicht weiter, die Schlussfolgerung ergibt sich wohl aus einem Natürlichkeits- bzw. Normalitätsargument. Argumente, die auf das vermeintlich Natürliche und Normale verweisen, bekräftigen in der Regel bestehende gesellschaftliche Strukturen, ohne diese zu hinterfragen.[55] Statt die Differenzierung aufgrund körperlicher Attribute, die gesellschaftlich markiert sind, offenzulegen, verwendet das Gericht das LADG in einer Weise, die genau diese Wertung verdeckt. Dadurch begründet das Gericht über eine antidiskriminierungsrechtliche Regelung den konstruierten Geschlechtsunterschied und verhärtet ihn durch rechtliche Wiederholung.[56] Dies widerspricht dem Sinn und Zweck des Antidiskriminierungsrecht, das gerade geschaffen wurde, um Differenzierungen rechtlich hinterfragen zu können. Im konkreten Fall verwendet das Gericht das LADG jedoch als Argumentationsgrundlage, um eine Ungleichbehandlung zu bestätigen. Schlussendlich wird das Antidiskriminierungsrecht somit gegen sich selbst gewandt, konkret das emanzipatorische Potenzial des LADG verkannt.

Dies führt unmittelbar zur zweiten Frage: Wenn wir „offensichtliche Unterschiede" als Ausschlussgrund für geschlechtliche Diskriminierung akzeptieren würden, wann wäre der Anwendungsbereich des verfassungsrechtlichen geschlechtlichen Diskriminierungsverbots überhaupt eröffnet? Beinahe jeder (konstruierte) geschlechtliche Unterschied kann als „offensichtlich" verstanden werden. Immerhin bestand lange Zeit die

54 LG Berlin, Urteil vom 14.9.2022, Az.: 26 O 80/22, S. 5.

55 Siehe dazu ausführlich *Anna Katharina Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, 313 ff.

56 Siehe dazu grundlegend *Laura Adamietz*, Geschlecht als Erwartung, 2011.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„herkömmliche Annahme", dass wegen der körperlichen Konstitution eine Beschäftigung von Arbeiterinnen zur Nachtzeit verboten sein müsse (§ 19 Abs. 1 AZO) und eine Feuerwehrdienstpflicht auf Männer[57] beschränkt werden kann. All diese Regelungen wurden für verfassungswidrig und mit Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG unvereinbar erklärt.[58]

Drittens, selbst wenn man „offensichtlich" als „biologisch" verstehen möchte, ist nicht geklärt, wieso dieser Fakt eine Ungleichbehandlung auf der ersten Prüfstufe ausschließen sollte. Zwar wurde zeitweise diskutiert, ob auf der Ebene der Differenzierung eine immanente Schranke anzunehmen sei, wenn der Staat anhand objektiv biologischer Kriterien unterscheidet. Damit räumte das BVerfG jedoch in seinem Urteil zum *Nachtarbeitsverbot* 1992 auf, indem es klarstellte, dass Regelungen, die aufgrund biologischer Merkmale zwischen den Geschlechtern differenzieren, zwar zulässig sein können, allerdings nur unter strengeren Bedingungen zu rechtfertigen sind.[59] Sobald sog. „geschlechtsspezifische Merkmale" vorliegen, erhöhen sich demnach die Anforderungen an den Rechtfertigungsmaßstab für das staatliche Handeln. Geschlechtsspezifische Merkmale sind solche, die aus *biologischen* Gründen bestehen. Biologische Gründe sind dabei von *sozialen* Gründen abzugrenzen, die etwa aufgrund tradierter Rollenbilder angenommen werden.[60] Das BVerfG konkretisiert vorliegend den Rechtfertigungsmaßstab – und zwar dann, wenn biologische Unterschiede

57 So lange das baden-württembergische und bayerische Landesrecht.

58 BVerfG, 28.1.1992, 1 BvR 1025/84 – Nachtarbeitsverbot; BVerfG, Beschluss vom 24.1.1995, 1 BvL 18/93, ECLI:DE:BVerfG:1995:ls19950124.1bvl001893, BVerfGE 92, 91 – Feuerwehrabgabe.

59 Grundlegend BVerfG, 28.1.1992, 1 BvR 1025/84 , Rn. 56, 62 – Nachtarbeitsverbot, seitdem wiederholt in BVerfG, 24.1.1995, 1 BvL 18/93, Rn. 65 – Feuerwehrabgabe; BVerfG, Beschluss vom 25.10.2005, 2 BvR 524/01, ECLI:DE:BVerfG:2005:rs20051025.2bvr052401, Rn. 33, 37, BVerfGE 114, 357 – Aufenthaltserlaubnis.

60 1992 berief sich der Gesetzgeber darauf, dass weibliche Arbeiterinnen wegen ihrer körperlichen Konstitution stärker unter Nachtarbeit litten als männliche Arbeitnehmer. Das BVerfG sah dies nicht mit Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG vereinbar und das obwohl Studien darauf hinwiesen, Frauen würden mehr unter Nachtarbeit leiden als Männer. Dies ergebe sich allerdings aus der parallelen Erziehungsarbeit und somit verfestigten Rollenbildern: „Das für alle Arbeiterinnen geltende Nachtarbeitsverbot kann darauf aber nicht gestützt werden; denn die zusätzliche Belastung mit Hausarbeit und Kinderbetreuung ist kein hinreichend geschlechtsspezifisches Merkmal. Es entspricht zwar dem tradierten Rollenverständnis von Mann und Frau, daß die Frau den Haushalt führt und die Kinder betreut, und es läßt sich auch nicht leugnen, daß diese Rolle ihr sehr häufig auch dann zufällt, wenn sie ebenso wie ihr männlicher Partner berufstätig ist. [...] Ein solcher sozialer Befund reicht - unabhängig von der genauen Zahl der Betroffenen - zur Rechtfertigung einer geschlechtsbezogenen

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

anzunehmen sind. Würden genau diese Unterschiede auf der Ebene der Ungleichbehandlung als immanente Schranke gewertet werden, würde der Prüfungspunkt des „geschlechtsspezifischen Merkmals" auf der nächsten Stufe (Rechtfertigung) ins Leere laufen. Staatliche Ungleichbehandlungen, die biologisch begründet werden, erfordern laut BVerfG eine stärkere gerichtliche Kontrolle, ein Ausschluss auf der ersten Ebene bewirkt genau das Gegenteil.

Ob Biologie im konkreten Fall eine Rolle spielt, kann bei der Ungleichbehandlung demnach offenbleiben. Das Gericht hätte vielmehr erkennen müssen, dass das Verhalten der Mitarbeiter:innen und der Polizei unmittelbar an das Geschlecht anknüpft, da die Klägerin als Frau ihre sekundären Geschlechtsmerkmale verdecken musste, die anwesenden Männer hingegen nicht. Eine Ungleichbehandlung ist somit gegeben.[61]

2. Rechtfertigungsmaßstab im Lichte von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG

Für die Rechtfertigungsprüfung ist zu Beginn der Prüfungsmaßstab zu bilden. Dabei ist § 5 Abs. 1 LADG vage formuliert, wenn er selbst lediglich auf einen „hinreichenden sachlichen Grund" verweist. Das Gericht legt diesen sachlichen Grund unter Berücksichtigung des Gesetzesziels und den in ähnlichen Gesetzen entwickelten Grundsätzen, den allgemein geltenden Grundsätzen von Treu und Glauben bei „vernünftigen einleuchtenden Erwägungen" aus, sowie in der Abwägung die verfassungsmäßig geschützten Rechte aller Betroffenen. Was sich dahinter genau verbirgt, bleibt unklar. Vielmehr hätte § 5 Abs. 1 LADG im Lichte der verfassungsrechtlichen Maßstäbe des Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 GG betrachtet werden müssen. Dies gelingt vorliegend nicht. Nach der Rechtsprechung des BVerfG sind geschlechtsbezogene Ungleichbehandlungen nur ausnahmsweise zu rechtfertigen, wobei zwei Möglichkeiten denkbar sind: Den ersten weichenstellenden Maßstab formulierte das Bundesverfassungsgericht im *Nachtarbeitsverbot* 1992. Sollte dieser nicht erfüllt sein, kann eine Ungleichbehandlung über kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden.[62]

Ungleichbehandlung nicht aus. [...]"; BVerfG, 28.1.1992, 1 BvR 1025/84, Rn. 59 ff. – Nachtarbeitsverbot.

61 So auch LADG-Ombudsstelle (Fn. 53); GFF (Fn. 46), 9 f.

62 BVerfG, 28.1.1992, 1 BvR 1025/84, Rn. 55, 61 – Nachtarbeitsverbot; BVerfG, 24.1.1995, 1 BvL 18/93, Rn. 65 – Feuerwehrabgabe; BVerfG, 25.10.2005, 2 BvR 524/01, Rn. 33, 37 –

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Da das Landgericht die geschlechtlichen Unterschiede als „offensichtlich" und somit wahrscheinlich als biologisch versteht, wäre der *Nachtarbeitsverbot*-Maßstab zu prüfen gewesen. Laut der *Nachtarbeitsverbot*-Entscheidung sind Differenzierungen dann zulässig, „soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind."[63] Dabei muss auf Forschungsergebnisse zurückgegriffen werden, sozial-stereotypische Annahmen genügen nicht.[64] Demnach sind solche staatlichen Maßnahmen abzulehnen, die „[ü]berkommene Rollenverteilungen, die zu einer höheren Belastung oder sonstigen Nachteilen für Frauen führen" verfestigen.[65] Ein hinreichend geschlechtsspezifisches Merkmal liegt beispielsweise vor, wenn eine gesetzliche Regelung an eine Schwangerschaft (wie beispielsweise beim Mutterschutz) anknüpft, da die Schwangerschaft als biologischer Zustand grundsätzlich (aber nicht ausschließlich[66]) dem weiblichen Geschlecht zuzuordnen ist.[67]

Geschlechtsspezifische Merkmale liegen nicht vor, da keine wissenschaftlichen, zwingend körperlichen Gründe ersichtlich sind, weswegen ausschließlich Frauen ihre sekundären Geschlechtsteile bedecken sollten, nicht hingegen Männer. Die Wertung knüpft vielmehr an soziale Annahmen an, die die Brust einer Frau gesellschaftlich stärker sexualisiert als die Brust eines Mannes. Es liegt ein klarer Unterschied zur Situation der Schwangerschaft vor, bei der ein biologischer Zustand eintritt und besondere Schutzvorkehrungen unter Umständen gerechtfertigt sein können.

Aufenthaltserlaubnis; *Baer/Markard* (Fn. 33), Art. 3 Abs. 3 Rn. 450, 461; Krieger (Fn. 38), Art. 3 Rn. 61, 73.

63 BVerfG, 28.1.1992, 1 BvR 1025/84, Rn. 56 – Nachtarbeitsverbot; BVerfG, 24.1.1995, 1 BvL 18/93, Rn. 65 – Feuerwehrabgabe; BVerfG, 25.10.2005, 2 BvR 524/01, Rn. 33 – Aufenthaltserlaubnis.

64 BVerfG, 28.1.1992, 1 BvR 1025/84, Rn. 57 ff. – Nachtarbeitsverbot; BVerfG, 24.1.1995, 1 BvL 18/93, Rn. 66 ff. – Feuerwehrabgabe; BVerwG, Urteil vom 31.1.2002, 2 C 1.01, Rn. 18 ff.; *Krieger* (Fn. 38), Art. 3 Rn. 72.

65 BVerfG, 28.1.1992, 1 BvR 1025/84, Rn. 54 – Nachtarbeitsverbot.

66 Auch Männer und nicht binäre Personen können schwanger werden.

67 Siehe zur Prüfung des Nachtarbeitsverbots-Maßstabs im Kontext des Schwangerschaftsabbruchs: *Valentina Chiofalo*, Mutterschaft als Norm? Der Schwangerschaftsabbruch aus gleichheitsrechtlicher Perspektive, Kritische Justiz 2023, 18 (21 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Eine geschlechtliche Diskriminierung kann zusätzlich über verfassungsrechtlich geschützte zwingende Gründe gerechtfertigt werden.[68] Ob das Landgericht diesen Prüfungsmaßstab anerkennt, geht aus der Begründung nicht klar hervor. Das geschlechtliche Schamgefühl der Allgemeinheit wird angeführt, welches verfassungsrechtlich wohl in Art. 2 Abs. 1 GG verortet wird.[69] So oder so handelt es sich beim geschlechtlichen Schamgefühl nicht um eine verfassungsrechtlich geschützte Position.[70] Wäre das individuelle Schamgefühl in Art. 2 Abs. 1 GG zu verorten, würde schlussendlich ein genereller Konfrontationsschutz über die allgemeine Handlungsfreiheit begründet werden.[71]

Und auch der blanke Verweis[72] auf das Erziehungsrecht der anwesenden Eltern ist wenig erträglich, immerhin können Eltern ihre Kinder dahingehend erziehen wollen, eine nackte Brust von Männern und Frauen gleichermaßen als normal zu verstehen. Wenn der Staat einseitig vorgeben würde, wie Kinder inhaltlich zu erziehen seien, wäre das Erziehungsrecht der „abweichenden" Eltern beschnitten. In solchen Konfliktfällen muss der Sinn und Zweck Art. 6 Abs. 2 GG betrachtet werden: Der Grund des Art. 6 Abs. 2 GG liegt in der Sicherung des Kindeswohls.[73] Es gibt jedoch keine Belege, dass die kindliche Entwicklung durch den Anblick weiblicher Brüste gefährdet werde.[74] Nach der hier vertretenen Meinung sind auch ansonsten keine verfassungsrechtlichen Gründe ersichtlich, die eine solche Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten.[75]

---

68 BVerfG, 28.1.1992, 1 BvR 1025/84, Rn. 61 – Nachtarbeitsverbot; BVerfG, 24.1.1995, 1 BvL 18/93, Rn. 65 – Feuerwehrabgabe; BVerfG, 25.10.2005, 2 BvR 524/01, Rn. 37 – Aufenthaltserlaubnis; *Sacksofsky* (Fn. 33), Rn. 118.

69 Das Urteil ist an dieser Stelle wieder nicht eindeutig.

70 Verwaltungsgerichte befassen sich regelmäßig mit dem geschlechtlichen Schamgefühl, welches beispielsweise über § 118 OWiG oder § 184i StGB im einfachen Recht verankert ist. Das geschlechtliche Schamgefühl ist nach der hier vertretenen Auffassung selbst nach dem Maßstab des § 118 OWiG nicht betroffen. So auch GFF (Fn. 46), 15.

71 Ein grundsätzlicher Konfrontationsschutz mit anderen politischen oder gesellschaftlichen Meinungen kann nicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG abgeleitet werden. In extremen Ausnahmefällen, nämlich dann, wenn die eigene Grundrechtsausübung eingeschränkt wird, kann Konfrontationsschutz tragen, siehe z.B. im Fall von Gehsteigbelästigungen. Siehe dazu *Eva Maria Bredler*, Schwangerschaftsabbruch und öffentlicher Raum, Kritische Justiz 2023, 34 (40 f.).

72 Das Urteil begründet an dieser Stelle wieder nicht.

73 *Arnd Uhle*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 35), Art. 6 Rn. 48 m.w.N.

74 *Bettina Schuhrke*, Kindliche Körperscham und familiale Schamregeln, Studie im Auftrag der BZgA, 2005; so auch LADG-Ombudsstelle (Fn. 53); GFF (Fn. 46), 16 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

IV. Fazit

Das Urteil des Landgerichts Berlin zeigt auf, wie problematisch eine einseitige Verlagerung des Antidiskriminierungsrechts auf die Zivilrechtsprechung sein kann, wenn dabei verfassungsrechtliche Maßstäbe verkannt werden. Das Landgericht dekonstruiert weder die Kategorie, mit der es operiert, noch befasst es sich mit den einschlägigen verfassungsrechtlichen Maßstäben, die in der Auslegung des § 5 Abs. 1 LADG berücksichtigt werden müssen. Intradisziplinäre Hürden hemmen den steinigen Weg gegen Diskriminierungen somit zusätzlich. Intradisziplinarität ist dabei keine Kompetenz, die lediglich im Antidiskriminierungsrecht benötigt wird, sondern kann offensichtlich in unterschiedlichen Fallgestaltungen relevant sein.[76]

D. Intradisziplinäre Kompetenzen durch Feminist Mainstreaming aneignen

Um intradisziplinäres Arbeiten zu fördern und die kategorialen Grenzen stärker zu verwischen, sollte daher die feministische Rechtswissenschaft in den Kanon des Rechtswissenschaftsstudiums integriert und unabhängig von der universitären Ausbildung ein „*Feminist Mainstreaming*" vorangetrieben werden. Dies sollte auch ein breites Angebot für die Rechtsprechungspraxis beinhalten. Denn intradisziplinäres Arbeiten ist eine Kompetenz, die erlernt werden muss und dem gegenseitigen Verständnis der Teilrechtsordnungen als Auffangordnung zuträglich ist. *Feminist Mainstreaming* meint dabei, dass feministische Rechtswissenschaft weder als „Nischenthema" behandelt noch als (rechts-)politisches Thema aus dem Diskursraum der Rechtswissenschaft verdrängt werden sollte.[77] Dies gilt nicht nur für die feministische Rechtswissenschaft, sondern für eine kritische Auseinandersetzung mit dem Recht allgemein. Schlussendlich sollte die Frage, wie unsere Gesellschaft hierarchisiert ist und welchen Beitrag das Recht dazu leistet, genauso in prominenten Zeitungen wie der Juristenzeitung behandelt werden. Dies würde nicht nur helfen, das emanzipatorische Potenzial des Rechts voranzutreiben, sondern auch die kategorial wirkenden Grenzen zwischen den Teilrechtsordnungen zu überwinden.

75 So auch LADG-Ombudsstelle (Fn. 53); GFF (Fn. 46), 23.
76 Siehe zum Finanzdienstleistungsaufsichtsrecht *Schäfer* (Fn. 6), 261 ff.
77 *Brünger* (Fn. 29), 189.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ökonomische Menschenbilder als Analyseinstrumente im Öffentlichen Recht

Johannes Klamet[*]

A. Einführung

Worin liegt der Anlass zu interdisziplinärem Arbeiten? Nach *Eberhard Schmidt-Aßmann* ist „Interdisziplinarität [...] nicht das Normale; sie hat sich [vielmehr] durch den Nachweis von Defiziten der disziplinären Forschung zu legitimieren."[1] Ein Defizit in diesem Sinn könnte darin liegen, dass sich die deutsche Rechtswissenschaft und -praxis zu selten mit den ihrem Gegenstand zugrundeliegenden Menschenbildern befassen. Das steht in auffälligem Kontrast zum Kern dieses Gegenstandes, namentlich der Regulierung und Steuerung[2] menschlichen Verhaltens. Die wenigen prominenten Ausnahmen – etwa die reichhaltige Auseinandersetzung mit dem „Menschenbild des Grundgesetzes"[3] oder verschiedenen Verbraucherleitbildern im Zivilrecht[4] – bestätigen nur die sonst zu beobachtende Regel. Stattdessen bleiben Menschenbilder als Teil der vielfältigen Vorverständnisse rechtswissenschaftlichen und -praktischen Arbeitens oft unausgesprochen, unreflektiert und damit letztlich einer kritischen Diskussion entzogen.[5]

---

* Für hilfreiche Anmerkungen bedanke ich mich herzlich bei Prof. Dr. Hanno Kube, LL.M. (Cornell), Johanna Groß, Gabriel Noll und Dr. Leander Beinlich.

1 *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Zur Situation der rechtswissenschaftlichen Forschung, JZ 1995, 2 (7). Ähnlich *Jörn Lüdemann*, Öffentliches Wirtschaftsrecht und ökonomisches Wissen, in: Augsberg, Ino (Hrsg.), Extrajuridisches Wissen im Verwaltungsrecht, 2013, 121 (126 f.).

2 Siehe für das Verwaltungsrecht statt aller nur *Ivo Appel*, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67 (2008), 226 und *Martin Eifert*, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, ebd., 286, jeweils m.w.N.

3 Siehe unten, D. I.

4 *Marina Tamm*, in: dies./Tonner, Klaus/Brönneke, Tobias (Hrsg.), Verbraucherrecht, 3. Aufl. 2020, § 1 Rn. 20 ff. m.w.N.

5 Siehe zu einer entsprechenden Kritik am Menschenbild des Grundgesetzes *Michael Stolleis*, Das Menschenbild der Verfassung, in: Duncker, Hans-Rainer (Hrsg.), Beiträge

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Anders stellt sich die Situation in der Ökonomie dar: Dort stehen Menschenbilder als Ausgangs- und Bezugspunkte von Modellannahmen, Theoriebildung und empirischer Forschung seit jeher ausdrücklich im Zentrum des wissenschaftlichen Interesses.[6] Ausgehend von den in den USA begründeten Forschungszweigen *Law and Economics* und *Behavioral Economics and the Law* finden ökonomische Menschenbilder seit einiger Zeit auch verstärkt Eingang in den deutschen Rechtsdiskurs.[7] Ob sich diese interdisziplinäre Hinwendung zur Ökonomie aber tatsächlich aus einem Defizit der juristischen Erkenntnismöglichkeiten rechtfertigt und welche Potentiale eine Rezeption ökonomischer Menschenbilder als Analyseinstrumente im Öffentlichen Recht bietet, möchte der Beitrag im Folgenden näher beleuchten.

B. Rezeption als (Re-)Konstruktion

Da in dem *Call for Abstracts* der diesjährigen Jungen Tagung unter anderem die Frage aufgeworfen wurde, wie die Verarbeitung von Expertise anderer Disziplinen in Rechtsetzung und -anwendung gelingen kann, soll zunächst jedoch der Rezeptionsvorgang als solcher in den Blick genommen werden. Seit *Jörn Lüdemann* auf der 47. – damals noch so genannten – Assistententagung im Jahr 2007 dem von ihm zuvor konstatierten[8] Defizit an methodologischer Reflexion der Rezeption fremdwissenschaftlicher Erkenntnisse

zu einer aktuellen Anthropologie, 2006, 369 (375) und *Friederike Wapler*, in: Dreier, Horst/Brosius-Gersdorf, Frauke (Hrsg.), GG, 4. Aufl. 2023, Art. 1 Abs. 1 Rn. 165.

6 *Gebhard Kirchgässner*, Homo Oeconomicus, 4. Aufl. 2013, 12 m.w.N.; *Karl Häuser*, Zum Menschenbild in der Nationalökonomie, in: Duncker, Hans-Rainer (Hrsg.) (Fn. 5), 285 (286 ff.); *Florian Krause*, Der *homo oeconomicus* im Kontext der Wirtschaftswissenschaften, in: Dieckmann, Andreas/Sorge, Christoph (Hrsg.), Der *homo oeconomicus* in der Rechtsanwendung, 2016, 123.

7 Siehe nur *Pascale Cancik*, Verhaltensmodelle und die Perspektive der Rechtswissenschaft, in: Führ, Martin/Bizer, Kilian/Feindt, Peter H. (Hrsg.), Menschenbilder und Verhaltensmodelle in der wissenschaftlichen Politikberatung, 2007, 52; *Anne van Aaken*, Recht und Realanalyse – welches Modell menschlichen Verhaltens braucht die Rechtswissenschaft, ebd., 70; *Jörn Lüdemann*, Die Grenzen des homo oeconomicus und die Rechtswissenschaft, in: Engel, Christoph u.a. (Hrsg.), Recht und Verhalten, 2007, 7; siehe ferner die Beiträge in Dieckmann, Andreas/Sorge, Christoph (Hrsg.) (Fn. 6).

8 *Lüdemann* (Fn. 7), 49.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mit den von ihm dort skizzierten „Bausteine[n] einer Rezeptionstheorie“[9] abhelfen wollte, hat sich nur wenig zum Besseren gewandt. Die Forderungen nach einem stärker reflektierten Umgang mit fachfremden Erkenntnissen sind ungebrochen.[10] Wie kann ein solcher aussehen? Er muss jedenfalls Antworten auf die zentralen Herausforderungen interdisziplinären Arbeitens bieten. Das heißt, er muss einer asymmetrischen, selektiven und damit letztlich willkürlichen Rezeption entgegenwirken.[11]

In Anlehnung an *Lüdemann* soll der Rezeptionsprozess im Folgenden in drei „Rezeptionsetappen“[12] unterteilt und dadurch näher strukturiert werden: Auf der ersten Rezeptionsetappe – der *Rezeptionsvorbereitung* – ist der Rezeptionsbedarf, also das Defizit der eigenen Disziplin zu ermitteln. Auf der zweiten Rezeptionsetappe erfolgt die verständige *Würdigung des Rezipierten*. Das erfordert jedenfalls Grundkenntnisse der Terminologie, Theorie und Methodik der zu rezipierenden Disziplin. Auf der dritten und letzten Rezeptionsetappe erfolgt schließlich die *rechtswissenschaftliche Einpassung* der fremdwissenschaftlichen Erkenntnisse.

In der Debatte um interdisziplinäres Arbeiten wird häufig die Bedeutung der zweiten Rezeptionsetappe – also der Würdigung des Rezipierten – hervorgehoben. Denn in der praktischen Umsetzung stellen sich insoweit erhebliche Zeit- und Ressourcenprobleme für den Erwerb der erforderlichen fachfremden Kenntnisse.[13] Auch möchte man der Gefahr entgegenwirken, hinter dem Qualitäts- und Kenntnisstand der zu rezipierenden Disziplin zurückzubleiben. Indes sind die erste und dritte Rezeptionsetappe – also die Rezeptionsvorbereitung und die Einpassung des Rezipierten – nicht

9 *Jörn Lüdemann*, Netzwerke, Öffentliches Recht und Rezeptionstheorie, in: Boysen, Sigrid u.a. (Hrsg.), Netzwerke, 2007, 266 (275 ff.).

10 Siehe nur *Andreas Voßkuhle*, § 1 Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: ders./Eifert, Martin/Möllers, Christoph (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 3. Aufl. 2022, Rn. 39; *Ino Augsberg*, Von einem neuerdings erhobenen empiristischen Ton in der Rechtswissenschaft, Der Staat 51 (2012), 117 (121); *Niels Petersen*, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, Der Staat 49 (2010), 435 (439 ff.).

11 Vgl. *Jens Kersten*, in: Kahl, Wolfgang/Ludwigs, Markus (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2021, § 25 Rn. 25, der aber unter Rn. 27 zutreffend darauf verweist, dass diese Herausforderungen bis zu einem gewissen Grad schlechthin jede Wissensgenerierung charakterisieren; *Lüdemann* (Fn. 7), 49 f.; *Voßkuhle* (Fn. 10), Rn. 39.

12 Hierzu und zum Folgenden *Lüdemann* (Fn. 9), 275 ff.

13 Vgl. *Petersen* (Fn. 10), 455.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

minder wichtig: Interdisziplinäres Arbeiten ist kein Selbstzweck.[14] Die Begründungsbedürftigkeit jedes Kenntnistransfers leistet vielmehr einen wichtigen Beitrag, um die disziplinäre Integrität der Rechtswissenschaft zu erhalten.[15] Die *Einpassung* der fremdwissenschaftlichen Erkenntnisse wiederum ist mit den verbreiteten Metaphern interdisziplinären Arbeitens – etwa „Import", „Übersetzung" oder „Transplantation" – nur unzureichend charakterisiert.[16] Da die Rezeption einem juristischen Defizit entgegenwirken soll, fehlen in vielen Fällen bereits tragfähige Anknüpfungspunkte der eigenen Disziplin, die vor einer Einpassung erst geschaffen werden müssen.

Der hier skizzierte Rezeptionsvorgang kann daher in Anlehnung an *Jens Kersten* am besten als juristische (Re-)Konstruktion fremdwissenschaftlicher Erkenntnisse charakterisiert werden.[17] Dabei stehen – insbesondere bei der Rezeption sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse – die Unterscheidung und das Verhältnis von Sein und Sollen bzw. Wirklichkeit und Recht als disziplinäre Identitätsmerkmale der Rechtswissenschaft im Vordergrund.[18] Auch handelt es sich trotz der drei unterscheidbaren Rezeptionsetappen nicht um einen linearen, sondern um einen reflexiven Prozess. In nicht wenigen Fällen führt überhaupt erst die Auseinandersetzung mit fremdwissenschaftlichen Erkenntnissen potentielle Defizite der eigenen Disziplin vor Augen. Darüber hinaus wirkt deren Einpassung auf das Rechtssystem zurück und kann zu dessen Fortentwicklung und besseren Durchdringung beitragen.

Die weitere Untersuchung ist daher wie folgt gegliedert: Die Rezeptionsvorbereitung erfolgt in einem ersten Schritt, in dem zunächst der interdisziplinär genutzte Begriff des „Menschenbildes" näher definiert wird (dazu C.). Anschließend wendet sich die Untersuchung den juristischen Menschenbildern zu, um einen etwaigen Rezeptionsbedarf zu ermitteln (dazu D.). Im zweiten Schritt wird das ökonomische Menschenbild mit seinen

14 Demgegenüber zu unkonkret: Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland, https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 13.08.2023).

15 Vgl. *Voßkuhle* (Fn. 10), Rn. 39; *Ino Augsberg*, Multi-, inter-, transdisziplinär?, in: ders. (Hrsg.) (Fn. 1), 16 ff.; vgl. auch *Thomas Vesting*, Nachbarwissenschaftlich informierte und reflektierte Verwaltungsrechtswissenschaft – „Verkehrsregeln" und „Verkehrsströme", in: Schmidt-Aßmann, Eberhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, 253 (280 f.).

16 *Kersten* (Fn. 11), § 25 Rn. 27 m.w.N.; *Augsberg* (Fn. 15), 16 ff.

17 *Kersten* (Fn. 11), Rn. 27; ähnlich *Augsberg* (Fn. 15), 22 ff.: juristischer „Transformationsprozess". Siehe ferner *Vesting* (Fn. 15), 253 ff.

18 Vgl. *Peter Häberle*, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 2008, 29 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abwandlungen dargestellt, also eine verständige Würdigung des Rezipierten im oben beschriebenen Sinn vorgenommen (dazu E.). Im abschließenden dritten Schritt erfolgt auf dieser Grundlage die rechtswissenschaftliche Einpassung, um die Potentiale einer Rezeption auszuloten (dazu F.).

C. Begriff des Menschenbildes

Eine allgemeine Definition des Begriffs des Menschenbildes findet sich in der philosophischen Anthropologie. Danach ist ein „Menschenbild" die Vorstellung von der *Natur* oder dem *Wesen* des Menschen, also der ihn prägenden Eigentümlichkeiten. Dem Wesen oder der Natur des Menschen kann man sich aus vielen Blickwinkeln annähern, etwa aus einem naturwissenschaftlichen, soziologischen oder theologischen.[19] Der Mensch ist danach entweder ein besonders intelligenzbegabtes Säugetier, *homo sociologicus*[20] oder Ebenbild eines allmächtigen Schöpfergottes. Letztlich hängt eine nähere Begriffsbestimmung damit stark von der gewählten Perspektive und dem jeweiligen Erkenntnisinteresse ab. Dieser Charakter als disziplinübergreifender „Brückenbegriff"[21] ist dabei Chance und Risiko zugleich, da er zwar interdisziplinäre Vergleiche anregt, diese aber die inhärente Gefahr grundsätzlicher Missverständnisse in sich tragen.

Für die Zwecke dieser Untersuchung ist die Unterscheidung von normativen und positiv-analytischen Menschenbildern zweckmäßig. Während normative Menschenbilder Aussagen dazu treffen, wie der Mensch sein bzw. wie er sich verhalten *soll*, bilden positiv-analytische Menschenbilder ab, wie der Mensch *ist* bzw. wie er sich *tatsächlich verhält*.[22] Für positiv-analytische Menschenbilder ist die alternative Bezeichnung als „Verhaltensmodell" verbreitet,[23] wobei die Terminologie uneinheitlich verwendet wird und im Einzelnen vieles umstritten ist. Zum Teil werden zwischen „Menschenbildern" und „Verhaltensmodellen" kategoriale Unterschiede ausge-

19 Vgl. *Häberle* (Fn. 18), 30; siehe auch Görres-Gesellschaft, Staatslexikon, 8. Aufl. 2017, Lemma „Anthropologie".
20 *Ralf Dahrendorf*, Homo Sociologicus, 17. Aufl. 2010.
21 *Häberle* (Fn. 18), 71.
22 Vgl. *Martin Führ/Kilian Bizer/Peter H. Feindt*, in: dies. (Hrsg.) (Fn. 7), 9 (14).
23 Siehe etwa *Führ/Bizer/Feindt*, (Fn. 22), 14 f.; vgl. ferner *Cancik* (Fn. 7), 56 f. und *Gebhard Kirchgässner*, Führt der homo oeconomicus das Recht in die Irre?, JZ 1991, 104 (insb. 105 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

macht,[24] wohingegen Andere die Begriffe synonym verwenden[25] oder auf den Terminus „Verhaltensmodell" verzichten, obwohl sie sich der Sache nach auf solche beziehen[26]. Dabei handelt es sich nicht um vernachlässigbare Spitzfindigkeiten des Sprachgebrauches, da eine unzureichende Differenzierung die Gefahr begründet, dass der Begriff des „Menschenbildes" vorschnell mit normativen Gehalten assoziiert wird, was bisweilen zu den bereits angedeuteten Missverständnissen führen kann.[27] Zwar fließen auch in die Formulierung von Verhaltensmodellen normative Annahmen ein.[28] Ihnen liegt in diesem Sinn ein bestimmtes – wenn auch schwach konturiertes – normatives Menschenbild zugrunde. Diese normativen Hintergrundbilder sollten mit den daraus abgeleiteten Modellen aber nicht unbedacht gleichgesetzt werden. Zur besseren Unterscheidung wird daher im Folgenden der Begriff „Verhaltensmodell" verwendet, wenn sich die Darstellung auf positiv-analytische Menschenbilder bezieht.

D. Juristische Menschenbilder

Welchen Stellenwert und welche Funktionen haben normative Menschenbilder und Verhaltensmodelle nunmehr im Recht? Dass ihnen offenbar eine große Bedeutung zukommt, hat bereits *Gustav Radbruch* im Jahr 1927 in seiner Heidelberger Antrittsvorlesung postuliert:

> „Nichts ist so entscheidend für den Stil eines Rechtszeitalters wie die Auffassung vom Menschen, an der es sich orientiert."[29]

24 Vgl. *Andreas Suchanek*, Ökonomische Ethik, 2. Aufl. 2007, 179.

25 *Karl-Heinz Fezer*, in: Fezer, Karl-Heinz/Büscher, Wolfgang/Obergfell, Eva (Hrsg.), Lauterkeitsrecht: UWG, 3. Aufl. 2016, Einl. Rn. 421 f.; *Kirchgässner* (Fn. 23), 105 ff.

26 Siehe etwa *Häuser* (Fn. 6), 286: Menschenbild im „begrenzten" bzw. im „partiellen" Sinne; vgl. auch *Oliver Lepsius*, Menschenbilder und Verhaltensmodelle – Ergebnisse aus der Perspektive der Rechtswissenschaft, in: Führ, Martin/Bizer, Kilian/Feindt, Peter H. (Hrsg.) (Fn. 7), 168 (169): „etwas Ähnliches wie ein Verhaltensmodell".

27 Vgl. *Lüdemann* (Fn. 7), 16 f. und *Cancik* (Fn. 7), 55; für ein derartiges Missverständnis siehe etwa *Fezer* (Fn. 25), Rn. 422.

28 *Cancik* (Fn. 7), 57; *Petersen* (Fn. 10), 451.

29 *Gustav Radbruch*, Der Mensch im Recht, 1927, 5.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

I. Menschenbild des Grundgesetzes

An der Spitze unserer heutigen Rechtsordnung steht das „Menschenbild des Grundgesetzes". Im Einzelnen ist hier vieles unklar und umstritten, auch weil es als Terminus im Verfassungstext nicht vorkommt.[30] Das Bundesverfassungsgericht hat es bereits sehr früh – und seitdem in ständiger Rechtsprechung – wie folgt umschrieben:

> „Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isoliert souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten."[31]

Dieser Umschreibung kann man jedoch wenig mehr entnehmen, als dass das im Grundsatz individualistische Menschenbild des Grundgesetzes auch korporative Züge aufweist.[32]

In der Literatur scheint jedenfalls dahingehend Einigkeit zu bestehen, dass das „Menschenbild des Grundgesetzes" weniger durch positive Einzelzuschreibungen, als vielmehr negativ zu bestimmen ist.[33] Dem Grundgesetz liegt nicht *ein* bestimmtes Menschenbild zugrunde, sondern nur die Negativform davon.[34] Die Zusammenschau der Menschenwürdegarantie und der auf freie Entfaltung der Persönlichkeit ausgerichteten Grundrechte lässt nur den Schluss auf ein allenfalls schwach konturiertes, aber offenes, pluralistisches, diverses und individualistisches Menschenbild zu.[35]

---

30 Vgl. *Cancik* (Fn. 7), 56; *Häberle* (Fn. 18), 72.

31 BVerfG, Urteil vom 20.07.1954, 1 BvR 459, 484, 548, 555, 623, 651, 748, 783, 801/52, 5, 9/53, 96, 114/54, BVerfGE 4, 7 (15 f.). Siehe ferner nur BVerfG, Beschluss vom 16.07.1969 – 1 BvL 19/63, BVerfGE 27, 1 (6); BVerfG, Beschluss vom 24.02.1971 – 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, 173 (193); BVerfG, Beschluss vom 19.10.1971 – 1 BvR 387/65, BVerfGE 32, 98 (107 f.); BVerfG, Beschluss vom 17.10.1971 – 1 BvR 241/77, BVerfGE 50, 166 (175); BVerfG, Urteil vom 05.02.2004 – 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133 (151 f.).

32 Vgl. *Lepsius* (Fn. 26), 169. Ausführlich zur Menschenbildformel des Bundesverfassungsgerichts *Ulrich Becker*, Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes' in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1996, insb. 74 ff.

33 Siehe nur *Stolleis* (Fn. 5), 371; *Horst Dreier*, in: ders. (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 167; *Wapler* (Fn. 5), Art. 1 Abs. 1 Rn. 165.

34 *Stolleis* (Fn. 5), 371.

35 *Lepsius* (Fn. 26), 170 f.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Aufgrund seines hohen Abstraktionsniveaus ermöglicht ein so verstandenes Menschenbild kaum konkrete Ableitungen.[36] Es hat allenfalls die Funktion eines Leitbildes, dass die Auslegung anderer Normen – der Verfassung und des einfachen Rechts – im Sinne ihrer Individualorientierung beeinflusst.[37] Insbesondere die Auffächerung in konkrete Grundrechte mit unterschiedlichen Schrankenregelungen kann vor diesem Hintergrund als System abgestufter normativer Verhaltenserwartungen gedeutet werden. Das „Menschenbild des Grundgesetzes" setzt der staatlichen Vorstellung vom Menschen und der an ihn richtbaren Verhaltenserwartungen so erste, aber grundsätzliche Grenzen.

II. Menschenbilder in den Teilrechtsordnungen

In ihrer Funktion als Leitbilder finden sich konkretere normative Menschenbilder auch in den einzelnen Teilrechtsordnungen. So wird etwa, wie bereits erwähnt, das Verbraucherschutzrecht an verschiedenen Verbraucherleitbildern ausgerichtet.[38] Im Öffentlichen Recht finden sich Menschenbilder als Argumentations- und Auslegungstopoi besonders häufig im Sozialrecht. So gibt etwa die Kinder- und Jugendhilfe die „eigenverantwortliche Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft, wie sie dem Menschenbild des Grundgesetzes entspricht"[39] als Erziehungsziel vor und der Wandel weg von einer Ausrichtung auf Fürsorge und Versorgung hin zu einer selbstbestimmten Teilhabe am gesellschaftlichen Leben hat das rechtliche Bild von Menschen mit Behinderung verändert[40]. All diese Menschenbilder eint, dass sie als normative Leitbilder mit verhältnismäßig hohem Abstraktionsniveau allenfalls zur dogmatischen Systembildung und der Gewährleistung von Wertungskohärenz beitragen.

36 *Lepsius* (Fn. 26), 169.
37 *Lepsius* (Fn. 26), 169; dezidiert a.A. dagegen *Horst Dreier* (Fn. 33), Art. 1 Abs. 1 Rn. 167: „eher Trugbild als Leitbild"; kritisch auch *Wapler* (Fn. 5), Rn. 165.
38 *Tamm* (Fn. 4), § 1 Rn. 20 ff. m.w.N.
39 BVerfG, Beschluss vom 29.07.1968 – 1 BvL 20/63, 31/66 und 5/67, BVerfGE 24, 119 (144).
40 Vgl. *Tim Husemann*, Anm. zu BAG, Urt. v. 30.11.2011 – 9 AZR 143/21, AP SGB IX 2018 § 280 Nr. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

III. Verhaltensmodelle und Verhaltenserwartungen

Wie ist es demgegenüber um ein juristisches Verhaltensmodell bestellt? Ein eigenständiges disziplinübergreifendes Verhaltensmodell hat die Rechtswissenschaft bislang jedenfalls nicht entwickelt.[41] Zwar liegt nahezu jeder rechtlichen Regelung eine – in vielen Fällen implizite – Annahme über menschliches Verhalten zugrunde,[42] weshalb eine Vielzahl normgebundener Verhaltenserwartungen im Recht zu konstatieren ist. Diese können jedoch allein schon wegen ihres heterogenen und fragmentarischen Charakters nicht zu einem „normwissenschaftlichen Verhaltensmodell"[43] abstrahiert werden.

Auch eine Ausrichtung dieser normativen Verhaltenserwartungen am offenen und pluralen Menschenbild des Grundgesetzes funktioniert in vielen Fällen nicht bzw. nicht mehr. Der intervenierende Staat der Industrie- und Wissensgesellschaft greift längst nicht mehr nur mit Verboten in Freiheitsbereiche ein, sondern lenkt, informiert und verteilt Leistungen.[44] Darin spiegelt sich ein sich kontinuierlich wandelndes Bild des Staates und seiner Aufgaben wider, die konkretere Vorstellungen vom Menschen und seinem Verhalten erforderlich machen.

Als Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden, dass das Recht zwar normative Menschenbilder hoher und normative Verhaltenserwartungen niedriger Abstraktionsebenen kennt, aber kein positiv-analytisches Verhaltensmodell hat. Handelt es sich dabei um ein Defizit, dass eine Rezeption fremdwissenschaftlicher Erkenntnisse nahelegt? Diese Frage wäre wohl zu verneinen, wenn man die klassische Kontrollperspektive rechtspraktischen Arbeitens[45] zugrunde legt, die wegen der Gesetzesbindung zuvörderst von den gesetzgeberisch vorgegebenen normativen Verhaltenserwartungen ausgehen muss, weshalb wenig Raum für die Rezeption von

41 *Lepsius* (Fn. 26), 168; *Horst Eidenmüller*, Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, JZ 2005, 216 (217).
42 *Eidenmüller* (Fn. 41), 217.
43 *Lepsius* (Fn. 26), 168 f.
44 *Stolleis* (Fn. 5), 374; siehe zum kontinuierlich steigenden Wissensbedarf des Staates und den damit verbundenen Auswirkungen auf das Verwaltungsrecht auch *Augsberg* (Fn. 16), 7 ff.
45 Siehe zur Unterscheidung von Kontroll- und Gestaltungsperspektive nur *Lepsius* (Fn. 26), 175.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verhaltensmodellen bliebe[46]. Anders sieht es dagegen aus, wenn man die steuerungstheoretische Perspektive[47] in den Blick nimmt, um die insbesondere das Verwaltungsrecht sukzessive erweitert wird; gleiches gilt, wenn man die gestaltende Perspektive von parlamentarischen und exekutiven Normgebern einnimmt. Ein Rezeptionsbedarf lässt sich daher, ausgehend von dem hier vertretenen rekursiven Vorgehen, grundsätzlich behaupten.

E. Ökonomische Menschenbilder

I. Rational-Choice-Modell: Der Mensch als *homo oeconomicus*

Dominantes Forschungsparadigma der Ökonomie ist das Rational-Choice-Modell, das den Menschen als *homo oeconomicus* modelliert.[48] Dem liegt der Versuch zugrunde, „menschliches Verhalten dadurch zu erklären, dass man unterstellt, dass sich die einzelnen Individuen *rational* verhalten[,] […] dass sie [also] aus den ihnen zur Verfügung stehenden Möglichkeiten eine *rationale Auswahl* treffen, wobei sie sich in ihrer Entscheidung an den (erwarteten) Konsequenzen ihres Handelns orientieren."[49]

Homo oeconomicus ist dabei stets das Individuum: Kollektive Phänomene sollen gerade durch eine Rückführung auf individuelles Handeln erklärt werden (sog. methodologischer Individualismus).[50] Besondere Bedeutung kommt dabei der Beschreibung und Analyse nicht-intendierter Konsequenzen individuellen Handelns zu, die sich erst bei einer aggregierten Betrachtung zeigen.[51] Die Entscheidungssituation des Individuums wird durch seine Präferenzen und die von ihm zu beachtenden Restriktionen konturiert.[52] Die Restriktionen, zu denen etwa das Einkommen oder

46 Umfassend zur Gesetzesbindung als Grenze interdisziplinären Arbeitens in der Rechtsdogmatik *Noah Zimmermann*, Interdisziplinarität – eine Gefahr für den Vorrang des Gesetzes?, in: Ammann, Odile u.a. (Hrsg.), Verantwortung und Recht, 2022, 215 (insb. 221 ff.).

47 Siehe die Nachweise in Fn. 2.

48 *Lüdemann* (Fn. 7), 12; umfassend *Kirchgässner* (Fn. 6).

49 *Kirchgässner* (Fn. 6), 2 (Hervorhebungen im Original).

50 *Gebhard Kirchgässner*, Es gibt keinen Gegensatz zwischen dem Menschenbild des Grundgesetzes und dem homo oeconomicus!, in: Engel, Christoph/Morlok, Martin (Hrsg.), Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung, 1998, 49 (51).

51 Vgl. *Kirchgässner* (Fn. 50), 51.

52 Siehe statt aller nur *Kirchgässner* (Fn. 6), 13 und *Krause* (Fn. 6), 125 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

rechtliche Rahmenbedingungen zählen, stecken den Handlungsspielraum des Individuums ab. Die Präferenzen enthalten demgegenüber die Wertvorstellungen des Individuums und ermöglichen es diesem, die ihm zur Verfügung stehenden Handlungsoptionen zu bewerten. In der Regel wird dabei unterstellt, dass Individuen vollständige, konsistente, transitive und stabile Präferenzsysteme haben.[53] Das bedeutet, dass ein Individuum für jedes Paar von Zuständen angeben kann, ob es einen dem anderen vorzieht oder indifferent ist, sich also – mit anderen Worten – entscheiden kann (Vollständigkeit) und das Schlüsse von Präferenzen auf andere Präferenzen möglich sind, weil das Präferenzsystem in sich konsistent ist (zieht das Individuum Option „A" der Option „B" vor und diese wiederum Option „C", ist der Schluss zulässig, dass Option „A" der Option „C" vorgezogen wird [Konsistenz, Transitivität]). Die Annahme konstanter Präferenzen – wonach diese sich jedenfalls kurzfristig nicht ändern – ist erforderlich, da etwaige Verhaltensänderungen andernfalls sowohl auf veränderte Präferenzen als auch auf einen veränderten Handlungsspielraum zurückgeführt werden könnten, was Prognosen erschweren würde.[54]

Ein Individuum handelt in einer derart umrissenen Entscheidungssituation rational, wenn es seinen erwarteten Nutzen unter Berücksichtigung der Restriktionen maximiert oder jedenfalls satisfiziert.[55] Dies erfordert die Aufnahme und korrekte Verarbeitung aller relevanten Informationen und die Wahl derjenigen Handlungsalternative, die bei einer Zweck-Mittel-Relation unter Berücksichtigung der eigenen Präferenzen am vorteilhaftesten ist.[56] Der Standardfassung des *homo oeconomicus* liegt darüber hinaus die Annahme eigennützigen Handelns zugrunde.[57] Das bedeutet, dass sich das Individuum nur an seinem eigenen Präferenzsystem orientiert.

Der Anwendungsbereich des Rational-Choice-Modells ist trotz seiner Wurzeln in der klassischen Nationalökonomie nicht auf wirtschaftliche

53 *Eidenmüller* (Fn. 41) 217; *Kirchgässner* (Fn. 6), 40 ff.

54 *Lüdemann* (Fn. 7), 24 m.w.N., der zu Recht darauf verweist, dass gerade die Bildung und Veränderung menschlicher Präferenzen interessante Forschungsbereiche für die Rechtswissenschaft darstellen, den die ökonomische Forschung jedoch bewusst ausklammert; siehe auch *Kirchgässner* (Fn. 6), 40 f. m.w.N.

55 Siehe nur *van Aaken* (Fn. 7), 78; vgl. auch *Kirchgässner* (Fn. 6), 32 m.w.N.

56 *Eidenmüller* (Fn. 41), 217.

57 Siehe nur *van Aaken* (Fn. 7), 84 f.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Fragestellungen beschränkt.[58] Vielmehr wurde es wegen seiner auch für andere Gegenstandsbereiche passenden Grundannahmen in anderen Forschungszweigen angewandt und stellt mittlerweile ein allgemeines sozialwissenschaftliches Verhaltensmodell dar.

II. Grenzen des Rational-Choice-Modells, Fortentwicklungen und (Aus-)Differenzierungen

Wenn man eine Rezeption des Rational-Choice-Modells erwägt, muss man sich auch dessen Grenzen und der an ihm geäußerten Kritik bewusst sein.[59] Die Kritik am Standardmodell wendet sich primär gegen die vermeintliche Realitätsarmut bzw. -ferne des *homo oeconomicus*.

Schwer wiegt dabei die Kritik an der Rationalitätsannahme des Standardmodells. Erkenntnisse der Kognitionspsychologie und experimentellen Ökonomik haben diese ab den 1970er-Jahren auf der Grundlage einer Vielzahl empirisch nachgewiesener Abweichungen nachhaltig in Frage gestellt.[60] Sie haben zum Teil systematische Defizite in der Informationsaufnahme und -verarbeitung sowie dem Entscheidungsverhalten von Menschen aufgezeigt.[61] Indes haben die festgestellten Rationalitätsdefizite bislang nicht zu einer Aufgabe des Standardmodells geführt, da dieses die Realität in vielen Fällen hinreichend abbildet. Die Effekte können einstweilen durch Modifikationen des Standardmodells berücksichtigt werden, wobei das auf Kosten seiner Universalität und Einfachheit geht.[62]

---

58 *Kirchgässner* (Fn. 6), 2; vgl. auch *Niels Petersen/Emanuel V. Towfigh*, in: dies. (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht, 2. Aufl. 2017, § 1 Rn. 3 ff. zur Unterscheidung von „Ökonomie" und „Ökonomik".

59 Siehe nur *Eidenmüller* (Fn. 41), 218 f.; *Lüdemann* (Fn. 7), 9 ff.; *Andreas Dieckmann/Christoph Sorge*, Der *homo oeconomicus*. Ein Modellmensch für das Recht par excellence?, in: dies. (Hrsg.) (Fn. 7), 1 (28 ff.).

60 *Eidenmüller* (Fn. 41), 218 ff. mit zahlreichen w.N.

61 Grundlegend waren insoweit insb. die Arbeiten von *Daniel Kahneman*, *Amos Tversky*, *Richard Thaler* und *Vernon Smith*. Siehe dazu die Nachweise bei *Krause* (Fn. 6), 128 ff. Der Forschungsstand ist gegenwärtig stark im Fluss, u.a. weil einige zentralen Erkenntnisse bislang nicht (hinreichend) reproduziert werden konnten, vgl. *Konstantin Chatziathanasiou*, Nudging after the Replication Crisis, Verfassungsblog, 30.8.2022, https://verfassungsblog.de/nudging-after-the-replication-crisis/ (zuletzt abgerufen am 13.08.2023).

62 *Krause* (Fn. 6), 130 ff.; *Eidenmüller* (Fn. 41), 221.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Auch gegen das Eigennutzenaxiom wird Kritik erhoben. Der Vorwurf lautet, dem *homo oeconomicus* liege ein pessimistisches oder zynisches Menschenbild zugrunde. Indes kann „Eigennützigkeit" im Sinne des Rational-Choice-Modells in Anlehnung an *John Rawls* am treffendsten als „gegenseitig desinteressierte Vernünftigkeit"[63] umschrieben werden und ist damit gerade nicht mit „Boshaftigkeit" oder „Missgunst" gleichzusetzen[64]. Der annahmegemäße Egoismus des *homo oeconomicus* wird daher häufig überzeichnet. Auch erhebt das Modell als Verhaltensmodell keinen normativen Anspruch.[65] Vielmehr bildet das Eigennutzenaxiom das empirisch zu beobachtende menschliche Verhalten in vielen Fällen zutreffend ab.

Die entscheidende Frage ist also sowohl hinsichtlich der Rationalitätsannahme als auch des Eigennutzenaxioms ob und wie das Standardmodell im Einzelfall abgewandelt werden muss, um ein hinreichendes Erklär- und Prognosepotential zu entfalten.

F. Potentiale und Grenzen der Rezeption ökonomischer Menschenbilder im Öffentlichen Recht

Wie ist es nun um Potentiale und Grenzen einer Rezeption bestimmt? Dafür ist zwischen der Rechtsanwendung, der Rechtsetzung und der Rechtswissenschaft zu unterscheiden.

I. Rechtsanwendung

Für die Rechtsanwendung bestehen, wie bereits angeklungen ist, geringe Rezeptionschancen, wenn man die klassisch-juristische Kontrollperspektive zum Maßstab erhebt.[66] Der Rechtsanwender muss sich wegen der Gesetzesbindung an den normativen Verhaltenserwartungen orientieren, die das Gesetz aufstellt.[67] Überdies muss er einen konkreten Sachverhalt beurteilen, in dem sich ein bestimmtes Verhalten manifestiert hat. Für dessen

63 *John Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, stw 271, 1979, 168.
64 Vgl. *van Aaken* (Fn. 7), 85; *Kirchgässner* (Fn. 50), 53.
65 Vgl. *Lüdemann* (Fn. 7), 16 f.
66 Pointiert *Cancik* (Fn. 7), 55: Verhaltensmodelle leisten zu vielen „Alltagsfragen juristischer Arbeit" keinen Beitrag; *Zimmermann* (Fn. 46), 221 ff. Siehe zur Unterscheidung von Kontroll- und Gestaltungsperspektive auch *Lepsius* (Fn. 26), 175 f.
67 Vgl. *Lepsius* (Fn. 26), 168 f. und 175 f.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rechtliche Bewertung ist es im Regelfall unerheblich, aus welchen Gründen sich das Individuum in einer bestimmten Weise verhalten hat. Die Rechtsanwendung erfordert daher in der Regel weder eine Erklärung noch eine Prognose menschlichen Verhaltens; der Rechtsanwender muss nicht modellieren, sondern entscheiden. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz stellt die Verhältnismäßigkeitsprüfung dar.[68] Die Beurteilung der Geeignetheit oder Erforderlichkeit einer staatlichen Maßnahme eröffnet die (fiktive) Prognose, welche Auswirkungen andere Maßnahmen auf die Verhaltenssteuerung im konkreten Fall gehabt hätten.

Die Rechtsanwendung im Öffentlichen Recht ist indes nicht auf eine Kontrollperspektive beschränkt. Das ursprüngliche Leitbild des Verwaltungshandelns – der eingreifende Verwaltungsakt und dessen nachträgliche gerichtliche Kontrolle – wird zunehmend durch die Perspektiven der planenden Verwaltung, der Informationsverwaltung, des Risikoverwaltungs- und Regulierungsrechts ergänzt.[69] Das spiegelt den Wandel der Verwaltungsrechtswissenschaft hin zu einer Steuerungswissenschaft, wie sie insbesondere durch die „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft" betrieben wird.[70]

Diese auf Steuerung ausgerichtete Perspektive wird normativ durch zunehmend offener gefasste Verhaltenserwartungen ergänzt; etwa durch den verstärkten Rückgriff auf Gebotsnormen.[71] Man mag zu diesen Entwicklungen stehen, wie man möchte; ein verstärkter Bedarf nach prospektiver Verhaltensabschätzung auf der Ebene der Rechtsanwendung ist kaum in Abrede zu stellen.

II. Rechtsetzung

Ein weiterer Anwendungsbereich ist für die Rechtsetzung gegeben; insbesondere auch für Rechtsverordnungen und Satzungen.[72] Denn Regeln, die auf menschliches Verhalten einwirken sollen, erfordern Annahmen über dieses Verhalten.[73] Die gesetzgeberischen Verhaltensannahmen bleiben bislang häufig implizit; in vielen Fällen dürften dem Öffentlichen Recht

68 *Cancik* (Fn. 7), 53.
69 Siehe nur *Augsberg* (Fn. 16), 9 f.
70 Ausführlich *Voßkuhle* (Fn. 10), Rn. 16 ff.; siehe ferner die Nachweise in Fn. 2.
71 Vgl. *Lepsius* (Fn. 26), 171 ff.
72 *Cancik* (Fn. 7), 66; *van Aaken* (Fn. 7), 71 ff.
73 *Eidenmüller* (Fn. 41), 217.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bereits heute unausgesprochen die Grundannahmen des Rational-Choice-Modells zugrunde liegen.[74] Die Gesetzesfolgenabschätzung ist nach § 44 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien für diese bereits als Regelfall vorgegeben. Potentiale bieten sich zudem für die retrospektive Kontrolle, ob die mit einem Gesetzesvorhaben verfolgten Zwecke erreicht werden, also für die Gesetzesevaluierung.

III. Rechtswissenschaft

Die Frage nach dem Rezeptionspotential in der Rechtswissenschaft ist differenziert zu beantworten. Wenn man diese vor allem als anwendungsbezogene dogmatische Wissenschaft versteht, gilt das für die Rechtsanwendung Gesagte entsprechend. Auch für die dogmatische Durchdringung des Rechts sind positiv-analytische Verhaltensmodelle wegen der Orientierung an der gesetzlichen Regelung häufig nicht erforderlich.

Anders sieht es dagegen aus, wenn man den Anwendungs- und Praxisbezug der Rechtswissenschaft auch auf die steuerungstheoretischen Ansätze der Verwaltungspraxis bezieht. Letztlich rührt dies am Selbstverständnis der Rechtswissenschaft, ob man diese nur als Norm- oder auch als Steuerungs- und Realwissenschaft versteht.[75] Eine ähnliche Grundsatzfrage stellt sich, wenn man den Bereich der Rechtspolitik in den Blick nimmt. Die für das deutsche Verständnis bislang prägende Entgegensetzung von Rechtsdogmatik und Rechtspolitik führt häufig zu einer grundsätzlichen Ablehnung rechtspolitisch betriebener Rechtswissenschaft, was zu einer vorschnellen Perspektivenverkürzung führt.[76]

Entscheidend ist in den genannten Fällen stets, wie ein spezifisch *rechts*wissenschaftlicher Beitrag aussehen kann.[77] Dieser kann insbesondere darin liegen, den für die Rechtsetzung und -anwendung maßgeblichen Gestaltungsspielraum abzustecken. Das erfordert zum einen die dogmatische Aufarbeitung des Rahmens zulässiger normativer Verhaltenserwartungen. Die notwendigerweise oft kleinteiligen und konkreten Verhaltenserwartungen des einfachen Rechts sind vermittels der Grundrechte am pluralen und offenen Menschenbild des Grundgesetzes zu messen. Zum

74 *Eidenmüller* (Fn. 41), 218; *Franz W. Wagner*, Der Homo Oeconomicus als Menschenbild des Steuerrechts, DStR 2014, 1133.
75 Vgl. *Eidenmüller* (Fn. 41), 217.
76 *Appel* (Fn. 2), 233 m.w.N.
77 *Eifert* (Fn. 2), 311 f.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

anderen kann die Rechtswissenschaft einen Beitrag dazu leisten, die jeweils maßgeblichen Rechtsrealitäten zu identifizieren und für die Verhaltensprognose fruchtbar zu machen. Ausgehend davon kann die Rechtswissenschaft Antworten auf die Frage entwickeln, ob eine bestimmte Verhaltensannahme – etwa die des Rational-Choice-Modells – zum rechtlichen Maßstab gemacht werden kann oder das Recht Raum für andere Verhaltensformen ermöglichen muss. So kann die Rechtswissenschaft bei der Anwendung ökonomischer Menschenbilder korrigierend eingreifen, wenn diese zwar zu einem effektiven, nicht aber zu einem rechtlich vertretbaren oder grundrechtskonformen Ergebnis führen.

IV. Das Beispiel Ehegattensplitting

Das vorstehend Gesagte soll abschließend an einem Beispiel aus dem Steuerrecht verdeutlicht werden. Jede Steuernorm hat neben ihrer Belastungs- auch eine Lenkungswirkung.[78] Steuerliche Lenkungsanreize wirken dabei verhältnismäßig stark, da die monetären Auswirkungen eines bestimmten Verhaltens im Regelfall gut erkennbar und oft planbar sind.[79] Die strukturellen Lenkungsanreize von Steuernormen können daher trotz fehlender gesetzgeberischer Intention sehr stark ausfallen.[80]

Ein gutes Beispiel ist das Ehegattensplitting, dessen Reformbedürftigkeit seit langem – und aktuell gerade wieder[81] – kontrovers diskutiert wird. Bei Anwendung des Splittingverfahrens werden die Einkünfte, die die Eheleute erzielt haben, zusammengezählt und diesen gemeinsam zugerechnet (§ 26b EStG). Danach wird die Einkommensteuer berechnet, die auf die Hälfte ihres gemeinsam zu versteuernden Einkommens anfällt. Diese Summe wird anschließend verdoppelt und stellt die Steuerschuld der Eheleute dar

78 Siehe bereits *Dieter Birk*, Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen, 1983, 68 ff.; *Heinrich Weber-Grellet*, Lenkungsteuern im Rechtssystem, NJW 2001, 3657 (3657 f.) m.w.N.

79 Vgl. etwa den Monatsbericht des Bundesministeriums der Finanzen 04/2002 zu den Auswirkungen einer Erhöhung der Tabaksteuer auf die Absatzmenge, 72 f., https://www.bundesfinanzministerium.de/Monatsberichte/2001-2016/Inhalte/Monatsbericht-Archiv-Downloads/2002/Monatsbericht_April_2002.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (zuletzt abgerufen am 13.08.2023); siehe auch *Stefan Homburg*, Allgemeine Steuerlehre, 7. Aufl. 2015, § 37.

80 Vgl. *Hanno Kube*, Rationalität und Paternalismus im Recht der Staatsfinanzierung, in: Anderheiden, Michael u.a. (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 145 (148).

81 Siehe nur FAZ vom 11.07.2023, 1.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

(§ 32a Abs. 5 EStG). Dadurch soll erreicht werden, dass die Steuerbelastung des mit zunehmendem Einkommen progressiv ansteigenden Einkommensteuertarifs immer gleich hoch ist, egal wie sich das gemeinsame Einkommen auf die Eheleute verteilt. Eheleute, die beide annähernd gleich viel verdienen, profitieren nicht vom Ehegattensplitting; vorteilhaft ist es indes für Paare mit großem Einkommensgefälle.

Es ist empirisch umfassend dokumentiert, dass diese Ausgestaltung starke Lenkungsanreize setzt, die vom Gesetzgeber nicht intendiert sind.[82] Das Ehegattensplitting reduziert die Anreize für den sogenannten Zweitverdiener, eine Erwerbsarbeit aufzunehmen oder auszuweiten. Davon sind seit Einführung des Ehegattensplittings überwiegend Frauen betroffen. Der maßgebliche Grund für diese Lenkungswirkung ist, dass der progressive Einkommensteuertarif zu einem relativ hohen Grenzsteuersatz des Zweitverdieners führt.[83] Das ist der Steuersatz, der auf den jeweils zuletzt hinzuverdienten Euro erhoben wird. Die mit der Aufnahme oder Ausweitung der Erwerbsarbeit verbundenen (im-)materiellen Einbußen – die typischerweise wegen der damit einhergehenden Neuorganisation der Haushaltsführung oder Kinderbetreuung anfallen – stehen für den Zweitverdiener regelmäßig außer Verhältnis zu dem erzielbaren Einkommen. In vielen Fällen führt die Ausweitung der Berufstätigkeit des Erstverdieners demgegenüber zu niedrigeren (im-)materiellen Einbußen.[84] Dieser Effekt wird durch die gegenwärtige Ausgestaltung der Lohnsteuerklassen, die für die laufende Besteuerung während des jährlichen Besteuerungszeitraums maßgeblich sind, bestärkt.[85]

Das empirisch festgestellte Verhalten kann unter Berücksichtigung der zeitlichen und finanziellen Restriktionen der Eheleute durch das Rational-Choice-Modell erklärt werden. Das Ehegattensplitting setzt Anreize für unterschiedliche Spezialisierungen in der Ehe und hat starken Einfluss auf die eheinternen Verhandlungspositionen.[86] Folge davon sind weitreichende Auswirkungen auf Karriere und Altersvorsorge des nicht oder nur geringfü-

82 Siehe nur *Jörg Baumgarten/Henriette Houben*, Die Erwerbs- und Verbrauchsgemeinschaft von Ehepaaren: Eine empirische Studie, StuW 2014, 116 ff.; *Stefan Bach/Johannes Geyer/Katharina Wrohlich*, Ehegattenbesteuerung aus wirtschafts- und sozialpolitischer Perspektive: Mehr Individualbesteuerung, StuW 2016, 316 (319).

83 *Bach/Geyer/Wrohlich* (Fn. 82), 319.

84 Vgl. *Ute Sacksofsky*, Steuerung der Familie durch Steuern, NJW 2000, 1896 (1898).

85 Siehe nur *Ute Sacksofsky*, Einfluss des Steuerrechts auf die Berufstätigkeit von Müttern, in: Hohmann-Dennhardt, Christine/Körner, Marita/Zimmer, Reingard (Hrsg.), Geschlechtergerechtigkeit, 2010, 363 (372 f.).

86 *Bach/Geyer/Wrohlich* (Fn. 82), 319 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

gig berufstätigen Ehegatten, was in der Praxis einer erheblichen Schlechterstellung vor allem von Frauen gleichkommt.

Wie kann dieser empirische Befund rechtlich fruchtbar gemacht werden? Rechtlich liegt dem Ehegattensplitting die Annahme zugrunde, dass Eheleute eine wirtschaftliche Erwerbs- und Verbrauchsgemeinschaft bilden.[87] Nach Art. 6 Abs. 1 GG unterliegt die Aufgabenteilung in der Ehe der freien Entscheidung der Eheleute.[88] Diese sollen selbstbestimmt darüber entscheiden, welcher Partner in welchem Umfang zur Erwirtschaftung des Lebensunterhalts am Arbeitsmarkt beiträgt oder aber für die Lebensgrundlagen im häuslichen Bereich sorgt, ohne dass ihre Entscheidung Anknüpfungspunkt steuerlicher Differenzierungen ist.[89]

Daraus folgt scheinbar ein Paradox: Der Gesetzgeber ist um der Neutralität seiner Regelung willen verfassungsrechtlich daran gehindert, steuerliche Anreize für ein bestimmtes Modell ehelicher Arbeitsteilung zu setzen, tut dies mit dem Ehegattensplitting aber gerade. Indes differenziert eine solche Betrachtungsweise nicht hinreichend zwischen Sein und Sollen.[90] Das Ehegattensplitting ist in *normativer* Hinsicht neutral formuliert. Die von Art. 6 Abs. 1 GG gewährleistete Entscheidungsfreiheit, die sich in der Regelung widerspiegelt, hängt gerade nicht davon ab, in welchem Umfang und auf welche Weise von ihr Gebrauch gemacht wird.[91] Das verfassungsrechtliche Neutralitätsgebot verbietet daher im Grundsatz, dass der Gesetzgeber dem Ehegattensplitting eine *bestimmte* Verhaltenserwartung zugrunde legt und sei sie auch empirisch informiert. Diese normative Klippe gilt es daher zu umschiffen, wenn man den empirischen Befund zum Anlass für eine Reform nehmen möchte. Ohne die Debatte um die Möglichkeiten und das Für und Wider einer Reform des Ehegattensplittings hier umfassend aufgreifen zu können, sprechen im Hinblick auf Art. 3 Abs. 2 GG doch gewichtige

87 BVerfG, Urteil vom 03.11.1982 – 1 BvR 620/78, 1335/78, 1104/79, 363/80, BVerfGE 61, 319 (345 f.).

88 BVerfG, Urteil vom 12.03.1975 – 1 BvL 15, 19/71, 32/73, 1 BvR 297, 315/71, 407/72, 37/73, BVerfGE 39, 169 (183); BVerfG, Beschluss vom 31.05.1978, 1 BvR 683/77, BVerfGE 48, 327 (338); BVerfG, Urteil vom 03.11.1982 – 1 BvR 620/78, 1335/78, 1104/79, 363/80, BVerfGE 61, 319 (347).

89 *Hanno Kube*, Stand und Perspektiven der Ehegatten- und Familienbesteuerung, StuW 2016, 332 (335 m.w.N.).

90 Siehe etwa *Ute Sacksofsky*, Reformbedarf bei der Familienbesteuerung, FPR 2003, 395 (396), die der normativen Ebene (Art. 6 Abs. 1 GG) ohne nähere Ausführungen den empirischen Befund entgegenstellt; ähnlich *dies.* (Fn. 85), 369.

91 *Kube* (Fn. 89), 335.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

verfassungsrechtliche Gründe dafür, das in der bisherigen steuerrechtlichen Diskussion betonte Neutralitätsgebot zu relativieren.[92]

G. Fazit

Der pluralistische und freiheitliche Verfassungsstaat des Grundgesetzes kann und darf sich nicht auf ein bestimmtes Menschenbild festlegen. Die Rechtspraxis wiederum ist im Regelfall an die normativen Verhaltenserwartungen des einfachen Gesetzgebers gebunden. Gleichwohl muss das Öffentliche Recht sich zunehmend ein Bild vom Menschen und seinem Verhalten machen: Die Rechtspraxis, weil sie verstärkt planend und steuernd tätig wird. Der Gesetzgeber, weil er die Folgen seiner Regelungsvorhaben abschätzen und sie nachträglich evaluieren muss. Die Rechtswissenschaft, weil sie nicht auf die Perspektive der Dogmatik beschränkt ist. Für die dadurch aufgeworfenen Fragen kann das ökonomische Verhaltensmodell des *homo oeconomicus* in vielen Fällen zumindest eine Antwortmöglichkeit bieten. In diesem Sinn können ökonomische Menschenbilder taugliche Analyseinstrumente im Öffentlichen Recht sein.

92 *Sacksofsky* (Fn. 90), 397; *dies.* (Fn. 85), 364; *Ulrike Spangenberg*, Der lange Weg zur Individualbesteuerung: Gleichstellungsrechtliche Perspektiven, StuW 2016, 343 (348 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Direkte Demokratie versus EU-Recht? Die Bewältigung von Konflikten zwischen Volksinitiativen und Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz–EU durch den schweizerischen Gesetzgeber am Beispiel der Masseneinwanderungsinitiative

Irina Lehner

A. Einführung

Am 9. Februar 2014 nahm die schweizerische Stimmbevölkerung die eidgenössische Volksinitiative «gegen Masseneinwanderung» mit 50.3 % Ja-Stimmenanteil bei einer aussergewöhnlich hohen Stimmbeteiligung an.[1] Die Schweiz sollte die Einwanderung neu mittels Höchstzahlen und Kontingenten «eigenständig regeln». Offenkundig stand diese Regelung im Konflikt mit dem Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU (FZA). Im Rahmen der Umsetzungsgesetzgebung musste dieser Konflikt gelöst werden.

Die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen oblag dem Gesetzgeber. Damit stand das Parlament vor der spannungsgeladenen Aufgabe, mit FZA und Masseneinwanderungsinitiative «Feuer und Wasser zusammenzubringen»[2]. Der vorliegende Beitrag zeigt anhand des Beispiels der Masseneinwanderungsinitiative auf, aus welchen Gründen diese Aufgabe bei neueren Volksinitiativen besonders schwierig ist, wie das Parlament dabei vorgeht und ob es seine Rolle bei der Bewältigung von Konflikten zwischen direktdemokratisch geschaffenen Normen und dem Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU ausfüllen kann. Dabei soll er Anlass für Überlegungen zur Rolle der Legislative im Umgang mit direktdemokratischen Rechtsetzungsprojekten bieten.

1 BBl 2014 4117.
2 Votum Stöckli, AB SR 2016 931.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

B. Konflikt Masseneinwanderungsinitiative – FZA

Mittels der Masseneinwanderungsinitiative wurden neue Bestimmungen in die schweizerische Bundesverfassung (BV) eingefügt: Die Schweiz soll die Zuwanderung von Ausländer*innen eigenständig steuern (Art. 121a Abs. 1 BV), insb. durch jährliche Höchstzahlen und Kontingente (Art. 121a Abs. 2 und 3 BV).[3]

Die Personenfreizügigkeit gilt gegenüber Angehörigen der EU-Mitgliedstaaten in der Schweiz seit 2001 durch das FZA, das einen zentralen Bestandteil des Pakets an Staatsverträgen der «Bilateralen I» darstellt.[4] Insb. durch die Übernahme des zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses einschlägigen EU-Sekundärrechts in den Anhängen des FZA ist die Schweiz materiellrechtlich betrachtet mitgliedstaatsähnlich in die EU-Grundfreiheit des Personenverkehrs im Bereich der Arbeitnehmenden eingebunden.[5]

Die Festlegung von Höchstzahlen für den Aufenthalt von erwerbstätigen EU-Staatsbürger*innen ist nicht mit dem FZA, insb. Art. 4 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 AH 1 FZA, vereinbar.[6] Der Konflikt zwischen Masseneinwanderungsinitiative respektive neuem Art. 121a BV und FZA ist nicht nur auf die Kollision einzelner Normen beschränkt.

Die Masseneinwanderungsinitiative strebte eine eigenständige Steuerung der Einwanderung in die Schweiz an – mithin gerade die Abkehr von der Personenfreizügigkeit des FZA. Aus Sicht des Bundesrates vor der Abstimmung führte die Annahme der Initiative zu einer «grundsätzlichen Neuausrichtung der schweizerischen Zulassungspolitik, die mit dem FZA nicht vereinbar ist».[7] Es kollidierten somit die Grundanliegen zweier Normkomplexe.

---

3 Botschaft zur Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» vom 7. Dezember 2012, BBl 2013, 291 (292 und 312). Im vorliegenden Beitrag wird auf die «eigenständige Steuerung» der Zuwanderung mittels Höchstzahlen und Kontingenten fokussiert, die – im Gegensatz zu den Bestimmungen über die Neuverhandlung des FZA (Art. 121a Abs. 4 BV) – einen gesetzgeberischen Umsetzungsauftrag enthält.

4 *Matthias Oesch*, Schweiz – Europäische Union, 2020, Rn. 1 und 27.

5 Allerdings: Institutionell ist die Schweiz nicht ähnlich wie ein Mitgliedstaat der EU anzusehen. Das EU-Recht resp. das bilaterale Recht gilt in der Schweiz in völkerrechtlicher Form; es geniesst bspw. keinen absoluten Vorrang und der EuGH ist nicht zuständig für Auslegungsstreitigkeiten. *Oesch* (Fn. 4), Rn. 11.

6 Zum Ganzen Botschaft MEI (Fn. 3), 335 f.; siehe bspw. auch *Andreas Glaser*, Wandel der Volksrechte, in: Diggelmann, Oliver/Hertig Randall, Maya/Schindler, Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band I, 2020, 461 (Rn. 45).

7 Botschaft MEI (Fn. 3), 316.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

C. Konfliktbewältigung im Spannungsverhältnis zwischen Volksinitiativen und bilateralem Recht

I. Verhältnis zwischen Volksinitiativen, Bundesverfassung und Völkerrecht

Volksinitiativen sind «Anträge aus dem Volk an das Volk»,[8] die auf eine Änderung der Bundesverfassung abzielen.[9] Das schweizerische Rechtssystem kennt keine inhaltlichen Anforderungen an die in der Verfassung enthaltenen Normen, weder an die «Verfassungswürdigkeit» eines Regelungsgebiets noch an den Detaillierungsgrad.[10] Jede Bestimmung kann somit in die BV aufgenommen werden, sofern Volk und Stände ihr zustimmen.

Das Völkerrecht geniesst in der Schweiz grundsätzlich Vorrang gegenüber dem Landesrecht.[11] Dieser Vorrang gilt allerdings nicht absolut,[12] ausser beim *ius cogens*.[13] Die Bundesverfassung kann in Einzelfällen gegen völkerrechtliche Bestimmungen verstossen, ähnlich auch Bundesgesetze.[14] Die Konfliktbewältigung kommt diesfalls der Judikative zu. Im konfligierenden Einzelfall wird das Bundesgericht nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich das Völkerrecht anwenden und das Landesrecht unangewendet lassen.[15]

---

8 Zur Terminologie *Corsin Bisaz*, Direktdemokratische Instrumente als «Anträge aus dem Volk an das Volk», 2020.

9 Vgl. Art. 138 f. BV. Thema des vorliegenden Beitrags ist nur die Bundesebene und bloss Volksinitiativen auf Teilrevision der BV in Form des ausgearbeiteten Entwurfs.

10 *Yvo Hangartner/Andreas Kley/Nadja Braun Binder/Andreas Glaser*, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl. 2023, Rn. 481 f. m.Hw. auf die historische Entwicklung; *Markus Schefer*, Die Kerngehalte von Grundrechten, 2001, 172.

11 *Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser* (Fn. 10), Rn. 508.

12 Vgl. Art. 5 Abs. 4 BV, der bloss von der «Beachtung» des Völkerrechts spricht. Statt vieler *Astrid Epiney*, in: Waldmann, Bernhard/Belser, Eva Maria/Epiney, Astrid (Hrsg.), BSK BV, 2015, Art. 5 Rn. 76.

13 Eingehend dazu *Bernhard Ehrenzeller/Gabriel Gertsch*, in: Ehrenzeller, Bernhard/Egli, Patricia/Hettich, Peter/Hongler, Peter/Schindler, Benjamin/Schmid, Stefan G./Schweizer, Rainer J. (Hrsg.), SGK BV, 4. Aufl. 2023, Art. 139 Abs. 3 Rn. 43 ff.

14 Zu unterscheiden ist das rechtliche Dürfen und das Können (vgl. *Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser* (Fn. 10), Rn. 513).

15 Diese Rechtsprechung findet eine Durchbrechung in der sog. Schubert-Praxis (BGE 99 Ib 39 E. 3.4 und 4) und diese wiederum eine Gegenausnahme in der PKK-Rechtsprechung (BGE 125 II 417 E. 4d). Statt vieler *Martin E. Looser*, in: Ehrenzeller, Bernhard/Egli, Patricia/Hettich, Peter/Hongler, Peter/Schindler, Benjamin/Schmid, Stefan G./Schweizer, Rainer J. (Hrsg.), SGK BV, 4. Aufl. 2023, Art. 190 Rn. 53 f.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Akteure und Prozesse zur Konfliktbewältigung bei Volksinitiativen

Volksinitiativen sind in das politische System und die Rechtsetzungsprozesse eingebettet, die sich seit der Einführung von Volksinitiativen auf Teilrevision der Verfassung im Jahr 1891[16] entwickelt haben. So ist das «radikaldemokratische» Instrument[17] der Volksinitiative durch verschiedene Prozesse und Verfahrensschritte in die repräsentative Demokratie miteingebunden. Dadurch kommen, bevor der durch eine direktdemokratische Volksinitiative geschaffene Verfassungstext umgesetzt werden muss, andere Akteure zum Zug. Diese können u.U. Konflikte mit anderen Normen bereits in einem frühen Stadium verhindern.

1. Eng beschränkte Gültigkeitsprüfung

Die grosse Offenheit der Bundesverfassung ist verbunden mit geringen materiellen Vorgaben für die Verfassungsrevision: Als einzige Schranke ist der Vorbehalt der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts von Bedeutung.[18] Anliegen, die mit dem übrigen, nicht-zwingenden Völkerrecht in Konflikt stehen, können hingegen Gegenstand einer Verfassungsrevision bilden.[19]

Der materielle Vorbehalt des *ius cogens* wird bei Volksinitiativen im Rahmen der Gültigkeitsprüfung nach der Unterschriftensammlung durchgesetzt. Werden durch eine Volksinitiative Bestimmungen des *zwingenden* Völkerrechts wie das Non-Refoulement-Prinzip[20] verletzt, wird die betreffende Initiative für ungültig erklärt.[21]

Die Gültigkeitsprüfung verhindert die Entstehung von Konflikten zwischen Volksinitiativen und Völkerrecht also nur in den seltenen Fällen, in denen das zur Frage stehende Völkerrecht *ius cogens* ist. Im Bereich des bilateralen Rechts zwischen der Schweiz und der EU ist sie nicht wirksam, da dieses Recht nicht Teil des *ius cogens* bildet.[22] Die Masseneinwanderungsin-

16 *Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser* (Fn. 10), Rn. 772 f.
17 *Glaser* (Fn. 6), Rn. 14.
18 Art. 139 Abs. 3 BV.
19 Statt vieler *Ehrenzeller/Gertsch* (Fn. 13), Art. 139 Abs. 3 Rn. 53.
20 Vgl. zur einzigen bisher erfolgten Ungültigerklärung einer Volksinitiative auf Bundesebene Botschaft über die Volksinitiativen «für eine vernünftige Asylpolitik» und «gegen die illegale Einwanderung» vom 22. Juni 1994, BBl 1994 III, 1486 (1500).
21 Vgl. Art. 75 BPR.
22 *Glaser* (Fn. 6), Rn. 41.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

itiative musste daher für gültig erklärt und der Abstimmung unterbreitet werden.[23]

2. Konflikte als Hinderungsgrund der direkten Anwendbarkeit

Wie im Allgemeinen bei Verfassungsrecht stellt sich nach der Annahme einer Initiative die Frage, ob die neuen Verfassungsbestimmungen unmittelbar anwendbar sind. Die Frage kann konkret in zwei Konstellationen aufgeworfen werden: Einerseits dann, wenn Einzelpersonen sich vor Gericht auf die neue Norm berufen oder aus anderen Gründen davon betroffen sind und ein Gericht über die Anwendbarkeit der Verfassungsbestimmungen entscheidet. Andererseits muss das Parlament entscheiden, ob die Verfassungsbestimmungen gesetzgeberisch umgesetzt werden müssen oder nicht – weil sie direkt anwendbar sind.

Voraussetzung der unmittelbaren Anwendbarkeit ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgericht die «hinreichende Bestimmtheit» von Tatbestand und Rechtsfolgen der Verfassungsbestimmung.[24] Bei neueren Volksinitiativen zeigt sich zunehmend, dass diese Formulierung zu kurz greift.[25] Relevant ist nicht nur die genügende Bestimmtheit der einzelnen Norm, sondern auch deren Verhältnis zu anderen Normen.[26] Mit anderen Worten darf kein klarer Normkonflikt vorliegen, der gesetzgeberisch beseitigt werden muss, bevor die Norm angewendet werden kann. So trägt die Klärung der Frage der direkten Anwendbarkeit dazu bei, Konflikte mit dem Völkerrecht zu identifizieren. Anschliessend obliegt es der Gesetzgebung, den Konflikt zugunsten der einen oder der anderen Norm aufzulösen.

Art. 121a BV war weder von der Bestimmtheit der einzelnen Normen noch vom Fehlen eines Normkonflikts her für die direkte Anwendbarkeit geeignet.[27]

---

23 Botschaft MEI (Fn. 3); BBl 2013 7351.

24 Statt vieler BGE 139 II 243 E. 10.

25 Kritisch zur «genügenden Bestimmtheit» auch *Mathias Kaufmann*, Die unmittelbare Anwendbarkeit von Verfassungsnormen, dargestellt anhand der jüngeren bundesgerichtlichen Praxis, Jusletter vom 16. Oktober 2017.

26 Besonders beispielhaft die Rechtsprechung zu Art. 121 Abs. 3-6 BV (Ausschaffungsinitiative): Das Bundesgericht verneinte die direkte Anwendbarkeit der neuen Bestimmungen, da ein «wertungsmässig (…) erst noch zu konkretisierendes Gesamtsystem» fehlte (BGE 139 I 16 E. 4.3.2).

27 Botschaft MEI (Fn. 3), 314 f.; *Daniela Thurnherr*, in: Ehrenzeller, Bernhard/Egli, Patricia/Hettich, Peter/Hongler, Peter/Schindler, Benjamin/Schmid, Stefan G./Schwei-

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Knackpunkt: Umsetzung europarechtswidriger Volksinitiativen

Normkonflikte müssen nach dem Gesagten in erster Linie bei der Umsetzungsgesetzgebung gelöst werden. Der Gesetzgeber befindet sich in einer besonders schwierigen Lage, wenn er durch Volksinitiativen geschaffene Verfassungsnormen umsetzen muss, die mit den bilateralen Abkommen in einem offensichtlichen Konflikt stehen.[28] Er kann nicht gleichzeitig beiden Aufträgen in gleichem Masse gerecht werden.[29]

III. Gesetzgeberische Umsetzung der Masseneinwanderungsinitiative

Es liegt in der alleinigen Kompetenz des Parlaments, Gesetze zu erlassen,[30] wobei der Bundesrat eine wichtige vorbereitende Funktion hat.[31] Die Gesetzgebung stellt die «Stammfunktion» des Parlaments dar.[32] Dies umfasst auch die Umsetzung höherrangiger Normen wie der Bundesverfassung oder völkerrechtlicher Verträge, an deren Ausarbeitung das Parlament nicht beteiligt war.

Wie geht nun der Gesetzgeber vor, wenn er im Rahmen der Umsetzungsgesetzgebung mit einem Normkonflikt zwischen dem durch Volksinitiati-

---

zer, Rainer J. (Hrsg.), SGK BV, 4. Aufl. 2023, Art. 121a Rn. 65; *Giovanni Biaggini*, BV-Kommentar, 2. Aufl. 2017, Art. 121a Rn. 110; eingehend *Nagihan Musliu*, Die Umsetzung eidgenössischer Volksinitiativen, 2019, 264 ff.

28 *Giovanni Biaggini*, Zur Umsetzung von Art. 121a BV durch die Bundesversammlung: Wo liegt und welcher Art ist das Problem (verfassungsrechtlich gesehen)?, ZBl 2016, 588 (588); *Matthias Oesch*, Ein Europa-Artikel für die schweizerische Bundesverfassung, in: Glaser, Andreas/Langer, Lorenz (Hrsg.), Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation, 2015, 163 (183); *Martin Hirsbrunner/Tobias Weibel/Christian Scyboz*, Die Umsetzung der Verfassungsbestimmung über die Steuerung der Zuwanderung (Art. 121a BV), Zeitschrift für Europarecht 2019, 30 (35).

29 *Biaggini* (Fn. 28), 591; *Oesch* (Fn. 28), 171.

30 Vgl. Art. 163 f. BV und Art. 22 ParlG; *Luzian Odermatt/Esther Tophinke*, in: Graf, Martin/Theler, Cornelia/Von Wyss, Moritz (Hrsg.), Komm. ParlG, 2014, Art. 22 Rn. 8.

31 Vgl. Art. 181 BV und Art. 7 RVOG; *Jörg Künzli*, in: Waldmann, Bernhard/Belser, Eva Maria/Epiney, Astrid (Hrsg.), BSK BV, 2015, Art. 181 Rn. 10 und 13 f.; *Thomas Sägesser*, RVOG-Kommentar, 2. Aufl. 2022, Art. 7 Rn. 45; eingehend *Anne Benoit*, in: Martenet, Vincent/Dubey, Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand BV, 2021, Art. 181 Rn. 22 f.

32 *René Rhinow/Markus Schefer/Peter Uebersax*, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl. 2016, Rn. 2340; *Pierre Tschannen*, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl. 2021, Rn. 1110.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ven geschaffenen Verfassungsrecht und dem FZA befasst ist? Hier wird fokussiert auf das Rollenverständnis, das sich bei der Konfliktbeilegung zeigt. Fraglich ist also insb., welche Sicht das Parlament auf seine eigene, repräsentative Rolle im Umgang mit Normen, die durch direktdemokratische Methoden geschaffen wurden, entwickelt.

1. Ausgangslage: Besondere Drucksituation

Bei der Umsetzung von Art. 121a BV stand das Parlament unter grosser Beobachtung von verschiedenen Seiten. Dem Umsetzungsprozess kam etwa medial aussergewöhnlich viel Aufmerksamkeit zu, bis hin zu «Live-Tickern» zu den Parlamentsdebatten.[33]

Die EU übte politischen Druck auf die Schweiz aus, die Anliegen der Initiative mit dem FZA konform umzusetzen. Als unmittelbare Folge der Abstimmung wurde das Protokoll zur Erweiterung der Personenfreizügigkeit auf den neuen EU-Mitgliedstaat Kroatien von der Schweiz gemäss dem neuen Art. 121a Abs. 4 BV zunächst nicht unterzeichnet.[34] Daraus ergaben sich weitere Auseinandersetzungen mit der EU, die bspw. die Teilnahme der Schweiz am Forschungsprogramm «Horizon 2020» zeitweise aussetzte.[35] Diese Auseinandersetzungen konnten erst beigelegt werden, als die tatsächlichen Folgen der Initiative – mithin die Umsetzung der Verfassungsbestimmungen auf Gesetzesstufe – geklärt waren.

2. Emanzipation gegenüber dem Text der neuen Verfassungsnormen

Ausgangspunkt der Auslegung und Umsetzung von Verfassungsbestimmungen ist deren Wortlaut.[36] In der typischen Formulierung des Bundesgerichts: «Vom klaren, eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf

33 Siehe etwa *Simon Hehli*, Nationalrat stimmt MEI-Umsetzung deutlich zu, Neue Zürcher Zeitung online vom 21.09.2016, https://www.nzz.ch/schweiz/umsetzung-der-masseneinwanderungsinitiative-rueckweisungsantrag-von-amstutz-wird-klar-abgelehnt-ld.117950 (zuletzt abgerufen am: 10.8.2023).

34 Botschaft zur Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens auf Kroatien vom 4. März 2016, BBl 2016, 2223 (2233).

35 Medienmitteilung des Bundesrats vom 16.12.2016, «Schweiz ratifiziert Kroatien-Protokoll», https://www.sbfi.admin.ch/sbfi/de/home/aktuell/medienmitteilungen/news-anzeige-nsb.msg-id-64991.html (zuletzt abgerufen am: 26.6.2023).

36 *Giovanni Biaggini*, Grundfragen der Verfassungsstaatlichkeit, in: ders./Gächter, Thomas/Kiener, Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl. 2021, 81 (Rn. 45).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nur ausnahmsweise abgewichen werden, so etwa dann, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass dieser nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung (historische Auslegung), aus ihrem Sinn und Zweck (teleologische Auslegung) oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben (systematische Auslegung).»[37] Nicht entscheidend ist das Verständnis des Verfassungstexts durch das Initiativkomitee, wie es sich bspw. in Argumentarien findet.[38]

In der Botschaft zur Masseneinwanderungsinitiative vertrat der Bundesrat den Standpunkt, dass die aus dem FZA fliessenden Verpflichtungen der Schweiz bei einer Annahme der Initiative nicht eingehalten werden könnten und die Initiative in verschiedenen Punkten in Konflikt mit dem FZA stehe.[39] Der bundesrätliche Entwurf der Umsetzungsgesetzgebung sah die Möglichkeit vor, eine einseitige Schutzklausel gegenüber den Angehörigen von EU-Mitgliedstaaten zu aktivieren.[40] Damit bewegte sich dieser Erlassentwurf nahe am Verfassungstext und riskierte eine Verletzung des FZA.[41]

Der Nationalrat und dessen vorbereitende Kommission waren mit dieser potenziellen Verletzung des FZA nicht einverstanden. Stattdessen präsentierte diese Parlamentskammer eine Umsetzungsgesetzgebung, die anstrebte, das FZA nicht zu verletzen.[42] Statt einer migrationspolitischen Steuerung der Zuwanderung insgesamt[43] wurde ein sog. «Inländervorrang light» im Ausländergesetz verankert. Inländische Personen erhalten bei der Stellensuche gewisse Vorteile, wenn Schwellenwerte der Arbeitslosigkeit im

37 Zu den Auslegungsmethoden des Landesrechts im Allgemeinen statt vieler BGE 147 I 103 E. 13.1.

38 BGE 139 I 16 E. 4.2.1; eingehend und differenzierend *Camilla Jacquemoud*, Les initiants et leur volonté, 2022, Rn. 1378 ff.; *Goran Seferovic*, Volksinitiative zwischen Recht und Politik, 2018, Rn. 166.

39 Botschaft MEI (Fn. 3), 335 ff.

40 Zu Schutzklauseln eingehend *Christa Tobler*, Schutzklauseln in der Personenfreizügigkeit mit der EU, Jusletter vom 16. Februar 2015.

41 Botschaft zur Änderung des Ausländergesetzes (Steuerung der Zuwanderung und Vollzugsverbesserungen bei den Freizügigkeitsabkommen) vom 4. März 2016, BBl 2016, 3007 (3009). Dazu eingehend *Peter Uebersax*, Zum bundesrätlichen Vernehmlassungsentwurf zur Umsetzung von Art. 121a BV, Jusletter vom 16. März 2015.

42 Vgl. bspw. Votum Fluri, Berichterstatter, AB NR 2016 1498.

43 Votum Pfister, AB NR 2016 2315.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

jeweiligen Sektor überschritten werden.[44] Diese Variante der Umsetzung wurde mit einigen Anpassungen schliesslich von beiden Parlamentskammern genehmigt und auf den 1. Juli 2018 in Kraft gesetzt.[45]

Das Parlament hat sich mit dieser Umsetzungsgesetzgebung zu Art. 121a BV weit vom Text dieser Norm entfernt, wie Parlamentsmitglieder auch selbst anmerkten.[46] Der «Inländervorrang light» entspricht kaum «Höchstzahlen und Kontingenten», wie sie im Text von Art. 121a BV zur Steuerung der Zuwanderung vorgesehen sind. Die Parlamentsmehrheit weitete ihren Blick: Statt sich am Text der *einzelnen* Verfassungsbestimmung zu orientieren, betrachtete sie die «Verfassung in ihrem Gesamtzusammenhang».[47]

Damit hat sich das Parlament klar emanzipiert gegenüber der Auslegung – und wohl auch dem Kernanliegen – des Initiativkomitees. Stattdessen nahm es seine eigene Rolle selbständig wahr. Mit anderen Worten hat das Parlament mittels der Gesetzesänderungen eine Umsetzung der einzelnen Norm im Kontext der gesamten Verfassung vorgenommen, welche die Beachtung des Völkerrechts gem. Art. 5 Abs. 4 BV einschliesst. Das Parlament hat den Normkonflikt damit in Abweichung vom klaren Wortlaut der neuen Verfassungsbestimmung zugunsten des Europarechts aufgelöst.[48]

Ein Abweichen vom Wortlaut der Verfassungsbestimmung bei der Umsetzung kann wie dargelegt u.U. gerechtfertigt sein. Je klarer dabei der Wortlaut der umzusetzenden Bestimmung ist, desto besser müssen die Gründe für diese Abweichung sein. Das Parlament stand bei der vom Wortlaut abweichenden Umsetzung von Art. 121a BV daher unter besonderem Rechtfertigungsdruck, um diese Entscheidung zu legitimieren.

3. Zurückhaltung im Verhältnis zur Justiz

Das Bundesgericht erliess am 26. November 2015 ein Urteil zum neuen Art. 121a BV.[49] Darin hielt es fest, dass Art. 121a BV nicht unmittelbar anwendbar sei, sondern durch den Gesetzgeber konkretisiert werden müsse.[50]

---

44 BBl 2016 8917; Art. 21a Ausländergesetz (AuG), heute Art. 21a Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG).
45 AS 2018 733 (737).
46 Bspw. Votum Humbel, AB NR 2016 1545 (Befürworterin der gewählten Umsetzungsvariante).
47 Votum Naef, AB NR 2016 1544.
48 *Glaser* (Fn. 6), Rn. 45; eingehend *Musliu* (Fn. 27), 296 ff.
49 BGE 142 II 35.
50 BGE 142 II 35 E. 3.1.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

V.a. aber sandte es in einem *obiter dictum* eine Botschaft an den Gesetzgeber aus: Würde dieser den neuen Verfassungstext der Masseneinwanderungsinitiative so umsetzen, dass die Umsetzungsgesetzgebung im Konflikt mit dem FZA stünde, würde das Bundesgericht dem FZA einen Vorrang einräumen.[51]

Das Urteil fand bei der Erarbeitung der Umsetzungsgesetzgebung grosse Beachtung. Es wurde zu einem Zeitpunkt erlassen, in dem die vorbereitenden Umsetzungsarbeiten zu Art. 121a BV in vollem Gange waren, bevor jedoch deren Resultat bekannt war.[52] In der bundesrätlichen Botschaft zum Erlassentwurf wurde das Szenario einer nicht mit dem FZA vereinbaren Umsetzungsvariante genauer erläutert. In der Rechtsanwendung wäre ein Umsetzungsgesetz mit einer einseitigen Schutzklausel nicht anwendbar, wenn das FZA nicht gekündigt werden würde.[53] Trotzdem favorisierte der Bundesrat diese Umsetzungsvariante, die nahe am Verfassungstext, aber nicht mit dem FZA konform gewesen wäre.[54]

Parlamentsmitglieder der Mehrheit nahmen in der Debatte zur Umsetzungsgesetzgebung wiederholt auf das bundesgerichtliche Urteil Bezug. Der Entscheid wurde als klare Warnung an die Adresse des Gesetzgebers verstanden.[55] Das Parlament nahm dies ernst und wollte vermeiden, ein Gesetz zu erlassen, das «nie anwendbar» wäre, weil das Bundesgericht – wie im *obiter dictum* angekündigt – dem FZA einen Anwendungsvorrang einräumen würde.[56] So würde die Rechtsunsicherheit weiter bestehen, indem zwei (anwendbare) Normtexte in einem Konflikt miteinander stehen würden.[57]

Das Parlament hat so dem Bundesgericht bei der Wahl der Umsetzungsvariante grosses Gewicht eingeräumt. Dies ist aus verschiedenen Gründen problematisch. Bei diesem *obiter dictum* handelt es sich um einen schwach begründeten Teil des Urteils.[58] *Obiter dicta* entfalten keine präjudizierende

51 Vgl. BGE 142 II 35 E. 3.2.
52 Umsetzungsentwurf des Bundesrats: 4. März 2016 (Botschaft Umsetzung MEI (Fn. 41)); das Parlament beschloss die Umsetzungsgesetzgebung am 16. Dezember 2016 (BBl 2016 8917).
53 Botschaft Umsetzung MEI (Fn. 41), 3023.
54 Botschaft Umsetzung MEI (Fn. 41), 3073 f.
55 Vgl. Votum Fluri, Berichterstatter, AB NR 2016 1499.
56 Votum Nantermod, AB NR 2016 1522.
57 Ebd.
58 *Biaggini* (Fn. 28), 594. Differenzierend *Matthias Oesch*, Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 26. November 2015, 2C_716/2014, ZBl 2016, 197 (208 ff., insb. 210 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wirkung für darauffolgende Gerichtsentscheide.[59] Entscheidend ist aber vor allem eine institutionelle Perspektive. Das Bundesgericht überschritt mit dem *obiter dictum* im Urteil BGE 142 II 35 die ihm eingeräumten Kompetenzen.[60] Bundesgesetze sind gemäss Art. 190 BV für das Bundesgericht massgebend und Bundesgerichtsentscheide binden den Gesetzgeber daher generell nicht.[61] Die so verfassungsmässig vorgesehene grössere Gewichtung des Parlaments gegenüber der Justiz hat das Parlament *selbst* durchbrochen, indem es dem *obiter dictum* des Bundesgerichts folgte. Unabhängig davon, was das Bundesgericht (später) bei der konkreten Rechtsanwendung allenfalls entschieden hätte, wäre es der Bundesversammlung im Rahmen der Rechtsetzung freigestanden, eine andere als die vom Bundesgericht präferierte Umsetzung von Art. 121a BV zu wählen.[62]

Das Parlament hat seine eigene Rolle bei einem eigentlich sachlich begründbaren Umsetzungsentscheid[63] minimiert. Damit wurde das Parlament dem besonderen Rechtfertigungsdruck, der sich aus dieser deutlichen Abweichung der Umsetzungsgesetzgebung von einem klaren Wortlaut der Verfassungsbestimmung ergab, nicht genügend gerecht. Unter dem Eindruck der grossen Beobachtung, unter der sie standen, beriefen sich Parlamentsmitglieder stattdessen auf das Bundesgericht.

D. Gesetzgeber in der Bredouille: Besondere Herausforderungen im Spannungsverhältnis FZA – Volksinitiativen

Bei der Umsetzung der Forderungen der Masseneinwanderungsinitiative respektive des neuen Art. 121a BV zeigten sich gewisse institutionelle Schwächen im Rollenverständnis des Parlaments. Die Aufgabe der Umsetzung und damit auch der Bewältigung des Konflikts zwischen Verfassungsnorm und FZA war aus verschiedenen Gründen eine besonders schwierige.

59 Statt vieler *Thomas Gächter*, Rechtsanwendung, in: Biaggini, Giovanni/Gächter, Thomas/Kiener, Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl. 2021, 405 (Rn. 20a).

60 *Musliu* (Fn. 27), 287 f.; *Biaggini* (Fn. 28), 595.

61 Statt vieler vgl. *Tschannen* (Fn. 32), Rn. 1423.

62 So auch Votum Caroni, AB SR 2016 932; *Biaggini* (Fn. 28), 595.

63 Die gewählte Umsetzung begrüssend bspw. *Peter Uebersax*, Ist das vom Parlament beschlossene Ausführungsgesetz zu Art. 121a BV verfassungswidrig?, Jusletter vom 20. März 2017. A.A. zur Verfassungswidrigkeit *Glaser* (Fn. 6), Rn. 46; *Musliu* (Fn. 27), 305 f.; «verfassungsrechtlich problematisch» *Oesch* (Fn. 4), Rn. 63. Die Umsetzungsgesetzgebung unterstand dem fakultativen Referendum, das allerdings nicht zustande kam (siehe unten, D.II.1.b).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Einerseits lässt das FZA wenig Spielraum für die Bewältigung von Konflikten mit anderen Normen und weist insb. einen hohen Bestimmtheitsgrad auf.[64] Andererseits steuern Volksinitiativen wie die Masseneinwanderungsinitiative zunehmend direkt ihre eigene Umsetzung.

I. Aufträge mit externer Urheberschaft

Sowohl das FZA als auch Art. 121a BV wurden durch ein atypisches, vom üblichen parlamentarischen Rechtsetzungsverfahren abweichendes Verfahren geschaffen und mithin von anderen Akteuren entworfen. Damit hatte der Gesetzgeber, als er mit der Konfliktbewältigung der beiden Normen befasst war, mehrere Aufträge zu erfüllen, die er nicht selbst initiiert und formuliert hatte und die nicht auf Konsens mit anderen Rechtsnormen ausgerichtet waren.

1. Volksinitiativen als ausserparlamentarische Rechtsetzung

Volksinitiativen ermöglichen es, in einer Abkehr von den üblichen Rechtsetzungsverfahren ohne Einbezug des Parlaments neues Verfassungsrecht zu schaffen.[65] So ist in der Volksinitiative eine Durchbrechung des Prinzips der repräsentativen Demokratie zu erblicken, wonach Rechtsnormen von den repräsentativen Organen in Vertretung der (Stimm-)Bevölkerung geschaffen werden.[66] Der Gesetzgeber steht bei der Umsetzung des durch die Initiative geschaffenen neuen Verfassungstexts vor der Aufgabe, einen Auftrag zu verwirklichen, den er selbst nicht angestrebt hat, sondern der ihm fremdbestimmt durch die Initiative auferlegt wurde.[67]

Anders als bei der parlamentarischen Rechtsetzung haben Volksinitiativen nicht die gesamte Rechtsordnung im Blick. Sie streben an, ihr Ziel in einer isolierten Betrachtungsweise möglichst umfassend zu verwirklichen. Die Einbettung der neuen Bestimmungen in das bestehende Normgefüge ist für die Initiativkomitees nicht von Bedeutung.[68] So auch bei Art. 121a BV, der sich im Gegenteil *gegen* bestehende Normen richtete.[69]

64 Auch im Vergleich zu den übrigen bilateralen Abkommen ist das FZA eines der Abkommen mit dem höchsten Integrationsgrad. Vgl. *Oesch* (Fn. 4), Rn. 48.
65 *Seferovic* (Fn. 38), Rn. 115; *Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser* (Fn. 10), Rn. 778.
66 *Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser* (Fn. 10), Rn. 778.
67 Ähnlich *Pierre Tschannen*, Stimmrecht und politische Verständigung, 1995, Rn. 285.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. FZA als Verhandlungsergebnis zwischen Bundesrat und EU

Staatsverträge werden vom Bundesrat respektive der Verwaltung ausgehandelt, unterzeichnet und – nach allfälliger parlamentarischer Genehmigung und möglichem fakultativem Referendum – ratifiziert.[70] Die Bundesversammlung kann wichtige völkerrechtliche Verträge lediglich genehmigen oder ablehnen, so auch beim FZA.[71] Verglichen mit dem Bundesrat hat das Parlament somit im Bereich der Staatsverträge eine traditionell beschränkte Rolle mit wenigen Gestaltungsmöglichkeiten, die mit der zunehmenden Internationalisierung noch zusätzlich schrumpfen.[72] Die gestaltende Aufgabe des Parlaments konzentriert sich bei Staatsverträgen somit auf deren Umsetzung.[73] Diese Aufgabe ist besonders herausfordernd, da das Parlament nicht selbst an der Ausarbeitung der konfligierenden Normen beteiligt war.

II. Aufträge mit beschränktem Umsetzungsspielraum

Sowohl das aufgrund von Volksinitiativen geschaffene Verfassungsrecht als auch das in der Schweiz anwendbare EU-Recht weisen unabhängig voneinander Eigenschaften auf, die das Konfliktpotenzial mit anderen Normen und Prinzipien erhöhen. Sie schränken den Spielraum bei der Umsetzung und/oder Anwendung ein. Dadurch bestehen weniger Möglichkeiten, einen Ausgleich mit abweichenden Interessen und divergierenden Regelungen zu erzielen, der die von den betreffenden Normen gewährten Spielräume nicht überschreitet.[74]

---

68 Ähnlich *Kaspar Ehrenzeller*, Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch, 2020, Rn. 122.

69 Vgl. etwa Botschaft MEI (Fn. 3), 310.

70 Vgl. Art. 184 Abs. 2 BV; *Matthias Lanz*, Bundesversammlung und Aussenpolitik, 2020, Rn. 133.

71 Vgl. Art. 166 Abs. 2 BV; vgl. etwa *Bernhard Ehrenzeller*, Bundesversammlung, in: Diggelmann, Oliver/Hertig Randall, Maya/Schindler, Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band III, 2020, 1699 (Rn. 19); eingehend *Lanz* (Fn. 70), Rn. 325 und 329 ff.

72 *Lanz* (Fn. 70), Rn. 32.

73 *Thomas Cottier/Christophe Germann*, Die Partizipation bei der Aushandlung neuer völkerrechtlicher Bindungen: verfassungsrechtliche Grundlagen und Perspektiven, in: Thürer, Daniel/Aubert, Jean-François/Müller, Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, 2001, 77 (Rn. 22).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Einschränkungen des Umsetzungsspielraums im Initiativtext

Ausgangspunkt und zentrale Grundlage für die Auslegung und Umsetzung von Volksinitiativen ist der Text des neuen Verfassungsartikels. Die Initiativkomitees können daher bei der *Formulierung* ihres Initiativtexts den grössten Einfluss auf die Rechtsfolgen der Initiative nehmen. Es ist zu beobachten, dass Initiativkomitees dieses Mittel zunehmend stärker nutzen und so versuchen, die Umsetzung ihres Anliegens über den Verfassungstext bewusst in gewisse Bahnen zu lenken. Die Masseneinwanderungsinitiative wies verschiedene Merkmale auf, die darauf hindeuten.

a) Vorgeschriebene Mittel zur Zielerreichung

Volksinitiativen verankern häufig Zielbestimmungen.[75] Wie diese Ziele zu erreichen sind, wird hingegen meist der Gesetzgebung überlassen.[76] Dies erlaubt es ihr, Wege zu finden, um die durch die Volksinitiative geschaffenen Ziele im Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung möglichst gut zu verwirklichen.

Initiativen können die zur Erreichung ihres Ziels einzusetzenden Mittel und Instrumente aber auch bereits im Verfassungstext festlegen. Dies war ein wichtiges Merkmal der Masseneinwanderungsinitiative. Der Verfassungstext schrieb vor, dass «Höchstzahlen und Kontingente» eingesetzt werden müssten, um den Aufenthalt ausländischer Staatsangehöriger in der Schweiz zu begrenzen (Art. 121a Abs. 2 und 3 BV). Dadurch stand es dem Gesetzgeber nicht mehr frei, auf welchem Weg er das Ziel, die Zuwanderung in die Schweiz zu steuern, erreicht.[77]

b) Umsetzungsfristen zum Aufbau von Handlungsdruck

Typischerweise schreibt eine Volksinitiative mit Umsetzungsfrist vor, dass innert einer bestimmten Zeitspanne ihre Ziele erreicht oder die dafür

74 Das Argument, dass Spielräume genutzt werden können, um die Vereinbarkeit mit anderen Rechtsnormen herzustellen, wird auch in Botschaften des Bundesrats erwähnt. Vgl. beispielsweise Botschaft MEI (Fn. 3), 335.

75 *Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser* (Fn. 10), Rn. 800; *Astrid Epiney/Stefan Diezig*, in: Waldmann, Bernhard/Belser, Eva Maria/Epiney, Astrid (Hrsg.), BSK BV, 2015, Art. 139 Rn. 16.

76 *Biaggini* (Fn. 28), 597 f.

77 Zum Ganzen *Biaggini* (Fn. 28), 597 f.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

notwendigen gesetzlichen Umsetzungsmassnahmen ergriffen worden sein müssen. Umsetzungsfristen erhöhen also den Handlungsdruck für die Legislative ebenfalls, doch – anders als die beiden vorherigen Merkmale – in erster Linie in *zeitlicher* Hinsicht.[78]

Die Masseneinwanderungsinitiative setzte eine Frist von drei Jahren für das Inkrafttreten der Umsetzungsgesetzgebung (Art. 197 Ziff. 11 Abs. 2 BV). Die Änderungen des AuG wurden innerhalb der Frist beschlossen (16. Dezember 2016), konnten jedoch in diesem Zeitraum noch nicht in Kraft treten, da die Referendumsfrist abgewartet werden musste. Diese Frist verstrich am 7. April 2017, ohne dass die notwendige Unterschriftenzahl eingereicht worden war,[79] und so trat die Umsetzungsgesetzgebung am 1. Juli 2018 in Kraft.[80]

2. Erhöhte Regelungsdichte des FZA

Bei Normen im Staatsvertragsrecht verkleinert sich der Umsetzungsspielraum für den nationalen Gesetzgeber, je mehr Vorgaben die staatsvertraglichen Regelungen bereits enthalten, je höher also ihre Regelungsdichte ist.[81] Das FZA enthält zahlreiche Normen mit einer hohen Regelungsdichte. So sind die meisten Bestimmungen des FZA und des Anhangs I laut bundesrätlicher Botschaft für eine unmittelbare Anwendbarkeit geeignet.[82]

Die bilateralen Verträge zeichnen sich zudem durch einen weitgehenden Einbezug des im Sektor zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geltenden EU-Sekundärrechts aus.[83] Die Regelungsambition dieser Verträge erstreckt

78 *Roger Nobs*, Volksinitiative und Völkerrecht, 2006, 136; *Musliu* (Fn. 27), 323; *René Rhinow*, Der Bundesrat als Ersatzgesetzgeber?, ZBl 2015, 345 (345).

79 Das Referendum gegen Umsetzungsgesetzgebungen ist wenig attraktiv, da es in einer «Nulllösung» resultiert (*Glaser* (Fn. 6), Rn. 19).

80 AS 2018 733 (737).

81 *Anna Petrig*, Sind die parlamentarische Genehmigung und das Referendum im Aussenbereich auf völkerrechtliche Verträge beschränkt?, ZaöRV 2018, 93 (96); *Tilmann Altwicker*, Verfassungsrechtliche Koordination des internationalen Staatshandelns, in: Diggelmann, Oliver/Hertig Randall, Maya/Schindler, Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band III, 2020, 1989 (Rn. 6); zur Regelungsdichte des Bundesrechts und der Umsetzung im kantonalen Recht *Tobias Jaag*, Rechtsetzung im Mehrebenensystem: Rechtliche Aspekte, in: Uhlmann, Felix/Höfler, Stefan (Hrsg.), Rechtsetzung im Mehrebenensystem: Gemeinden, Kantone, Bund, 2020, 7 (15).

82 Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999, BBl 1999 IV, 6128 (6438).

83 *Oesch* (Fn. 4), Rn. 48.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sich über die blosse zwischenstaatliche Zusammenarbeit hinaus auf eine Harmonisierung des innerstaatlichen Rechts und seiner Anwendung – wie es übrigens auch neueren Entwicklungen im allgemeinen Völkerrecht entspricht.[84] So findet sich in der Präambel des FZA die Formulierung, dass die Personenfreizügigkeit «auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen» verwirklicht werden soll. Daher verweist das FZA in den Anhängen II und III weitestgehend auf EU-Sekundärrechtsakte. So wird für die Schweiz EU-Recht anwendbar, das in ein «staatsvertragliches Gewand» gekleidet ist. Verordnungen der EU sind gemäss Art. 288 Abs. 2 AEUV von den Mitgliedstaaten unmittelbar anzuwenden, sodass ihre Regelungsdichte notwendigerweise hoch ist.[85] Richtlinien hingegen müssen von den EU-Mitgliedstaaten im Landesrecht umgesetzt werden (Art. 288 Abs. 3 AEUV). Richtlinien sollen Ziele vorschreiben, aber keine Mittel zu deren Erreichung. Dies spricht auf den ersten Blick zwar gegen einen hohen Detaillierungsgrad. Jedoch haben sich Richtlinien entgegen der primärrechtlichen Verankerung zu einer höheren Regelungsintensität hin entwickelt,[86] sodass den Mitgliedstaaten wenig Spielraum bei der Umsetzung ins nationale Recht verbleibt.[87] Auch Richtlinien als Bestandteil des FZA sind teilweise sehr detailliert.[88]

Die zahlreichen detaillierten Normen, die für eine unmittelbare Anwendung geeignet erscheinen, sowie die häufigen Bezugnahmen auf EU-Sekundärrecht sind Anzeichen dafür, dass das FZA von einer hohen Regelungsdichte geprägt ist. Dadurch ist der Spielraum bei dessen Anwendung und Umsetzung eingeschränkt, was die Bewältigung von Konflikten zu anderen Rechtsnormen erschwert.

84 *Altwicker* (Fn. 81), Rn. 6.

85 *Andreas Glaser*, Umsetzung und Durchführung des Rechts der Bilateralen Verträge in der Schweiz, Institutionen und Verfahren, in: Glaser, Andreas/Langer, Lorenz (Hrsg.), Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation, 2015, 131 (154).

86 *Thomas Von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, 181; vgl. auch *Ines Härtel*, Integrative Wirkungen im föderalen Mehrebenensystem der Europäischen Union, Die Umsetzung des europäischen Rechts in das mitgliedstaatliche Recht, in: Härtel, Ines (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Band IV, 2012, 389 (395).

87 *Härtel* (Fn. 86), 395; *Matthias Ruffert*, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 288 AEUV Rn. 25; *Bernd Biervert*, in: Becker, Ulrich/Hatje, Armin/Schoo, Johann/Schwarze, Jürgen (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 288 AEUV Rn. 26.

88 Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999, BBl 1999 VI, 6128 (6321).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

E. Auswirkungen

Das Parlament stand insgesamt unter grossem Druck und verfügte gleichzeitig über wenig Spielraum, den Konflikt zwischen FZA und Art. 121a BV im Rahmen der Umsetzung des neuen Verfassungsartikels zu bewältigen. Das Rollenverständnis des Parlaments in dieser Situation hatte negative Konsequenzen.

I. Gegenreaktion in Form neuer Volksinitiativen

Nach der Umsetzung der Masseneinwanderungsinitiative im Jahr 2016 gelangten zwei neue Volksinitiativen der SVP zur Abstimmung. Im November 2018 stimmte die schweizerische Stimmbevölkerung über die Volksinitiative «Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)» ab.[89] Die Initiative forderte die Verankerung eines Vorrangs des Verfassungs- gegenüber dem Völkerrecht (E-Art. 5 Abs. 4 BV). In Abweichung vom Titel der Initiative richtete sich diese auch gezielt gegen das Bundesgericht und dessen Urteile zu einem Vorrang des Völkerrechts gegenüber dem Verfassungsrecht.[90]

Als unmittelbare Reaktion auf die Umsetzung der Masseneinwanderungsinitiative[91] lancierte die SVP Ende 2017[92] die sog. Begrenzungsinitiative, die sich direkt gegen das FZA richtete.[93] Sie forderte die eigenständige Steuerung der Zuwanderung ausdrücklich ohne Personenfreizügigkeit und die Ausserkraftsetzung oder Kündigung des FZA (E-Art. 121b und E-Art. 197 Ziff. 12 BV). Die Initiative war geprägt von einer sehr klaren Formulierung des Grundanliegens und einer ausdrücklichen Regelung des Verhältnisses zu widersprechenden Rechtsnormen.[94]

89 BBl 2019 5931. Der Text der Initiative wurde noch vor der Umsetzung der Masseneinwanderungsinitiative verfasst (vgl. BBl 2015 1965).
90 Botschaft zur Volksinitiative «Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)» vom 5. Juli 2017, BBl 2017, 5355 (5367).
91 Botschaft zur Volksinitiative «Für eine massvolle Zuwanderung (Begrenzungsinitiative)» vom 7. Juni 2019, BBl 2019, 5027 (5044).
92 Die Vorprüfung des Texts erfolgte am 29. Dezember 2017 (BBl 2018 108).
93 Botschaft Begrenzungsinitiative (Fn. 91), 5044.
94 Zu letzterem *Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser* (Fn. 10), Rn. 789.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Beide Volksinitiativen wurden deutlich abgelehnt[95] und stellten daher das Parlament nicht erneut vor eine noch schwierigere Aufgabe bei der Umsetzung ihres Anliegens. Die Thematik der Einwanderung, ebenso wie die institutionelle Dimension der Nutzung der Volksinitiative, beschäftigen die schweizerische Stimmbevölkerung auch in Zukunft. Eine neue Volksinitiative der SVP wurde am 14. Juni 2023 lanciert.[96] Die sog. Nachhaltigkeitsinitiative sieht in einem Text von aussergewöhnlicher Länge und Detailliertheit Massnahmen zur Begrenzung der schweizerischen Wohnbevölkerung vor, einschliesslich der Kündigung des FZA (E-Art. 73a BV, E-Art. 197 Ziff. 15 BV).

II. Gefahren

Die drei oben beschriebenen Initiativen sind Symptome einer Entwicklung, die zu einer Abwärtsspirale zu werden droht. Je mehr Spielräume sich das Parlament bei der Umsetzungsgesetzgebung einräumt, desto strikter werden neue Verfassungsinitiativen formuliert, um eine zukünftig engere Umsetzung zu forcieren, und desto weiter könnte sich eine neuerliche Umsetzungsgesetzgebung vom Wortlaut entfernen.[97] Um diese Entwicklung zu bremsen, muss der Gesetzgeber seine eigenen Umsetzungsentscheide eigenständig und aktiv begründen und Verantwortung dafür übernehmen. Nur so kann er hoffen, bei der Bevölkerung (weiterhin) Verständnis und Unterstützung für seine Lösung der herausfordernden Konflikte zu erhalten und seiner repräsentativen Funktion gerecht zu werden.

Das Parlament hat als Organ der repräsentativen Demokratie eine zentrale Scharnierfunktion zwischen direkter Demokratie und Europarecht.[98] Das Parlament muss sich seiner Rolle als «oberste Gewalt im Bund» bewusst sein, aber diese nichtsdestotrotz «unter Vorbehalt der Rechte von Volk und Ständen» ausüben.[99] Für die Konfliktbewältigung ist zentral, dass das Parlament diese Vorrangrolle tatsächlich und verantwortungsbewusst wahrnimmt. Ansonsten droht für das lange gewachsene, aber weiterhin

95 BBl 2019 5931; BBl 2020 8773.
96 BBl 2023 1588.
97 Ähnlich *Seferovic* (Fn. 38), Rn. 307.
98 Zur Scharnierfunktion vgl. *Andreas Kley*, Demokratisches Instrumentarium, in: Biaggini, Giovanni/Gächter, Thomas/Kiener, Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl. 2021, 360 (Rn. 1 und 3).
99 Art. 148 Abs. 1 BV.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

prekäre Gefüge der institutionell eingebetteten und dadurch wirksamen Volksinitiative im europa- und völkerrechtlich vernetzten Staat langfristig Gefahr.

F. Ausblick und Schluss

Der Gesetzgeber hatte die Aufgabe, «Feuer und Wasser zu vereinigen»[100]. Er hat diese im Falle der Umsetzung der Masseneinwanderungsinitiative durch eine Abkehr vom klaren Wortlaut der einzelnen, neuen Verfassungsbestimmungen zugunsten der Durchsetzung des FZA gelöst. Dem grossen Legitimationsdruck für diese Entscheidung entsprach das Parlament aber nicht genügend, indem es sich u.a. auf ein Urteil des Bundesgerichts stützte, das sich mit einem *obiter dictum* in einem (zu) frühen Stadium in den Umsetzungsprozess eingebracht hatte. Dadurch schwächte das Parlament die eigene Rolle zur Vermittlung einer heiklen, ihm aber zustehenden Entscheidung.

Direktdemokratischen Systemen ist das Risiko inhärent, dass zwischen Volksentscheiden und anderen wichtigen Rechtsnormen Konflikte entstehen können. Eine Grundsatzentscheidung muss getroffen werden, ob solche Konflikte von vornherein unterbunden oder zugelassen und anhand weicher Kriterien entschieden werden. Durch eine Einschränkung entweder der Volksinitiativen oder der Bedeutung des Völkerrechts wäre es auch in der Schweiz möglich, Konflikte künftig früh zu vermeiden oder autoritativ zu entscheiden. Dies wäre allerdings eine grundlegend neue, m.E. weder realistische noch wünschenswerte Weichenstellung. Vielmehr sollte die Schweiz die eigene Konfliktfähigkeit und Konfliktlösungsfähigkeit pflegen und fördern. Dadurch wird es allerdings auch zukünftig zu im Einzelfall unbefriedigenden Momenten der Konfliktbewältigung kommen.

Nichtsdestotrotz zeigen derart klare Konfliktfälle wie die Masseneinwanderungsinitiative auf, dass Justierungen nötig sind. Dies betrifft weniger das materielle Recht denn die Praxis oder das Organisationsrecht des Parlaments. Die Rolle und das eigene Rollenverständnis des Parlaments bei der Konfliktbewältigung sollten gestärkt werden. Einige begrüssenswerte Ansätze davon sind beim Parlament selbst bereits erkennbar, so etwa in der

100 Votum Stöckli, AB SR 2016 931.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Einführung einer neuen parlamentarischen Subkommission für Europafragen.[101]

Insgesamt gilt allerdings weiterhin: Volksinitiativen sind in ein ausgeklügeltes System der Konfliktbewältigung in kleinen Schritten eingebettet.[102] Es ist Sache des Parlaments, der Rechtswissenschaft wie auch der Stimmbevölkerung, dieses System zu pflegen, aber auch kritisch zu beobachten.

101 Bericht der Aussenpolitischen Kommission des Nationalrats «Ständige Subkommission für Europafragen der Aussenpolitischen Kommission» vom 19. Juni 2023, BBl 2023 1574.

102 Siehe oben, C.II.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Die Ethisierung des Rechts
Ethikkommissionen als Beispiel gelungener rechtlicher Interdisziplinarität

Anna Berry[*]

Während lange Zeit eine strikte Trennung zwischen Recht und Moral als Errungenschaft des modernen Rechts zelebriert wurde, scheinen die Grenzen verschiedener Disziplinen mittlerweile immer fließender zu werden. Durch ‚Interdisziplinarität' – so das Schlagwort – verspricht man sich mittels Öffnung für andere Disziplinen und zunehmender Vernetzungen einen größeren Erkenntnisgewinn. Im vorliegenden Beitrag sollen die Gemeinsamkeiten und Charakteristika der zunehmenden Implementierung öffentlicher, rechtsanwendender Ethikkommissionen im Bereich der Medizin in den letzten Jahrzehnten näher beleuchtet werden. Dabei soll die Frage im Mittelpunkt stehen, ob die zunehmende Einsetzung von Ethikkommissionen zu einer Ethisierung des Rechts geführt hat. Dies ist, wie sich zeigen wird, der Fall, da Ethikkommissionen nicht allein rechtliche, sondern auch ethische Entscheidungen treffen und ein Beispiel gelungener Interdisziplinarität innerhalb rechtlich vorgegebener Rahmenbedingungen sind.

A. Eingrenzung auf rechtsanwendende öffentliche Ethikkommission der Medizin

Ethikkommissionen gibt es auf verschiedenen Ebenen: Auf Ebene der *Rechtssetzung*, der Rechtskonkretisierung, aber auch der Rechtsanwendung.[1] Der *Deutsche Ethikrat* wird etwa auf Ebene der Rechtssetzung tätig. Er unterbreitet der Politik rechtlich unverbindliche Vorschläge für potenziell neue Gesetze (de lege ferenda) und kann damit die Gesetzgebung

* Die Autorin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Recht der Digitalisierung an der Universität Bielefeld.

1 *Jens Kersten*, in: Ehlers, Dirk/Fehling, Michael/Pünder, Hermann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 54 Rn. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

beeinflussen, indem er das notwendige medizintechnische Wissen unter rechtlichen und ethischen Aspekten aktuell aufbereitet und mögliche gesetzliche Gestaltungsoptionen aufzeigt.[2]

Daneben gibt es die *rechtskonkretisierende* Gendiagnostik-Kommission (GEKO). Deren Aufgabe besteht darin, durch Richtlinien den allgemein anerkannten Stand von Wissenschaft und Technik im Bereich des Gendiagnostikgesetzes zu konkretisieren (§ 23 Abs. 2 GenDG).[3] Wegen der damit verbundenen normativen Befugnisse hat sich der Gesetzgeber für den ‚ethikneutralen ' Begriff der Gendiagnostik-Kommission entschieden.[4] Eine solche Änderung hat es nicht in die Begrifflichkeiten der *gesetzesanwendenden* (Ethik-)Kommissionen geschafft, obgleich ihr normatives Prüfprogramm nicht zu unterschätzen ist und ihre Stellungnahmen in das jeweilige Verwaltungsverfahren (etwa im Arzneimittel- und Medizinproduktrecht) integriert wurden.[5]

Um diese *rechtsanwendenden* Ethikkommissionen soll es im Folgenden gehen. Denn diese weisen andere rechtliche Probleme auf als Kommissionen auf Ebene der Rechtssetzung und der Rechtskonkretisierung. Es existieren weiter eine Reihe privater Ethikkommissionen, denen im Bereich der Medizin keine bedeutende Rolle zukommt.[6] Insbesondere für das Verfahren eines Antrags auf Genehmigung klinischer Prüfung dürfen in der Neukonzeption nur öffentlich-rechtliche Ethikkommissionen teilnehmen (§ 41a Abs. 1 AMG).

2 *Kersten* (Fn. 1), § 54 Rn. 12.

3 *Hans-Georg Dederer*, Gerechtfertigter Einsatz von Ethikkommissionen - Grundlagen und Grenzen, in: Silja Vöneky/Britta Beylage-Haarmann/Anja Höfelmeier/Anna-Katharina Hübler (Hrsg.), Ethik und Recht - Die Ethisierung des Rechts, S. 444; *Kersten* (Fn. 1), § 54 Rn. 9.

4 *Kersten* (Fn. 1), § 54 Rn. 9.

5 *Kersten* (Fn. 1), § 54 Rn. 10.

6 Zwar haben zahlreiche private Unternehmen eigene ‚Ethikkommissionen' gebildet. Solche privaten Kommissionen spielen bei der medizinischen Forschung aber eine zu vernachlässigende Rolle. So fordert § 15 Abs. 1 S. 1 Musterberufsordnung-Ärzte (MBO-Ä) die Beratung durch eine bei der Ärztekammer oder nach Landesrecht gebildete Ethikkommission: *Marcus Vogeler*, Ethik-Kommissionen - Grundlagen, Haftung und Standards, 2011, S. 64; *Michael Fehling*, Ordnung der Wissenschaft 2021, 103 (105) mit dem Hinweis, dass private Ethikkommissionen noch im reinen Berufsstandesrecht eine Rolle spielen.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

B. Entwicklung rechtsanwendender Ethikkommissionen

Ethikkommissionen sind sichtbarer Ausdruck der Öffnung des Rechts für andere Disziplinen. Sie sind dabei interdisziplinär besetzt. Das bedeutet in der Regel mit mindestens einem Juristen, einem Philosophen bzw. Theologen, einem Mediziner der beteiligten Fachrichtung und mitunter auch Laien als Patientenvertreter.[7] In dieser Besetzung unterschiedlichster Couleur treffen sie mehrheitliche Entscheidungen mit rechtlicher Wirkung. Die genaue Besetzung variiert dabei von Gremium zu Gremium und dient der Ermöglichung einer selbständigen Prüfung der ethischen, aber auch der rechtlichen und medizinisch-wissenschaftlichen Voraussetzungen.

I. Entstehungshintergrund

Ethikkommissionen als interdisziplinäre Gremien haben sich als Institutionen professioneller Selbstkontrolle der medizinischen Humanforschung in den USA entwickelt und sollten das Vertrauen nach skandalösen Experimenten an Versuchsteilnehmenden wieder stärken.[8] Ihre Aufgabe bestand und besteht noch heute – in dem Bereich der medizinischen Forschung – in der Prüfung, ob Probanden bei dem jeweiligen Forschungsvorhaben vor übermäßigen Gefahren ausreichend geschützt sind, bei gleichzeitiger Bewahrung der Forschenden vor allzu unüberlegtem Forscherdrang.[9] Die Kommissionen haben damit eine Doppelfunktion: Neben dem Probandenschutz und dem partiellen Schutz der Forschenden sollen sie zugleich das öffentliche Vertrauen in die Medizinforschung bewahren.[10] Dahinter steckt die Erkenntnis, dass unethische Versuche mittlerweile zwar geächtet sein mögen, diese aber dennoch oftmals nicht ihre wissenschaftliche Gültigkeit und Brisanz verlieren. Denn die Wissenschaft orientiert sich überwiegend

7 Dazu auch *Fehling* (Fn. 6), 103 (104 f.).

8 *Florian Wölk*, Ethik Med 2002, 252 (253 f.); *Elmar Doppelfeld/Joerg Hasford*, Medizinische Ethikkommissionen in der Bundesrepublik Deutschland, Bundesgesundheitsbl. 2019, 682 (682) mit dem Hinweis, dass Anstoß für die Errichtung von Ethikkommissionen in den USA eine 1966 erschienene Analyse von 100 in Fachzeitschriften veröffentlichten, wissenschaftlichen Untersuchungen waren, von denen 22 als ethisch anfechtbar klassifiziert wurden.

9 *Jochen Taupitz*, JZ 2003, 815 (816). Zur historischen Entwicklung der medizinischen Forschung: *Vogeler* (Fn. 6), S. 7 ff.

10 *Kersten* (Fn. 1), § 54 Rn. 51, 7.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

an dem binären Code wahr/unwahr, sodass eine Verletzung ethischer Standards nicht zwangsläufig zur Invalidität der Ergebnisse führt.[11]

Die erste rechtlich bedeutsame Anerkennung erhielten Ethikkommissionen mit der Aufnahme in die Deklaration von Helsinki in der Fassung von 1975[12], welche die Einsetzung von Ethikkommissionen bei medizinischer Forschung am Menschen als obligatorisches internationales Standesrecht einführte.[13] Es folgte in der Bundesrepublik 1985 sodann die Aufnahme auf berufsrechtlicher Ebene, nach der sich Ärzte vor Durchführung einer klinischen Studie durch eine Ethikkommission beraten lassen *sollten*.[14] Drei Jahre später wurde die bis dahin fakultative Vorgabe in eine Muss-Vorschrift geändert und findet sich heute in § 15 Abs. 1 Musterberufsordnung-Ärzte (MBO-Ä).[15]

II. Metamorphose von Ethikkommissionen

Die Ethikkommission ist in Art. 2 Abs. 2 Nr. 11 VO (EU) 536/2014 der Verordnung über klinische Prüfungen von Humanarzneimitteln legaldefiniert und bezeichnet in dem Zusammenhang ein

> „in einem Mitgliedstaat eingerichtetes, unabhängiges Gremium, das gemäß dem Recht dieses Mitgliedstaats eingesetzt wurde und dem die Befugnis übertragen wurde, Stellungnahmen für die Zwecke dieser Verordnung unter Berücksichtigung der Standpunkte der Laien, insbesondere Patienten oder Patientenorganisationen, abzugeben".

11 *Marion Albers*, KritV 2003, 419 (420 f.).

12 Diese löste den *Nürnberger Kodex* ab und beeinflusste die Etablierung von Ethikkommissionen maßgeblich: *Vogeler* (Fn. 6), S. 22.

13 *Doppelfeld/Hasford* (Fn. 8), 682 (682) mit dem Hinweis, dass die Deklaration nicht ausdrücklich von einer ‚Ethikkommission' spricht, sondern von einem besonders berufenen, „unabhängigen Ausschuss zur Beratung, Stellungnahme und Orientierung". Mittlerweile spricht auch die Deklaration in ihrer heutigen Fassung von (Forschungs-)Ethikkommissionen. Näher dazu auch: *Susanne Listl-Nörr*, in: Andreas Spickhoff (Hrsg.), AMG, 4. Aufl. 2022, § 41 Rn. 4.

14 *Sebastian Graf von Kielmansegg/Norbert Benda/Guido Grass/Thomas Sudhop*, Bundesgesundheitsbl. 2019, 706 (706); *Wölk* (Fn. 8), 252 (254).

15 *Wölk* (Fn. 8), 252 (254). Über § 15 Abs. 3 MBO-Ä sind deutsche Ärzte an die Einhaltung der Deklaration von Helsinki gebunden, s. auch *Listl-Nörr* (Fn. 13), § 41 Rn. 4 f. mit dem Hinweis, dass in Deutschland 1973 die ersten Ethikkommissionen am Sonderforschungsbereich der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) in Ulm und Göttingen gegründet wurden.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Unter diese Bezeichnung fallen insbesondere die rechtsanwendenden Ethikkommissionen des Arzneimittelgesetzes und des Medizinprodukterechts, deren Ausgestaltung neben den Fachgesetzen in Form von „Europa-, Bundes-, Landes-, Berufs-, Hochschul- und Kammerrecht" erfolgt und in den verschiedenen Bereichen sehr heterogene Regelungsdichten aufweisen.[16]

Die rechtlichen Konkretisierungen erfolgen dabei durch Landesrecht. Die meisten Bundesländer haben sich für eine dezentralisierte Struktur entschieden, bei der den Kommissionen eine Stellungnahmekompetenz obliegt, die Ausgestaltung hinsichtlich Zusammensetzung und Entscheidungsfindung jedoch durch das Satzungsrecht der (Ärzte-)Kammern bzw. Universitäten sowie den Geschäftsordnungen der Ethikkommissionen erfolgt.[17] Ethikkommissionen sind nicht Teil der unmittelbaren Landesverwaltung . Daraus folgt jedoch nicht, dass Kommissionen standesrechtlich handeln, vielmehr handeln sie ordnungsrechtlich.[18] Die Dichte der Regulierung hat sich erhöht und damit dazu beigetragen, dass sie „aus den Gefilden der berufsethischen und -rechtlichen Beratung in die Welt des Ordnungsrechts" gelangt sind.[19] Rechtsanwendende Ethikkommissionen wirken dabei regelmäßig mit staatlichen Genehmigungsbehörden zusammen und haben begrenzte, aber dennoch bestehende, Entscheidungsbefugnisse.[20] Mit diesen rechtlichen Regularien, haben Ethikkommissionen gewissermaßen eine „Metamorphose durchlaufen".[21] Von berufsrechtlichen Beratungsgremien für Ärzte haben sich die Ethikkommissionen seit ihrem Bestehen hin zu rechtsanwendenden „Patientenschutzorganisation[en] mit Behördencharakter" gewandelt.[22]

---

16 Zitat nach *Kersten* (Fn. 1), § 54 Rn. 49. Zu den verschiedenen Ethik-Kommissionen im Rahmen funktionaler Selbstverwaltung vertiefend: *Vogeler* (Fn. 6), S. 49 ff.

17 *Kersten* (Fn. 1), § 54 Rn. 53 f.: Lediglich Berlin, Bremen und Sachsen-Anhalt verfolgen ein zentrales Regelungsmodell mit jeweils eigener Landesethikkommission, deren Organisation und Verfahren durch Gesetz, Verordnung sowie Geschäftsordnungen ausgestaltet und durch das allgemeine Verwaltungsverfahren ergänzt werden.

18 *Graf von Kielmansegg/Benda/Grass/Sudhop* (Fn. 14), 706 (707).

19 Zitat nach: *Graf von Kielmansegg/Benda/Grass/Sudhop* (Fn. 14), 706 (706).

20 *Ludwig Siep*, Sinn und Grenzen von Ethikkommissionen aus philosophischer Sicht, in: Vönekey, Silja/ Beylage-Haarmann, Britta/ Höfelmeier, Anja/Hübler, Anna-Katharina (Hrsg.), Ethik und Recht - Die Ethisierung des Rechts, S. 423.

21 Zitat nach *Kersten* (Fn. 1), § 54 Rn. 7.

22 Zitat nach BT-Drs. 15/2019, S. 32; *Kersten* (Fn. 1), § 54 Rn. 51; *Fehling* (Fn. 6), 103 (106), der von „Patientenschutzeinrichtung mit Behördencharakter" spricht . Ebenso *Albers* (Fn. 11), 419 (422). Ethikkommissionen sind organisatorisch selbständige

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

C. Ethisierung des Rechts

Unter einer Ethisierung des Rechts kann man dreierlei verstehen: Erstens die Verwendung unbestimmter Begriffe und Abwägungsklauseln, die den Weg für außerrechtliche Maßstäbe öffnen; zweitens gibt es zunehmend Ethikkodizes v. a. im Bereich medizinischer Forschung; drittens wird die Ethisierung des Rechts durch die Implementierung von Ethikkommissionen im Recht flankiert.[23] Letztere eignen sich besonders für die Untersuchung, da sie auch die ersten beiden Merkmale verwirklichen: So sind Ethikkommissionen bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und Abwägungsentscheidungen gefragt, berücksichtigen dabei aber auch Ethikkodizes.

I. Recht, Moral und Ethik – Klärung von Begrifflichkeiten

Da im Folgenden häufig von Recht, Moral und Ethik gesprochen wird, müssen die Begriffe geklärt werden. Moral bezeichnet die Gesamtheit an Normen, die von einer Gesellschaft zu einer bestimmten Zeit als verbindlich erachtet werden.[24] Ethik hingegen ist die Wissenschaft über Wesen und Begründung moralischer Normen, welche die tatsächlich von einem Großteil der Bevölkerung akzeptierten Normen kritisch analysiert und prüft.[25] Bei der Ethik geht es auch um die erwartete Akzeptanz von Rechtsnormen sowie medizinischen Entscheidungen.[26] Kurzum: Während die Moral verbindliche Normen aufstellt, räsoniert die Ethik über diese Gebote.[27] Damit bleibt es Sache der Ethik, Maßstäbe für gerechte Normen zu entwickeln und Sache des Rechts, Maßstäbe und Interpretationshilfen zu entwickeln, die dem Rechtsanwender an die Hand gegeben werden können.[28] Recht und Moral hingegen unterscheiden sich in ihrer Entstehung: Während

Organe der jeweiligen Landesärztekammer, der Universitäten oder des Landes und damit Behörden nach § 1 Abs. 2 (Landes-)VwVfG und Ausschüsse i. S. v. §§ 88 ff. (Landes-)VwVfG: *Listl-Nörr* (Fn. 12), § 41 Rn. 5.

23 *Daniel Gruschke*, Externe und interne Ethisierung des Rechts, in: Vönekey, Silja/Beylage-Haarmann, Britta/Höfelmeier, Anja/Hübler, Anna-Katharina (Hrsg.), Ethik und Recht - Die Ethisierung des Rechts, S. 41.

24 *Taupitz* (Fn. 9), 815 (817).

25 *Taupitz* (Fn. 9), 815 (817); *Josef Franz Lindner*, JURA 2016, 8 (11).

26 *Siep* (Fn. 20), S. 423.

27 *Taupitz* (Fn. 9), 815 (817).

28 *Lindner* (Fn. 25), 8 (13 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die moralischen Normen durch einen gesellschaftlichen Exkurs entstehen, entsteht das *Recht* durch legitimierte Institutionen wie Parlamente.[29] Ein weiterer Unterschied besteht in ihrer Verbindlichkeit sowie Durchsetzung: Nur das Recht ist eine durch Zwang durchsetzbare Ordnung.[30] Dem Recht kommt somit die exklusive Funktion zu, gesellschaftliche Konflikte verbindlich zu lösen und reklamiert eine Legitimation, die anderen Disziplinen (wie der Ethik) alleine verwehrt bleiben.

II. Wechselwirkungen zwischen Recht und Moral

Aufgrund der exklusiven Legitimation, die dem Recht aufgrund seiner durch Zwang durchsetzbaren Ordnung zukommt, galt lange Zeit eine strikte Trennung zwischen Recht und Moral, die bis auf *Immanuel Kant* zurückreicht und lange als Errungenschaft galt. Positivisten wie *Hans Kelsen* trennten noch beide Sphären strikt voneinander und wiesen darauf hin, dass sich positives, gesetztes Recht häufig von einem idealen Recht unterscheide, da ersteres unvollständig oder unmenschlich sein könne.[31] Allerdings wollte schon *Gustav Radbruch* als Verbindungstheoretiker Ausnahmen für solche Rechtsnormen vornehmen, die ein solch unerträgliches Maß an Ungerechtigkeit erreichten oder eklatant gegen Menschenrechte verstießen, dass sie der Gerechtigkeit weichen müssten. Bereits er sah das Recht damit partiell als für moralische Maßstäbe durchlässig an.[32]

Heute kommt der Ethik eine zunehmend wichtige Funktion zu: Sie nimmt Einfluss auf die Entstehung von Normen. Denn Gesetze, die sich nur rechtlich, nicht aber moralisch begründen lassen, schlicht ungerecht sind und bloßen Partikularinteressen dienen, können in modernen demokratischen Gesellschaften keine oder zumindest geringe Legitimität beanspruchen.[33] Diese Wechselwirkungen von Recht und Moral werden durch allgegenwärtige Forderungen nach mehr Interdisziplinarität verstärkt. Das Recht soll sich für andere Disziplinen öffnen, damit sich verschiedene Wissenschaftsbereiche vernetzen können und so ein größerer Erkenntnis-

29 *Lindner* (Fn. 25), 8 (11).
30 *Matthias Mahlmann*, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 7. Aufl. 2023, § 28 Rn. 4; *Lindner* (Fn. 25), 11.
31 *Mahlmann* (Fn. 30), § 28 Rn. 9.
32 *Mahlmann* (Fn. 30), § 28 Rn. 6.
33 *Mahlmann* (Fn. 30), § 28 Rn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gewinn generiert werden kann. Ethik und Recht haben damit gemeinsame Schnittmengen. Die traditionelle Trennung entspricht mittlerweile weder der faktischen noch der normativen Wirklichkeit.[34] Zwar mag man die grundsätzliche Trennung noch als gedanklichen Ausgangspunkt nehmen, in praktischer Hinsicht mangelt es indes nicht an Berührungspunkten.[35]

III. Ethik im Recht

Das Recht verliert durch die Bezugnahme auf andere Disziplinen nicht an Legitimität, sondern steigert sie vielmehr gegenüber ungerechten, unmoralischen Normen, die Zweifel an der Befolgung auslösen können. Auf die zunehmende Bezugnahme der Ethik im Recht weisen auch jüngere, gesetzgeberische Entwicklungen hin. Nicht nur die *Deklaration von Helsinki* verlangt die Begutachtung durch Ethikkommissionen, sobald Forschung am Menschen durchgeführt wird. Auch andere Normen fordern für medizinische Forschungsvorhaben Tatbestandsmerkmale wie ethische Vertretbarkeit[36] oder die „Einhaltung der anerkannten ethischen Standards“[37]. Darüber hinaus haben Ethikkommissionen klinische Forschung „unter Berücksichtigung von ethisch relevanten medizinisch-wissenschaftlichen, biometrischen, juristischen und am Patienten- und Datenschutz orientierten Gesichtspunkten“[38] bzw. unter Berücksichtigung von „ethischen und rechtlichen Gesichtspunkten“[39] zu bewerten . Damit scheint auch der Gesetzgeber davon auszugehen, dass die Ethik in der Lage ist, Hilfestellungen bei Fragen zu bieten, auf die das Recht – aufgrund des teils rasanten medizinischen Fortschritts – noch keine Antworten hat.[40]

34 *Christoph Paulus/Friedrich Benjamin Schneider*, JURA 2013, 1197 (1205).
35 *Lindner* (Fn. 25), 8 (11).
36 Beispielhaft genannt seien etwa ErwG 4, 7, 14 VO (EG) 1901/2006 (Kinderarzneimittel); § 36 Abs. 3 S. 1 StrahlSchG („ethisch vertretbar“).
37 ErwG 33 DSGVO.
38 § 2 Abs. 1 EthKVO Bremen.
39 § 35 Abs. 1 S. 1 MPDG.
40 *Margaret Somerville*, Law Marching with Medicine but in the Rear and Limping a Little: Ethics as “First Aid” for Law, in: Vönekey, Silja/Beylage-Haarmann, Britta/Höfelmeier, Anja/Hübler, Anna-Katharina (Hrsg.), Ethik und Recht - Die Ethisierung des Rechts, S. 67.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

IV. Treffen Ethikkommissionen ethische Entscheidungen?

Eingrenzend muss man wohl präzisieren, dass Ethikkommissionen nur dann zur *Ethisierung* des Rechts beitragen, wenn sie nicht allein rechtliche Entscheidungen treffen, sondern (zumindest auch) ethische. Denn ansonsten würden sich die Aufgaben der Ethikkommissionen darin erschöpfen, durch zwar einen Juristen, daneben aber gleich stimmberechtigte juristische Laien, rechtliche Entscheidungen zu treffen. Gleichwohl werden teils Vorwürfe laut, dass Ethikkommissionen nur *rechtliche* Entscheidungen treffen würden.[41]

1. Entscheidungsinhalt und -wirkungen

Bei der Beratung von Ethikkommissionen stehen folgende Punkte im Vordergrund: Sind die vorgelegten Unterlagen vollständig? Ist die Methodik gemessen am Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse angemessen? Kann die Frage des Forschungsvorhabens mit dem gewählten Studiendesign beantwortet werden? Stehen Nutzen und Risiken in einem angemessenen Verhältnis zueinander? Mitunter auch Fragen wie: Werden die personenbezogenen Daten ausreichend geschützt?[42] Dabei besteht weitestgehend Einigkeit, dass Ethikkommissionen auch außerhalb der festgelegten Kriterien „wissenschaftliche Qualität", „rechtliche Zulässigkeit", „ethische Vertretbarkeit" und „ärztliche Vertretbarkeit" prüfen.[43]

Die Wirkungen der Entscheidungen der Ethikkommissionen können rein beratender Natur sein, dergestalt, dass bei einem Abweichen vom Votum eine Begründung vorgelegt werden muss. Bei beratender Funktion haben Ethikkommissionen somit keine Letztentscheidungsbefugnis, dennoch ist ihr Appellcharakter nicht zu vernachlässigen.[44] Hinzu kommen weitere faktische Auswirkungen, etwa derart, dass Fördermittelvergaben

41 Ähnlich *Bijan Fateh-Moghadam/Gina Atzeni*, Ethisch vertretbar im Sinne dieses Gesetzes - zum Verhältnis von Ethik und Recht am Beispiel der Praxis von Forschungsethikkommissionen, in: Vöneky, Silja/ Hagedorn, Cornelia/ von Achenbach, Jelena (Hrsg .), Legitimation ethischer Entscheidungen, S. 116 ff., 142 f. Diese verlangen, dass sich ‚ethische' Kriterien zugleich als rechtliche Kriterien bewähren müssen.

42 Aufzählung einiger Beispiele nach den im Rahmen des Arzneimittelgesetzes (AMG) zu prüfenden Voraussetzungen. Zur Vertiefung s. *Graf von Kielmansegg/Benda/Grass/Sudhop* (Fn. 14), 706 (709).

43 *Doppelfeld/Hasford* (Fn. 8), 682 (685).

44 *Albers* (Fn. 11), 419 (425).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

oder auch Publikationen von Forschungsergebnissen von einem positiven Votum von Ethikkommissionen abhängen.[45] Teilweise haben die Voten bindende Wirkungen und sind Teil eines mit der Genehmigungsbehörde zusammenwirkenden Verwaltungsaktes. So bedarf es etwa bei der Durchführung klinischer Forschung positiver Voten, ohne die das Vorhaben nicht genehmigt wird.[46] Besonders bei diesen für das Forschungsvorhaben bindenden (Genehmigungs-)Entscheidungen wird das Verhältnis von Ethik und Recht in neuer Weise aufgeworfen.[47]

Unabhängig von der Art der Entscheidung führt bereits die Einschaltung einer Ethikkommission zu einem Eingriff in die Forschungsfreiheit der Mediziner.[48] Denn bereits die Notwendigkeit der Einreichung von Unterlagen und die Rechenschaftspflicht stellen einen nicht unerheblichen Aufwand dar, der unabhängig vom Votum der Kommission einen prozeduralen Grundrechtseingriff darstellt, wenngleich die Intensität nicht hoch sein mag.[49]

2. Entscheidungsmaßstab

Es bleibt damit die Frage: Treffen Ethikkommissionen tatsächlich (zumindest auch) ethische Entscheidungen oder wenden sie regelmäßig nur rechtliche Regelungen an, zu deren Konkretisierung zwar allgemeine ethische Richtlinien und Regelwerke herangezogen werden, darüber hinaus aber nur selten eine ethische Bewertung vorgenommen wird?[50] Teilweise wird aus Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes gefolgert, dass sich diese Gremien ausschließlich an gesetzlichen Beurteilungsmaßstäben orientieren dürfen und weitere, darüber hinausgehende Maßstäbe verboten seien.[51] Richtig ist, jedenfalls sobald der Gesetzgeber rechtliche Wertungen getroffen hat,

45 *Wölk* (Fn. 8), 252 (255).
46 *Siep* (Fn. 20), S. 430.
47 Dazu auch *Albers* (Fn. 11), 419 (425).
48 *Fehling* (Fn. 6), 103 (104). Indes sind mit der Einschaltung von Ethikkommissionen keine Einordnung der ‚Richtigkeit' oder ‚Relevanz' des jeweiligen Forschungsvorhabens verbunden, sodass die Forschungsfreiheit nicht in ihrem Schutzbereich unter Gesichtspunkten wie ‚Verantwortlichkeit' oder ‚Sozialfolgenabschätzung' beschnitten wird: *Benedikt Buchner/Friedhelm Hase/Dagmar Borchers/Iris Pigeot*, Aufgaben, Regularien und Arbeitsweise von Ethikkommissionen, Bundesgesundheitsbl. 2019, 690 (690 f.).
49 *Fehling* (Fn. 6), 103 (107 f., 115).
50 So der Vorwurf von *Wölk* (Fn. 8), 252 (260).
51 *Wölk* (Fn. 8), 252 (260).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

darf sich eine Ethikkommission darüber nicht mit moralischen Ansichten hinwegsetzen.[52] Teils werden die Prüfvoraussetzungen der Kommissionsmitglieder mit einem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt verglichen, sodass in der Folge das Gremium ein positives Votum abzugeben habe, sofern kein Hinderungsgrund vorliege.[53] Dies führe dazu, dass die Entscheidung nicht im Ermessen der Kommission stehe, sondern eine gebundene Entscheidung sei.[54] Danach würde sich die Entscheidung auf das Bestehen bzw. Nichtbestehen gesetzlicher Versagungsgründe beschränken, sodass sich in der Folge, die Entscheidungsmaßstäbe im praktischen Vollzug der Rechtsanwendung in rechtliche Kriterien auflösen würden.[55] Richtigerweise muss geschaut werden, was die Ethikkommissionen im Einzelfall entscheiden. Es muss nach den verschiedenen gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen differenziert werden.

a) Unbestimmte Rechtsbegriffe und Abwägungsentscheidungen

So spielen ethische Kriterien bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe oder Abwägungsklauseln eine Rolle.[56] Dies ist sachgerecht, zumal fast immer die Entscheidung über Risiko-Nutzen-Abwägungen[57] zu den zu prüfenden Voraussetzungen zählen. Bei solchen Abwägungsentscheidungen können und sollen die Kommissionen ethische Gesichtspunkte miteinbeziehen. Diese bilden dabei das „Herzstück ethischer Beurteilung durch Ethikkommissionen".[58] Daran ändert nichts, dass die formaljuristischen Prüfvoraussetzungen zwar in den Vordergrund gerückt sein mögen, während die namensgebende ethische Beurteilung nur im gesetzlichen Rahmen zum Zuge kommen kann.[59] Das Recht bleibt aber in diesem Rahmen empfänglich für ethische Diskurse und Bewertungsmaßstäbe, deren Verbindlichkeit dadurch gestärkt wird, dass Entscheidungen von Ethikkommissionen im Rahmen von Beurteilungsfehlern und damit begrenzt gerichtlich

52 *Lindner* (Fn. 25), 8 (12).
53 *Graf von Kielmansegg/Benda/Grass/Sudhop* (Fn. 14), 706 (707).
54 Ebd.
55 *Fateh-Moghadam/ Atzeni* (Fn. 41), S. 116 ff.
56 Ebenso *Fehling* (Fn. 6), 103 (106).
57 Beispielhaft sei etwa auf § 40 Abs. 3 S. 2 AMG i. V. m. Art. 6 Abs. 1 lit. b VO (EU) 536/2014 über klinische Prüfungen mit Humanarzneimitteln hingewiesen.
58 *Graf von Kielmansegg/Benda/Grass/Sudhop* (Fn. 14), 706 (707).
59 Ebd.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

überprüfbar sind.[60] Mit dem Überlassen solcher Ermessensspielräume gehen dogmatische Probleme wie Legitimationsmängel einher.[61] So bestehe eine personelle Legitimation allenfalls schwach durch die Ernennung der Kommissionsmitglieder, während die demokratische Legitimation gänzlich fehle, sobald die Ethikkommissionen im Einzelfall gerade das entscheiden sollen, was der Gesetzgeber hätte regeln müssen.[62] Eine sachliche Legitimation aufgrund der in der Gesellschaft verankerten Wertvorstellungen und Moral gehe fehl, da gerade in neuen medizinischen Bereichen eine klare Mehrheitsmeinung in der Bevölkerung fehle.[63] Auch ein zu großer Abwägungsspielraum sei problematisch, weil der Gesetzgeber nach dem Parlamentsvorbehalt selbst einen Ausgleich zwischen verschiedenen Grundrechtspositionen festschreiben müsse.[64] Nach *Poscher* gebe es damit keinen einzigen Grund, Entscheidungen von Ethikkommissionen der vollen gerichtlichen Kontrolle durch Zubilligung eines Beurteilungsspielraums zu entziehen.[65]

Dagegen ist einzuwenden, dass gerade bei Abwägungsentscheidungen die Kommissionsmitglieder gegenüber den Gerichten für ethische und medizinische Fragen oftmals überlegenes Fachwissen und Qualifikationen aufweisen und ihr Votum das Ergebnis einer pluralistischen Meinungsbil-

60 Dies ist umstritten. Für eine begrenzte gerichtliche Kontrolle aussprechend, u.a: *Graf von Kielmansegg/Benda/Grass/Sudhop* (Fn. 14), 706 (707).

61 *Ralf Poscher*, Was Juristen besser können als Ethiker: Ein interdisziplinäres Argument für die gerichtliche Kontrolle von Ethikkommissionen, in: Vöneky, Silja/Beylage-Haarmann, Britta/Höfelmeier, Anja/Hübler, Anna-Katharina (Hrsg.), Ethik und Recht - Die Ethisierung des Rechts, S. 433.

62 *Poscher* (Fn. 61), S. 434 f.: Als Beispiel nennt er die Präimplantationsdiagnostik , bei der der Gesetzgeber den geringen Spielraum nicht nur auf die Exekutive, sondern nach § 3a Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Embryonenschutzgesetz (ESchG) auf eine weisungsfreie Ethikkommission übertragen hat, was den Parlamentsvorbehalt unterminiere. Richtigerweise ist das Handeln (schon) als demokratisch legitimiert anzusehen, wenn der Gesetzgeber im Rahmen der Wesentlichkeitslehre hinreichend genau Errichtung, Besetzung, Verfahren der Ethikkommissionen sowie Berufung und Status der Mitglieder regelt: *Dederer* (Fn. 3), S. 450.

63 *Poscher* (Fn. 61), S. 435 mit dem Hinweis, dass selbst bei bestehender Mehrheit, die demokratische Legitimation der Entscheidung nicht mit der populistischen gleichgesetzt werden darf.

64 *Poscher* (Fn. 61), S. 434.

65 *Poscher* (Fn. 61), S. 440. Zugleich singt er ein Loblied auf die seit Jahrhunderten geschulten Juristen, mit der sich die junge Disziplin der Ethik nicht messen lassen könne. „Mangels Tradition und Erfahrung hat die Ethik kaum etwas Vergleichbares zu bieten".

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dung ist.[66] Im Übrigen, also bei den rechtlichen Voraussetzungen ohne Spielräume, bleibt es zudem unstreitig bei der vollständigen Kontrolle der Verwaltungsgerichte zur Sicherstellung des Art. 19 Abs. 4 GG.[67]

In der Konstellation der unbestimmten Rechtsbegriffe und Abwägungsentscheidungen prüfen Ethikkommissionen Vorhaben damit (jedenfalls auch) aus *ethischer* Sicht; ihr Entscheidungsmaßstab ist dabei die Ethik.[68]

b) Rechtliche Voraussetzungen ohne Spielraum

Teilweise wird vertreten, dass sofern gesetzliche Formulierungen so spezifisch sind, dass sie keinerlei Abwägungsspielraum zulassen, die Ethik zum Verlierer wird und das Recht dann keinen Raum mehr für Interdisziplinarität bietet.[69] Zwar mag es manche Prüfungspunkte geben, wie die Vollständigkeit der eingereichten Unterlagen, die keinen Raum für interdisziplinären Austausch bieten. Dennoch gibt es auch bei diesen Punkten oftmals Spielräume für ethische Entscheidungen. Als Beispiel dient hier die Verarbeitung besonders sensibler Gesundheitsdaten nach der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO). Diese legt selbst im rechtlich zwar unverbindlichen, aber dennoch bei der Auslegung der Verordnung zu berücksichtigen Erwägungsgrund 33 S. 2 DSGVO fest, dass die Einwilligung des Betroffenen für die Datenverarbeitung unter weniger engen Voraussetzungen, als die DSGVO selbst sonst festschreibt, möglich sei. Dies müsse aber „unter Einhaltung der anerkannten ethischen Standards der wissenschaftlichen Forschung" geschehen. Die Einhaltung ethischer Maßstäbe führt also zu einer weniger strengen Einhaltung der Zweckbestimmungsvoraussetzungen der informierten Einwilligung, wenn nicht sogar zum gänzlichen Wegfall der sonst engen Zweckbestimmung. Ein weiteres Beispiel dafür, dass Ethikkommissionen ethische Fragen auch bei eindeutigen rechtlichen Regelungen überwiegen lassen können, ist die Tatsache, dass Ethikkommissionen auch außerhalb der gesetzlichen Versicherungspflicht für Probanden oftmals einen Versicherungsabschluss verlangen, sofern die Risiken einer Teilnahme nicht vollends ausgeschlossen werden können.[70]

66 Ebenso *Fateh-Moghadam/Atzeni* (Fn. 41), S. 128.
67 *Fateh-Moghadam/Atzeni* (Fn. 41), S. 143, 129.
68 Fazit nach *Albers* (Fn. 11), 419 (419), die dies allerdings allgemein auf Entscheidungen der Ethikkommissionen bezieht und nicht speziell auf unbestimmte Rechtsbegriffe und Abwägungsentscheidungen.
69 So *Siep* (Fn. 20), S. 431.
70 *Doppelfeld/Hasford* (Fn. 8), 682 (686).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Oftmals sind es auch Ethikkommissionen, die als Voraussetzung einer Datenverarbeitung die *Einwilligung* der Patienten verlangen, obgleich andere Rechtsgrundlagen nach der DSGVO ohne Mitwirkungserfordernis der Betroffenen bestehen.[71]

In der Folge führt das zu berechtigten Legitimationsfragen, wenn Ethikkommissionen die gesetzlichen Regelungen stärker beschränken, als es das Gesetz vorsieht – wenngleich es dem Schutz der Probanden dient. Das heißt aber, dass auch in dieser Konstellation, bei der Prüfung scheinbar allein rechtlicher Voraussetzungen, ethische Überlegungen miteinfließen können.[72] Das verdeutlicht: Recht und Moral lassen sich im Rahmen der Entscheidungsfindung von Ethikkommissionen kaum voneinander trennen. Es gilt in dem Bereich „so viel Recht wie möglich; so viel Ethik wie nötig".[73]

3. Zwischenfazit

Die Pflicht zur Einschaltung von Ethikkommissionen stellt regelmäßig einen Grundrechtseingriff dar. Daher sollten stets die wesentlichen Punkte der Entscheidungsfindung der Gremien durch den Gesetzgeber festgelegt werden. Dabei belässt er diesen häufig einen Spielraum. Auch wenn demokratische Legitimationsdefizite angeprangert werden, führt die Beteiligung von Ethikkommissionen faktisch gleichwohl zu einer größeren Rechtssicherheit und einer partiellen Entlastung von Verantwortung durch die Reduktion der verwaltungsrechtlichen Kontrolldichte.[74] Auch wenn die Ethik selten die *eine* moralisch richtige Antwort auf Zweifelsfragen geben kann,[75] kann sie gleichwohl einen Diskurs starten und zu praxistauglichen Ergebnissen gelangen.

---

71 Mit dem Hinweis, dass Ethikkommissionen häufig eine machtvolle Position innehaben und sehr zurückhaltend bei der Bewilligung von Forschungsvorhaben sind, die nicht auf einer Einwilligung des Betroffenen beruhen: *Paul Quinn*, Life Sciences, Society and Policy, 2021, 17:4, 1 (30).

72 Teils wird der Einsatz von Ethikkommissionen in solchen Fällen, in denen das Recht kaum Spielräume belässt, als „unzweckmäßig" angesehen: *Dederer* (Fn. 3), S. 445 f.

73 Zitat nach *Buchner/Hase/Borchers/Pigeot*, (Fn. 48), 690 (696).

74 Zur begrenzten Kontrolldichte: *Fehling* (Fn. 6), 103 (104).

75 Als Ausnahme mag das Beispiel 'torturing a baby' gehören, das auf *Ronald Dworkin* zurückgeht und als eindeutig unmoralisch angesehen werden kann: *Poscher* (Fn. 61), S. 437.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Die ethische Konfliktlage ist Spiegelbild der grundrechtlichen Dimension: Es gilt das Spannungsverhältnis zwischen Wissenschaftsfreiheit und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Einzelnen in Verbindung mit dessen Gesundheitsschutz für den Einzelfall aufzulösen.[76] Bislang geben beinahe sämtliche Regelungen Ethikkommissionen Raum für ethische Erwägungen. Dies geschieht vor allem durch die Verwendung unbestimmter Begriffe, Abwägungsentscheidungen wie Risiko-Nutzen-Abwägungen oder direkte Anweisungen wie die „Einhaltung der anerkannten ethischen Standards". Gerade die Medizin ist ein mitunter technisch hochkomplexer ethisch sensibler Bereich, in dem Ethikkommissionen eine „befriedende Wirkung" haben.[77]

D. Ethikkommissionen als Beispiel gelungener rechtlicher Interdisziplinarität

Ethikkommissionen sind nicht nur ein Element von möglichen drei Aspekten einer Ethisierung des Rechts, sie sind vielmehr das Beispiel, welches alle Elemente einschließt. So nutzen Ethikkommissionen ihre eigene Expertise, um zu ethischen Ergebnissen zu kommen. Daneben nutzen sie die bereits vom Gesetz vorgesehenen rechtlichen Spielräume wie bei unbestimmten Rechtsbegriffen oder Abwägungsentscheidungen und Risiko-Nutzen-Analysen. Hilfestellung geben ihnen dabei ethische Leitlinien, die teilweise auch verrechtlicht wurden.[78]

Durch die rechtliche Anerkennung von Ethikkommissionen belehnt das Recht deren ethische Standards, Prozeduren als auch ihre Einrichtung mit der Autorität des Rechts.[79] Ob im Großen oder Kleinen: Ethikkommissionen können dabei helfen, den Konflikt über grundlegende Werte-Differenzen in der pluralistischen Gesellschaft sachgerecht aufzulösen.[80] Daher ist ihre Etablierung nicht nur auf Ebene der Rechtssetzung und Rechtskonkretisierung, sondern auch im Bereich der Rechtsanwendung begrüßenswert. Ihre Aufgaben beschränken sich zu Recht nicht mehr allein auf die medizinische Forschung, sondern auf das gesamte Spektrum moderner Medi-

76 *Fehling* (Fn. 6), 103 (104).
77 *Dederer* (Fn. 3), S. 445.
78 So etwa Regelungen der *good clinical practice* (GCP), die in Deutschland erst in einer GCP-Verordnung verrechtlicht wurden und sich heute in der VO (EU) 536/2014 über klinische Prüfungen mit Humanarzneimitteln wiederfinden.
79 Ähnlich *Gruschke* (Fn. 23), S. 42.
80 *Albers* (Fn. 11), 419 (428).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zin.[81] Dabei gilt für gesetzesanwendende Ethikkommissionen der Gesetzesvorbehalt: Denn die Kommissionen stellen für kollidierende Grundrechte grundlegende Verfahrensregelungen dar, weshalb der Gesetzgeber das Wesentliche selbst entscheiden muss.[82] Dabei bedarf es eines Balanceaktes des Gesetzgebers: Je weitgehender die Entscheidung der Ethikkommission in der Rechtsfolge ist (also v. a. bei bindenden Entscheidungen), desto strenger müssen (auch unter dem Aspekt der Legitimation) die rechtlichen Vorgaben an die Ausgestaltung und Organisation solcher Kommissionen, ebenso wie ihre Zusammensetzung und Abstimmung, konkretisiert werden.[83] Das bedeutet, dass die gesetzesanwendenden bzw. -vollziehenden Ethikkommissionen eine Errichtung durch formales Gesetz bedürfen, welches Zusammensetzung, Berufung, Verfahren sowie die materiell zu prüfenden Kriterien festlegt.[84] Dem Recht kommt zwar auch weiterhin die exklusive Funktion zu, gesellschaftliche Konflikte verbindlich zu lösen. Durch eine Öffnung für interdisziplinäre Argumente – vor allem in Form von ethischen Anregungen im Rahmen der modernen Medizin – kann das Recht, das so mitunter auch ethisch-gerecht erscheint, indes zu einer größeren Akzeptanz und im Ergebnis mehr Legitimität führen. So hat der ethische Einfluss bereits zur Verrechtlichung einiger Punkte geführt, etwa in Form der Einführung einer notwendigen informierten Einwilligung oder von Aufklärungspflichten vor einer ärztlichen Behandlung. Die Öffnung des Rechts für ethische Impulse führt zu einer Flexibilisierung rechtlicher Entscheidungen, die Probleme angehen können, noch bevor sie beim Gesetzgeber angekommen sein mögen. Eine vollständige Verrechtlichung des wissenschaftlichen Handelns wäre zudem dysfunktional.[85]

Ethikkommissionen haben sich von ihren Wurzeln gelöst und sich zu im Recht implementierten Kontrollinstanzen gewandelt.[86] Damit gibt das Recht einen gesetzlichen Rahmen vor und bestimmt die wichtigsten Voraussetzungen, unter denen ein interdisziplinärer Diskurs stattfinden kann, bei gleichzeitiger Verrechtlichung ethischer Fragestellungen.[87] So kommt es partiell zur Ethisierung und nicht nur zur Prozeduralisierung des Rechts.[88]

81 Feststellend *Albers* (Fn. 11), 419 (419).
82 *Dederer* (Fn. 3), S. 447.
83 *Albers* (Fn. 11), 419 (434).
84 *Dederer* (Fn. 3), S. 451.
85 Bezogen allein auf ärztliches Handeln: *Albers* (Fn. 11), 422.
86 *Wölk* (Fn. 8), 252 (257).
87 Vertiefend zur Verrechtlichung ethischer Fragestellungen: *Kersten* (Fn. 1), § 54 Rn. 1 ff.
88 A. A. *Fateh-Moghadam/Atzeni* (Fn. 41), S. 115 f.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der Angst vor Einführung eines zusätzlichen außerrechtlichen Bewertungsmaßstabs ist entgegenzuhalten, dass sich das Recht vor einer vollständigen Aushöhlung durch zu viele fachfremde Tatbestandsmerkmale selbst zu schützen vermag. Denn je mehr Einfluss ethisch-interdisziplinäre Entscheidungen im Recht gewinnen, desto strenger werden die rechtlichen Anforderungen an die Einbindung. Je bedeutsamer die Aufgaben von Ethikkommissionen werden (etwa, indem diesen nicht nur beratende, sondern genehmigende Funktionen zukommen), desto strenger sind die rechtlichen Anforderungen hinsichtlich Entscheidungs- und Abstimmungsverhalten, aber auch an Ausgestaltung von Organisation und Verfahren, zu stellen.[89] Die zusätzlichen ethischen Anforderungen führen zu einer „Etablierung von spezifisch rechtlichen Verfahren, die die Einbeziehung externen Sachverstandes zur präventiven Prüfung bestimmter rechtlicher Versagungskriterien ermöglichen".[90] Die Besonderheit liegt auch hinter dem Stichwort ‚präventiv' verborgen: Ethikkommissionen werden präventiv tätig und können ‚das Schlimmste' im Zweifel verhindern, denn Gerichte werden in der Regel ex post tätig, wenn der mögliche Schaden beim Probanden oder Patienten bereits eingetreten ist.

E. Fazit

Die Ethik sollte bei dem interdisziplinären Austausch innerhalb einer Ethikkommission im Mittelpunkt stehen. Denn ethische Gesichtspunkte sind geeignet, Kommunikationsbarrieren zwischen den einzelnen, in der Ethikkommission sitzenden Mitgliedern, zu überwinden: Während Mediziner etwa vor allem zwischen krank/gesund und Juristen zwischen Recht/Unrecht differenzieren, kommt der Ethik hier eine Art „Übersetzerfunktion" zu, die die *prima facie* unvereinbar scheinenden Dialoge zwischen den Fachdisziplinen durch eine Ethisierung des Diskurses aufeinander bezieht.[91]

Daneben führen Ethikkommissionen nachweislich zu verbesserten medizinischen Forschungsvorhaben: So ergab eine Studie von 2017, dass

89 *Vogeler* (Fn. 6), S. 48 mit dem Hinweis, dass der Wandel der Ethikkommissionen von beratenden Ausschüssen hin zu genehmigende Behörden zwangsweise zur strengen Beachtung des Gesetzesvorbehalt führt.

90 *Fateh-Moghadam/Atzeni* (Fn. 41), S. 143.

91 Ebenso Fateh-Moghadam/Atzeni (Fn. 41), S. 141.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Ethikkommissionen zwar nur 2 % der rund 1.000 untersuchten Anträge definitiv ablehnten, allerdings akzeptierten sie ohne Änderungen auch nur 5 % im ersten Anlauf, sodass darauf geschlossen werden kann, dass in über 90 % der Anträge Ethikkommissionen Verbesserungen herbeigeführt haben.[92]

Die Entscheidung der Kommissionsmitglieder erschöpft sich damit nicht in einer Entscheidungsfindung von Mitgliedern verschiedener Couleur. Wie gezeigt, üben sie tatsächlichen und rechtlichen Einfluss auf die moderne Medizin aus. Auch solange sie rechtlichen Anforderungen genügen müssen, bleibt Raum für einen interdisziplinären Austausch. Ethikkommissionen kommt eine Mittlerrolle zwischen Wissenschaft und Öffentlichkeit zu, die der Transparenz- und Akzeptanzschaffung in der Bevölkerung dient.

Dabei gilt: Je mehr Einfluss interdisziplinäre (hier: ethische) Fragestellungen im Recht gewinnen, desto strengere normative Anforderungen stellt das Recht im Rahmen der Wesentlichkeitslehre wiederum an deren Umsetzung. Damit sichert sich das Recht seine exklusive Legitimität bei gleichzeitiger Öffnung für Interdisziplinarität. Dadurch schafft es nicht nur größere Akzeptanz, sondern kann auch den Vorwurf der Lebensfremdheit vermeiden. Die Nutzung zunehmender interdisziplinärer Elemente wie ‚ethischer Vertretbarkeit' sowie die Einsetzung von Ethikkommissionen in der modernen Medizin sind daher begrüßenswert.

92 Zahlen nach *Doppelfeld/Hasford* (Fn. 8), 682 (682 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der Sozialstaat zwischen transnationaler Migration und Exklusion

Julian Seidl

Im modernen Sozialstaat richtet sich Zugehörigkeit nicht mehr nach dem Personalitätsprinzip, sondern nach dem Territorialitätsprinzip.[1] Das von Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG gewährleistete Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum steht deutschen und ausländischen Staatsangehörigen, die sich im Bundesgebiet aufhalten, gleichermaßen zu.[2]

Der an einem territorialen Konzept von Zugehörigkeit[3] ausgerichtete Sozialstaat ist in ein internationales Umfeld eingebettet. Dem Phänomen transnationaler Migration innerhalb des europäischen Freizügigkeitsraums versucht der sozialstaatsgestaltende Gesetzgeber dadurch zu begegnen, dass er eine Durchbrechung des Territorialitätsprinzips vornimmt und bestimmte Gruppen von Migrant*innen trotz gegenwärtigem Inlandsaufenthalt von Sozialleistungen ausschließt. Derartige Exklusionstendenzen zeigen sich sowohl in Bezug auf wirtschaftlich inaktive EU-Staatsangehörige[4] als auch in Bezug auf Drittstaatsangehörige[5] ohne verfestigten Aufenthalt. Die Versagung von Sozialleistungen zielt in diesen Fällen darauf ab, einen mittelbaren Zwang zur Ausreise auszuüben und Hilfesuchende zur Beendigung des transnationalen Lebenssachverhalts zu veranlassen.

Diese Spannungslage zwischen Internationalität und Sozialstaatlichkeit sowie die damit einhergehenden Tendenzen zur Exklusion von Migrant*innen im Sozialstaat möchte der vorliegende Beitrag am Beispiel der Grund-

1 *Thorsten Kingreen*, Soziale Rechte und Migration, 2010, 13 ff.; zu den Defiziten des Territorialitätsprinzips: *Ibrahim Kanalan*, Transformation sozialrechtlicher Zugehörigkeit, 2023, 34.

2 BVerfG, Urteil vom 18.7.2012, 1 BvL 10/10, ECLI:DE:BVerfG:2012:ls20120718.1bvl001010, Rn. 63, BVerfGE 132, 134 (159) – Höhe der Asylbewerberleistungen.

3 Kritisch *Kanalan* (Fn. 1), 87, wonach Gebietszugehörigkeit nicht das entscheidende Kriterium für die Fürsorgepflicht des Staates ist.

4 Vgl. für den Bereich der Grundsicherung: § 7 Abs. Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 2 SGB II, § 23 Abs. 3 SGB XII; für den Bereich der Familienleistungen: § 62 Abs. 1a EStG.

5 Vgl. für den Bereich der Grundsicherung: § 1 Abs. 4, § 1a Abs. 4, 7 AsylbLG; für den Bereich der Familienleistungen: § 62 Abs. 2 EStG, § 1 Abs. 3 BKGG, § 1 Abs. 7 BEEG.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sicherungsleistungen nachzeichnen. Diese steuerfinanzierten Leistungen knüpfen nicht an geleistete Beiträge, sondern an die Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft an,[6] sodass hier eine Aufladung des Sozialrechts mit migrationspolitischen Zwecken besonders deutlich zutage tritt.

A. Die unionsrechtliche Perspektive: Zwischen Marktbürgerschaft und Sozialbürgerschaft

Bestrebungen zur sozialstaatlichen Exklusion von Unionsbürger*innen durch die Mitgliedstaaten trat der EuGH zunächst mit einer inklusiven, freizügigkeitsfreundlichen Argumentation auf Grundlage des primärrechtlichen Diskriminierungsverbots entgegen. So folgerte der Gerichtshof in der Rechtssache *Martínez Sala* aus dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit,[7] dass die Gewährung von Erziehungsgeld nicht von der Vorlage einer förmlichen Aufenthaltserlaubnis der EU-Staatsangehörigen abhängig gemacht werden durfte.[8] In den Folgeentscheidungen *Grzelczyk* und *Trojani* bekräftigte der Gerichtshof, dass sich auch wirtschaftlich inaktive Unionsbürger*innen auf das primärrechtliche Diskriminierungsverbot berufen können.[9] Zwar ist es den Mitgliedstaaten nicht verwehrt, den Aufenthalt von Unionsbürger*innen vom Vorhandensein ausreichender Existenzmittel abhängig zu machen.[10] Doch dürfen aufenthaltsbeendende Maßnahmen keinesfalls die automatische Folge des Umstands sein, dass EU-Staatsangehörige Sozialhilfe in Anspruch nehmen.[11]

I. Zurück zur Marktbürgerschaft? – Der EuGH in den Rechtssachen Dano, Alimanovic und García-Nieto

Ab Mitte der 2010er-Jahre ist der EuGH von dieser inklusiven, gleichheitsrechtlichen Rechtsprechungslinie beim Zugang zu Sozialleistungen abgerückt und hat stattdessen das migrationspolitische Anliegen der Mitglied-

6 Siehe auch *Kingreen* (Fn. 1), 10.
7 Art. 6 EGV, heute: Art. 18 Abs. 1 AEUV.
8 EuGH, Urteil vom 12.5.1998, C-85/96, ECLI:EU:C:1998:217, Rn. 65 – Martínez Sala.
9 EuGH, Urteil vom 20.9.2001, C-184/99, ECLI:EU:C:2001:458, Rn. 36 ff. – Grzelczyk; EuGH, Urteil vom 7.9.2004, C-456/02, ECLI:EU:C:2004:488, Rn.43 f. – Trojani.
10 EuGH, 7.9.2004, C-456/02, Rn. 40 – Trojani.
11 EuGH, 20.9.2001, C-184/99, Rn. 43 – Grzelczyk.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

staaten aufgegriffen, ihre Sozialhilfesysteme vor einer Belastung durch Armutsmigration zu schützen.[12]

Der Gerichtshof argumentierte nun nicht mehr anhand des Primärrechts, sondern auf Grundlage zweier am selben Tag erlassener, einander widerstreitender Sekundärrechtsakte – der Koordinierungsverordnung (VO 883/2004 EG) und der Freizügigkeitsrichtlinie (RL 2004/38/EG).[13] Während Art. 4 der Koordinierungsverordnung eine uneingeschränkte Inländergleichbehandlung formuliert, macht Art. 24 Abs. 1 der Freizügigkeitsrichtlinie den Anspruch auf Gleichbehandlung vom Bestehen eines Aufenthaltsrechts nach ebenjener Richtlinie abhängig.[14]

Diesen Widerspruch löste der EuGH in der Rechtssache *Dano* zugunsten der aufenthaltsrechtlichen Logik der Freizügigkeitsrichtlinie auf. Demnach dürfen die Mitgliedstaaten auch im Anwendungsbereich der Koordinierungsverordnung die Gewährung besonderer, beitragsunabhängiger Geldleistungen an EU-Staatsangehörige davon abhängig machen, dass diese über ein Aufenthaltsrecht nach der Freizügigkeitsrichtlinie verfügen.[15] In den Folgeentscheidungen *Alimanovic* und *García-Nieto* erachtete der EuGH die Ausnahmebestimmung des Art. 24 Abs. 2 Freizügigkeitsrichtlinie, wonach der Aufnahmemitgliedstaat Unionsbürger*innen mit einem alleinigen Aufenthaltsrecht für Kurzaufenthalte oder zur Arbeitssuche jegliche Sozialhilfeleistung verweigern darf, im Anwendungsbereich der Koordinierungsverordnung für anwendbar.[16]

Diese Entscheidungen eint, dass sie den Diskriminierungsschutz des koordinierenden Sozialrechts an ein systemfremdes aufenthaltsrechtliches Er-

12 Vgl. EuGH, Urteil vom 11.11.2014, C-333/13, ECLI:EU:C:2014:2358, Rn. 77 f. – Dano unter Bezugnahme auf EuGH GA Wathelet, Schlussanträge vom 20.5.2014, C-333/13, ECLI:EU:C:2014:341, Rn. 93, 96 – Dano; zur Einordnung dieser Rechtsprechungsentwicklung: *Cara Röhner*, Gleichheitsrechtliche Grenzen in der sozialstaatlichen Leistungsgesetzgebung, NJW 2023, 646 (649 Rn. 21).

13 *Anuscheh Farahat*, Solidarität und Inklusion, DÖV 2016, 45 (46).

14 Vgl. EuGH, 11.11.2014, C-333/13, Rn. 69 – Dano.

15 EuGH, 11.11.2014, C-333/13, Rn. 69, 83 – Dano; EuGH, Urteil vom 15.9.2015, C-67/14, ECLI:EU:C:2015:597, Rn. 49 – Alimanovic; EuGH, Urteil vom 25.2.2016, C-299/14, ECLI:EU:C:2016:114, Rn. 38 – García-Nieto; vgl. auch EuGH, Urteil vom 19.9.2013, C-140/12, ECLI:EU:C:2013:565, Rn. 57 – Brey.

16 EuGH, 15.9.2015, C-67/14, Rn. 57 f. – Alimanovic; EuGH, 25.2.2016, C-299/14, Rn. 51 ff. – García-Nieto. Zur methodischen Kritik: *Astrid Wallrabenstein*, Wie Florin zwischen die Stühle rutschte – Die Unionsbürgerschaft und das menschenwürdige Existenzminimum, JZ 2016, 109 (114).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fordernis knüpfen.[17] Damit erschwert diese Rechtsprechung den Zugang zu Sozialleistungen in transnationalen Lebenssituationen. Sie birgt das Risiko, dass Unionsbürger*innen weder im Herkunftsstaat noch im Aufenthaltsstaat einen Anspruch auf Sozialleistungen haben – und damit ebenjener Zustand eintritt, den das koordinierende Sozialrecht eigentlich verhindern soll.[18]

Zugleich schwächt diese Judikatur den integrativen Charakter der Unionsbürgerschaft. Wenn die Unionsbürgerschaft nur denjenigen sozialstaatliche Zugehörigkeit vermittelt, die wirtschaftlich aktiv sind, büßt sie deutlich in ihrer identitätsstiftenden Funktion ein. Konzeptionell hat sich die Unionsbürgerschaft damit nicht zur Sozialbürgerschaft fortentwickelt, sondern ist zum Leitbild eines wirtschaftlich aktiven „Marktbürgers" zurückgekehrt.[19]

II. Und nun? – Neue Entwicklungen der EuGH-Rechtsprechung ab 2016

Die seit dem Brexit-Referendum ergangenen Entscheidungen des Gerichtshofs setzen wiederum andere Akzente. So stellte der EuGH klar, dass die Ausnahmebestimmung des Art. 24 Abs. 2 Freizügigkeitsrichtlinie eng auszulegen und weder in Bezug auf ein vom Schulbesuch des Kindes abgeleitetes Aufenthaltsrecht[20] noch im Kontext von Familienleistungen[21] anwendbar ist. In einer Entscheidung zur österreichischen Familienbeihilfe machte der Gerichtshof überdies deutlich, dass es mit der Koordinierungsverordnung und dem Primärrecht unvereinbar ist, die Höhe der Familienleistungen nach dem Aufenthaltsstaat der Kinder der Begünstigten zu staffeln.[22]

17 *Farahat* (Fn. 13), 48.
18 *Farahat* (Fn. 13), 49.
19 So etwa *Daniel Thym*, Die Rückkehr des „Marktbürgers" – Zum Ausschluss nichterwerbsfähiger EU-Bürger von Hartz IV-Leistungen, NJW 2015, 130.
20 EuGH, Urteil vom 6.10.2020, C-181/19, ECLI:EU:C:2020:794, Rn. 60, 69 ff. – Jobcenter Krefeld.
21 EuGH, Urteil vom 1.8.2022, C-411/20, ECLI:EU:C:2022:602, Rn. 52 ff., 67 ff. – Familienkasse Niedersachsen-Bremen.
22 EuGH, Urteil vom 16.6.2022, C-328/20, ECLI:EU:C:2022:468, Rn. 93 ff. – Kommission / Österreich; hierzu auch: *Marija Bilić*, Die Indexierung der Familienbeihilfe (und sonstiger steuerlicher Absetzbeträge) – Eine Beurteilung im Lichte des Unionsrechts, ZESAR 2022, 370.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Nachdem der Gerichtshof in der Rechtssache *Dano* die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Grundrechtecharta noch verneint hatte,[23] begann er in seiner jüngeren Rechtsprechung damit, die hierdurch entstandene Leerstelle im Bereich des europäischen Grundrechtsschutzes zu schließen. So haben sich die Mitgliedstaaten zu vergewissern, dass Unionsbürger*innen infolge der Versagung von Sozialhilfe nicht einem konkreten und gegenwärtigen Risiko der Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 1, 7 und 24 GRCh ausgesetzt sind.[24] Die Menschenwürdegarantie des Art. 1 GRCh begründet, dass die Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen haben, dass schutzbedürftige Unionsbürger*innen unter würdigen Bedingungen leben können.[25] Art. 7 und Art. 24 Abs. 2 GRCh dehnen diese Verpflichtung auf das Zusammenleben von Kindern mit ihren sorgeberechtigten Eltern aus.[26]

Damit steckt das Unionsgrundrecht auf ein Existenzminimum noch in den Kinderschuhen. Als bloße Verpflichtung der Mitgliedstaaten, sich zu vergewissern, dass die Versagung existenzsichernder Leistungen keine menschenunwürdigen Zustände hervorruft, bleibt es derzeit noch hinter einem materiellen grundrechtlichen Anspruch auf Gewährleistung eines Existenzminimums zurück. Dabei erscheint es keineswegs ausgeschlossen, der Grundrechtecharta einen an die Mitgliedstaaten gerichteten, grundrechtlichen Leistungsanspruch auf Gewährleistung eines Existenzminimums zu entnehmen. Hierzu findet sich nicht nur mit der Menschenwürdegarantie des Art. 1 GRCh ein mit Art. 1 Abs. 1 GG identischer Anknüpfungspunkt im Text der Charta. Auch das in Art. 34 Abs. 3 GRCh formulierte Recht auf eine soziale Unterstützung zur Sicherstellung eines menschenwürdigen Daseins birgt diesbezüglich erhebliches normatives Potenzial, welches der EuGH bislang ungenutzt lässt.[27]

23 EuGH, 11.11.2014, C-333/13, Rn. 85 ff – Dano; kritisch hierzu: *Wallrabenstein* (Fn. 16), 116 f.; *Ferdinand Wollenschläger*, Keine Sozialleistungen für nichterwerbstätige Unionsbürger, NVwZ 2014, 1628 (1630 f.).

24 EuGH, Urteil vom 15.7.2021, C-709/20, ECLI:EU:C:2021:602, Rn. 89 ff. – The Department for Communities in Northern Ireland.

25 EuGH, 15.7.2021, C-709/20, Rn. 89 – The Department for Communities in Northern Ireland.

26 EuGH, 15.7.2021, C-709/20, Rn. 91 – The Department for Communities in Northern Ireland.

27 Siehe auch *Wollenschläger* (Fn. 23), 1630.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

B. Die verfassungsrechtliche Perspektive: Leistungsausschlüsse in der Grundsicherung im Lichte des Grundrechts auf ein menschenwürdiges Existenzminimum

Vor diesem Hintergrund lohnt es sich den Ausschluss bestimmter Personengruppen von der sozialstaatlichen Leistungsgewährung auch aus der Perspektive des deutschen Verfassungsrechts zu betrachten, welches einen materiellen grundrechtlichen Anspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums kennt.

I. Das Leistungsgrundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums

Ein solches Leistungsgrundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums hat das BVerfG anhand der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG begründet.

1. Menschenrecht anknüpfend am Inlandsaufenthalt

Als Menschenrecht steht das Grundrecht aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG deutschen und ausländischen Staatsangehörigen, die sich im Bundesgebiet aufhalten, gleichermaßen zu.[28] Auf die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts kommt es nicht an.[29] Der verfassungsrechtliche Leistungsanspruch aus Art. 1 Abs. 1 GG ist allein im „Menschsein" begründet.[30]

In Anbetracht der Verankerung des Grundrechts in Art. 1 Abs. 1 GG ist dies nur konsequent. Gleichwohl wird gegen die Konzeption eines Menschenrechts auf Gewährleistung des Existenzminimums eingewandt, dass sich ein solches Menschenrecht nicht anhand des universellen Charakters

28 BVerfG, 18.7.2012, 1 BvL 10/10 u.a., Rn. 63 – Höhe der Asylbewerberleistungen.

29 *Ferdinand Kirchhof*, Die Entwicklung des Sozialverfassungsrechts, NZS 2015, 1 (4); *Andreas Merold*, Freiheit durch den Staat – Eine Auseinandersetzung mit der Reichweite und den Grenzen des verfassungsrechtlichen Existenzminimums, 2016, 416; *Frank Schreiber*, Die Reichweite der Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG iVm Art. 20 Abs. 1 GG als Menschenrecht, Soziales Recht 2018, 181 (182).

30 *Kirchhof* (Fn. 29), 4.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Menschenwürde begründen ließe, da im internationalen Vergleich ein niedrigeres Leistungsniveau bestehe.[31]

Dieser Einwand liegt neben der Sache. Auch die internationalen Menschenrechtsabkommen beinhalten eine Gewährleistung der Mindestvoraussetzungen eines menschenwürdigen Daseins.[32] Selbstredend folgt aus den Menschenrechten kein globaler Anspruch auf Leistungen nach deutschem Standard. Ein niedrigeres Leistungsniveau in anderen Staaten der Erde schwächt nicht die Begründung des Grundrechts anhand der Menschenwürdegarantie. Vielmehr setzt das BVerfG seine menschenwürdebasierte Konzeption mit dem Territorialitätsprinzip des Sozialstaats in Bezug, indem es ausführt, dass das Existenzminimum in Deutschland befindlicher Personen anhand der hiesigen Gegebenheiten zu bemessen ist und nicht unter Hinweis auf niedrigere Lebenserhaltungskosten im Herkunftsstaat abgesenkt werden darf.[33] Dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums liegt die egalitäre Grundannahme zugrunde, dass der existenznotwendige Bedarf für alle Menschen innerhalb des Bundesgebiets einheitlich zu bemessen ist und Abweichungen für bestimmte Personengruppen einer tragfähigen Begründung bedürfen.[34]

2. Nichtrelativierbarkeit des Existenzminimums

Zugleich folgt aus der den Anspruch fundierenden Menschenwürde, dass bedarfsfremde Erwägungen keinen Eingang in die Bemessung des Existenzminimums finden dürfen. „Die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Menschenwürde ist migrationspolitisch nicht zu relativieren."[35]

Diese vielfach zitierte Passage aus der Senatsentscheidung zum Asylbewerberleistungsgesetz bezog sich darauf, dass die Grundleistungen nach § 3

31 *Daniel Thym*, Migrationsfolgenrecht, in: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Grenzüberschreitungen – Migration. Entterritorialisierung des Öffentlichen Rechts, VVDStRL 76 (2017), 169 (182); siehe auch *Christine Langenfeld*, Asyl und Migration unter dem Grundgesetz, NVwZ 2019, 677 (683).

32 Vgl. Art. 25 Abs. 1 AEMR: Recht auf einen Lebensstandard, der seine und seiner Familie Gesundheit und Wohl gewährleistet, einschließlich Nahrung, Kleidung, Wohnung, ärztliche Versorgung und notwendige soziale Leistungen; Art. 11 Abs. 1 IPwskR: Recht eines jeden auf einen angemessenen Lebensstandard für sich und seine Familie; siehe auch *Stephan Kirste/Ingo Sarlet*, Das Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum, Der Staat 2023, 27 (46 ff.).

33 BVerfG, 18.7.2012, 1 BvL 10/10 u.a., Rn. 67 – Höhe der Asylbewerberleistungen.

34 Vgl. BVerfG, 18.7.2012, 1 BvL 10/10 u.a., Rn. 73 – Höhe der Asylbewerberleistungen.

35 BVerfG, 18.7.2012, 1 BvL 10/10 u.a., Rn. 95 – Höhe der Asylbewerberleistungen.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

AsylbLG a.F. bewusst niedriggehalten wurden, um Zuwanderungsanreize zu unterbinden.[36] Eben jene Instrumentalisierung der Leistungsgewährung zur generalpräventiven Abschreckung potenzieller Migrant*innen erachtete das BVerfG als unzulässige Relativierung der Menschenwürde.

Anders liegt es, wenn Leistungskürzungen als Mittel individuell-konkreter Verhaltenssteuerung eingesetzt werden. So ist es mit dem Grundrecht aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG vereinbar, auf die Überwindung der Hilfebedürftigkeit gerichtete Mitwirkungspflichten mithilfe sog. Sanktionen durchzusetzen. [37] Dies wirft die Frage auf, wie die zulässige Durchsetzung von Mitwirkung im Grundsicherungsrecht von einer unzulässigen Relativierung der Menschenwürde abzugrenzen ist.[38]

3. Spannungsverhältnis in Fällen transnationaler Migration

Besonders schwierig erweist sich eine solche Grenzziehung im Hinblick auf Leistungsausschlüsse für wirtschaftlich inaktive EU-Staatsangehörige[39] sowie für drittstaatsangehörige Schutzsuchende[40] in den Fällen sog. Sekundärmigration.

Derartige Regelungen sind von der migrationspolitischen Motivation geprägt, Personen durch die Versagung von Grundsicherungsleistungen zur Ausreise zu veranlassen.[41] Gleichwohl relativieren die Leistungsausschlüsse nicht das Existenzminimum der Höhe nach, sondern betreffen die vorge-

36 Vgl. BT-Drs. 12/5008, 13.

37 Vgl. BVerfG, Urteil vom 5.11.2019, 1 BvL 7/16, ECLI:DE:BVerfG:2019:ls20191105.1bvl000716, BVerfGE 152, 68 – Sanktionen im Sozialrecht.

38 Siehe auch *Gabriele Buchholtz*, Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums und die staatliche Grundsicherung, JuS 2021, 503 (505).

39 Siehe § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II, § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 SGB XII (Leistungsausschluss in den ersten drei Monaten des Aufenthalts); § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Buchstabe a SGB II, § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Alt. 1 SGB XII (Leistungsausschluss für Personen ohne Aufenthaltsrecht); § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Buchstabe b SGB II, § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 SGB XII (Leistungsausschluss für Personen mit einem Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitssuche).

40 Siehe § 1 Abs. 4 AsylbLG (Leistungsausschluss für vollziehbar Ausreisepflichtige mit Schutzstatus in einem anderen EU-Mitgliedstaat); § 1a Abs. 4 S. 2 AsylbLG (Leistungseinschränkung für Asylsuchende mit Schutzstatus einem anderen EU-Mitgliedstaat); § 1a Abs. 7 AsylbLG (Leistungseinschränkung für Asylsuchende und Ausreisepflichtige, deren Asylantrag aufgrund der Zuständigkeit eines anderen EU-Mitgliedsstaats nach der Dublin III-Verordnung als unzulässig abgelehnt wurde).

41 Vgl. zu Parallelen zwischen dem AsylbLG und den Leistungsausschlüssen für Unionsbürger*innen: *Wallrabenstein* (Fn. 16), 119.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lagerte Frage, wer zum deutschen Sozialstaat zugehörig ist und wem die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums im Bundesgebiet zuteilwird. Erkennt man das Territorialitätsprinzip als Ordnungsidee des modernen Sozialstaats an, stellt sich die Frage nach der Rechtfertigung seiner Durchbrechung: Darf ein Sozialstaat, dessen Verfassung allen Menschen in ihrem räumlichen Geltungsbereich ein menschenwürdiges Existenzminimum gewährleistet, bestimmten Personen trotz bestehenden Aufenthalts existenzsichernde Leistungen vorenthalten?

II. Ansätze zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung migrationsbezogener Leistungsausschlüsse

Zur Rechtfertigung der Leistungsausschlüsse im Grundsicherungsrecht wird auf einen Gleichlauf mit migrationsrechtlichen Wertungen, einen transnationalen Nachranggedanken sowie auf einen abgeschwächten Grad der Verbundenheit zur inländischen Solidargemeinschaft abgestellt.

1. Kohärenz zu Wertungen des Migrationsrechts

Es erscheint zunächst naheliegend, Leistungsausschlüsse für ausländische Staatsangehörige mit migrationsrechtlichen Argumenten zu rechtfertigen. Indes stellt dies im Bereich der Existenzsicherung eine schmale Gratwanderung zu einer unzulässigen Relativierung der Menschenwürde dar. Das mit den Leistungsausschlüssen verfolgte Ziel, Armutsmigration zu unterbinden, vermag eine Beschränkung des Grundrechts aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG nicht zu rechtfertigen.[42] Denkbar erscheint es lediglich, auf den Gedanken der Widerspruchsfreiheit von Sozialrecht und Migrationsrecht abzustellen, wonach das Sozialrecht keine Wertungen konterkarieren darf, welche das Migrationsrecht in verfassungsrechtlich zulässiger Weise zugrunde legt.

Im Hinblick auf die Leistungsausschlüsse für EU-Staatsangehörige führt dieser Ansatz zumeist nicht weiter. So verfügen die Adressaten der Leistungsausschlüsse nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, Nr. 2 Buchstabe b SGB II, § 23

42 *Andreas Kurt Pattar*, Der Umweg als Ziel? Die BSG-Entscheidung zu Leistungsausschlüssen für Ausländer im SGB II, SGb 2016, 665 (669); siehe auch *Wallrabenstein* (Fn. 16), 119: „Ein sozialrechtlicher Squeeze-out verträgt sich aber nicht mit der Menschenwürde."

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abs. 3 S. 1 Nr. 1, Nr. 2 Alt. 2 SGB XII über ein Aufenthaltsrecht. Die betreffenden Personen sollen unter Heranziehung des Grundsicherungsrechts zur freiwilligen Ausreise veranlasst werden, obwohl sie aus migrationsrechtlicher Sicht gar nicht ausreisepflichtig sind. Der gewünschte Wertungsgleichlauf zwischen Migrationsrecht und Sozialrecht ließe sich überzeugender herstellen, wenn der sozialrechtliche Leistungsausschluss erst nach Feststellung über den Verlust des Freizügigkeitsrechts eingreift.[43]

Vor der Feststellung über den Verlust des Freizügigkeitsrechts lässt sich ein Leistungsausschluss für EU-Staatsangehörige nicht mit Kohärenzüberlegungen zum Migrationsrecht rechtfertigen. Vielmehr ist es erklärungsbedürftig, warum das Sozialleistungsrecht herangezogen wird, um eine mit aufenthaltsrechtlichen Mitteln nicht durchsetzbare Ausreise herbeizuführen. Es ist nicht Sache des Existenzsicherungsrechts, migrationsrechtliche Vollzugsdefizite auszugleichen. Vielmehr bleibt anzuerkennen, dass Migrationsrecht und Sozialrecht einer unterschiedlichen Logik folgen, und sich das Sozialrecht neutral gegenüber migrationsrechtlichen Wertungen verhält.[44] Die am Schutz der Menschenwürde ausgerichtete Logik des Sozialrechts, wonach das Existenzminimum anhand des tatsächlichen Bedarfs des Individuums zu sichern ist, darf nicht zugunsten migrationspolitischer Belange durchbrochen werden.[45]

2. Transnationaler Nachranggedanke

Das Grundrecht aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG gestattet es dem Gesetzgeber, die Gewährung existenzsichernder Leistungen an den Nachranggrundsatz zu knüpfen.[46] Vor diesem Hintergrund werden migrationsbezogene Leistungsausschlüsse in Rechtsprechung[47] und Schrifttum[48] mitunter als Ausprägung des Nachranggrundsatzes verstanden und ein

43 So etwa *Thomas Oberhäuser/Eva Steffen*, Rechtswidriger Leistungsausschluss für Unionsbürger, ZAR 2017, 149 (151).

44 *Lena Frerichs*, Der Anspruch auf Krankenbehandlung nach §§ 4, 6 AsylbLG, 2023, 433 f.

45 *Wallrabenstein* (Fn. 16), 119.

46 BVerfG, 5.11.2019, 1 BvL 7/16, Rn. 123 – Sanktionen im Sozialrecht.

47 BSG, Urteil vom 29.3.2022, B 4 AS 2/21 R, ECLI:DE:BSG:2022:290322UB4AS221R0, Rn. 37 f.

48 *Mathias Ulmer*, Menschenwürde im Kontext der EU-Binnenmigration, DVBl 2017, 482 (483); *Volker Schlette*, in: Hauck, Karl/Noftz, Wolfgang (Hrsg.), SGB XII, 5. EL 2021, § 23 Rn. 91.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

transnationaler Nachranggedanke konstruiert. So habe der Gesetzgeber mit den Leistungsausschlüssen im Grundsicherungsrecht eine Nachrangigkeit der deutschen Existenzsicherung gegenüber den Sozialleistungssystemen des Herkunftsstaates normiert.[49] Die Ausreise und Inanspruchnahme von Sozialleistungen im Herkunftsstaat stelle damit – ähnlich wie etwa der Einsatz aktuell verfügbaren Einkommens und Vermögens oder der eigenen Arbeitskraft – eine von den Hilfesuchenden vorrangig auszuschöpfende Selbsthilfemöglichkeit dar.

Im Gegensatz zu den anerkannten Ausprägungen des Selbsthilfegedankens werden Betroffene hierbei nicht auf eine Möglichkeit verwiesen, wie sie ihren existenznotwendigen Bedarf innerhalb der Solidargemeinschaft decken können. Vielmehr geht mit der geforderten Mitwirkungshandlung in Gestalt der Ausreise unweigerlich das Ende der Leistungsberechtigung im Bundesgebiet einher.[50] Hierdurch wird nicht die Bedürftigkeit als solche, sondern lediglich die Verpflichtung zur Bedarfsdeckung für den deutschen Sozialstaat vermieden.[51] Anders als etwa im Falle der Sanktionen im SGB II ist es Hilfesuchenden nicht möglich, den Leistungsausschluss durch eine Änderung ihres Verhaltens abzuwenden und existenzsichernde Leistungen im Bundesgebiet wiederzuerlangen.[52] Ein auf die Überwindung der Hilfebedürftigkeit ausgerichteter Selbsthilfegedanke – wie ihn das BVerfG seiner Entscheidung zu den Sanktionen im SGB II zugrunde gelegt hat – vermag die Konstruktion einer Ausreiseobliegenheit im Grundsicherungsrecht nicht zu erklären.[53]

3. Abstufung nach dem Grad der Verbundenheit zur Solidargemeinschaft

Übrig bleibt nur der Ansatz, Leistungsausschlüsse für bestimmte Personengruppen mit einem niedrigeren Maß an Verbundenheit zur inländischen Solidargemeinschaft zu begründen.[54] Demnach soll mit dem bloßen Auf-

49 BSG, 29.3.2022, B 4 AS 2/21 R, Rn. 34.
50 *Johannes Greiser/Tobias Kador*, Existenzsicherung, europarechtlicher Arbeitnehmerstatus und Rückkehrobliegenheit, ASR 2023, 4 (10); *Schreiber* (Fn. 29), 191.
51 Vgl. *Jutta Siefert*, Sozialhilfeträger als Mädchen für alles?, ZFSH/SGB 2016, 661 (665 f.); siehe auch *Jonas Ganter*, Das menschenwürdige Existenzminimum zwischen Karlsruhe und Luxemburg, ZESAR 2020, 113 (116).
52 LSG Hessen, Urteil vom 1.7.2020, L 4 SO 120/18, ECLI:DE:LSGHE:2020:0701.L4SO120.18.00, Rn. 61; siehe auch *Greiser/ Kador* (Fn. 50), 10.
53 *Ganter* (Fn. 51), 116.
54 *Thym* (Fn. 31), 183 f.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

enthalt auf dem Gebiet eines Staates noch nicht vollständige soziale Teilhabe einhergehen. So sei es den Mitgliedstaaten der Europäischen Union nicht verwehrt, „eine Form abgestufter Solidarität [zu] praktizieren, durch die zuwandernde Unionsbürger schrittweise in ihren Solidarverband hineinwachsen" müssen.[55] Befürworter dieser Konzeption möchten dies nicht als migrationspolitische Relativierung der Menschenwürde verstanden wissen, sondern begründen diese Abstufung damit, dass „sozialstaatliche Solidaritätspflichten für die Mitglieder der jeweiligen Gemeinschaft eine höhere Intensität besitzen können als für andere Personen."[56]

Folgt man dieser Konzeption, wäre das Territorialitätsprinzip nur noch für die Zuordnung zu einer Solidargemeinschaft von Bedeutung. Die Frage, welches Maß an Zugehörigkeit eine Person zu der ihr zugeordneten Solidargemeinschaft aufweist und welche sozialen Rechte sie hieraus ableiten kann, wäre demgegenüber nach personalen Kriterien wie der Aufenthaltsdauer und der Qualität des Aufenthaltsrechts zu bestimmen.

Gegen diese Konzeption ist grundlegend einzuwenden, dass der soziale Rechtsstaat Leistungen nicht aus Dankbarkeit für eine diffuse Verbundenheit, sondern aufgrund sozialer Bedürftigkeit erbringt.[57]

Der Gedanke einer abgestuften Solidarität mag zwar eine gewisse Plausibilität aufweisen, um ein eigenes Leistungsniveau für Personen mit der Prognose eines kurzzeitigen Aufenthalts[58] zu erklären. Ein vollständiger Leistungsausschluss bestimmter Personengruppen lässt sich anhand dessen nur schwerlich begründen. Die abgestufte Solidarität müsste dann gerade darin bestehen, dass einer hilfesuchenden Person ungeachtet ihres tatsächlichen Aufenthalts und ihrer gegenwärtigen Bedürftigkeit jegliche sozialstaatliche Teilhabe verwehrt würde. Dies stünde in einem fundamentalen Widerspruch zu der egalitären Grundannahme der Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums, dass alle Menschen innerhalb eines Territoriums grundsätzlich denselben existenznotwendigen Bedarf haben. Abweichungen für bestimmte Personengruppen sind „anhand des tatsächlichen Bedarfs gerade dieser Gruppe" zu belegen[59] und nicht anhand einer nicht näher definierten Verbundenheit zur Solidargemeinschaft.

55 *Christoph Schönberger*, Die Unionsbürgerschaft als Sozialbürgerschaft, ZAR 2006, 226 (230 f.).

56 *Thym* (Fn. 31), 183.

57 *Thorsten Kingreen*, Schätzungen „ins Blaue hinein": Zu den Auswirkungen des Hartz-IV-Urteils des Bundesverfassungsgerichts auf das Asylbewerberleistungsgesetz, NVwZ 2010, 558 (561).

58 Vgl. §§ 3, 3a AsylbLG.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Zugleich kann ein höheres Maß an Verbundenheit zur Solidargemeinschaft des Herkunftsstaats nicht ohne Weiteres unterstellt werden, wie der durch die EuGH-Entscheidung prominent gewordene Fall von Frau *Alimanovic* illustriert: So lebte die bosnische Staatsangehörige *Nazifa Alimanovic* lange Zeit in Deutschland und brachte dort drei Kinder zur Welt. In der Folgezeit ging sie nach Schweden, wo sie auch die Staatsangehörigkeit erwarb. Nach dem Ende ihrer Beziehung zu einem schwedischen Staatsangehörigen kehrte sie 2010 mit ihren Kindern nach Deutschland zurück. Dass Frau Alimanovic und ihre Kinder dem schwedischen Staat in höherem Maße verbunden sind als dem deutschen Staat, erklärt sich hier nicht von selbst. Die Annahme einer geringeren Verbundenheit zur Solidargemeinschaft des Aufenthaltsstaats entspricht nicht unbedingt der Lebenswirklichkeit in transnationalen Migrationsbiografien. Das Kriterium der Verbundenheit zur Solidargemeinschaft erweist sich als kaum handhabbar.

III. Verfassungsrechtliche Einwände gegen die Konstruktion migrationsbezogener Leistungsausschlüsse im Grundsicherungsrecht

Ausgehend von der Konzeption des Grundrechts aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG als ein an den tatsächlichen Aufenthalt im Inland anknüpfendes Menschenrecht ist der Ausschluss von Grundsicherungsleistungen gewichtigen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt. Insbesondere steht die Versagung existenzsichernder Leistungen ungeachtet einer gegenwärtig bestehenden Notlage im Widerspruch zu dem im Gewährleistungsinhalt des Grundrechts angelegten Gegenwärtigkeitsprinzip. Weiterhin ist aus einer gleichheitsrechtlichen Perspektive nach einer Rechtfertigung für den Ausschluss bestimmter Personengruppen von der sozialstaatlichen Leistungsgewährung zu fragen. Schließlich ist auch über eine extraterritoriale Ausstrahlungswirkung des Grundrechts aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG als Gegenentwurf zu einer Abschottung des nationalen Sozialstaats in einem inter- bzw. supranationalen Umfeld nachzudenken.

59 BVerfG, 18.7.2012, 1 BvL 10/10 u.a., Rn. 73 – Höhe der Asylbewerberleistungen.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

1. Gegenwärtigkeitsprinzip als Maßgabe für die Ausgestaltung des Existenzminimums

„Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG verlangt, dass das Existenzminimum in jedem Fall und zu jeder Zeit sichergestellt sein muss."[60] Die Formulierung „*zu jeder Zeit*" bringt zum Ausdruck, dass eine menschenwürdige Existenz ohne Unterbrechung zu sichern ist oder anders ausgedrückt, dass der gesetzliche Leistungsanspruch zur Sicherung des Existenzminimums so auszugestalten ist, „dass er stets den gesamten existenznotwendigen Bedarf jedes individuellen Grundrechtsträgers deckt." [61]

Damit ist das Gegenwärtigkeitsprinzip im Gewährleistungsgehalt des Grundrechts aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG angelegt und bildet zugleich eine Grenze für die Ausgestaltung des Existenzminimums durch den Gesetzgeber.[62] Das Grundsicherungsrecht darf den existenznotwendigen Bedarf der Einzelnen in einer gegenwärtigen Notlage nicht ungedeckt lassen.

Das Bestehen einer Heimkehrmöglichkeit ist hierbei nicht von Bedeutung, da das Existenzminimum während des tatsächlichen Aufenthalts im Bundesgebiet zu jeder Zeit sicherzustellen ist.[63] Die gegenwärtige Bedürftigkeit im Inland überlagert die hypothetische Möglichkeit der Inanspruchnahme von Sozialleistungen im Herkunftsstaat. Allein der tatsächliche Aufenthalt eines Menschen im Bundesgebiet begründet im Falle einer gegenwärtigen Notlage bereits den Leistungsanspruch auf Gewährleistung einer menschenwürdigen Existenz.[64]

60 BVerfG, 18.7.2012, 1 BvL 10/10 u.a., Rn. 94 – Höhe der Asylbewerberleistungen.

61 BVerfG, Urteil vom 9.2.2010, 1 BvL 1/09 u.a., Rn. 137, ECLI:DE:BVerfG:2010:ls20100209.1bvl000109, BVerfGE 125, 175 – Höhe der Regelleistung I; BVerfG, 18.7.2012, 1 BvL 10/10 u.a., Rn. 65 – Höhe der Asylbewerberleistungen; siehe auch BVerfG, Beschluss vom 27.7.2016, 1 BvR 371/11, ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160727.1bvr037111, Rn. 58, BVerfGE 142, 353 – Bedarfsgemeinschaft (2016); BVerfG, Beschluss vom 19.10.2022, 1 BvL 3/21, ECLI:DE:BVerfG:2022:ls20221019.1bvl000321, Rn. 54 – Sonderbedarfsstufe im Asylbewerberleistungsrecht.

62 *Schreiber* (Fn. 29), 184.

63 Vgl. BSG, Urteil vom 20.1.2016, B 14 AS 35/15 R, ECLI:DE:BSG:2016:200116UB14AS3515R0, Rn. 42.

64 LSG Hessen, 1.7.2020, L 4 SO 120/18, Rn. 61; *Kirchhof* (Fn. 29), 4.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Gleichheitsrechtliche Rechtfertigungsbedürftigkeit von Leistungsausschlüssen

Offen ist, ob migrationsbezogene Leistungsausschlüsse im Grundsicherungsrecht nicht nur am Grundrecht aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG, sondern auch am allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zu messen sind. So entspricht es der Rechtsprechungstradition des BVerfG, Art. 3 Abs. 1 GG als Prüfungsmaßstab für den Ausschluss ausländischer Staatsangehöriger von Sozialleistungen heranzuziehen.[65] Die Entscheidung zum Asylbewerberleistungsgesetz aus dem Jahr 2012 stellt einen Bruch mit dieser gleichheitsrechtlichen Rechtsprechungslinie dar, indem sie das Sonderleistungsrecht des AsylbLG nicht an Art. 3 Abs. 1 GG, sondern ausschließlich an Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG misst.[66] Zumeist begnügt sich das BVerfG mit dem knappen Hinweis, dass andere Grundrechte – wie etwa Art. 3 Abs. 1 GG – für die Bemessung des Existenzminimums im Sozialrecht keine weiteren Maßstäbe setzen können.[67] Lediglich in einer Entscheidung aus dem Jahr 2016 stellt der Senat in Ergänzung zu Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG auch auf Art. 3 Abs. 1 GG ab, um eine Ungleichbehandlung von jungen Erwachsenen in der familiären Bedarfsgemeinschaft zu untersuchen.[68]

Demgegenüber wird Art. 3 Abs. 1 GG im Schrifttum oftmals gleichrangig neben Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG geprüft, um die Differenzierung

---

65 BVerfG, Beschluss vom 6.7.2004, 1 BvL 4/97 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2004:ls20040706.1bvl000497, BVerfGE 111, 160 – Kindergeld I; BVerfG, Beschluss vom 6.7.2004, 1 BvR 2515/95, ECLI:DE:BVerfG:2004:rs20040706.1bvr251595, BVerfGE 111, 176 – Erziehungsgeld; BVerfG, Beschluss vom 10.7.2012, 1 BvL 2/10 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2012:ls20120710.1bvl000210, BVerfGE 132, 72 (83) – Elterngeld; BVerfG, Beschluss vom 28.6.2022, 2 BvL 9/14 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2022:ls20220628.2bvl000914 – Kindergeld II. Zur Einordnung dieser Rechtsprechungslinie: *Gabriele Britz*, Gleichbehandlung ausländischer Staatsangehöriger bei der Gewährung sozialer Leistungen, in: Bäuerle, Michael/Dann, Philipp/Wallrabenstein, Astrid (Hrsg.), Demokratie-Perspektiven, Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag, 2013, 331.

66 Zuvor hatte der Senat allerdings eine Einzelregelung des AsylbLG am Maßstab von Art. 3 Abs. 1 GG überprüft: BVerfG, Beschluss vom 11.7.2006, 1 BvR 293/05, ECLI:DE:BVerfG:2006:rs20060711.1bvr029305, BVerfGE 116, 229 – Schmerzensgeld.

67 BVerfG, 9.2.2010, 1 BvL 1/09 u.a., Rn. 145 – Höhe der Regelleistung I; BVerfG, Beschluss vom 23.7.2014, 1 BvL 10/12 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2014:ls20140723.1bvl001012, Rn. 140, BVerfGE 137, 34 (100) – Höhe der Regelleistung II; BVerfG, 27.7.2016, 1 BvR 371/11, Rn. 43 – Bedarfsgemeinschaft; BVerfG, 19.10.2022, 1 BvL 3/21, Rn. 63 – Sonderbedarfsstufe im Asylbewerberleistungsrecht.

68 BVerfG, 27.7.2016, 1 BvR 371/11, Rn. 68 ff. – Bedarfsgemeinschaft.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

von Existenzsicherungsleistungen für verschiedene Personengruppen in den Blick zu nehmen.[69]

Mitunter wird für den Bereich der Existenzsicherung auch vertreten, dass Art. 3 Abs. 1 GG im Wege der Grundrechtskonkurrenz hinter Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG zurücktrete.[70] Die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums beinhalte bereits, dass Leistungen folgerichtig zu bemessen sind und divergierende Bedarfe für bestimmte Personengruppen einer Rechtfertigung bedürfen. Art. 3 Abs. 1 GG könne diesbezüglich keine weitergehenden Anforderungen statuieren.[71] Raum für eine ergänzende Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes bestehe nur insoweit, wie sich dem Gewährleistungsinhalt des Grundrechts aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG keine Vorgaben entnehmen lassen – etwa im Hinblick auf die Art der Leistungsgewährung[72] oder auf die Anrechnung von Einkommen[73] im Grundsicherungsrecht.[74]

Auf Grundlage dieser Auffassung ließe sich gleichsam vertreten, dass die Frage nach dem Ausschluss bestimmter Personengruppen von Grundsicherungsleistungen ebenfalls nicht abschließend durch Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG beantwortet wird. Vielmehr bildet Art. 3 Abs. 1 GG den einschlägigen Prüfungsmaßstab, wenn ein bestimmter Personenkreis von einer allgemeinen Regelung ausgeklammert wird.[75]

Nach hier vertretener Auffassung sind die Leistungsausschlüsse für wirtschaftlich inaktive Unionsbürger*innen sowohl am Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums als auch am allgemeinen Gleichheitssatz zu messen. Dabei bildet das Grundrecht aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG den alleinigen Prüfungsmaßstab für

69 So *Kingreen* (Fn. 57), 560 f.; *Astrid Wallrabenstein*, Chancen für ein verfassungskonformes Asylbewerberleistungsgesetz, KritV 2012, 433 (448).

70 *Tobias Aubel*, Das Gewährleistungsrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum, in: Emmenegger, Sigrid/Wiedmann, Ariane (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 1, 2011, 274 (284); *Tobias Aubel*, Anmerkung zu BSG vom 2.12.2014, B 14 AS 8/13 R, SGb 2016, 105 (108).

71 Vgl. *Frerichs* (Fn. 44), 289 f.

72 So bleibt es dem Gesetzgeber überlassen, ob er das Existenzminimum anhand von Geld-, Sach-, oder Dienstleistungen deckt; vgl. BVerfG, 9.2.2010, 1 BvL 1/09 u.a., Rn. 138 – Höhe der Regelleistung I.

73 BVerfG, Beschluss vom 16.3.2011, 1 BvR 591/08 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2011:rk20110316.1bvr059108, Rn. 30 ff; vgl. bereits BVerfG, 11.7.2006, 1 BvR 293/05 – Schmerzensgeld.

74 *Aubel* (Fn. 70),108.

75 *Wallrabenstein* (Fn. 69), 446, 448.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Leistungshöhe als solche. Hier ist danach zu fragen, ob die Leistung bedarfsgerecht bemessen wurde. Demgegenüber sind abweichende Regelungen für bestimmte Personengruppen – wie etwa der Ausschluss wirtschaftlich inaktiver Unionsbürger*innen aus der Grundsicherung – im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG rechtfertigungsbedürftig. Im Rahmen dessen ist zu prüfen, ob der von der Sonderregelung erfasste Personenkreis vertretbar bestimmt wurde und die gegenüber anderen Personengruppen bestehenden Unterschiede bei der Leistungsgewährung sachlich gerechtfertigt werden können.[76]

Hierbei sind nicht nur Unterschiede gegenüber deutschen Staatsangehörigen oder EU-Staatsangehörigen mit einem Freizügigkeitsrecht als Arbeitnehmer*innen, sondern auch gegenüber Drittstaatsangehörigen in den Blick zu nehmen. Insbesondere bedarf es einer Rechtfertigung für den Zustand, dass EU-Staatsangehörige mit einem Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche nahezu vollständig von Grundsicherungsleistungen ausgeschlossen sind,[77] wohingegen selbst ausreisepflichtige Drittstaatsangehörige noch über einen Leistungsanspruch nach dem AsylbLG[78] verfügen.

3. Extraterritoriale Ausstrahlungswirkung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums

Erkennt man einen transnationalen Nachranggedanken als Durchbrechung des sozialstaatlichen Territorialitätsprinzips an, darf auch der Grundrechtsschutz aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG nicht hierhinter zurückbleiben. Vielmehr ist dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums eine extraterritoriale Ausstrahlungswirkung beizumessen.

Diese extraterritoriale Ausstrahlungswirkung des Existenzminimums unterscheidet sich von der Konstellation extraterritorialen Handelns der deutschen Hoheitsgewalt, mit welcher sich das BVerfG jüngst im Kontext der

76 So hat das BVerfG im Kontext der Familienleistungen eine Differenzierung nach der voraussichtlichen Aufenthaltsdauer für zulässig erachtet. Zu beachten ist allerdings, dass das Fehlen eines dauerhaften Aufenthalts nicht automatisch jede Differenzierung i.R.d. Sozialleistungsgewährung legitimiert. Siehe BVerfG, 10.7.2012, 1 BvL 2/10 u.a., Rn. 26, BVerfGE 132, 72 (83) – Elterngeld; BVerfG, 28.6.2022, 2 BvL 9/14 u.a., Rn. 89 – Kindergeld II.

77 Nach § 23 Abs. 3 S. 3-6, Abs. 3a SGB XII sind lediglich Überbrückungsleistungen zu erbringen sowie die Kosten der Rückreise auf Antrag zu übernehmen.

78 Vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nachrichtendienstlichen Überwachungstätigkeit im Ausland[79] sowie der Staatshaftung[80] beschäftigt hat. Gleichwohl bestehen gewisse Parallelen: So hat das BVerfG klargestellt, dass die Grundrechtsbindung nach Art. 1 Abs. 3 GG nicht auf das deutsche Staatsgebiet begrenzt ist, wobei die Reichweite der Schutzwirkung der Grundrechte im Ausland abzustufen und im Rahmen dessen zwischen den verschiedenen Grundrechtsdimensionen zu unterscheiden ist.[81] Fraglich ist, wie weit eine extraterritoriale Grundrechtsbindung in der grundrechtlichen Leistungsdimension überhaupt reichen kann. Zwar muss eine extraterritoriale Einstandspflicht der Bundesrepublik für das Existenzminimum nicht notwendigerweise in einem weltweiten Anspruch auf deutsche Grundsicherungsleistungen münden.[82] Doch fehlt es bei der Bedürftigkeit eines ausländischen Staatsangehörigen im Ausland an einem Bezug zum deutschen Sozialstaat. Die Anknüpfung des Gewährleistungsrechts an den Inlandsaufenthalt stellt insoweit ein funktionales Äquivalent zu Art. 1 Abs. 3 GG dar, um einen hinreichenden Sachverhaltsbezug zur deutschen Hoheitsgewalt in leistungsrechtlichen Kontexten sicherzustellen.[83]

Ein solcher Bezug zum deutschen Sozialstaat ist demgegenüber ohne Weiteres gegeben, wenn Hilfesuchende im Inland auf die Rückkehr in ihren Herkunftsstaat verwiesen werden. Hier geht es nicht darum, einen extraterritorialen Leistungsanspruch zu konstruieren, sondern extraterritoriale Implikationen der Versagung von Grundsicherungsleistungen zu berücksichtigen. Möchte ein Sozialleistungsträger Hilfesuchende auf die Möglichkeit der Existenzsicherung im Ausland verweisen, hat er sich zu vergewissern, dass den Betroffenen dort eine menschenwürdige Existenz im jeweiligen Einzelfall tatsächlich auch gesichert ist. Insoweit sind umfassende Ermittlungen zu den rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen im Herkunftsstaat anzustellen, um den Anforderungen von Art. 1 Abs. 1 i.V.m.

79 BVerfG, Urteil vom 19.5.2020, 1 BvR 2835/17, ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200519.1bvr283517, BVerfGE 154, 152 – BND – Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung.

80 BVerfG, Beschluss vom 18.10.2020, 2 BvR 477/17, ECLI:DE:BVerfG:2020:rk20201118.2bvr047717, Rn. 31 – Kunduz.

81 BVerfG, 19.5.2020, 1 BvR 2835/17, Rn. 104 – BND – Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung; BVerfG, 18.10.2020, 2 BvR 477/17, Rn. 31.

82 Siehe auch *Henner Gött*, Extraterritoriale Bindung deutscher Grundrechte, DÖV 2022, 616 (625 f.), wonach einer extraterritorialen Einstandspflicht für das Existenzminimum auch durch Beiträge zur Entwicklungszusammenarbeit genüge getan werden könnte.

83 *Simon Kempny/Heike Krüger*, Menschenwürde jenseits des Abwehrrechts, SGb 2013, 384 (386); *Schreiber* (Fn. 29), 184.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Art. 20 Abs. 1 GG Rechnung zu tragen.[84] Besteht das Risiko einer Unterdeckung des Existenzminimums, etwa weil die betreffende Person prekären Lebensbedingungen und einer defizitären Existenzsicherung im jeweiligen Zielstaat ausgesetzt ist,[85] lassen sich die Konstruktion einer Rückkehrobliegenheit und ein hieran anknüpfender Leistungsausschluss nicht mit Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG vereinbaren.

Der deutsche Sozialstaat kann sich seiner Verantwortung für die Gewährleistung des Existenzminimums nicht entziehen, indem er Hilfebedürftige ohne nähere Aufklärung auf die Ausreise in einen anderen Staat verweist und seine Augen vor einer drohenden Unterdeckung des Existenzminimums verschließt.[86]

C. Fazit

Auf transnationale Migrationsbewegungen innerhalb des europäischen Freizügigkeitsraumes lässt sich nicht mit sozialstaatlicher Abschottung antworten. Eine Durchbrechung des sozialrechtlichen Territorialitätsprinzips – etwa im Wege der Konstruktion eines transnationalen Nachranggedankens – ist jedenfalls im Bereich der Existenzsicherung nicht mit der Verfassung zu vereinbaren. Der vorliegende Beitrag möchte damit schließen, dass er fünf Gegenthesen zu einer Abschirmung des deutschen Sozialstaats im transnationalen Kontext formuliert:

1. Anhand der Europäischen Grundrechte-Charta lässt sich ein materielles Leistungsgrundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums konstruieren. Es ist zu wünschen, dass der EuGH entsprechende Ansätze zum Unionsgrundrecht auf ein Existenzminimum fortentwickelt.

---

84 *Dorothee Frings*, Konsequenzen aus der Sanktionsentscheidung des BVerfG für das Asylbewerberleistungsgesetz, in: Hruschka, Constantin/Janda, Constanze/Jüngling, Konstanze (Hrsg.), Migrationsrecht in Zeiten der Pandemie – quo vadis?, 2021, 33 (42 f.).

85 So etwa zur Situation von Asylsuchenden in Griechenland und zur Unzumutbarkeit einer Rückkehr als ungeschriebenem Tatbestandsmerkmal des § 1a Abs. 4 AsylbLG: LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 27.3.2020, L 20 AY 20/20 B ER, ECLI:DE:LSGNRW:2020:0327.L20AY20.20B.ER.00, Rn. 37 ff; LSG Bayern, Beschluss vom 26.8.2021, L 19 AY 70/21 B ER, ECLI:DE:BAYLSG:2021:0826.19AY70.21.00, Rn. 26 ff.

86 Siehe auch *Frings* (Fn. 84), 42.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Es ist nicht Sache des Existenzsicherungsrechts, migrationsrechtliche Vollzugsdefizite auszugleichen. Migrationsrechtliche Wertungen können Leistungsausschlüsse in der Grundsicherung nicht begründen.
3. Die Ausreise aus dem Bundesgebiet stellt keine vorrangig auszuschöpfende Selbsthilfemöglichkeit dar. Die Konstruktion eines transnationalen Nachranggedankens vermag nicht zu überzeugen.
4. Das Grundrecht aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG lässt es nicht zu, dass der gegenwärtige existenznotwendige Bedarf einer hilfebedürftigen Person im Bundesgebiet ungedeckt bleibt.
5. Dem Grundrecht aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG kommt eine extraterritoriale Ausstrahlungswirkung zu. Inländische Leistungsträger dürfen die Situation im Zielstaat nicht unberücksichtigt lassen, wenn sie Hilfesuchenden existenzsichernde Leistungen versagen und auf die Möglichkeit einer Ausreise verweisen.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Wohngesetzgebung als Spiegel polit-ökonomischer Annahmen
Zur Rekonstruktion gesetzgeberischer Annahmen anhand von Mietpreisbremse und Wohngeld

Emma Sammet

A. Unsichtbare Annahmen als Problem

Das Wohnen als „soziale Frage unserer Zeit"[1] ist einer regen Gesetzgebungsaktivität unterworfen. Den verschiedenen Maßnahmen liegt die weit geteilte Vorstellung eines mehr oder weniger gut funktionierenden *Wohnungsmarktes* zugrunde. Diese Vorstellung ist weder historisch noch politisch selbstverständlich.[2] Dennoch werden entsprechend diesem Verständnis politische Lösungen vorangetrieben, gebremst oder ausgeschlossen. So zeigt sich: Wohngesetzgebung erfolgt nicht im ökonomisch neutralen Raum. Sie ist geprägt von (polit-)ökonomischen Annahmen. Diese impliziten und expliziten Vorstellungen schlagen sich in den gesetzgeberischen Zielsetzungen, den wohnpolitischen Instrumenten und den damit korrespondierenden Vorstellungen über deren Funktionsweise und Wirkung nieder. Die Annahmen offenzulegen, ermöglicht eine grundlegende Reflexion über heutige wohnpolitische Maßnahmen. Eine solche Reflexion ist angezeigt, weil die Gesetzgebung als Filter[3] ökonomischer Argumente nicht neutral funktioniert. Zwar treten uns die Gesetze als einheitliche Lösungen, manchmal auch als Kompromisse entgegen. Indem sie als positives Recht gesetzt werden, werden die Hintergründe jedoch neutralisiert und schwerer zu fassen, zu kritisieren und zu ändern.[4]

1 Vgl. m.w.N. u.a. *Jana Schollmeier*, Die Gewährleistung von angemessenem und bezahlbarem Wohnraum als Verfassungsfrage, 2020, 29 (Fn. 1).
2 *Christine Hannemann*, Zum Wandel des Wohnens, APuZ Nr. 20–21/2014, 36-43.
3 Vgl. *Sarah Schulz*, Die freiheitliche demokratische Grundordnung, 2019, 79.
4 Parallel zur Neutralisierung des ideologischen Hintergrunds durch das Setzen als positives Recht im Kontext der Menschenwürde, *Dieter Grimm*, Dignity in a Legal Context: Dignity as an Absolute Right, in: McCrudden, Christopher (Hrsg.), Understanding Human Dignity, 381 (381-386).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Es ist nichts Neues, dass im Gesetzgebungsprozess Informationen verschiedener wissenschaftlicher Disziplinen verarbeitet werden. Teilweise wird dies auch in den Gesetzen selbst offengelegt, beispielsweise wenn auf den „Stand der Technik“[5] oder die „Einhaltung der anerkannten ethischen Standards“[6] verwiesen wird. Bei ökonomischen Fragen erfolgt die Verarbeitung jedoch oft nicht ausdrücklich. Zudem gibt es in den Wirtschaftswissenschaften verschiedene Denkschulen, herrschende Meinungen und Mindermeinungen.[7] Die *andere Ansicht* der Ökonomie wird unsichtbar, wenn sie nicht in das Gesetz eingeht. Gleichermaßen unsichtbar wird aber auch die *herrschende Meinung*, die im Gesetzgebungsprozess obsiegt hat. Sie wird mittels dieses Verfahrens normalisiert und erhält rechtliche Geltung.[8] Bei ökonomischen Sachverhalten betrifft dies die Art und Weise des Wirtschaftens – mit Auswirkungen für die gesamte Gesellschaft.

Ausgehend von dieser Problemanalyse zeigt die folgende Ausarbeitung, wie sich die polit-ökonomischen Annahmen, die die Legislative leiten, ermitteln lassen. Entscheidend ist hierbei zunächst, dass sich die gesetzgeberischen Annahmen in einer methodischen Parallele zum Willen des Gesetzgebers rekonstruieren lassen.[9] Dies vorausgesetzt werden die Maßstäbe für das Themenfeld herausgearbeitet (B.). Wesentlich dafür sind die Gedanken des noch jungen *Law und Political Economy*-Ansatzes (LPE), welcher die Entwicklung und Folgen von *Law and Economics* im US-amerikanischen Rechtssystem kritisch untersucht und alternative Deutungen und Lösungsansätze anbietet.[10] Dass sich dieser Ansatz mithilfe stadtsozio-

5 Bspw. §§ 3 VI, 5 I Nr. 2 BImSchG, ausdifferenziert durch u.a. TA Luft und TA Lärm.

6 ErwG 33 S. 2 DSGVO, hierzu *Anna Berry*, Die Ethisierung des Rechts.

7 Einführend *N. Gregory Mankiw/Mark P. Taylor*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 2021, 23 ff.; bezogen auf das Recht *Johan Horst*, Ökonomische Theorien des Rechts, in: Buckel, Sonja/Christensen, Ralph/Fischer-Lescano, Andreas (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 3. Aufl. 2020, 301 (303 f.).

8 Vgl. parallel *Grimm* (Fn. 4), 386.

9 Mit verschiedenen Ansätzen kollektiver Intentionalität *Thomas Wischmeyer*, Zwecke im Recht, 2015; *Thomas Wischmeyer*, Der „Wille des Gesetzgebers“, JZ 2015, 957; und *Markus Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, 2019. Im Unterschied zur Rekonstruktion des Willens, welche einen Inhalt für die Gesetzgebungsauslegung eines konkreten Gesetzes erschließen soll, zeigt die parallele Untersuchung der dem Willen zugrunde liegenden Annahmen die Leerstellen der vorherrschenden Auslegung auf.

10 Einführend *Jedediah Britton-Purdy/David Singh Grewal/Amy Kapczynski/K. Sabeel Rahman*, Building a Law-and-Political-Economy Framework: Beyond the Twentieth-Century Synthesis, Yale Law Journal 2020, 1784. Im Zuge der deutschen Rezeption vgl. kritisch *Moritz Renner/Torsten Kindt*, Wirtschaftsrecht und Politische Ökonomie, JZ 2023, 313; einordnend *Eva Herzog*, Die Wiederentdeckung des Öffentlichen, JZ

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

logischer Erkenntnisse auch für den deutschen Kontext fruchtbar machen lässt, wird anschließend gezeigt. Der Beitrag greift insofern das Tagungsthema der Interdisziplinarität doppelt auf, indem einerseits der Niederschlag neoklassischer Annahmen in der Wohngesetzgebung untersucht und andererseits ein Abgleich mit Konzepten der Stadtsoziologie vorgenommen wird. Abschließend wird anhand von Mietpreisbremse und Wohngeld das Potenzial der Betrachtung mithilfe der beschriebenen Methodik angedeutet (C.). Dabei zeigt sich, dass die Instrumente von neoklassischen Denklogiken dominiert werden, während stadtsoziologische Annahmen weniger Eingang finden. Auch soziale Probleme sollen vor allem mithilfe des Preismechanismus gelöst werden. Damit wird der strukturellen Komplexität des Regelungsgebietes nicht ausreichend Rechnung getragen. Hierfür bestehen durchaus Anknüpfungspunkte und auch das Verfassungsrecht ist für die Verarbeitung stadtsoziologischer Annahmen offen.

B. Das Unsichtbare sichtbar machen

Mit dem Untersuchungsziel der Rekonstruktion ökonomischer Annahmen wird der Impuls des angloamerikanischen LPE-Ansatzes, die neoliberalen Niederschläge im US-amerikanischen Recht infolge von *Law and Economics* offenzulegen, aufgegriffen. Zwar sind in Deutschland sowohl Rechtssetzung als auch Rechtswissenschaft anders aufgestellt.[11] Dennoch schlagen sich ökonomische Annahmen auch hier, zumindest implizit, in den Gesetzen nieder. Folglich können entsprechend angepasste Untersuchungen fruchtbar sein. Durch die Analyse ausgewählter Gesetzgebungsmaterialien und unter Einhaltung gewisser Regeln[12] lassen sich die unsichtbar gewordenen ökonomischen Annahmen also sichtbar machen (I.). Der LPE-Ansatz untersucht jedoch nicht nur die Niederschläge ökonomischer Rationalitäten, sondern fordert eine Re-Orientierung hin zu neuen Maßstäben (II.). Hierbei bedarf es sachbereichsspezifischer Ergänzungen; für das Wohnen bedeutet dies, die Erkenntnisse der Stadtsoziologie zu berücksichtigen (III.).

2023, 968; versöhnlich *Moritz Renner/Torsten Kindt*, Erkenntnis und Interesse im Wirtschaftsrecht, JZ 2023, 972.

11 Ausführlich *Kristoffel Grechenig/Martin Gelter*, Divergente Evolution des Rechtsdenkens, RabelsZ 2008, 513 ff.; aktuell im Kontext von LPE *Herzog* (Fn. 10).

12 Vgl. *Wischmeyer*, Zwecke (Fn. 9), 377 ff., 385 ff.; *Wischmeyer*, JZ (Fn. 9), 963 ff.; *Sehl* (Fn. 9), insb. 151 ff., 170 ff., 177 ff., 202 ff., 226 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

I. Neoklassische Grundausrichtung

Auch in der deutschen Rechtswissenschaft fordert die ökonomische Analyse des Rechts[13] eine Orientierung an neoklassischen Perspektiven auf das Recht.[14] Diesen liegt ein spezifisches ökonomisches Paradigma zugrunde, welches auf der Annahme grenzenloser menschlicher Bedürfnisse bei gleichzeitiger Knappheit der Mittel zur Befriedigung dieser Bedürfnisse basiert.[15] Aufgrund dieser Diskrepanz müssen Menschen Entscheidungen treffen und die „menschliche Handlung als Entscheidung zwischen Alternativen"[16] avanciert zur zentralen Kategorie.[17] Ihre Entscheidungen treffen Menschen entsprechend dem Modell des *Homo Oeconomicus* rational im Sinne einer individuellen Nutzenmaximierung.[18] Mittels rechtlicher Regelungen lassen sich Entscheidungen verteuern oder vergünstigen und so die Nutzenkalkulationen steuern.[19]

Dieser mikroökonomische Ansatz wird auf die gesamtwirtschaftliche Organisation ausgeweitet. Die individuellen Entscheidungen werden als Angebot und Nachfrage dezentral über den Preismechanismus koordiniert. Auf sog. Märkten *mit vollständiger Konkurrenz*[20] führt der Preismechanismus demnach zu einem Gleichgewicht, welches die effektive Allokation

13 Zwar gibt es einen Unterschied zwischen ökonomischer Theorie und Analyse des Rechts (bspw. *Anne van Aaken*, Vom Nutzen der ökonomischen Theorien für das öffentliche Recht, in: Bungenberg, Marc [Hrsg.], Recht und Ökonomik, 44. AssÖR, 2004, 1 [Fn. 4]) – das ändert jedoch nichts an der Wirkmächtigkeit der ökonomischen Analyse, welche wirtschaftspolitische Argumente formt und vorantreibt.

14 Die Reflexion über ökonomische Vorannahmen orientiert sich daher an dieser Stelle an einer paradigmatischen Darstellung der neoklassischen Ausrichtung, welcher trotz disziplinärer Varianz große Bedeutung zukommt, vgl. *Horst* (Fn. 7), 303 ff.

15 *Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Auflage 2020, 50; *Oliver Lieth*, Die ökonomische Analyse des Rechts im Spiegelbild klassischer Argumentationsrestriktionen des Rechts und seiner Methodenlehre, 2007, 49 ff.; *Gebhard Kirchgässner*, Homo Oeconomicus, 3. Aufl. 2008, 12.

16 *Peter Behrens*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, 1986, 30.

17 *Behrens* (Fn. 16), 31; *Klaus Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 2004, 20; *Kirchgässner* (Fn. 15), 12.

18 *Van Aaken* (Fn. 13), 4 ff.; *Mathis* (Fn. 17), 21; *Schäfer/Ott* (Fn. 15), 50, 107 ff.

19 *Behrens* (Fn. 16), 34; *van Aaken* (Fn. 13), 6; *Lieth* (Fn. 15), 60 f.; *Horst Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl. 2015, 34 ff.

20 Hierbei handelt es sich um Märkte mit Modellvoraussetzungen wie Homogenität, Transparenz, Abwesenheit von Präferenzen und unendliche Anpassungsgeschwindigkeit. Vgl. u.a. *Alfred Eugen Ott*, Grundzüge der Preistheorie, 1997, 32 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Ressourcen und daher ein Wohlfahrtsoptimum bedeutet.[21] Marktwirtschaftliche Allokationseffizienz wird so zu einem wirtschaftspolitischen Argument.[22] In der Folge soll die Wirkungsweise des Preismechanismus nicht gestört werden und Eingriffe in den Preismechanismus sind als *Interventionen* rechtfertigungsbedürftig.[23] Regulierung soll *marktkonform* erfolgen, den Preismechanismus als solchen also unberührt lassen.[24] Besonders wirkmächtig ist das Marktprinzip zudem, weil es untrennbar mit dem Freiheitsprinzip verbunden wird.[25]

II. Polit-ökonomische Reorientierung

Während nach neoklassischen Ansätzen die Marktfreiheit ein vorrangiges gesellschaftliches Organisationsprinzip, gar einen Grundwert[26], darstellt, das wirtschaftliche Interessen gegen rechtliche Regelungen abschirmt, rücken bei Anwendung des LPE-Ansatzes polit-ökonomische Fragen in den Fokus. Dies bedeutet, Ökonomie und Recht weniger als isolierte gesellschaftliche Teilsysteme zu verstehen, sondern das Recht als von einer politisch verstandenen Ökonomie geprägt zu erfassen – welche es umgekehrt überhaupt erst konstituiert.[27] Untersucht werden soll, wie das Recht private ökonomische Macht verleiht, Machtasymmetrien produziert und

21 *Jürgen Heinrich/Burkhard Utecht/Ulrich Baßeler*, Grundlagen und Probleme der Volkswirtschaft, 2010, 174; *Michael Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 2018, 15, 25 f.; *Mankiw/Taylor* (Fn. 7), 59, 240 f.

22 Prägend in Deutschland *Ludwig Erhard,* Wohlstand für Alle, 1957.

23 Bspw. *Behrens* (Fn. 16), 130 f.; *Fritsch* (Fn. 21), 1, 76, 83 ff. Für das Wohnen u.a. *Hans K. Schneider/Werner Deichmann*, Der Weg zur sozialen Wohnungsmarktwirtschaft, 1984, 25: „Kern einer Marktlösung ist die freie Preisbildung"; *Eick G. Busz*, Die Äquivalenz im freifinanzierten Wohnraummietrecht 2002, 85, 94 f.; *Johann Eekhoff*, Wohnungspolitik, 2002, 29; *Johann-Frederik Schuldt*, Mietpreisbremse, 2017, 86 ff., 94 ff.; *Valesca Molinari,* Die Tradition staatlicher Interventionen in den Mietwohnungsmarkt, 2021.

24 *Reinhard Blum*, Marktwirtschaft, soziale, in: Albers, Willi u.a. (Hrsg.), Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft, 1980, 153 (156).

25 *Wilhelm Röpke*, Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart, 4. Auflage 1942, 290, schreibt von der „Wirtschaftsverfassung freier Menschen".

26 *Blum* (Fn. 24), 156.

27 *Britton-Purdy/Grewal/Kapczynski/Rahman* (Fn. 10), 1792. Insofern greift LPE verschiedene rechtswissenschaftliche und -kritische Traditionen auf. Weiter *Simon Deakin/Davind Gindis/Geoffrey M. Hodgson/Kainan Huang/Katharina Pistor*, Legal institutionalism: Capitalism and the constitutive role of law, Journal of Comparative Economics 2017, 188.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

erhält und wie daraus sozioökonomische Ungleichheiten resultieren.[28] Dies verlangt eine Umorientierung: weg von ökonomischen Effizienzmaßstäben hin zu Analysen von Ungleichheit und Verteilungsfragen.[29] Im Unterschied zu den vorherrschenden rechtsökonomischen Ansätzen wird jedoch keine marktkonforme, nachträgliche Umverteilung angestrebt, sondern die Neuausrichtung rechtlicher Strukturen, so dass diese von vornherein zu einer gerechte(re)n Zuteilung führen.[30] Denn zum einen werden durch das ökonomische Kriterium der Zahlungsbereitschaft Wohlhabende privilegiert,[31] zum anderen ist nicht sichergestellt, dass der erwirtschaftete Wohlstand überhaupt verteilt wird.[32] Vielmehr deuten wirtschaftliche Indikatoren darauf hin, dass es entgegen dem Anspruch der allgemeinen Wohlstandsmaximierung durch den Marktmechanismus einen Anstieg von Ungleichheit gibt.[33] Da das Recht und eine Orientierung an ökonomischer Effizienz also nicht neutral sind, wird eine Orientierung an Prinzipien wie der Gerechtigkeit gefordert, bei der auch strukturelle Gegebenheiten und historische Kontinuitäten berücksichtigt werden.[34] Problematisch ist demzufolge zudem, dass es bei politischen Aushandlungen Gewinner*in-

28 *Britton-Purdy/Grewal/Kapczynski/Rahman* (Fn. 10), 1820.

29 *Jedediah Britton-Purdy/Amy Kapczynski/David Singh Grewal*, Law and Political Economy: Toward a Manifesto v. 6.11.2017, https://lpeproject.org/blog/law-and-political-economy-toward-a-manifesto/ (zuletzt abgerufen am 25.9.2023); *Horst* (Fn. 7), 314, 316 (f.). Vgl. zuvor schon *Grechenig/Gelter* (Fn. 15), 516. Mit Blick für die „invisibility of the distributional consequences of law" bereits *Duncan Kennedy*, The Stakes of Law, or Hale and Foucault!, Legal Studies Forum 1991, 333 f.

30 *David Singh Grewal*, The Laws of Capitalism, Harvard Law Review 2014, 626 (664 f.), spricht dies an, indem er den Vorschlag von Piketty zu einer weltweiten Vermögenssteuer kritisiert.

31 *Zachary Liscow*, Is Efficiency Biased?, Faculty Scholarship Series 2018, 1649 (1656), bezeichnet dies als „the rich get richer principle of law and economics"; *Britton-Purdy/Grewal/Kapczynski/Rahman* (Fn. 10), 1796 f.

32 Ausführlich *Liscow* (Fn. 31) 1649. Bereits in der ökonomischen Theorie wird der bloß hypothetische Charakter der Umverteilung nach dem Kaldor-Hicks-Kriterium betont, kritisch *Kirchgässner* (Fn. 15), 110; *Emanuel Towfigh*, Das ökonomische Paradigma, in: ders./Petersen, Niels (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht, 2. Aufl. 2017, 25 (42 f.). Vgl. zudem die Kritik von *Katharina Pistor*, Der Code des Kapitals, 2020, 322, an Zweckrationalität, Effizienz und „Trickle-Down" im Hinblick auf Vermögenswerte an sich.

33 Vgl. für die USA u.a. *Thomas Piketty/Emmanuel Saez/Gabriel Zucman*, Distributional National Accounts, The Quarterly Journal of Economics, 2018, 553; für Deutschland bspw. Peter Bofinger/Gustav Horn/Kai Schmid/Till van Treeck (Hrsg.), Thomas Piketty und die Verteilungsfrage, 2015.

34 *Britton-Purdy/Grewal/Kapczynski/Rahman* (Fn. 10), 1823 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nen und Verlierer*innen gibt, Entscheidungsmacht und Zwänge also sichtbar werden, Marktprozesse jedoch unausweichlich erscheinen.[35] Insofern bindet sich die Gesetzgebung selbst, wenn vorrangig die marktwirtschaftliche Funktionslogik angewendet wird. Stattdessen sollen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung vom Marktparadigma abrücken und das Spannungsfeld zwischen marktwirtschaftlicher Ordnung und Demokratie in den Blick nehmen.[36]

III. Unterstützung durch die Stadtsoziologie

Dieser abstrakte Zugriff muss für das Wohnen konkretisiert werden. Hierzu bietet die Stadtsoziologie Maßstäbe und Konzepte an. Denn obwohl es sich beim Wohnungsmarkt um einen unvollkommenen Markt handelt,[37] also die Voraussetzungen vollständiger Konkurrenz nicht vorliegen, führt dies in rechtsökonomischen Analysen in der Regel nicht zu durchschlagenden Konsequenzen. Es wird jedenfalls am Maßstab der wohnungspolitischen Allokationseffizienz und der ökonomischen Rechtfertigungsbedürftigkeit rechtlicher Regulierung festgehalten.[38]

Anders in der Stadtsoziologie: Aufgrund der strukturellen Besonderheiten von Wohnen, Wohnung und Wohnungsmarkt wird die Allokationseffizienz des Marktes grundlegend in Frage gestellt.[39] Ausgangspunkt der Beschreibungen ist dabei regelmäßig, dass das Wohnen ein Grundbedürfnis darstellt, was zu einer hohen sozialen Dringlichkeit der Wohnungsfra-

35 *Britton-Purdy/Grewal/Kapczynski/Rahman* (Fn. 10), 1827.

36 *Britton-Purdy/Grewal/Kapczynski/Rahman* (Fn. 10), 1818 ff., 1832 f.

37 *Lidwina Kühne-Büning*, Überlegungen zur marktwirtschaftlichen Ordnung und zum Gleichgewichtspreis, in: dies./Heuer, Jürgen (Hrsg.), Grundlagen der Wohnungs- und Immobilienwirtschaft, 3. Aufl. 1994, 17 (24).

38 Trotz Thematisierung der Besonderheiten des Wohnungsmarktes gehen rechtsökonomischen Analysen von einer – ggf. verzögerten – Allokationseffizienz aus: *Leonhard Lowinski*, Grundlagen, Zielsetzungen und Methoden der Wohnungspolitik in der Sozialen Marktwirtschaft, 1964, 124 ff.; *Katrin Leonhardt*, Wohnungspolitik in der Sozialen Marktwirtschaft, 1996, 45; *Busz* (Fn. 23), 85, 94 f.; *Eekhoff* (Fn. 23), 7, 39; *Uwe Koch*, Mietpreispolitik in Deutschland, 2006, 46. Der Ansatz von *Schuldt* (Fn. 23), 96 ff., ist, zusätzlich zum Marktversagen weitere Bedingungen für Regulierung zu formulieren. Dabei bleibt es bei der Rechtfertigungsbedürftigkeit rechtlicher Interventionen.

39 *Stefan Krätke*, Stadt Raum Ökonomie, 1995, 199 f.; *Andrej Holm*, Wohnung als Ware, Widersprüche 2011, 9 (14); *Barbara Schönig/Lisa Vollmer*, Wohnungsnot gestern und heute, Informationen zur Raumentwicklung Heft 4, 2018, 8 (11).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ge führt.[40] Während steigende Mieten nach der ökonomischen Theorie schlicht als Knappheitsindikator begriffen werden, problematisiert sie die Stadtsoziologie als Gefahr für die Versorgung mit Wohnraum.[41] Das Wohnen wird nicht bloß als wirtschaftliche Ware, sondern als eingebettet in einen sozialen, gesellschaftlichen Rahmen betrachtet.[42] So werden die Wohnverhältnisse als Ausdruck des vorherrschenden Wirtschaftssystems analysiert und Problemlagen untersucht.[43] Unter der expliziten Bezeichnung der „Politischen Ökonomie des Wohnens"[44] werden die Einbindung der Wohnung in allgemeine und moderne Kapitalkreisläufe betrachtet,[45] der Charakter des Wohnens als soziales Verhältnis untersucht und seine ideologischen Dimensionen[46] ausgemacht. In der Folge sind in den vergangenen Jahren vermehrt Forderungen aufgekommen, Wohnungen weniger als Renditeobjekt zu betrachten und andere Aspekte, wie die strukturel-

40 *Wolfram Grüber*, Sozialer Wohnungsbau in der Bundesrepublik, 1981, 13; *Lidwina Kühne-Büning*, Besonderheiten des Wirtschaftsgutes Wohnung und seiner Nutzungsleistungen, in: dies./Heuer, Jürgen (Hrsg.), Grundlagen der Wohnungs- und Immobilienwirtschaft, 3. Aufl. 1994, 3 (14).

41 *Schönig/Vollmer* (Fn. 39), 11.

42 Zur Dualität des Wohnens *Helmut Jenkis*, Einführung in die Wohnungswirtschaftspolitik, in: ders. (Hrsg.), Kompendium der Wohnungswirtschaft, 3. Aufl. 1996, 65 (87 f.); dreifach ausdifferenziert bei *Herman Schwartz/Leonard Seabrooke*, Varieties of Residential Capitalism, in: dies. (Hrsg.), The politics of housing booms and busts, 2009, 1 (7). Weiter bei *Sebastian Klus*, Die europäische Stadt unter Privatisieurngsdruck, 2013, 81 ff.; *Klaas Eller*, Privatrecht in der Wohnungskrise, in: Croon-Gestefeld, Johanna/Korch, Stefan/Kuschel, Linda/Sarel, Roee/Scholz, Philipp (Hrsg.), Das Private im Privatrecht, 2022, 75 (84 ff.), der dem Mietrecht eine Moderationsrolle attestiert.

43 *Manuel Aalbers/Brett Christophers*, Centring Housing in Political Economy, Housing, Theory and Society 2014, 373 (373); *Schwartz/Seabrooke* (Fn. 42), 1 ff.; Barbara Schönig/Justin Kadi/Sebastian Schipper (Hrsg.), Wohnraum für Alle?!, 2017, 29.

44 Ausführlich zum Folgenden *Aalbers/Christophers* (Fn. 43), 375 ff.; *Bafta Sarbo/Lukas Wolf*, Politische Ökonomie des Wohnens, in: Holm, Andrej (Hrsg.), Wohnen zwischen Markt, Staat und Gesellschaft, 2021, 83 ff.

45 Weiter *Bernd Belina*, Kapitalistischer Wohnungsbau: Ware, Spekulation, Finanzialisierung, in: Schönig, Barbara/Kadi, Justin/Schipper, Sebastian (Hrsg.), Wohnraum für Alle?!, 2017, 28 (31 ff.).

46 Hiermit sind in Bezug auf das Wohnen „grundlegende Werte- und Überzeugungssysteme […], die die jeweilige vorherrschende Form der Organisation des Wohnens als universell und alternativlos erscheinen lassen und die damit verbundenen Machtverhältnisse stützen", gemeint, *Felix Böhmer/Andrej Holm/Matthias Jacob*, Wohnen und Ideologie, in: Holm, Andrej (Hrsg.), Wohnen zwischen Markt, Staat und Gesellschaft, 2021, 123 (124).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

len Besonderheiten des Wohnungsmarktes und die Demokratisierung des Wohnens, in den Fokus zu rücken.[47]

Zusammengefasst wird durch die polit-ökonomisch und stadtsoziologisch informierte Analyse die vorherrschende ökonomische Betrachtung des Rechts in Frage gestellt. Kritisiert wird die Übernahme marktwirtschaftlichen Denkens sowie das Vertrauen auf eine Problemlösung durch ökonomische Effizienz und renditeorientierte Anreize. Der Fokus auf die ökonomische Logik wird zudem als Begrenzung demokratischer Handlungsmöglichkeiten angesehen, da der Marktmechanismus unantastbar wird. Während soziale Fragen bisher vor allem innerhalb des Marktparadigmas verwirklicht werden sollten, rücken sie – bei Berücksichtigung struktureller Komplexität – als eigenständige Kategorie ins Zentrum der Untersuchung.[48]

C. Perspektiven für das Wohnen

Das Wohnen eignet sich besonders, um die Niederschläge ökonomischer Annahmen in Gesetzgebungsakten zu untersuchen. Kaum ein rechtswissenschaftlicher Beitrag zum Wohnen kommt mehr aus, ohne die soziale und gesellschaftliche Brisanz zu benennen.[49] Gleichzeitig wird ein Trend von „Wohnungspolitik" zu „Wohnungs*markt*politik" beschrieben.[50] Diese Orientierung spiegelt sich auch in den ökonomischen Analysen wohnpolitischer Instrumente wider[51] und kann im Sinne des vorliegenden Ansatzes

47 Bspw. artikuliert bei der Ringvorlesung „Macht Ökonomie Recht" am 10.5.2022, https://lpeg.pubpub.org/pub/tygo8zpo/release/6 (zuletzt abgerufen am: 24.7.2023).

48 Als ausführliche Untersuchung in Arbeit im Dissertationsprojekt d. Verf.: *Emma Sammet*, Das Gesetz des Wohnungsmarktes (Arbeitstitel).

49 Siehe Fn. 1 sowie bspw. *Cara Röhner*, Eigentum und Vergesellschaftung in der Wohnungskrise, KJ 2020, 16 (19); *Johann-Frederik Schuldt*, Die Mietpreisbremse als rechtspolitisches Menetekel, in: Artz, Markus/Eisenschmid, Norbert/Schmidt, Hubert/Streyl, Elmar (Hrsg.), Facetten des Mietrechts – FS Börstinghaus, 2020, 369 (369).

50 *Hubert Heinelt*, Rahmenbedingungen, Politikinhalte und Politikprozesse, in: Egner, Björn/Georgakis, Nikolaos/Bartholomäi, Reinhart (Hrsg.), Wohnungspolitik in Deutschland, 2004, 35 (40); als Überschrift bei *Andrej Holm*, Wohnen, in: Böhm, Katharina/Bräunling, Stefan/Geene, Raimund/Köckler, Heike (Hrsg.), Gesundheit als gesamtgesellschaftliche Aufgabe, 2020, 223 (229).

51 *Michael Voigtländer*, Herausforderungen der Wohnungspolitik aus ökonomischer Perspektive, APuZ 2014, 19; BMWI, Soziale Wohnungspolitik, Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats, 2018, https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/M

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

anhand von Mietpreisbremse (§ 556d ff. BGB) und Wohngeld illustriert werden (I.). Gleichzeitig adressiert die Wohngesetzgebung zwar soziale Fragen, zeigt hierbei jedoch analytische Lücken und polit-ökonomisches Potenzial auf (II.).

I. Wohnungsmarktwirtschaft: marktkonforme Gesetzgebung

Mietpreisbremse und Wohngeld liegt die gesetzgeberische Annahme einer marktwirtschaftlichen Organisation des Wohnens zugrunde.[52] Bei der Mietpreisbremse drückt sich dies aus, indem bereits die Problemanalyse marktbasiert ist: große Nachfrage führt zu steigenden Mieten.[53] Andere der „vielfältige[n] Ursachen"[54] werden nicht weiter diskutiert. Dies ist ein typisch ökonomisches Problemverständnis, welches Lücken in der Verarbeitung stadtsoziologischer Annahmen aufweist: In der Stadtsoziologie werden weitere große Einflussfaktoren diskutiert, insbesondere die Finanzialisierung.[55]

Weiterhin dient die Mietpreisbremse selbst aus gesetzgeberischer Sicht nicht der Problemlösung, da sie nur Symptome, aber nicht Ursachen korrigiert.[56] Zur Behandlung steigender Mieten könne nur Neubau dienen.[57] Dabei wird zwar die geringe Elastizität des Wohnungsmarktes aufgegriffen[58], gleichzeitig spiegelt sich in dieser Annahme das neoklassische Vertrauen auf die Selbstheilungskräfte des Wohnungsmarktes – eben mittel- oder langfristig – und die sog. Sickereffekte wider: Die Annahme ist, dass selbst hochpreisiger Neubau zu Entlastungen in allen Segmenten führt.

inisterium/Veroeffentlichung-Wissenschaftlicher-Beirat/gutachten-wissenschaftlicher-beirat-soziale-wohnungspolitik.pdf (zuletzt abgerufen am: 13.7.2023). Vgl. zudem die rechtsökonomischen Analysen durch *Busz* (Fn. 23); *Thomas Hofacker*, Preisvorschriften für sogenannten preisfreien Wohnraum, 2000; *Schuldt* (Fn. 10).

52 Allg. bspw. RegE MietNovG, BT-Drs. 18/3121, 15.

53 RegE MietNovG, BT-Drs. 18/3121, 11.

54 RegE MietNovG, BT-Drs. 18/3121, 1.

55 *Susanne Heeg*, Wohnungen als Finanzanlage, suburban 2013, 75.

56 Die Mietpreisbreme schaffe „keinen zusätzlichen Wohnraum", RegE MietNovG, BT-Drs. 18/3121, 2, 15. Vgl. weiter Beschlussempfehlung und Bericht, MietNovG, BT-Drs. 18/4220, 4; und § 556 d II 7 BGB (in den Rechtsverordnungen der Länder müssen Maßnahmen genannt werden, um den angespannten Marktlagen abzuhelfen).

57 Vgl. die Ausnahme von u.a. Neubau gem. § 556 f BGB. Weiter: RegE MietNovG, BT-Drs. 18/3121, 21, 31; Beschlussempfehlung und Bericht, Mietanstieg stoppen, BT-Drs. 18/4219, 4.

58 RegE MietNovG, BT-Drs. 18/3121, 11.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dass dies funktioniert, ist in der stadtsoziologischen Forschung jedoch umstritten und erfordert selbst den ökonomischen Berechnungen zufolge eine Neubauleistung, die sowohl durch die Kapazitäten der Bauwirtschaft, die Kosten sowie auch durch klimapolitische Erwägungen begrenzt ist.[59]

Aus neoklassischer Sicht bemerkenswert ist, dass die Mietpreisbremse den Preismechanismus selbst betrifft und insofern als markt-inkonform bewertet werden muss. Dennoch schlagen sich in ihrer Ausgestaltung wiederum marktaffirmative Momente nieder. So gilt die Mietpreisbremse nur örtlich begrenzt (§ 556d I, II BGB) und zeitlich befristet (§ 556d II 1, 4 BGB). Durch die regionale Begrenzung des Problems der Wohnungsknappheit wird es möglich, die wohnpolitischen Konflikte nicht als grundlegend zu verstehen – im Dualismus von Wirtschafts- und Sozialgut angelegt[60] –, sondern als „regionale Wohnungsknappheit"[61] zu verhandeln. Die zeitliche Befristung kann daneben als Versuch verstanden werden, die Abweichung von der sog. Marktmiete[62] so mild wie möglich zu gestalten.[63] Zudem wird auch die Bremswirkung durch den dynamischen Charakter der Mietpreisbremse – die Orientierung an der selbst marktorientierten ortsüblichen Vergleichsmiete –[64] selbst ausgebremst.

Ganz ausdrücklich marktkonform ist hingegen das Wohngeld. Ihm liegt der Gedanke zugrunde, dass Mieten in einem marktwirtschaftlichen System so hoch sein können, dass sich einzelne Haushalte die Miete nicht mehr leisten können.[65] Anstatt jedoch die Miethöhe zu problematisieren, soll die Versorgung mit Wohnraum und ein ausreichendes Angebot über die Beihilfen gewährleistet werden.[66] Der Vorteil dieser sog. Subjektförderung besteht dabei darin, dass sie den Preismechanismus nicht direkt tan-

59 Überblicksartig *Die Unterzeichnenden*, Für eine wirklich soziale Wohnungspolitik, SubUrban 2018, 205 (206, 208 f.).

60 So aber in der Stadtsoziologie, s.o. C. III.

61 RegE MietNovG, BT-Drs. 18/3121, 11.

62 Vgl. die Gegenüberstellung in RegE MietNovG, BT-Drs. 18/3121, 23.

63 Vgl. in der Debatte um eine mögliche Entfristung den RegE zum Gesetz zur Verlängerung und Verbesserung der Regelungen über die zulässige Miethöhe bei Mietbeginn, BT-Drs. 19/15824, 10 f.

64 *Beate Hinkelmann* (heute *Flatow*), Die ortsübliche Miete, 1999; *Ann-Katrin Kaufhold/Sonja Heitzer*, Managervergütung, Mindestlohn, Mietpreisbremse, Der Staat 2021, 353 (374 f.). Einordnend RegE MietNovG, BT-Drs. 18/3121, 18 f.

65 Zur insofern bestehenden sozialen Blindheit des Marktmechanismus *Hans K. Schneider/Rolf Kornemann*, Soziale Wohnungsmarktwirtschaft, 1977, 3.

66 Grundlegend zur Funktionsweise *Roland Nolte*, Nachfrage- und Angebotswirkungen des Wohngeldes, 1997, 41 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

giert und anders als die Objektförderung keine staatliche Administration nach sich zieht.[67] Praktisch werden mit diesem Instrument hohe, von der Kaufkraft abgekoppelte Mieten und Marktgewinne normalisiert und soziale Probleme und Kosten ex post sozialisiert.[68]

II. Reorientierungen im Wohnungssektor

Wohngeld und Mietpreisbremse zeichnen sich somit durch eine Marktorientierung und Sicherstellung von hohen, zumindest angenäherten Marktmieten aus. Doch auch für eine polit-ökonomische Reorientierung lassen sich in der Untersuchung dieser Instrumente Anknüpfungspunkte ausmachen.

1. Wohnen als soziale Frage

So werden soziale Zielsetzungen in den Gesetzgebungsprozessen durchaus thematisiert.[69] Das Wohnen wird als existenzielles Bedürfnis anerkannt.[70] Die Legislative sorgt sich um die Wohnversorgung der „sozial schwachen Schichten"[71]; die „Vermeidung sozialer Härten" war zwischenzeitlich Gesetzeszweck des Wohngelds.[72] In jüngerer Zeit geht es zudem darum, der Verdrängung „wirtschaftlich weniger leistungsfähiger Bevölkerungsgruppen aus stark nachgefragten Wohnquartieren entgegenzuwirken."[73] Die

67 *Hans K. Schneider/Christian Schuppener*, Soziale Absicherung der Wohnungsmarktwirtschaft durch Individualsubventionen, 1971, 13 f.

68 Vgl. *Die Unterzeichnenden* (Fn. 59), 213.

69 Mit der Mietpreisbremse werden „in erster Linie sozialpolitische Zwecke verfolgt", RegE MietNovG, BT-Drs. 18/3121, 15. Das Wohngeld bzw. damals die Wohnbeihilfe gilt als „sozialpolitisches Instrument des sozialen Rechtsstaates" RegE AbbauG, BT-Drs. 3/1234, 76.

70 RegE MietNovG, BT-Drs. 18/3121, 19, 25; RegE zum Gesetz zur Verlängerung und Verbesserung der Regelungen über die zulässige Miethöhe bei Mietbeginn, BT-Drs. 19/15824, 15. In den Debatten um das Wohngeld geschieht dies meist in den Plenarreden.

71 Bzgl. der Wohnbeihilfen im RegE 1. BMG, BT-Drs. 2/1110, 15.

72 § 1 I Wohnbeihilfegesetz v. 29.07.1963, BGBl. I S. 508. Heute ist Gesetzeszweck die wirtschaftliche Sicherung angemessenen und familiengerechten Wohnens, § 1 I WoGG.

73 RegE MietNovG, BT-Drs. 18/3121, 15, weiter 18 f. Bereits in den Materialien zum MietAnpG wird Gentrifizierung ohne Anführungszeichen aufgeführt, vgl. den RegE MietAnpG, BT-Drs. 19/4672, 2, 12, 16, 36.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Bekämpfung von Gentrifizierung wird als individuelles Mieterinteresse sowie auch als gesamtgesellschaftliches Interesse verstanden.[74] Die Mietpreisbremse ist somit nicht mehr nur auf die individuelle Mieterin ausgerichtet, sondern erfasst soziale Fragen mithilfe eines breiten Zugangs als strukturelles Problem.

2. Soziale Marktwirtschaft als Antwort?

Dass die Gesetzgebung selbst soziale Zielsetzungen formuliert, wirft die Frage auf, ob im Sinne einer „Sozialen Marktwirtschaft"[75] ein Mittelweg[76] gefunden wurde, der die verschiedenen Perspektiven verbindet, weswegen eine Kritik nach LPE-Vorbild in Bezug auf die deutsche Wohngesetzgebung nicht angezeigt ist. Für das Wohnungswesen zeigt jedoch insbesondere eine historische Betrachtung im Bereich des Wohngelds, dass die Bezugnahme auf die Soziale Marktwirtschaft insbesondere der (Wieder-)Einführung marktwirtschaftlicher Grundsätze diente. In den gesetzgeberischen Debatten rund um die Einführung des Wohngelds spielt dieses ökonomische Leitmotiv eine zentrale Rolle.[77] Die *Soziale* Marktwirtschaft erfüllte hier eine politisch-narrative Funktion[78]: das Stichwort und die Wohnbeihilfen dienten der Legitimierung des Marktsystems im Wohnungssektor und ermöglichten dieses erst.[79]

---

74 Das BVerfG, Beschluss vom 19.7.2019, 1 BvL 1/18 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2019:lk20190718.1bvl000118, Rn. 60 – Mietpreisbremse, spricht von einem „öffentlichen Interesse".

75 Dafür, dass der Wohngesetzgeber sich selbst in der Sozialen Marktwirtschaft verortet, siehe für das Wohngeld in einer Vielzahl der einführenden Gesetze: insb. RegE 2. WoBauG, BT-Drs. 2/601, 17, 20; RegE AbbauG, BT-Drs. 3/1234, 54 f., 75. Für die Mietpreisbremse vgl. insb. in Plenardebatten: *Anja Weisgerber* (CSU), BT-PlProt. 18/17, MietNovG, 1251D; *Yvonne Magwas* (CDU), ebd., 1255C; *Dennis Rohde* (SPD), BT-PlProt. 18/91, MietNovG, 8605D.

76 Vgl. die Bezeichnung als „dritter Weg" durch *Wilhelm Röpke*, Die Lehre von der Wirtschaft, 1. Aufl. 1937, 187 ff.; bzw. als „dritte wirtschaftspolitische Form", *Alfred Müller-Armack*, Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft, 1947, 88.

77 RegE 2. WoBauG, BT-Drs. 2/601, 17, 20.; RegE AbbauG, BT-Drs. 3/1234, 45 ff., 75 f.

78 Ausführlich *Uwe Fuhrmann*, Die Entstehung der „Sozialen Marktwirtschaft" 1948/49, 2017; *Thomas Biebricher/Ralf Ptak*, Soziale Marktwirtschaft und Ordoliberalismus zur Einführung, 2020, 23, 104 ff.

79 Vgl. allgemein *Biebricher/Ptak* (Fn. 78), 106. Für das Wohnen wurden die Beihilfen zum zwingenden Junktim bei Mieterhöhungen im Zuge der Preisfreigabe normiert, § 15 2. BMG; § 54 MSchG; § 1 Miet- und Lastenbeihilfegesetz. Weiter RegE AbbauG,

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zudem dient das Wohngeld explizit dazu, soziale Lücken des marktwirtschaftlichen Modells durch staatliche Beihilfen *marktkonform* zu füllen. Als solche wurden die Beihilfen in der wissenschaftlich-konzeptionellen Begleitung dieser Entwicklung bereits frühzeitig hervorgehoben.[80] Es handelt sich somit ausdrücklich um die Art von Instrument, die als Form der nachträglichen Umverteilung die (vorausgehende) rechtliche Zuteilung nicht antastet und vom LPE-Ansatz kritisiert wird. Es zeigt sich, wie auch bei der Mietpreisbremse, die schließlich soziale Ziele mittels des Preismechanismus (über Renditeanreize für Vermieter*innen) und nur ausnahmsweise erreichen soll, dass der Marktmechanismus Grund und Grenze sozialer Regelungen darstellt. Insofern halten sich die Gedanken Sozialer Marktwirtschaft in größerer Nähe zum neoklassischen als zum stadtsoziologischen Ansatz auf.

3. Spielräume: Wohnen neu betrachtet

Doch für eine stärkere Berücksichtigung stadtsoziologischer Gedanken lassen sich bereits in den Instrumenten Mietpreisbremse und Wohngeld Spielräume ausmachen. Erstens könnte die Subventionierung von Mieten mittels Subjektförderung mit Mitspracherechten für die Kommunen verbunden werden.[81] Staatliche Subventionierung an Bedingungen zu knüpfen, ist im Wohnbereich (aber nicht nur dort) nicht unüblich, wie die Belegungsbindungen im sozialen Wohnungsbau zeigen.[82] Eine Stärkung der Mitbestimmung über den Wohnraum könnte, zweitens, auch im Mieter-Vermieter-Verhältnis vorangetrieben werden. Schließlich bewohnen die Mieter*innen die Wohnung und tragen über ihre Mietzahlung vielfach erst zum Eigentum der Vermieter*innen bei;[83] Mitspracherechte für Entscheidungen bei

BT-Drs. 3/1234, 51, 53; Bericht *Mick* zum Ausschussbericht, AbbauG, BT-Drs. zu 3/1850, 2, 5, 8.

80 *Alfred Müller-Armack*, Soziale Marktwirtschaft, in: Beckerath, Erwin (Hrsg.), Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, 1956, 390 (391). Programmatisch auch *Schneider/Deichmann* (Fn. 23), 11.

81 Vgl. Die Unterzeichnenden (Fn. 59), 213.

82 *Helmut Jenkis*, Einführung in die Wohnungswirtschaftspolitik, in: Kompendium der Wohnungswirtschaft, 3. Aufl. 1996, 65 (94); *Paula Landmesser/Kaspar Metzkow*, Gegenstand, Akteur:innen und Instrumente der Wohnungspolitik, in: Holm, Andrej (Hrsg.), Wohnen zwischen Markt, Staat und Gesellschaft, 2021, 172 (178).

83 *Andrej Holm/Kaspar Metzkow*, Wohnen als Soziales Verhältnis, in: ders. (Hrsg.), Wohnen zwischen Markt, Staat und Gesellschaft, 2021, 151 (153).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Modernisierung oder Gestaltung der Mietshäuser, insbesondere auch im Hinblick auf die Klimakrise, sind rechtlich jedoch nicht vorgesehen.[84] Drittens setzen Mietpreisbremse und Wohngeld erst „bei der Milderung und Moderation von Bewirtschaftungseffekten an".[85] Stattdessen ließen sich rechtliche Gestaltungen finden, bei denen der Automatismus steigender Mieten ausgeschaltet wird und deren Ausgangspunkt die Bezahlbarkeit des Wohnraums ist.[86] Insofern lässt sich an frühe parlamentarische Kritiken am Wohngeld anknüpfen, wonach dieses ein „Subventionierungsverfahren" der „Gewinne in der Wohnungswirtschaft" darstellt.[87]

4. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Dies lenkt den Blick auf den verfassungsrechtlichen Rahmen der Regelungen. Bereits in einer seiner ersten großen Entscheidungen zum Mietrecht 1964 bezeichnete das BVerfG die „Wohnung als Mittelpunkt der menschlichen Existenz", woraus für Mietwohnungen „besondere verfassungsrechtliche Pflichten" folgen.[88] Seitdem betont es den außerordentlichen sozialen Bezug[89] und die große Regelungsoffenheit[90] des Mietrechts. So müssen die

84 Dies zeigte sich jüngst im Zuge der Diskussionen um die Reform des Gebäudeenergiegesetzes. So waren die Positionen von Mieter*innen im öffentlichen Diskurs verhältnismäßig schwach vertreten. In Bezug auf das einzelne Gebäude zeigte sich: Mieter*innen sind von den Entscheidungen ausgeschlossen, tragen jedoch die Kosten. Eine entsprechende Diskussion könnte parallel zum Arbeits-/ Unternehmensrecht um dort verhandelte Mitspracherechte von Arbeitnehmer*innen verlaufen.

85 *Andrej Holm*, Wiederkehr der Wohnungsfrage, APuZ 2014, 24 (29).

86 Für verschiedene Bezugspunkte der Preisregulierung *Kaufhold/Heitzer* (Fn. 64), 374 f.; unterschiedliche Modelle zur Regulierung von Mieten beschreibt auch *Hubert Blank*, Die ortsübliche Vergleichsmiete als Instrument zur Regulierung der Mietpreise, in: Artz, Markus/Eisenschmid, Norbert/Schmidt, Hubert/Streyl, Elmar (Hrsg.), Facetten des Mietrechts – FS Börstinghaus, 2020, 9 (11 ff.).

87 *Julius Brecht* (SPD), BT-PlProt. 3/117, AbbauG, 6757C, D. Ähnlich *Margarete Berger-Heise* (SPD), BT-PlProt. 4/82, WohnbeihilfeG, 3998B.

88 BVerfG, Beschluss vom 1.7.1964, 1 BvR 375/62, Rn. 30, BVerfGE 18, 121 (131 f.) – Fiskusprivileg. Die Formulierung wurde durch den Gesetzgeber im 2. Wohnraumkündigungsschutz G (RegE 2. WRKSchG, BT-Drs. 7/2022, 7) aufgegriffen und hat sich als st. Rspr. verfestigt. Einordnend *Jürgen Sonnenschein*, Wohnraummiete, 1995, 10.

89 Auch und gerade weil „der Eigentumsgegenstand […] Dritten zur entgeltlichen Nutzung überlassen" wird und „deren Freiheitssicherung" dient, BVerfG, Beschluss vom 15.10.1996, 1 BvL 44/92, ECLI:DE:BVerfG:1996:ls19961015.1bvl004492, Rn. 103 f., BVerfGE 95, 64 – Mietpreisbindung. Ähnlich u.a. BVerfG, Beschluss vom 23.4.1974, 1 BvR 6/74 und 2270/73, Rn. 32, BVerfGE 37, 132 (142) – Vergleichsmiete I; BVerfG,

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

unterschiedlichen Belange von Mieterin und Vermieterin zwar berücksichtigt werden, jedoch nicht „zu jeder Zeit und in jedem Zusammenhang dasselbe Gewicht haben".[91] Grenzen zieht insbesondere Art. 14 Abs. 1 GG, indem er unverhältnismäßige Eingriffe, wie durch dauerhafte Verluste oder Substanzgefährdung, ausschließt.[92] Eine konkrete Anleitung, wie anhand langer Finanzierungszeiträume dauerhafte Verluste – auch über Hoch- und Niedrigzinsphasen hinweg – festzustellen sind, schreibt das BVerfG nicht vor.[93] Stattdessen wird ein von den gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen geprägter Gestaltungsspielraum hervorgehoben.[94]

Insofern kommt der gesetzgeberischen Argumentation eine hohe Bedeutung zu. In der Entscheidung zur Mietpreisbremse prüft das Gericht bspw., dass „die Miethöhenregulierung über das *nach den gesetzgeberischen Zielen* gebotene Maß nicht hinausgeht."[95] Und nachdem der Gesetzgeber argumentierte, dass von den Mieten Renditeanreize für Neubau ausgehen sollen, findet sich auch in der Entscheidung des BVerfG der Gedanke, dass „die Vermietung von Wohnraum nicht langfristig wirtschaftlich unattraktiv" werden dürfe, da „angespannten Wohnungsmärkten dauerhaft nur durch Sicherstellen ausreichenden Wohnraums wirksam begegnet werden" kann.[96] Ein solches Grundverständnis ist jedoch verfassungsrechtlich nicht

Beschluss vom 4.2.1975, 2 BvL 5/74, Rn. 73, BVerfGE 38, 348 (370 f.) – Zweckentfremdung von Wohnraum; BVerfG, 19.7.2019, 1 BvL 1/18 u.a., Rn. 71 – Mietpreisbremse.

90 BVerfG, 19.7.2019, 1 BvL 1/18 u.a., Rn. 76 – Mietpreisbremse. Ebd., Rn. 103 bzgl. bestimmter Miethöhen. Zuvor u.a. BVerfGE 71, 230 (252) – Kappungsgrenze. Gegen „Bestandsschutz"- Gedanken außerhalb von Bestandsmietverhältnissen auch *Markus Artz*, Die Mietpreisbremse, MDR 2015, 549 (551); *Rainer Tietzsch/Benjamin Raabe*, Mietpreisbremse verfassungswidrig?, WuM 2017, 688 (691).

91 BVerfG, 23.4.1974, 1 BvR 6/74, Rn. 30 – Vergleichsmiete I; BVerfG, Beschluss vom 4.12.1985, 1 BvL 23/84 u.a., Rn. 42, BVerfGE 71, 230 (247) – Kappungsgrenze.

92 BVerfG, 23.4.1974, 1 BvR 6/74, Rn. 32 – Vergleichsmiete I; BVerfG, 4.12.1985, 1 BvL 23/84, Rn. 49 – *Kappungsgrenze*; BVerfG, Beschluss vom 22.11.1994, 1 BvR 351/91, ECLI:DE:BverfG:1994:rs19941122.1bvr035191, Rn. 64, BVerfGE 91, 294 – Mietpreisbindung. Aufgegriffen durch RegE MietNovG, BT-Drs. 18/3121, 18.

93 Sensibilität für die Finanzierungsfragen in BVerfG, 19.7.2019, 1 BvL 1/18 u.a., Rn. 76 – Mietpreisbremse.

94 BVerfG, 22.11.1994, 1 BvR 351/91, Rn. 64 – Mietpreisbindung; BVerfG, 19.7.2019, 1 BvL 1/18 u.a., Rn. 74 – Mietpreisbremse.

95 BVerfG, 19.7.2019, 1 BvL 1/18 u.a., Rn. 77 – Mietpreisbremse (Hervorhebung d. Verf.). In diesem Sinne auch die Verhältnismäßigkeitsprüfung der Expertenkommission zum Volksentscheid „Vergesellschaftung großer Wohnungsunternehmen", Abschlussbericht, 2023, S. 47 f. Rn. 160 ff., die in Bezug auf die gesetzgeberischen Allgemeinwohlziele keine offensichtlich milderen Mittel feststellen kann.

96 BVerfG, 19.7.2019, 1 BvL 1/18 u.a., Rn. 103 – Mietpreisbremse.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vorgegeben. Das Gericht vollzieht vielmehr die gesetzgeberische Argumentation nach.

Einen anderen Weg zeigt insofern die Berliner Vergesellschaftungskommission auf, die sich in ihrem Abschlussbericht mit stadtsoziologischen Erwägungen rund um bezahlbaren Wohnraum auseinandersetzt.[97] Dies deutet auch auf die Möglichkeit, nicht den Schutz vor *steigenden Mieten* und einen ausgeglichenen Wohnungsmarkt an sich als gesetzgeberische Zielsetzungen zu formulieren,[98] sondern direkt bezahlbare Mieten als Ziel auszugeben. Auch eine Kostenmiete, die die zur Deckung der laufenden Aufwendungen erforderlichen Kosten und ggf. sogar Verzinsung umfasst, schließt bspw. Substanzverluste aus und ist somit Art. 14-konform.[99] Dynamische Mietpreisregelungen – wie die derzeitige ortsübliche Vergleichsmiete einschließlich ihrer Aufwärts-Dynamik, die sich daraus ergibt, dass nicht alle ortsüblichen Mieten, sondern nur die Neuvereinbarungen in den Vergleich einbezogen werden – haben zwar den Vorteil, dass mit ihnen die Wirtschaftlichkeit vermutet werden kann, sind aber verfassungsrechtlich nicht vor geschrieben.[100]

97 Expertenkommission zum Volksentscheid „Vergesellschaftung großer Wohnungsunternehmen", Abschlussbericht, 2023, S. 48 Rn. 163 (ff.).

98 Zu steigenden und nicht hohen Mieten als Problem: RegE MietNovG, BT-Drs. 18/3121, 11.

99 Die Entscheidung, in immer weiteren Teilen des Wohnungssektors die Richtsatzmiete durch die Kostenmiete und schließlich Marktmiete zu ersetzen, erfolgte vor dem ausdrücklichen politischen Ziel, das Wohnungswesen marktwirtschaftlich zu organisieren, vgl. § 27 Erstes Wohnungsbaugesetz, BGBl. I 1950 S. 83; § 10 des Ersten Bundesmietengesetz, BGBl. I 1955 S. 458; und auch noch die Formulierung in Art. 2 § 1 II Nr. 3 des GesE zum Gesetz über Maßnahmen zur Verbesserung des Mietrechts und der Begrenzung des Mietanstiegs, BT-Drs. 6/1549, dort inklusive „marktgerechte[r] Verzinsung". Aus dem GesE gingen das Mietrechtsverbesserungsgesetz (MRVerbG), BGBl. I 1971 S. 1745, und Wohnraumkündiungsschutzgesetz (WRKSchG), BGBl. I 1971 S. 1839, und mit ihnen stattdessen eine Orientierung an der ortsüblichen Vergleichsmiete hervor. Siehe alternativ mit einer Untersuchung zur Angemessenheit eines Mietenstopps *Sophia Marie Nispel*, Mietpreisregulierung und Verfassungsrecht, 2023, 165 ff.

100 Noch zur Verfassungsmäßigkeit der Orientierung an der allgemein ortsüblichen Vergleichsmiete BVerfG, 23.4.1974, 1 BvR 6/74, Rn. 32 ff. – Vergleichsmiete I. Erst mit § 2 I 1 Nr. 1 des Miethöhegesetzes i.d.F. d. Gesetzes zur Erhöhung des Angebots an Mietwohnungen, BGBl. I 1982 S. 1912, wurde die Vergleichsmietenbildung dann auf die ortsüblichen Neumieten beschränkt.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

D. Schluss

Da die Gesetzgebung bei wohnpolitischen Vorhaben einen großen Gestaltungsspielraum hat, ist es umso relevanter, die gesetzgeberischen Vorannahmen offenzulegen. Dies ist Aufgabe rechtsmethodischer Analysen. Im Bereich der Mietenregulierung und des Wohngelds zeigt sich hierbei derzeit eine Orientierung an neoklassischen ökonomischen Annahmen. Die teilweise widersprüchlichen Annahmen und Konzepte der Stadtsoziologie finden (noch) weniger Eingang in die gesetzgeberischen Überlegungen. Eine stärkere Berücksichtigung dieser Erwägungen würde jedoch Räume abseits der ausgetretenen Pfade öffnen: eine Abkehr vom Fokus auf wirtschaftliche Renditen am Wohnungsmarkt lässt sich beispielsweise stadtsoziologisch begründen und findet in bestehenden Instrumenten bereits verschiedene Anknüpfungspunkte. An dieser Stelle müssen die Überlegungen jedoch nicht stehen bleiben. Bei einer Befassung mit dem Wohnen als sozialer, aber auch gesellschaftlicher Thematik drängen sich schnell größere Fragen der Form, Verteilung und Stadtentwicklung auf. Die Suche nach rechtlichen Antworten hierauf hat gerade erst begonnen. Dabei muss der Weg nicht von ökonomischen Zwängen abhängen, sondern kann als breite demokratische Diskussion darüber, wie wir wohnen wollen, geführt werden.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ernährungssystemrecht

Tilman Reinhardt

Wissenschaftlich und politisch besteht ein grundlegender Konsens über die Notwendigkeit einer Transformation der Ernährungssysteme. Dieser Beitrag beschreibt einige Kernelemente des Transformationsdiskurses und erläutert anhand von zehn Thesen mögliche Konsequenzen für das deutsche, europäische und internationale Agrar- und Lebensmittelrecht.

A. Transformation der Ernährungssysteme

Im internationalen wissenschaftlichen und politischen Diskurs hat sich in den letzten Jahren der Begriff des Ernährungssystems (englisch: „food system") bzw. der (nationalen, regionalen, lokalen) Ernährungssysteme durchgesetzt, um eine ganzheitliche Betrachtung der ökologischen und sozialen Auswirkungen der Produktion und des Konsums von Nahrungs- und Genussmitteln anzuregen. Der Begriff ist in der Regel mit der Forderung nach einer Transformation verbunden. Denn die Ernährungssysteme in Deutschland, der EU und vielen anderen Ländern weisen erhebliche Defizite hinsichtlich ihrer Nachhaltigkeit und Resilienz auf:[1]

Die Nahrungsmittelproduktion verursacht erhebliche Emissionen und negative Effekte für Biodiversität und globale Wasser- und Nährstoffkreisläufe:[2] Die planetaren Grenzen werden in mehrfacher Hinsicht überschritten. Gleichzeitig stellen Übergewicht und andere ernährungsbedingte nicht-übertragbare Krankheiten in der EU zentrale Probleme der öffentlichen Gesundheit dar, während in anderen Ländern Hunger und Mangelernährung fortbestehen – darunter zahlreiche Länder, aus denen in erheblichem Maße Agrargüter in die EU exportiert werden.[3] Die soziale Situation

1 Grundlegend: Joachim von Braun et al. (Hrsg.), Science and Innovations for Food Systems Transformation, 2023.

2 *Mike Asquith*, Transforming Europe's Food System — Assessing the EU Policy Mix, EEA Report No 14/2022.

3 *Boyd A. Swinburn* et al., The Global Syndemic of Obesity, Undernutrition, and Climate Change, The Lancet 2019, 393 (10173).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der in der Nahrungsmittelproduktion Beschäftigten ist vielfach prekär: Gerade in der exportorientierten Produktion bestehen extreme Ungleichgewichte und Abhängigkeiten, die die Ernährungssicherheit gefährden.[4] Auch andere Risiken der öffentlichen Gesundheit hängen mit dem Ernährungssystem zusammen („one health").[5]

Die Dynamiken komplexer Systemtransformationen sind Gegenstand des immer bedeutenderen Forschungsfelds der Nachhaltigkeits- und Transformationsforschung, welches Erkenntnisse verschiedener natur-, und sozialwissenschaftlicher Disziplinen zusammenführt.[6] Lag der Fokus zunächst auf Veränderungen des Energiesystems, werden die Modelle und Forschungsansätze nunmehr auch auf viele andere sozio-technische Systeme angewendet, darunter nicht zuletzt das Ernährungssystem.[7] Recht und Governance spielen darin eine wichtige Rolle, auch wenn differenzierte juristische Erwägungen oft fehlen.

Verglichen mit dem Energiesystem erscheint das Ernährungssystem allerdings noch deutlich komplexer. Es erfasst die gesamte Menschheit, die mehrfach täglich Nahrungsmittel konsumiert. Ein großer Teil der Weltbevölkerung ist gleichzeitig produktiv in das Ernährungssystem eingebunden, in Landwirtschaft, Verarbeitung, Logistik, Gastronomie, usw. Lieferketten sind global und betreffen fast die gesamte Erdoberfläche. Landwirtschaft und Ernährung sind außerdem in vielerlei Hinsicht von existenzieller historischer, kultureller und religiöser Bedeutung.

Auch unabhängig von aktuellen Bemühungen um mehr Nachhaltigkeit ist das Ernährungssystem einer erheblichen Dynamik ausgesetzt. Klima- und andere Umweltveränderungen, zu denen die Landwirtschaft vielfach selbst beiträgt, verändern die Ausgangsbedingungen für die Produktion von Lebensmitteln. Bevölkerungs- und Wirtschaftswachstum führen zu einer ständig steigenden Nachfrage. Urbanisierung verändert Produktions- und Konsummuster. Die wachsende Bioökonomie sorgt für zusätzliche Konkurrenz um Flächen und Inputs.

4 *Lynnette M. Neufeld* et al., Advance Equitable Livelihoods, in: von Braun (Fn. 1), 135 (141 ff.).

5 *Sara N. Garcia* et al., One Health for Food Safety, Food Security, and Sustainable Food Production, Frontiers in Sustainable Food Systems 2020, 1.

6 *Jonathan Köhler* et al., An Agenda for Sustainability Transitions Research: State of the Art and Future Directions, Environmental Innovation and Societal Transitions 2019, 1.

7 Vgl. *Lisa Graaf* et al., Transformationsorientierte Umweltpolitik für einen sozial- ökologischen Wandel des Ernährungssystems in Deutschland, 2021, 19 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Entsprechend komplex und vielgestaltig sind die die sozio-technischen „Lösungen", die im politischen und wissenschaftlichen Transformationsdiskurs eine Rolle spielen. Sie betreffen alle Lieferketten und alle Schritte von Produktion bis Konsum. Sie umfassen Hochtechnologien und komplett neue Lebensmittel, vor allem aber auch soziale Praktiken.[8] Eine ganzheitliche Bemessung der Nachhaltigkeit dieser Lösungen ist dabei in aller Regel nicht trivial.

Von besonderer Relevanz für die Transformation sind Nahrungsmittel mit einem deutlich überproportionalen ökologischen und sozialen Fußabdruck:[9] Dazu gehören vor allem tierische Produkte, aber auch hochverarbeitete Produkte, Zucker und Alkoholika. Herausforderungen bezüglich ökologischer Nachhaltigkeit und öffentlicher Gesundheit gehen häufig Hand in Hand.[10] Gleichzeitig sind diese Produkte wirtschaftlich absolut dominant und teilweise von hoher sozialer, struktureller und kultureller Bedeutung. Zwischen verschiedenen Produktionssystemen bestehen erhebliche Unterschiede. Insofern geht es bei der Transformation einerseits um die Förderung nachhaltigere Produktionsweisen, andererseits aber auch um absolute Grenzen. Letztendlich kann allerdings kein einzelnes Produkt allein nachhaltig werden. Nachhaltigkeit bezieht sich immer auf ein gesamtes Bewirtschaftungssystem.

B. Transformation und Recht

Die Transformation des Ernährungssystems impliziert eine Transformation des Rechts. Im deutschen Kontext wird in der Regel das Hauptgutachten des Wissenschaftlichen Beirats der Bundesregierung Globale Umweltveränderungen („Gesellschaftsvertrag für eine große Transformation"[11]), als Ausgangspunkt angesehen. Auf internationaler Ebene ist die UN-Resolution

8 *Brit M. Bulah* et al., Institutional Work as a Key Ingredient of Food Innovation Success: The Case of Plant-based Proteins, Environmental Innovation and Societal Transitions 2023, 100697 (2).

9 *Walter C. Willett* et al., Food in the Anthropocene: the EAT–Lancet Commission on Healthy Diets from Sustainable Food Systems, 2019.

10 *Michael Clark* et al., Estimating the Environmental Impacts of 57,000 Food Products, Proceedings of the National Academy of Sciences 2022.

11 Wissenschaftlicher Beirat der Bundesregierung Globale Umweltveränderungen, Hauptgutachten - Welt im Wandel - Gesellschaftsvertrag für eine Große Transformation, 2. Aufl., 2011.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

70/1 („Transforming our World") und speziell das Sustainable Development Goal (SDG) 2 („zero hunger and healthy nutrition") zentraler Bezugspunkt. Politische Meilensteine bilden die Farm-to-Fork-Strategie der EU,[12] der UN Food Systems Summit und die freiwilligen Leitlinien zu *Food Systems and Nutrition* (VGFSyN) des Welternährungsausschuss (CFS), oder die deutsche Zukunftskommission Landwirtschaft.[13] Sie geben Anlass zu verschiedenen nationalen, europäischen und internationalen Gesetzgebungsprojekten.

Die folgenden Thesen beschreiben pointiert idealtypische Tendenzen der Rechtsentwicklung im Zeichen der Transformation und schlagen dabei eine Brücke zu Erkenntnissen der Nachhaltigkeits- und Transformationsforschung. Sie sind stark vereinfachend, unvollständig und nicht streng dogmatisch. Auch sind die politischen Dynamiken der Rechtsentwicklung natürlich nicht vorhersehbar. Trotzdem können sie vielleicht helfen, aktuelle Tendenzen zu verstehen und insbesondere verfassungsrechtlich besser zu bewerten. Mit dem Begriff „Ernährungssystemrecht"[14] soll von vorneherein verdeutlicht werden, dass die Entwicklung nicht an den Grenzen bestehender Rechtsgebiete Halt macht. Das betrifft vor allem das Agrar- und Lebensmittelrecht, aber auch weitere Gebiete wie das Wettbewerbs-, Umwelt-, Planungs- oder Steuerrecht.

C. Thesen zur Transformation des Ernährungssystemrechts

I. Die Probleme sind auf Verfassungsebene angelegt

Die bestehenden rechtlichen Regelungen für Landwirtschaft, Ernährung und Umweltschutz verfolgen disparate und teilweise widersprüchliche Ziele. Sie fördern Strukturen, in denen einerseits zu viele Lebensmittel hergestellt werden, die Mensch und Planet krank machen, andererseits gravierende Versorgungsdefizite fortbestehen. Sie haben ihren Ursprung in Festlegungen des europäischen Primärrechts, Völkerrechts und nationalen Verfassungsrechts.

12 COM (2020) 381 final.

13 Zukunftskommission Landwirtschaft, Zukunft Landwirtschaft. Eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe, 2021.

14 In einem ähnlichen Sinne: *Marne Coit/Theodore A. Feitshans*, Food Systems Law - An Introduction for Non-Lawyers, 2021.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die europäische Gemeinsame Agrarpolitik (GAP) zielt gemäß Art. 39 AEUV auf eine Steigerung der Produktivität und des landwirtschaftlichen Einkommens, sowie Marktstabilisierung und Sicherstellung der Versorgung und günstiger Verbraucherpreise. Auch wenn die GAP in den vergangenen Jahrzehnten immer ökologischer ausgerichtet wurde, ist eine systemische oder gar transformative Konzeption nicht erkennbar.[15] Eine Steuerung der Produktion ist nicht intendiert. Eine Subventionierung erfolgt unabhängig davon, ob gesunde Nahrungsmittel produziert werden. Ökologisch werden nur Mindeststandards gesetzt, die offensichtlich nicht an den planetaren Grenzen ausgerichtet sind.[16] Bestimmte innovative Formen der Nahrungsmittelproduktion, wie etwa zelluläre Landwirtschaft oder *vertical farming*, werden von der GAP nicht erfasst. Die Integration von Agrar- und Umweltrecht ist unvollständig.[17]

Die Defizite der europäischen Politik werden durch nationale Instrumente der Umsetzung und Ergänzung nicht korrigiert. Und auch das internationale Agrar- und Handelsrecht ist ebenfalls nicht auf den Schutz der Umwelt, die Förderung öffentlicher Gesundheit oder auf einen Abbau von Abhängigkeiten und Ungleichgewichten ausgerichtet, sondern trägt im Gegenteil häufig zu einer Verschärfung eben dieser bei.

Das europäische Lebensmittelrecht zielt zentral auf Lebensmittelsicherheit und Verbraucherinformation zur Verwirklichung des Binnenmarkts. Zwar fußt die Basis-Verordnung (VO [EG] 168/2002) neben der Binnenmarktkompetenz u.a. auch auf der Gesundheitskompetenz in Art. 168 AEUV. Tatsächlich spielen gesunde Ernährung und Umweltschutz im Lebensmittelrecht kaum eine Rolle. Diese blinden Flecken des Sekundärrechts werden durch nationale Vorschriften kaum gefüllt.

Die Querschnittsklauseln des Primärrechts, insbesondere die in Art. 3 Abs. 3 S. 2 EUV, Art. 11 AEUV und Art. 37 GRCh verankerte nachhaltige Entwicklung und der Grundsatz der Kohärenz in Art. 13 EUV, begründen

15 *Giulia Bazzan* et al., Attaining Policy Integration through the Integration of New Policy Instruments: The Case of the Farm to Fork Strategy, Applied Economics Perspectives and Policy 2023, 803 (808).

16 *Katharine Heyl* et al., Achieving the Nutrient Reduction Objective of the Farm to Fork Strategy. An Assessment of CAP Subsidies for Precision Fertilization and Sustainable Agricultural Üractices in Germany, Frontiers in Sustainable Food Systems 2023, 7:1088640 (10).

17 *Katharine Heyl* et al., The Common Agricultural Policy beyond 2020: A Critical Review in Light of Global Environmental Goals, Review of European, Comparative & International Environmental Law 2020, 1 (2).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bislang keinen systemischen Steuerungsansatz, sondern dienen allenfalls der Legitimierung bestimmter Ergebniskorrekturen. Auch die individualrechtlich angelegten, nationalen und europäischen Grundrechte, und das Recht auf Nahrung gemäß Art. 11 Abs. 1 UN-Sozialpakt bilden kein Korrektiv. Die verfassungsrechtliche Verankerung planetarer Grenzen hat mit dem Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts gerade erst begonnen. Das Recht, in einer gesunden Umwelt zu leben, existiert nur als verfassungspolitisches Postulat.[18]

II. Ernährungssystemrecht entsteht in partizipativen und polyzentrischen Strukturen

Die verfassungsrechtlich vorgezeichnete Trennung der Rechtsgebiete und Politiken setzt sich in einer institutionellen Trennung fort. Es haben sich regulatorische Silos herausgebildet, in denen sich nicht nur Regelungsziele und -instrumente, sondern auch Governance-Strukturen pfadabhängig voneinander wegentwickelt haben. Das Paradigma des Binnenmarktes führt in den meisten Gebieten zu einer Zentralisierung auf EU-Ebene (Maximalharmonisierung).

Im Einklang mit Erkenntnissen der neuen Institutionenökonomik wird im Transformationsdiskurs die Bedeutung partizipativer und polyzentrischer Governance mit Bottom-Up-Elementen betont.[19] Dies bedeutet einerseits die Aktivierung zusätzlicher Regelungsebenen, andererseits neue Ansätze zur Einbeziehung der Betroffenen.

In diesem Sinne steigt zunächst die Relevanz mitgliedstaatlicher Regulierung, die die „Lücken" des europäischen Rechtsrahmens ausfüllt. In der Agrarpolitik eröffnet das *new delivery* Modell der GAP größere Spielräume für nationale Politikgestaltung. Auch im Lebensmittelrecht gibt es zunehmend Beispiele für nationale Initiativen, beispielsweise beim Front-of-Pack Nutrition Labelling (NutriScore) oder Alkoholwarnhinweisen. Angesichts der eklatanten Defizite des bestehenden Rahmens, kann der „Wettbewerb der Rechtsordnungen" durchaus eine adäquate Antwort auf die komplexe Transformationsaufgabe darstellen.[20]

18 Vgl. *Ferdinand von Schirach*, Jeder Mensch, 2021.
19 *Elinor Ostrom*, Understanding Institutional Diversity, 2005, 259.
20 Vgl. *Tilman Reinhardt*, Alkoholregulierung in der Europäischen Union, ZLR 2023, 577 (569).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In Fortsetzung der bisherigen Entwicklung kommt außerdem privaten Akteuren, Branchenverbänden und Zertifizierungsorganisationen eine wichtige Rolle bei der rechtlichen Transformation zu. Um ihr Handeln effektiv zu steuern, bedarf es verschiedener regulatorischer Ansätze, etwa einer Flexibilisierung des kartellrechtlichen Rahmens für koordiniertes Handeln zur Förderung von Nachhaltigkeit und Gesundheit,[21] oder Regeln zur Nachhaltigkeitskommunikation (green claims, s.u.).

Großes Potenzial wird schließlich der kommunalen Ernährungspolitik zugemessen.[22] Dabei erfolgt im Rahmen des Milan Food Policy Pact auch eine autonome internationale Koordinierung und Weiterentwicklung der Handlungsansätze, so wie es auch im Bereich des Klimaschutzes der Fall ist.[23]

Die Transformation betrifft aber nicht nur die Frage, wer Regeln setzt, sondern auch das „Wie". Auf allen Ebenen zeigt sich insofern eine Proliferation partizipativer Elemente. Die Verbindung zwischen Nachhaltigkeit und Partizipation ist im allgemeinen Nachhaltigkeits-Diskurs[24] und speziell auch im europäischen Green Deal[25] anerkannt. Insofern besteht eine direkte Beziehung zwischen dem Green Deal und der Konferenz zur Zukunft Europas.[26] Tatsächlich hat die Konferenz die Ansätze des Green Deal und der Farm-to-Fork-Strategie ausdrücklich bestätigt und ihnen dadurch zusätzliche Legitimation verliehen.[27] In Deutschland ist die Transformation des Ernährungssystems der erste Gegenstand für neue Formate der deliberativen Demokratie, namentlich dem 2023 initialisierten Bürgerrat „Ernährung im Wandel"[28].

Neben deliberativen Formaten nach dem „Zufallsprinzip" werden als Ergebnis des UN Food Systems Summit nationale Multi-Stakeholder-Dialogprozesse wie die deutsche Zukunftskommission Landwirtschaft durchge-

21 Vgl. etwa die Neuregelung in Art. 210a VO(EU) 1308/2013.

22 *Nevin Cohen*, Roles of Cities in Creating Healthful Food Systems, Annual Review of Public Health 2022, 419; *Daniel Polman/Giulia Bazzan*, Governance Tools for Urban Food System Policy Innovations in the Milano Urban Food Policy Pact, European Urban and Regional Studies 2023.

23 *Helmut Aust*, Die Rolle von Städten im globalen Klimaschutzregime nach Inkrafttreten des Übereinkommens von Paris, ZUR 2018, 656.

24 *Eva Lohse/Birgit Peters*, Sustainability through Participation?, 2023, 1 (2 ff.).

25 COM (2019) 640 final, Kapitel 1 Absatz 3.

26 *Josephine van Zeben*, The European Green Deal: The Future of a Polycentric Europe?, European Law Journal 2020, 300 (302).

27 COM (2022) 404 final.

28 Vgl. BT-Drucksache 20/6709.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

führt. Auch im Rahmen von kommunaler und sektoraler Politikgestaltung spielen Multi-Stakeholder-Formate eine zunehmende Rolle.[29]

Aus juristischem Blickwinkel sind die genannten Partizipationsformate der verbindlichen Rechtssetzung vorgelagert.[30] Das bedeutet aber keineswegs, dass sie weniger relevant sind, oder keine rechtswissenschaftliche Aufmerksamkeit verdienen. Im Gegenteil! Zunächst kann ihnen eine gewisse normative Bedeutung nicht abgesprochen werden, da sie zumindest für die einberufenden Institutionen eine politische Verantwortlichkeit erzeugen.[31] Vor allem aber zielen sie aus Sicht der Transformationsforschung auf potenziell entscheidendere Hebelpunkte: Sie betreffen nicht nur einzelne Entscheidungen, sondern die dahinter liegenden Werte und Strukturen.[32] Es manifestiert sich in ihnen eine neue „food democracy"[33], die zur Kompensation des „systematischen Nachhaltigkeitsdefizit der repräsentativen Demokratie"[34] beiträgt.

Neben der „unverbindlichen" Partizipation kann die Bedeutung von Beteiligung im engen juristischen Sinne für die Transformation zunehmen, wie das immer wichtigere Feld des Klimaschutzrechts anhand der sog. Klimaklagen zeigt.[35] Bisher spielen zwar beispielsweise die Beteiligungs- und Klagerechte der Aarhus-Konvention oder gar private Klagen im Agrar- und Ernährungsbereich nur eine geringe Rolle. Dies kann sich im Hinblick auf rechtliche Entwicklungen, gestiegene Erfahrungswerte der betreffenden Akteure und eine größere Problemsensibilität aber ändern.

Die EU-Kommission allein wird die Rolle als „Motor der Transformation" jedenfalls nicht füllen können. Zwar können Vertragsverletzungsverfahren, wie etwa zum niederländischen und deutschen Düngerecht, tiefgrei-

29 Vgl. bspw.: *Annelie Sieveking, Thomas Schomerus*, Beiräte als Instrument einer Ernährungswende, Natur und Recht 2020, 680.
30 Vgl. *Birgit Peters*, Legitimation durch Öffentlichkeitsbeteiligung, 2020, 46 ff.
31 Vgl. *Nils Grosche*, Ein demokratisches Experiment zur Zukunft Europas - Zur Konferenz zur Zukunft Europas, Zeitschrift für Gesetzgebung 2022, 16 (32).
32 Vgl. *Donella Meadows*, Thinking in Systems, 2008, 145 ff.
33 *Hanna Schebesta / Jeroen Candel*, Game-changing Potential of the EU's Farm to Fork Strategy, Nature Food 2020, 586, 588; *Jana Baldy*, Sylvia Kruse, Food Democracy from the Top Down? State-Driven Participation Processes for Local Food System Transformations towards Sustainability, Politics and Governance 2019, 68.
34 *Wolfgang Kahl*, Nachhaltigkeitsverfassung, 2018, 64.
35 *Frank Fellenberg*: Rechtsschutz als Instrument des Klimaschutzes – ein Zwischenstand, NVwZ 2022, 913.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

fende Veränderungen anstoßen.[36] Allein die Zeiträume derartiger Verfahren sind mit den politisch vorgegebenen Zielen und der wissenschaftlich beschriebenen Dringlichkeit der Transformation aber nicht vereinbar. Latenzen, etwa bei der Realisierung der nationalen GAP-Strategiepläne, sind unvermeidbar. Die disruptive Agenda[37] der Farm-to-Fork-Strategie scheint von der politischen Realität mittlerweile eingeholt.

III. Das Ernährungssystemrecht braucht neue und gezielte Steuerungsinstrumente

Im Bereich der Landwirtschaft scheint vor allem der flächendeckende Subventionsansatz der GAP mit dem transformativen Anspruch grundlegend unvereinbar. Ob die GAP ihre strukturellen Ziele erreicht, ist unklar. In jedem Fall werden die ökologischen Ziele trotz zunehmend „grüner" Ausrichtung verfehlt und es ergeben sich sogar negative ökologische Effekte.[38] Subventionen verhindern möglicherweise auch nachhaltige Innovationen.[39] Unabhängig vom Transformationsdiskurs scheint die GAP auch mit den Erweiterungsplänen der EU unvereinbar. Zur Förderung eines nachhaltigen Ernährungssystems müssen Subventionen an Gemeinwohlleistungen gekoppelt sein, die gleichzeitig konsequenter und noch stärker automatisiert kontrolliert werden.

Neben der Agrarpolitik gewinnt Ordnungsrecht an Bedeutung, um einen stabilen Rahmen und Anreize für nachhaltige Praktiken und Innovationen zu geben (z.B. im Bereich des Boden- und Pflanzenschutzes). Dazu kommt eine stärkere Steuerung der Produktion, z.B. durch nationale und europäische Proteinstrategien oder planungsrechtliche Ansätze.[40] Zielführend ist möglicherweise auch die Übernahme von Steuerungsansätzen aus anderen Rechtsgebieten, wie etwa die „Besten verfügbaren Techniken"[41] im Bereich

36 Vgl. die Beihilfegenehmigungen der Kommission für das neue niederländische Stilllegungsprogramm für Tierhaltung (PM vom 2.5.2023).

37 *Kai Purnhagen*, Hat das LFGB noch eine Zukunft? Über europäische Harmonisierung, Reform und Disruption, ZLR 2021 735 (744).

38 *Bazzan* et al. (Fn. 15), 804 ff.

39 *Tilman Reinhardt*, The Farm to Fork Strategy and the Digital Transformation of the Agrifood sector, Applied Economics Perspectives and Policy 2022, 819 (833).

40 Vgl. *Wolfgang Köck*, Deutschland braucht für die Agrarwende ein Landwirtschaftsgesetz, ZUR 2022, 129 f.

41 Vgl. *Stefan Möckel*, Best Available Techniques as a Mandatory Basic Standard for More Sustainable Agricultural Land Use in Europe?, Land Use Policy 2015, 342.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Industrieemissionen-Richtlinie 2010/75/EU oder Flottengrenzwerte bei Kraftfahrzeugen gemäß VO (EU) 2019/631 und VO (EU) 2019/1242. Im bislang eher „staatsfreien" Raum der Ernährung geht es um vielfältige Maßnahmen zur Förderung gesunder Ernährungsumgebungen (vgl. These 6). Die Ernährungssystem-Perspektive regt dabei an, Symptome und Ursachen nicht zu verwechseln, etwa im Bereich der Lebensmittelverschwendung.[42]

IV. Das Ernährungssystemrecht braucht ein stimmiges Leitbild

Im europäischen Transformationsdiskurs avanciert die ökologische/biologische Produktion gemäß VO (EU) 848/2018 (Öko-Verordnung) zunehmend zum Leitmodell nachhaltiger Lebensmittelproduktion.[43] Die Farm-to-Fork-Strategie gibt das Ziel vor, bis zum Jahr 2030 einen Anteil von 25 % ökologisch bewirtschafteter Agrarfläche zu erreichen. Die aktuelle Bundesregierung geht darüber sogar noch hinaus und verspricht im Koalitionsvertrag, die gesamte Landwirtschaft am Ökolandbau auszurichten.

Tatsächlich kann ein rechtliches Leitmodell für die politische Steuerung der Transformation Vorteile bieten, z.B. hinsichtlich Kommunikation, staatlicher Förderung oder Synergien bei Kontrolle. Auch sprechen einige grundsätzliche Erwägungen für den „Ökolandbau" als Leitbild. Die Öko-Verordnung bietet einen europaweit einheitlichen und robusten gesetzlichen Rahmen. Über drei Jahrzehnte hinweg wurde eine integrierte Kontrollinfrastruktur etabliert und auf allen Ebenen viel Erfahrung und ein hoher Bekanntheitsgrad aufgebaut.

Entscheidend ist allerdings die Frage, ob die ökologische Produktion auch tatsächlich die Nachhaltigkeit fördert. Ohne Zweifel weist der Ökolandbau gegenüber vielen praktizierten konventionellen Anbausystemen ökologische Vorteile auf. Er hat vielfältige Innovationen hervorgebracht, von der Produktion (mechanischer und biologischer Pflanzenschutz) bis hin zu der Vermarktung, die auch für die konventionelle Produktion von Nutzen sind. Gleichwohl gibt es kritische Punkte. Dabei geht es sowohl um Einzelaspekte, z.B. die (Nicht-)Zulassung bestimmter Pflanzenschutz- (z.B.

42 *Rudolf Messner* et al., From Surplus-to-Waste: A Study of Systemic Overproduction, Surplus and Food Waste in Horticultural Supply Chains, Journal of Cleaner Production 2021, 123952 (1).

43 Vgl. die Erwägungsgründe 4 und 17 sowie Art. 5 der Öko-Verordnung, VO (EU) 2018/848.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Phosponate[44]) oder Düngemittel (z.B. Struvite[45]), aber auch um generelle Fragen: Warum kann nur bodengebundene Produktion ökologisch sein (gleichzeitig aber auch die Gewinnung von Salz), und Aquakultur nur in Oberflächengewässern?[46] Warum werden bestimmte Technologien und externe Inputs kategorisch ausgeschlossen?[47] Die strengen Regeln für die Verarbeitung erschweren die Ausweitung der Produktion, ohne zwingend ökologische Vorteile zur bringen. Bei einer globalen Betrachtung stellt sich schließlich die Frage, ob geringere Erträge nicht zu einem insgesamt höheren Flächenverbrauch führen.[48]

Angesichts immer weiter gehender Ansätze zur finanziellen und anderweitigen Förderung der ökologischen/biologischen Produktion (z.B. auch bei der öffentlichen Vergabe oder der Umsatzsteuer) können diese Punkte auch normativ nicht ignoriert werden. Dabei scheint es nicht zwingend, und aktuell auch kaum realistisch, die „Koexistenz"[49] zwischen ökologischer/biologischer und konventioneller Produktion aufzugeben. Die Öko-Verordnung wurde gerade erst umfassend reformiert, und es besteht eine über Jahrzehnte aufgebaute Verbrauchererwartung an „Natürlichkeit". Entsprechend sieht beispielsweise der Kommissionsvorschlag zu neuen Züchtungstechnologien vor, dass diese im Ökolandbau nicht zur Anwendung kommen sollen.[50] Auch bei Beibehaltung der Koexistenz muss aber sichergestellt sein, dass andere Formen nachhaltiger Produktion äquivalent gefördert werden, und die ökologische/biologische Produktion nicht

44 *Maria Chiara Manghi* et al., The Use of Phosphonates in Agriculture. Chemical, Biological Properties and Legislative issues, Chemosphere 2021, 131187.

45 *Jessica Stubenrauch* et al., How to Legally Overcome the Distinction between Organic and Conventional Farming Governance Approaches for Sustainable Farming on 100% of the Land, Sustainable Production and Consumption 2021, 1 (10f.).

46 *Tilman Reinhardt* et al., Regulatory Frameworks for Aquaponics in the European Union, in: Goddek, Simon et al. (Hrsg.), Aquaponics Food Production Systems, 2020, 501 (513).

47 *Kai Purnhagen* et al., Europe's Farm to Fork Strategy and Its Commitment to Biotechnology and Organic Farming: Conflicting or Complementary Goals?, Trends in Plant Science 2021, 600 (605).

48 *Eva-Marie Meemken/Matin Qaim*, Organic Agriculture, Food, Security, and the Environment, Annual Review of Resource Economics 2018, 39 (57).

49 *Jonas Mekhalfia/Arlette Greitens*, Koexistenz ökologischer und konventioneller Landbauformen, ZUR 2022, 594.

50 Vgl. Erwägungsgrund 23 des Vorschlags einer Verordnung über mit bestimmten neuen genomischen Techniken gewonnene Pflanzen und die aus ihnen gewonnenen Lebens- und Futtermittel sowie zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/625, COM (2023) 411 final.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

zu zusätzlichen negativen ökologischen Auswirkungen führt. In diesem Zusammenhang bedürfen auch die Governance-Regeln (z.B. Besetzung, Begründungstiefe und Wissenschaftlichkeit des sog. EGTOP[51]-Komitees) einer kritischen Überprüfung.

V. Ernährungssystemrecht schafft einen kohärenten und effektiven Rahmen für Qualität, Sicherheit, Nachhaltigkeit und Authentizität

Das europäische Lebensmittelrecht zielt auf Lebensmittelsicherheit und Verbraucherinformation. Regelungen zur Qualität von Primärprodukten haben einen agrarrechtlichen Hintergrund in der gemeinsamen Marktorganisation der VO (EU) 1308/2013. Bei verarbeiteten Produkten spielt private Normung eine entscheidende Rolle. Staatliche Sonderregimes bestehen etwa für die ökologische/biologische Produktion (s.o.) und geographische Herkunftsbezeichnungen.

Zwischen den Regeln zu Sicherheit, Qualität und Nachhaltigkeit bestehen verschiedene Widersprüche, die in einem Ernährungssystemrecht aufzulösen sind. Unmittelbar greifbare Beispiele betreffen etwa Haltbarkeitsdaten, Rückstandsgrenzen oder das Verhältnis von Qualitätsnormen und „nachhaltigen" Ersatzprodukten. Die Entscheidung TofuTown[52] oder die geltenden Regeln für vegane Produkte im Deutschen Lebensmittelbuch werfen verschiedene Fragen nach Verhältnismäßigkeit, Kohärenz und Wissenschaftlichkeit auf. Hier bedarf es einer zukunftsorientierten legislativen Klarstellung, wie dies zuletzt im Weinrecht durch Regeln zu interspezifischen Kreuzungen von Rebsorten und (teilweise) entalkoholisierten Produkten erfolgt ist.[53]

Ein besonderes Augenmerk verdienen zudem besondere Qualitätsregeln, insbesondere zu geographischen Herkunftsbezeichnungen, die für Teile der europäischen Lebensmittelwirtschaft von fundamentaler Bedeutung sind. Sie wurden durch Rechtsprechung des EuGH[54] und internationale Abkommen (TRIPS und bilaterale Abkommen) in den letzten Jahrzehnten

51 Expert Group for Technical Advice on Organic Production.

52 EuGH, Urteil vom 14. Juni 2017, C-422/16, ECLI:EU:C:2017:458 – TofuTown.

53 *Tilman Reinhardt*, Innovation und Nachhaltigkeit im Weinrecht, in: Möstl, Markus/Purnhagen, Kai (Hrsg.), Die Regulierung von Innovationen im Lebensmittelsektor, 2023, 119 (133).

54 Vgl. bspw. EuGH, Urteil vom 2. Mai 2019, C-614/17, ECLI:EU:C:2019:344 – Manchego.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

erheblich gestärkt. Es erscheint widersinnig, wenn gerade rechtlich besonders geförderte Produkte und Produktionsweisen ökologische Schäden verursachen[55], statt als Vektoren für nachhaltige Praktiken zu fungieren[56]. Insofern soll im aktuellen Überarbeitungsprozess des Geoschutz-Rahmens eine stärkere Orientierung an Nachhaltigkeitszielen ermöglicht werden. [57] Entsprechender Anpassungen wird es auch bei anderen staatlichen oder privaten Qualitätsstandards bedürfen.

Basis aller effektiven sicherheits-, qualitäts- und nachhaltigkeitsbezogenen Regulierung, insbesondere aller marktbasierten Mechanismen, ist die Gewährleistung von Lebensmittelauthentizität. Die horizontale Kontrollverordnung VO (EU) 2017/625 erfasst insofern bereits nahezu alle relevanten Rechtsgebiete. Gleichwohl zeigt sich in der Praxis, dass auch in hochregulierten Lieferketten erheblicher Betrug möglich ist.[58] Die zunehmenden technischen Möglichkeiten müssen insofern noch effektiver genutzt werden. Dabei muss aber gleichzeitig sichergestellt sein, dass das Recht nicht faktisch diejenigen benachteiligt, die strenger kontrolliert werden, wie es aktuell beispielsweise bei ökologischen Produkten der Fall ist. Einer größeren Kohärenz bedürfen schließlich die Regeln zur Sanktionierung. Trotz erheblicher öffentlicher Interessen ergibt sich faktisch oft eine Privilegierung des Lebensmittelbetrugs gegenüber anderen Betrugssachverhalten. Dazu kommen Vollzugsdefizite (etwa bei Betrug in der Außer-Haus-Verpflegung) und praktische Schwierigkeiten in der grenzüberschreitenden Verfolgung.

55 Vgl. für die geschützte Ursprungsbezeichnung Prosecco: *Stefano Ponte*, Bursting the Bubble? The Hidden Costs and Visible Conflicts behind the Prosecco Wine 'Miracle', Journal of Rural Studies 2021, 542.

56 *Emilie Vandecandelaere* et al., The Geographical Indication Pathway to Sustainability: A Framework to Assess and Monitor the Contributions of Geographical Indications to Sustainability through a Participatory Process, Sustainability 2021, 7535.

57 Vgl. COM (2022) 134 final, Art. 4, Section 1a; *Michael Loschelder*, Geografische Angaben zwischen Kennzeichenrecht und Instrument der gemeinsamen Agrarpolitik, GRUR 2023, 601 (602).

58 *Sabine Kulling* et al., The Setup of the National Reference Centre for Authentic Food (NRZ-Authent) in Germany, European Journal of Lipid Science and Technology 2019, 121, 1900023.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

VI. Ernährungssystemrecht betrifft vor allem die Nachfrage nach Lebensmitteln

Allein durch produktions- oder produktbezogene Veränderungen kann die Transformation zu einem nachhaltigen Ernährungssystem nicht verwirklicht werden. Letztlich kann nur das Gesamtsystem nachhaltig sein. Ein besonderer Fokus zukünftiger Rechtsentwicklung liegt insofern auf der Nachfrageseite. Im Einklang mit wissenschaftlichen Erkenntnissen geht es um die Gestaltung gesunder Ernährungsumgebungen.[59]

Regelungen, die auf eine bessere Information der VerbraucherInnen abzielen, z.B. durch verständliche Nährwertkennzeichnung (Nutri-Score) oder überprüfbare Nachhaltigkeitsaussagen (Green Claims) sind dabei nur ein erster Schritt. Daneben geht es auch um (vermeintlich) „harte" Maßnahmen wie Warnhinweise, Werbeverbote, steuer- und planungsrechtliche Instrumenten, gleichzeitig aber auch um (vermeintlich) „weiche" Ansätze der Verhaltenssteuerung (z.B. Nudging). Ein wesentlicher Hebel besteht außerdem bei öffentlichen Ernährungsumgebungen, in Kitas, Schulen, Krankenhäusern und öffentlichen Kantinen. Der vergaberechtliche Rahmen der Richtlinie 2014/24/EU ermöglicht schon jetzt eine weitgehende Orientierung an Nachhaltigkeitskriterien bei der Beschaffung. Entscheidend ist aber häufig die vorgelagerte Frage, was überhaupt beschafft wird (Beschaffungsfreiheit). Verschiedene Instrumente können dazu beitragen, das Angebot gesünder und nachhaltiger zu gestalten. Große praktische Relevanz könnte insofern der medial bereits kontrovers diskutierten Überarbeitung der Empfehlungen der Deutschen Gesellschaft für Ernährung zukommen.

Verfassungsrechtlich stellt sich die Frage nach den Grenzen staatlicher Nachfragesteuerung. Eine differenzierte Bewertung kann dabei naturgemäß nur für konkrete Maßnahmen erfolgen. Entscheidend ist aber letztlich der grundrechtliche Ausgangspunkt: Teilweise wird vertreten, dass das lebensmittelrechtliche Verbraucherleitbild einer staatlichen Steuerung enge Grenzen setze.[60] Tatsächlich sieht das Grundgesetz aber nicht nur eine negative Freiheit von staatlicher Intervention vor, sondern auch eine positive

59 Vgl.: Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz beim BMEL, Politik für eine nachhaltigere Ernährung: Eine integrierte Ernährungspolitik entwickeln und faire Ernährungsumgebungen gestalten, 2020; Science Advice for Policy by European Academies, Towards Sustainable Food Consumption, 2023.

60 *Udo di Fabio*, Staatliche Ernährungspolitik und Verfassung, ZLR 2021, 169 (179).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Freiheit im Sinne einer freien Entfaltung der Persönlichkeit: „Der Mensch ist nur dann positiv frei, wenn nicht nur das Recht, sondern auch die ihn prägenden sozialen, wirtschaftlichen, edukativen oder psychologischen Faktoren (u. a.) ihm den Freiraum ermöglichen, diese Freiheit zu leben."[61] Wissenschaftliche Erkenntnisse dürfen bei der Bestimmung der Freiheit nicht ignoriert werden. Auch das Sozialstaatsprinzip ist zu beachten, wenn die real existierenden Ernährungsumgebungen soziale Ungleichheiten zunehmend verschärfen. Entsprechend dem Klimabeschluss sind schließlich intertemporale Aspekte der Freiheit zu berücksichtigen.

Eine stärkere Regulierung der Nachfrage entspricht insofern keiner Abweichung vom Menschenbild des Grundgesetzes, sondern im Gegenteil einer Anerkennung der realen Komplexität von Ernährungsentscheidungen in einem globalen Ernährungssystem. Sie ist verfassungsrechtlich nicht nur als rechtfertigungspflichtige Beschränkung von Freiheit zu werten, sondern kann – im Gegenteil – auch gerade zur Verwirklichung persönlicher Freiheit beitragen. Besonders bei öffentlichen Einrichtungen stellt sich insofern eher die Frage, ob nicht sogar eine staatliche Pflicht zur Schaffung gesunder und nachhaltiger Ernährungsumgebungen besteht.

VII. Das Ernährungssystemrecht schafft einen Rahmen für nachhaltige Innovation

Sowohl für das deutsche als auch für das europäische Recht wird ein Innovationsprinzip von Verfassungsrang postuliert.[62] Art. 11 Abs. 2 Nr. 1 UN-Sozialpakt fordert die volle Nutzung der technischen und wissenschaftlichen Erkenntnisse zur Verwirklichung des Rechts auf Nahrung. Zwar ist die Innovationsförderung nur eines von mehreren Steuerungsparadigmen staatlicher Innovationsregulierung neben Rationalisierung, Demokratisierung, Risikovorsorge und anderen.[63] Im Lichte der Dringlichkeit und Relevanz sozio-technischer Innovation für die Transformation scheint die Bedeutung dieser Funktion allerdings besonders hoch.

Die Ergebnisse der Innovationssystemforschung zeigen, dass Regulierung die Entwicklung von Innovationssystemen auf vielfältige Weise po-

61 *José Martinez* et al., Faire Ernährungsumgebungen gestalten, ZLR 2021, 589 (604).
62 *Christian Calliess*, Das Innovationsprinzip – Ein neues europäisches Rechtsprinzip?, ZEuS 2021, 125 (131).
63 *Iris Eisenberger*, Innovation im Recht, 2016, 4.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sitiv beeinflussen kann.[64] Es geht nicht nur um die Ermöglichung von unternehmerischem Experimentieren, etwa in Regulatory Sandboxes und Living Labs, sondern auch um die gezielte Lenkung des Innovationsprozesses, die Legitimation von Innovationen oder die Beendigung bestehender Praktiken (Exnovation[65]). Gleichzeitig können vermeintlich innovationsfördernde Instrumente wie geistiges Eigentum auch innovationshemmende Wirkung haben.[66] Gleiches gilt für Subventionen, selbst wenn sie auf ökologische Praktiken abzielen. Eine kritische Überprüfung der Innovationsoffenheit ist insofern für jedes einzelne lebensmittelrechtliche Teilgebiet angezeigt. Das Ernährungssystemrecht muss einen Rahmen bieten, der die Verbreitung von Innovationen fördert, die die Auswirkungen auf Klima, Ressourcen und Biodiversität und menschliche Gesundheit verringern.

Als Gegenspieler des Innovationsprinzips wird – gerade bei Themen der Bioökonomie – häufig das in Art. 191 Abs. 2 S. 2 AEUV verankerte Vorsorgeprinzip gesehen. Dem liegt ein verkürztes Verständnis des Vorsorgeprinzips zugrunde. Im Kontext dynamischer Veränderungen, insbesondere durch den Klimawandel, geht es immer um die Abwägung verschiedener Risiken.[67] Der Einsatz bestimmter Kulturarten wird in einigen Gebieten nur bei entsprechendem züchterischem Fortschritt noch möglich sein. Auch andere Regeln, die auf der Annahme statischer Ökosysteme basieren, z.B. zu invasiven Arten oder geographischen Herkunftsbezeichnungen, geraten unter Druck. Das Innovationsprinzip steht dem Vorsorgeprinzip insofern nicht entgegen.[68] Es beeinflusst seine Auslegung und ergänzt es im Hinblick auf das Staatsziel nachhaltiger Entwicklung.

64 *Tilman Reinhardt*, Regulation of Digital Agriculture: A Law and Economics Perspective, in: Mathis, Klaus/Tor, Avishalom (Hrsg.), Law and Economics of the Digital Transformation, 2023, 443 (445).
65 Vgl. *Lisa Graaf* et al. (Fn. 7), 32 ff.
66 Vgl. *Axel Metzger/Herbert Zech*, COVID-19 als Herausforderung für das Patentrecht und die Innovationsförderung, GRUR 2020, 561 (568).
67 *Christian Calliess*, Vorsorgeprinzip, planetare Grenzen und Climate Engineering, Berliner Online-Beiträge zum Europarecht 142, 1 (36).
68 *Calliess* (Fn. 62), 142.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

VIII. Das Ernährungssystemrecht ist digital by default

Der Digitalisierung kommt bei der Auflösung von Zielkonflikten und Verwirklichung einer systemischen Perspektive eine zentrale Rolle zu[69]: Ökologisch verspricht eine präzise, datenbasierte Landwirtschaft einen effektiveren Schutz von Boden, Wasser, Klima, Biodiversität und anderen Ressourcen. Gleichzeitig können digitale Lösungen die Effizienzen steigern, das Risikomanagement verbessern, direktere Vermarktungswege eröffnen und zu größerer Transparenz in der Lebensmittelproduktion beitragen.

Rechtlich ergeben sich im Hinblick auf das „umfassende Zielsystem Landwirtschaft 4.0"[70] verschiedene Fragen: Ein zentrales Thema ist die Entwicklung einer adäquaten Datengovernance, die den erheblichen öffentlichen Interessen an Agrardaten gerecht wird. Individuelle Entscheidungen betreffen ökologische Gemeingüter. Daten sind außerdem für kollektive Lernprozesse, etwa im Bereich der Klimaanpassung oder Kohlenstoffsequestration von hoher Relevanz. Eine paradigmatische Orientierung am Schutz privater Daten („Datensouveränität") scheint insofern zweifelhaft. Dies gilt umso mehr, als auf Seiten der Anbieter innovativer Technologielösungen eine Konzentration auf wenige global agierende Unternehmen zu beobachten ist.

Ein weiteres zentrales Thema ist die Digitalisierung der Verwaltung. Sie ist essenzielle Voraussetzung für eine effektive politische Steuerung. Angesichts des hohen Mechanisierungsgrads können im Agrarsektor dabei möglicherweise auch zunehmend Ansätze direkter Technologieregulierung verwirklicht werden („regtech", Technoregulation, *algorithmic sustainability*). So können beispielsweise zulässige Verfahren (z.B. beim Pflanzenschutz) vom Staat direkt als maschinenlesbare Daten zur Verfügung gestellt werden („*Law as Code*").[71] Auch das digitale Flächenüberwachungssystem gemäß Art. 66 Abs. 1 c VO (EU) 2021/2116 schafft Potenziale für eine zunehmende Integration von Subventionen und ordnungsrechtliche Regulierung.

69 *Reinhardt* (Fn. 39), 821.

70 *Ines Härtel*, Agrarrecht 4.0 – Digitale Revolution in der Landwirtschaft, in: Frenz, Walter (Hrsg.): Handbuch Industrie 4.0: Recht, Technik, Gesellschaft, 2020, 429 (432).

71 *Resa Mohabbat Kar* et al., Recht digital: Maschinenverständlich und automatisierbar, 2019, 10 f.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

IX. Das Ernährungssystemrecht ist global

Ernährungssysteme sind global, also muss auch das Ernährungssystemrecht global sein. Schon jetzt ist das europäische Lebensmittelrecht – unilateral – international ausgerichtet, um freien Handel und Lebensmittelsicherheit zu gewährleisten.[72] Dazu kommt die ungeschriebene Orientierung ausländischer Produzenten an europäischen Normen der Lebensmittelqualität und -sicherheit (sog. Brussels Effect[73]).

Im Rahmen der Transformationsdebatte geht es um die Verringerung des ökologischen und sozialen Fußabdrucks europäischer Ernährungssysteme. Ökologisch betrifft dies einerseits die Umwelteffekte inländischer Produktion (z.B. Emissionen) andererseits die Verlagerung von Umwelteffekten in Lieferketten (*leakage*, exportierte Toxizität). Sozial geht es vor allem um Abhängigkeiten und globale Ernährungssicherheit.

Beispiele für neue unilaterale Instrumente bieten die Gesetzgebungsvorhaben zu Sorgfaltspflichten in der Lieferkette und zu entwaldungsfreien Lieferketten. Diskutiert werden z.B. auch sog. *mirror clauses* oder Produktions- bzw. Exportverbote bei Pflanzenschutzmitteln.[74] Der unilaterale Ansatz bringt allerdings verschiedene Herausforderungen mit sich. Rechtlich stellt sich die Frage der Vereinbarkeit mit Welthandelsrecht. Praktisch geht es um Zielgenauigkeit und Verlagerungseffekte. Eine Verschärfung von Regeln kann auch unerwünschte Konsequenzen haben, wenn etwa die strengeren Regeln zur Gruppenzertifizierung der neuen Ökoverordnung die Zertifizierung bei vielen tropischen Agrarprodukten praktisch in Frage stellen.

Unilaterale Maßnahmen bedürfen insofern einer bilateralen und multilateralen Flankierung. Das überarbeitete Advanced Framework Agreement zwischen der EU und Chile sieht beispielsweise ein eigenes Kapitel zu nachhaltigen Ernährungssystemen vor. Auch im multilateralen Bereich gibt es – trotz zunehmender geopolitischer Spannungen und anhaltender Schwächen der UN und WTO-Systeme – Beispiele für konstruktives Handeln: Einen Meilenstein bilden bspw. Richtlinien des Ausschusses für Welternährungssicherheit (CFS). Der UN Food Systems Summit brachte zwar keine verbindlichen Vereinbarungen, aber ist Ausgangspunkt nationaler

72 Vgl. Erwägungsgrund 23 der Basis-Verordnung.
73 *Ana Bradford*, The Brussels Effect, Northwestern University of Law Review 2012, 1.
74 *Alan Matthews*, Implications of the European Green Deal for Agri-food Trade with Developing Countries, European Landowners' Organization, 2022, 9 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dialogprozesse, die auch eine Chance für eine Veränderung internationaler Aushandlungsprozesse bieten. Bezüglich des SDG 2 ist es nach langer Diskussion mittlerweile gelungen, ein einheitliches Indikatorframework abzustimmen.[75] Von potenziell großer Bedeutung ist auch das Kunming-Montreal Global Biodiversity Framework (GBF) mit seinen vier Langzeit- und 23 Aktionszielen, darunter dem Ziel, bis 2030 30 % der Erdoberfläche unter Schutz zu stellen.

Eine Baustelle ist die Integration der Landwirtschaft in das internationale Klimaschutzrecht. Bisher wurde mit dem Korinivia bzw. Sharm el Sheikh Joint Work on Agriculture lediglich ein schwacher Koordinierungsrahmen etabliert. Eine transformative Rolle könnte potenziell auch vom Codex Alimentarius ausgehen (vgl. die politischen Forderungen nach einem „Codex Planetarius"). Schließlich spielt die internationale sektorale Regulierung eine wichtige Rolle. Ein Beispiel bietet die internationale Organisation für Rebe und Wein (OIV), die in den vergangenen Jahren verschiedene grundlegende Resolutionen zu Nachhaltigkeitsthemen und Digitalisierung verabschiedet hat.

X. Im Transformationsprozess emergiert eine Ernährungsverfassung

Die Probleme sind auf Verfassungsebene angelegt (vgl. These 1). Sie sind auf Verfassungsebene zu lösen. Im Transformationsprozess kommt es zu einer Hierarchisierung von Normen und der Herausbildung übergeordneter Rechte und Prinzipien. Diese können als Verfassung des Ernährungssystems begriffen werden.

Natürlich ist diese Ernährungsverfassung kein unmittelbar fassbares Dokument. Sie ist „fuzzy", verteilt auf Quellen unterschiedlicher Herkunft und Rechtsqualität, teilweise ungeschrieben und in verschiedener Hinsicht im Fluss. Das ändert aber nichts daran, dass ihre Elemente gelten. Zu ihnen zählen nicht nur Staatsziele (z.B. die Einhaltung der planetaren Grenzen[76] oder die öffentliche Gesundheit als Element des Sozialstaats), sondern auch Grund- und Menschenrechte sowie Grundfreiheiten, die im Lichte der

75 *Pietro Gennari, Dorian Kalamvrezos Navarro*, The Challenge of Measuring Agricultural Sustainability in All Its Dimension, Journal of Sustainability Research 2020, 1 (9 ff.).

76 Vgl. auch *Jessica Stubenrauch*, Übertragbarkeit des BVerfG-Beschlusses zum Klimaschutz auf andere Umweltbereiche am Beispiel Phosphor, ZUR 2021, 617 (623).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Transformation „positiv" neu zu denken sind. Die Verfassung enthält auch ein „Organisationsrecht", d.h. die Strukturprinzipien einer transformativen Governance und neuen Ernährungsdemokratie. Der in der Farm-to-Fork-Strategie angekündigte europäische Rechtsrahmen für nachhaltige Lebensmittelsysteme[77] könnte einige dieser Aspekte legislativ näher spezifizieren.

Die Transformationsforschung diagnostiziert gerade im Bereich der Landwirtschaft und Ernährung ein großes Bedürfnis nach Politikintegration und fordert gleichzeitig einen vielfältigen Mix an Politikmaßnahmen.[78] Rechtstechnisch hat sich in der Vergangenheit gezeigt, dass es bei „Großvorhaben" wie dem digitalen Binnenmarkt, zu einer Proliferation disparater Rechtsakte kommt und Querschnittsfragen vernachlässigt werden.[79]

Die Offenlegung der Ernährungsverfassung stellt insofern eine relevante und genuin rechtswissenschaftliche Aufgabe dar. Entsprechend dem Thema der diesjährigen Jungen Tagung Öffentliches Recht erfordert sie einen internationalen, intra- und interdisziplinären Ansatz. Gefragt ist eine globale Perspektive, das Zusammendenken verschiedener Rechtsgebiete und die Einbeziehung der Erkenntnisse anderer Disziplinen. Die „Nachhaltigkeit" geht in ihrer Mehrdimensionalität und Komplexität weit über andere offene Rechtsbegriffe hinaus.[80] Der Prozess ihrer Juridifizierung[81] steht in vielerlei Hinsicht noch am Anfang. In der Transformationsforschung ist in den vergangenen Jahrzehnten ein internationaler Diskurs entstanden, der natur- und sozialwissenschaftliche Erkenntnisse zusammenführt. Es wäre für alle Seiten gewinnbringend, wenn sich die Rechtswissenschaft stärker daran beteiligt.

77 Vgl. COM (2020) 381 final, Annex 1 Nr.1.

78 *Bazzan* et al. (Fn. 15), 809 m.w.N.

79 *Matthias Schmid*, Auf dem Weg zu verständlichem, vollziehbarem Recht: Hindernisse und Potentiale, in: Brönneke, Tobias/Willburger, Andreas/Bietz, Sabine (Hrsg.), Verbraucherrechtsvollzug, 2020, 367 (368).

80 *Wolfgang Kahl*, Nachhaltigkeitsverfassung, 2018, 139.

81 *Klaus Mathis*, Nachhaltige Entwicklung und Generationengerechtigkeit, 2017, 63.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Form matters, too – forciert formalistisches Vergleichen in der interdisziplinären Rechtsforschung in Interaktion mit Sprach-, Literatur- und Kunstwissenschaft

Rico David Neugärtner

Der Beitrag unterbreitet den Vorschlag, sich in der Rechtsvergleichung – *ergänzend* zu den vorherrschenden Methoden des Funktionalismus und der vergleichenden Begriffsarbeit – ganz bewusst *auch* ‚Form'-Fragen zuzuwenden. Damit öffnet sich die vergleichende Rechtsforschung zugleich dem interdisziplinären Analysepotential sprach-, literatur- und kunstwissenschaftlicher Theorien. Auf diese Weise treten als Vergleichsgegenstände in den Vordergrund: Formen, Stile, Rhetoriken der Rechtssprache, dogmatische Lektürepraktiken und Kommunikationsformate, ästhetisch-ideologisch-kryptonormative Gehalte des diskursiven und performativen Umgangs mit Recht. Erst ein bewusst formorientierter Vergleich erlaubt die Würdigung solcher Formaspekte des Rechts, aber auch Dekonstruktionen und Kritik.

A. Forciert formalistisches Vergleichen im Methodik-Pluralismus der Rechtsvergleichung

Der Vorschlag für forcierten Formalismus in der Rechtsvergleichung (s.u. II.) muss sich von vorneherein gegen ein verbreitetes Unbehagen an Formalismus in der Rechtsforschung verteidigen:

I. Zwei mögliche Einwände gegen forcierten Formalismus

„*Wie kann man nur (noch) mehr Formalismus in der Rechtsvergleichung fordern?*" Mit dieser Frage könnten Leser*innen aus mindestens zwei Stoßrichtungen auf die Grundanlage des vorliegenden Beitrags reagieren:

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Critical Legal Studies: Kritik an krudem Formalismus

So ließe sich einmal fragen: ‚*Gibt es nicht schon spätestens seit den 1970er/1980er Jahren berechtigte Kritik an* zu viel *Formalismus in der Rechtsvergleichung?*‘ Vor allem Wissenschaftler*innen aus den *Critical Legal Studies (CLS)* haben Schwachstellen formalistischer Rechtsvergleichung aufgezeigt. Besondere Bekanntheit hat der methodik-kritische Aufsatz „*Critical Comparisons*“ von *Günter Frankenberg* aus dem Jahr 1985 erlangt: Darin macht *Frankenberg* einen Hauptgegner von kritischer Rechtsvergleichung aus: kruden Formalismus.[1]

Frankenberg spricht auch von „Legozentrismus“ – er meint damit einen versteiften Fokus auf rechtliche Kategorien beim Erfassen der *auch* rechtlich geprägten Wirklichkeit: *Frankenberg* kritisiert, dass der in der Rechtsvergleichung vorherrschende Legozentrismus ‚Recht‘ als „Zusatz“ – und nicht etwa als Baustein – der „sozialen Realität“ begreife.[2] Legozentrismus stilisiere soziale, politische, emotionale Belange als ‚Rechte‘, ‚Pflichten‘, ‚Rechtsverhältnisse‘ oder ‚Zuständigkeiten‘.[3] Dabei betreibe Legozentrismus häufig zugleich einen kruden Literalismus, indem er Texte, *law on the books*, über soziale Erfahrungen stelle.[4] Nicht-technische, etwa emotionale und kulturelle Aspekte blende kruder Formalismus aus.[5] *Frankenberg* verweist als Beispiel auf Rechtsvergleiche zu gerichtlichen Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch. Viele Vergleiche würden das Phänomen ‚Schwangerschaftsabbruch‘ von vorneherein durch rechtlich gefärbte Kategorien wie das ‚Recht auf Leben‘ oder das ‚*right to privacy*‘ erfassen – auf diesem Weg bleibe die soziale, medizinische, emotionale Lebhaftigkeit des Themas aber am Rande und werde erstickt.[6]

2. Mainstream: leistungsfähige Methodik-Alternativen ohne ‚Form‘-Fokus

Doch nicht nur aus dem Feld der *CLS*, auch ausgehend vom Mainstream der Rechtsvergleichung lässt sich die Forderung nach mehr Formalismus

1 Vgl. *Günter Frankenberg*, Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law, Harvard International Law Journal 1985, 411 (421 f., 424).
2 *Frankenberg* (Fn. 1), 424.
3 Vgl. *Frankenberg* (Fn. 1), 449 ff.
4 Vgl. *Frankenberg* (Fn. 1), 424.
5 Vgl. *Frankenberg* (Fn. 1), 437 (im Kontext seiner Kritik an formalistisch arbeitendem Funktionalismus).
6 Vgl. *Frankenberg* (Fn. 1), 449 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

angreifen – und so ließe sich weiter fragen: ‚*Gibt es nicht leistungsfähige Angebote im Methoden-Arsenal der Rechtsvergleichung, die gerade nicht auf Formalismus angewiesen sind?*'

a) Funktionalismus: leistungsfähig, aber pseudo-faktisch und technik-ignorant?

Hier wäre zunächst an den Funktionalismus zu denken. Dabei ist gleich vorweg festzuhalten: Wie insbesondere *Ralf Michaels* betont, gibt es in der Praxis der Rechtsvergleichung nicht ‚*den*' Funktionalismus (und häufig bezeichnen vergleichende Untersuchungen ihre Methode selbst zwar als „funktionalistisch", vergleichen dann tatsächlich aber gar nicht mit Blick auf Funktionen, sondern etwa nach Begriffsrastern o.Ä.).[7] Seiner Kernidee nach vergleicht Funktionalismus Rechtsordnungen mit Blick auf die Lösungen, welche diese für bestimmte soziale Probleme bereitstellen:[8] Wie wird ein bestimmtes soziales oder politisches Problem – beispielsweise das Problem ‚Abgeordnetenkorruption' – in Rechtsordnung A gelöst, wie wird es in Rechtsordnung B gelöst? Das funktionalistische Vergleichen ist leistungsfähig; auf keinen Fall möchte ich mich dafür aussprechen, es vollständig zu ersetzen.

Aber zwei Aspekte sind hier zu bedenken: *Erstens* droht Funktionalismus bei seiner Suche nach Lösungen für soziale und politische ‚Probleme' „*pseudo*-faktisch" zu agieren: Die Bestimmung, was überhaupt als ein ‚soziales Problem' gelten darf, ist häufig ihrerseits durch rechtliche Kategorien vorgeprägt[9] – oder zumindest ein Unternehmen hoch stilisierter Interpretation[10] (und damit in *gewisser* Weise *zu* ‚technisch'). Ein *zweiter* Punkt: Funktionalismus ist mit seiner ‚*output*'-orientierten Suche nach (‚besten') Lösungen tendenziell ‚aber' auch ‚*un*technisch' (im Sinn von ‚technik-*ignorant*') ausgerichtet. Funktionalismus interessiert sich eben nicht ausdrücklich für Techniken und Praktiken und auch nicht für Nebenwirkungen

7 Vgl. *Ralf Michaels*, The Functional Method of Comparative Law, in: Reimann, Mathias/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, 2. Aufl. 2019, 345 (346 f.).

8 Vgl. nur *Uwe Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, § 3, Rn. 3.

9 Vgl. *Oliver Brand*, Conceptual Comparisons: Towards a Coherent Methodology of Comparative Legal Studies, Brooklyn Journal of International Law 2007, 405 (419); vgl. auch *Günter Frankenberg*, Comparing constitutions: Ideas, ideals, and ideology—toward a layered narrative, I•CON 2006, 439 (444 f.).

10 Vgl. *Michaels* (Fn. 7), 388, welcher ‚Funktionalismus' als „interpretatives" Bezugssystem reformulieren möchte.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

und Zufälligkeiten im Rechtsleben – er ignoriert damit Aspekte, die in den ‚Wirklichkeiten' des Rechts aber doch eine große Rolle spielen.

b) Vergleichende Begriffsarbeit: leistungsfähig, aber unreflektiert modellierend?

Ein weiteres leistungsfähiges Methodik-Angebot – gerade im Verfassungsvergleich – ist die vergleichende Begriffsarbeit; international diskutiert unter dem Stichwort ‚*conceptualism*': Der Kerngedanke von *conceptualism* geht dahin, dass Begriffe (insbesondere auch neu entwickelte, neu modellierte oder ‚verbesserte'[11] Begriffe) in reflektierter Weise eingesetzt werden, um zu erfassen, „was Verfassungsrecht ist und wie verschiedene Verfassungsordnungen verglichen werden können" (so *Christoph Möllers* und *Hannah Birkenkötter*).[12] Dem liegt die Vorstellung zugrunde, dass rechtlich relevante Begriffe (von ‚Eigentum' über ‚subjektives Recht' bis ‚Parlament') „nicht nur als Werkzeuge dienen [könnten], um rechtliche Phänomene zu rechtfertigen, sondern auch als Werkzeuge, um rechtliche Phänomene zu *erklären*."[13] Begriffsarbeit beruht auf anspruchsvollen Modellierungsleistungen;[14] begriffliche Bezugsrahmen werden ‚stilisiert' und ‚designt': Kleinigkeiten wie die Differenz zwischen ‚Gewalten*teilung*' und „Gewalten*gliederung*"[15] können einen erheblichen Unterschied im Forschungsdesign machen.

Doch nicht immer wird die mit *conceptualism* verbundene Modellierungsarbeit hinreichend reflektiert. Es besteht die latente Gefahr der Überforderung im Angesicht des vielfältigen Sprach-, Begriffs- und Ideen*materials*.[16] Zur Veranschaulichung ein Beispiel: Unter dem Grundgesetz ist die ‚Bundestreue' eine anerkannte Rechtsfigur des ‚ungeschriebenen' Verfassungsrechts. Doch ist es eigentlich sinnvoll, rechtsvergleichend danach

11 Vgl. für einen ähnlichen Impetus in der religionswissenschaftlichen Komparatistik *Oliver Freiberger*, Considering Comparison. A Method for Religious Studies, 2019, 129; Beispiele für komparativ nutzbare Begriffe sind hier ‚Opfer', ‚Jenseits', ‚Hospitalität', vgl. ebd., 128.

12 *Christoph Möllers/Hannah Birkenkötter*, Towards a new conceptualism in comparative constitutional law, or reviving the German tradition of the Lehrbuch, I•CON 2014, 603 (625).

13 *Möllers/Birkenkötter* (Fn. 12), 607.

14 Vgl. *Brand* (Fn. 9), 438.

15 *Christoph Möllers*, Gewaltengliederung, 2005.

16 Dies beginnt mit der Versuchung, ‚Texte' mit ‚Begriffen' zu identifizieren; vgl. die entsprechende Warnung bei *Möllers/Birkenkötter* (Fn. 12), 607.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

zu fragen, ob auch in anderen föderalen Verfassungsordnungen – etwa in den USA oder der EU – ein Verfassungsbegriff der ‚Bundestreue' beschreibbar ist? Blickt man auf zwei einschlägige Habil-Schriften, so zeigt sich ein verwirrendes Bild: *Hartmut Bauer* führt in seiner Schrift „Die Bundestreue" aus, dass jeder Bundesstaat einzigartig sei und deshalb „die möglichen Erkenntnisgewinne durch Rechtsvergleichung in dem hier interessierenden Zusammenhang letztlich doch sehr beschränkt" seien.[17] Offenkundig anders hat das jedoch *Patricia Egli* in ihrer Habil-Schrift gesehen: Darin vergleicht *Egli* die föderalen Ordnungen der Schweiz, Deutschlands, der USA und der EU eben gerade unter dem *begrifflichen* Banner „Bundestreue".[18] *Egli* führt aus: „Die Bundestreue stellt [...] ein Beispiel für den im Verfassungsrecht stattfindenden weltweiten ‚Kreations-, Kommunikations-, Austausch- und Rezeptionsprozess' dar. [...] Vor diesem Hintergrund erscheint es naheliegend, dass auf dem Wege der Rechtsvergleichung wertvolle Anregungen zur [...] Bundestreue [...] gefunden werden können."[19] Zwei Habil-Schriften zur „Bundestreue" kommen zu zwei sehr unterschiedlichen Urteilen über die Sinnhaftigkeit eines begriffsbasierten Vergleichs: Wie kann das sein? Diese Frage möchte ich zunächst einmal so stehen lassen und später aufgreifen (s.u. B. IV. 2.).

II. Ein Vorschlag: forciert formalistischer Vergleich als ergänzendes Methodik-Angebot

Die vorstehenden Betrachtungen zu den Leistungen, aber auch Limitationen der vorherrschenden Methodik-Angebote des Rechtsvergleichs münden in den Vorschlag dieses Beitrags: Ein forciert formalistischer Ansatz sollte innerhalb eines Methodik-Pluralismus der Rechtsvergleichung *ein* weiteres Element neben den bestehenden Methodik-Ansätzen bilden.

In dieser Forderung nach einer *Ergänzung* spiegelt sich, was für die Rechtwissenschaft überhaupt gefordert wird: Wie Rechtswissenschaft nicht in Rechtsdogmatik aufgehen darf,[20] sondern insbesondere *auch* der Information, Irritation und Ergänzung durch die Grundlagenfächer und die interdisziplinäre Rechtsforschung bedarf, so braucht auch im Feld der

17 *Hartmut Bauer*, Die Bundestreue, 1992, 29.
18 *Patricia Egli*, Die Bundestreue. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, 2010.
19 *Egli* (Fn. 18), 15 f.
20 Statt vieler *Christoph Schönberger*, Bundesverfassungsgerichtspositivismus – Zu einer Erfolgsformel Bernhard Schlinks, in: FS Schlink, 2014, 41 (48 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rechts*vergleichung* der auf praktisch-dogmatische Verwertbarkeit zielende Vergleich eine Ergänzung durch interdisziplinäre Ansätze.

Dass bei einem solchen Projekt partiell an bereits vorgebrachte (aber eher am Rande stehende) Methodik-Angebote angeknüpft werden kann, soll nicht verschwiegen werden: Hier ist allen voran an *William Ewalds comparative jurisprudence* (auch: „*jurisprudential approach to comparative law*“[21]) zu denken – einen Zugang zur Rechtsvergleichung aus der Warte der allgemeinen Rechtslehre, Rechtstheorie und juristischen Methodenlehre.[22] *Ewald* möchte die „Stile juristischen Denkens“ und damit „*law in minds*“ zum Gegenstand der Rechtsvergleichung erheben und durch „begriffliches Verstehen“ – hier bestehen also Übergänge zu *conceptualism* – erkunden.[23] Mit dem Begriff des ‚Denk-*Stils*‘ nimmt *Ewald* einen Aspekt in den Fokus, welcher auch für forciert formalistische Rechtsvergleichung zentral ist (s.u. B. III.).

III. Der Impetus: formalistischer Fokus auf Entstehungs- und Funktionsbedingungen von Rechtsartefakten

Eine fruchtbare Ergänzung des Methodik-Pools der Rechtsvergleichung um formalistische Ansätze wird jedoch nur dann zu gewinnen sein, wenn den ergänzenden Vergleichsperspektiven ein anspruchsvoller ‚Form‘-Begriff zugrunde gelegt wird. Dieser muss das Krude eines von *Frankenberg* – zu Recht – kritisierten Legozentrismus (s.o. I. 1.) vermeiden und sich den Prozeduren der Stilisierung sozialer Phänomene durch Recht analytisch und (auch meta-)kritisch gerade *zu*-wenden. Auch der Pseudo-Faktualismus, die technische Technik-Ignoranz und das unreflektierte Modellieren begrifflicher Bezugspunkte durch manche Ausprägungen der vorherrschenden Methodiken (s.o. I. 2.) sollten zu Gegenständen einer reflektierten formalistischen Revision werden. Mit diesem Impetus geht es um ‚*Reclaiming Formalism*‘[24] und gewissermaßen um ‚*Post-/Para*-Formalismus‘[25].

21 *William Ewald*, The Jurisprudential Approach to Comparative Law: A Field Guide to “Rats”, The American Journal of Comparative Law 1998, 701.

22 Vgl. *Rico David Neugärtner*, Föderalismus-Rhetorik-Dekonstruktionen – Rechtsdogmatik als Literaturdogmatik, 2023, 823 f., https://doi.org/10.3790/978-3-428-58953-1 (zuletzt abgerufen am: 10.12.2023).

23 *Ewald* (Fn. 21), 703 f.; dazu *Neugärtner* (Fn. 22), 823 f.

24 Mit Dank an *Samira Akbarian* für die darauf gerichtete Frage in der Diskussion nach dem Vortrag.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Konturierung eines anspruchsvollen ‚Form'-Begriffs erlaubt es, mehr „Rücksicht auf die Entstehungs- und Funktionsbedingungen" der „Erkenntnisgegenstände" des Rechtsfeldes aufzuwenden – diese Tendenz benennt *Oliver Lepsius* (ohne Fokus auf die Komparatistik) als Signum eines „Demokratie-orientierten", relationalen (statt substanziellen) Ansatzes von Rechtswissenschaft.[26] Eine solche forcierte Betrachtung von Entstehungs- und Funktionsbedingungen von Rechtsartefakten verteidigt „den Pluralismus der Rechtsdeutungen als Ausdruck der institutionellen Differenzierung".[27] Mit *Jörn Reinhardt* und *Eva Schürmann* sind die „Formen des Rechts" in Abhängigkeit „von den gesellschaftlichen Kräften [zu] erläutern, die sich in der Form Ausdruck verschaffen", dabei aber Form als „eigenständige Größe" zu würdigen.[28] Die hiermit verbundene Weitung des rechtswissenschaftlichen Blicks – *hinweg von* ausschließlicher *output*-Orientierung, ‚einzig richtigen' (oder auch nur ‚besseren') Lösungen und konkreten Dogmatik-Angeboten – muss eine gewisse Aporie und Unabgeschlossenheit von Rechtsdenken und -handeln in Rechnung stellen.[29]

B. Formen (Formdimensionen) des Rechts – interdisziplinäre Impulse und Vergleichsperspektiven

Um näher zu einem anspruchsvollen ‚Form'-Begriff für forciert formalistische Rechtsvergleichung vorzudringen, sollen interdisziplinäre Seitenblicke auf die Sprach-, Literatur- und Kunstwissenschaft – als Disziplinen mit besonderer ‚Form'-Expertise – geworfen werden. Zuvor ist klarzustellen: Selbstverständlich geht es auch in diesen Disziplinen um (kommunikative, soziale etc.) Funktionen (von Formen) und um Begriffe (u.a. für Formen). Ebenso wenig soll verschwiegen werden, dass auch in den Kultur- und Geisteswissenschaften ein Unbehagen an (bestimmten Spielarten von)

25 Mit Dank an *Gwinyai Machona* für die darauf gerichtete Anregung („Post-Formalismus") in einem Gespräch nach dem Vortrag.

26 *Oliver Lepsius*, Rechtswissenschaft in der Demokratie, Der Staat 2013, 157 (168); komparatistisch aufgegriffen in der Studie von *Neugärtner* (Fn. 22), 1104 f.

27 *Lepsius* (Fn. 26), 186.

28 *Jörn Reinhardt/Eva Schürmann*, Ästhetische Theorien des Rechts, in: Buckel, Sonja/Christensen, Ralph/Fischer-Lescano, Andreas (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 2020, 139 (146).

29 Vgl. *Neugärtner* (Fn. 22), 835, 1104 f.; unter Auswertung von *Möllers/Birkenkötter* (Fn. 12), 611.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

‚Formalismus' wohlbekannt ist.[30] Umgekehrt gibt es aber gerade hier jüngere Tendenzen, die das Formale wieder forciert aufwerten möchten.[31] Dies liegt nahe, beschäftigen sich Sprach-, Literatur- und Kunstwissenschaft doch mit Gegenständen (Artefakten), für die Aspekte von ‚Form' und Prozeduren von ‚Formung' ganz besonders prägend sind.

Anhand von ausgewählten (arbiträren) Einblicken in die Sprach-, Literatur- und Kunstwissenschaft sollen im Folgenden sechs Merkmale (oder Aspekte, Tendenzen, Dimensionen) von Form, Formung und Formbetrachtung entdeckt und mit der interdisziplinären Rechtsforschung – gerade auch in komparatistischer Perspektive – ins Gespräch gebracht werden:

I. Größenordnungen – Ausmaße und Perspektiven

Der erste Impuls rührt aus der wissenschaftlichen Betrachtung von ‚Sprache' her:

1. Impuls: sprachwissenschaftliche Aufmerksamkeit für formale Zwischenstufen

Die binnendifferenzierte moderne Sprachwissenschaft offenbart anschaulich, dass ‚Formen' (in ein und demselben Gegenstandsbereich) in unterschiedlichen Größenordnungen daherkommen können. So untersuchen Teil-Disziplinen der Linguistik sprachliche Formen unterschiedlichen Ausmaßes bzw. unterschiedlicher Materialität[32]: Studieren Morphologie und Syntax die Grammatik, also Formen und Bauprinzipien, auf Wortebene

30 So liest man von einer epochenübergreifenden „schlechten Presse" und gar einem „schlechtem Gewissen", welche sich einstellten, wenn ‚Formalismus' betrieben wird, s. (referierend) *Claudio Guillén*, The Challenge of Comparative Literature, 1993, 142; exemplarisch zu einer spezifischeren Abwehrhaltung (referierend) *William J. Simmons*, Notes on Queer Formalism, 16.12.2013, https://bigredandshiny.org/2929/notes-on-queer-formalism (zuletzt abgerufen am: 10.12.2023): „Formalism is, in some circles, a dirty word that is reminiscent of many years of a masculinist, heteronormative tendency in modernism. Being a formalist, however, does not place anyone in danger."

31 Vgl. etwa *Stephen Best/Sharon Marcus*, Surface Reading: An Introduction, Representations 2009, 1 ff. m.w.N.; *Simmons* (Fn. 30); *Caroline Levine*, Forms: Whole, Rhythm, Hierarchy, Network, 2015.

32 Vgl. *Dietrich Busse/Lali Ketsba-Khundadze*, Grundzüge der germanistischen Sprachwissenschaft: Eine Einführung, 2022, 10, 26.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bzw. – bereits eine Stufe ‚höher' – auf Satzebene, so greift Textlinguistik darüber hinaus auf noch größere kohärente Komplexe sprachlicher Zeichen zu.[33] Phonetik und Graphetik stellen mit den Lauten bzw. der Schrift besondere Materialitäten (und Medialitäten) von Sprache in den Fokus (s. auch V.). Pragmatik und Soziolinguistik sorgen sich um Formen von Sprachhandlungen bzw. Sprachgebrauch.

Diese Ausdifferenzierung von Formbetrachtungen lenkt den Blick auf gewisse Zwischenstufen, auf Zwischenformen, auf Durchbrüche und Sphärensprünge zwischen den Größenordnungen und Materialitäten von ‚Sprache'. Besonders deutlich wird dies bei der Sub-Disziplin der Phraseologie: Diese fragt nach der Herkunft und Bedeutung von Phrasen, also von festen Wortverbindungen (Redewendungen), die als solche eine andere Bedeutung haben als die Summe ihrer Einzelwörter.[34]

2. Beispiel aus der Rechtsvergleichung: phraseologische Analyse der Formelhaftigkeit in Urteilen

Ein Beispiel, wie die Aufmerksamkeit für formale Zwischenstufen auch im Rechtsvergleich fruchtbar werden kann, liefert die Rechtslinguistin *Emilia Lindroos* mit einer vergleichenden rechtslinguistischen Untersuchung zur Formelhaftigkeit in deutschen und finnischen Strafurteilen: *Lindroos* wendet u.a. phraseologische und textlinguistische Methodik an, um Phrasen und Textbausteine in deutschen und finnischen Strafurteilen vergleichend zu untersuchen.[35] Aus *Lindroos* interdisziplinärer Perspektive geraten sprachliche Formen in den Fokus, welche anderen Größenordnungen angehören als traditionelle Gesetzes- oder Rechtsbegriffe: Es geht um wiederkehrende Phrasen wie „Im Namen des Volkes", „kriminelle Energie" oder „zu Lasten des Angeklagten musste sich auswirken" sowie um die konventionalisierte innere Struktur von Urteilstexten.[36] Das Sprachmaterial, mit welchem Recht arbeitet, wird hier in seiner Mehrdimensionalität und in seiner Technizität ernster genommen.

Lindroos' Vergleich erfolgt kontrastiv: Es trete zu Tage, dass in deutschen Urteilen mit Phrasen wie „Im Namen des Volkes" oder „zu Lasten des

33 Vgl. *Busse/Ketsba-Khundadze* (Fn. 32), 101 ff.
34 *Joachim Theisen*, Kontrastive Linguistik. Eine Einführung, 2016, 249.
35 *Emilia Lindroos*, Im Namen des Gesetzes. Eine vergleichende rechtslinguistische Untersuchung zur Formelhaftigkeit in deutschen und finnischen Strafurteilen, 2015.
36 *Lindroos* (Fn. 35), 196 ff. bzw. 118 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Angeklagten musste sich auswirken" die Autorität und Überzeugungskraft des Gerichts rhetorisch besonders gestützt werden solle.[37] Demgegenüber werde in Finnland eine verknappend-reduktive Minimalistik in der gerichtlichen Argumentation forciert; diese bezwecke Übersichtlichkeit, gehe aber zu Lasten der Transparenz: Etwa sei immer wieder die schlichte, nüchterne Wendung „*Rangaistuksen mittaamisen perusteet*" („Gründe der Strafzumessung") zu finden, ohne dass dann ausdrücklich ausgeführt werde, ob ein Grund nun „für den Angeklagten" spreche oder „zu seinen Lasten" gehe.[38]

Mit der Steigerung von Autorität bzw. von Übersichtlichkeit betrachtet *Lindroos* Effekte und Funktionen der Phrasen – betreibt insoweit also eine Form von *Funktion*alismus. Doch *was für ein* Funktionalismus dockt hier an – ein formalistischer, ein technik-interessierter Funktionalismus, oder etwa: ein funktionalistischer *Form*alismus?

II. Geschichten – Zeiten und Kontexte

Sprachwissenschaft zeigt – in Gestalt der historischen Sprachwissenschaft (Sprachgeschichte) – auch, dass die Betrachtung von Form(ung)en von Sprache durch Historisierung und Kontextualisierung eine weitere Dimension gewinnen kann. Dieser interdisziplinäre Impuls lässt sich durch Literaturgeschichte und Kunstgeschichte noch bestärken. Formen arbeiten kulturell, sozial und politisch in konkreten historischen Kontexten.[39] So plädiert der *new historicism* für literatur- (und kultur-)wissenschaftliche Aufmerksamkeit für das Eingebettetsein künstlerischer Produktion, Artefakte und Rezeption in größere Zusammenhänge (Netzwerke) von sozialen, politischen, kulturellen Institutionen, Praktiken, Vorstellungen der jeweiligen Zeit.[40] Gleichzeitig ist aber auch der „Mitriss der Form" (*Horst Bredekamp*) über Zeiten und Medien (s.u. V.) hinweg in Rechnung zu stellen.[41]

Diese Inspiration zur Historisierung und Kontextualisierung ist – bei allen methodologischen Verunsicherungen des historischen Forschens in den

37 *Lindroos* (Fn. 35), 258.
38 *Lindroos* (Fn. 35), 254, 258.
39 *Levine* (Fn. 31), 5: „Forms do political work in particular historical contexts".
40 Programmatisch *Stephen Greenblatt*, Introduction, in: ders. (Hrsg.), The Power of Forms in the English Renaissance, 1982, 3 (5 f.).
41 *Horst Bredekamp*, Der Bildakt, 2015, 277 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

humanities[42] – aber auch relativ unspektakulär (eine ‚Selbstverständlichkeit'?) und soll vorliegend nicht im Vordergrund stehen. Nur als Ausblick sei erwähnt: Eine Sensibilisierung im Hinblick auf eine stärkere Hervorhebung des Gedankens der ‚Form' im Rahmen der rechtshistorischen Methodologien könnte – gerade auch in komparativer Perspektive – durch mehr Aufmerksamkeit für die historische Entwicklung der „Denk*weisen*" und der (auch alltäglichen) „Rituale und Symbole" rund um ‚Recht' fruchtbar werden.[43]

III. Stile – (Vor-)Prägungen und Über-Individuelles

Der interdisziplinäre Impuls zur Betrachtung rechtlicher Form(ung) als Frage von Stil(en) bezieht sich auf Positionen, die sich selbst als „rechtsästhetische Theorien" bezeichnen. Diese Ansätze – etwa von *Pierre Schlag* in den USA sowie in Deutschland von *Eva Schürmann, Jörn Reinhardt, Daniel Damler* – nehmen einen Begriff der ‚Ästhetik(en)' in Bezug, welcher nicht etwa spezifisch auf ‚Kunst' oder gar ‚Kunstschönes', sondern – basaler und nahe an der Etymologie[44] – auf die Bedingungen und Umstände von ‚Wahrnehmung' abzielt.[45] Das Interesse richtet sich also nicht ‚erst' auf bestimmte *Aus*drucksweisen, sondern ‚bereits' auf die *Voraus*-Setzungen, die unserem Denken, unserer Welterzeugung und unseren Entscheidungen vorausliegen. Damit ist mehr angesprochen als das Medium Sprache, nämlich Wahrnehmungs- und Auffassungsweisen, soziale Rollen und Bilder, technische Übertragungs- und Speichermedien, performative Dimensionen und situative Settings.[46]

---

42 Der erwähnte Ansatz des *new historicism* von u.a. *Greenblatt* (Fn. 40) ist hier nur *eine* Position.

43 Vgl. *Robert W. Gordon*, Critical Legal Histories, Stanford Law Review 1984, 57 (95 f. bzw. 98 f.).

44 *Daniel Damler*, Rechtsästhetik. Sinnliche Analogien im juristischen Denken, 2016, 29: „Maßgeblich ist für unser Anliegen die Bedeutung des griechischen Ursprungsbegriffs aisthesis, also ‚Wahrnehmung', ‚Sinnesempfindung'".

45 Vgl. *Pierre Schlag,* The Aesthetics of American Law, Harvard Law Review 2002, 1047 (1050 f., 1117); *Eva Schürmann*, Das Recht als Gegenstand der Ästhetik? Über ein kritisches Verhältnis, RphZ 2015, 1 (8); *Reinhardt/Schürmann* (Fn. 28) und *Damler* (Fn. 44).

46 *Reinhardt/Schürmann* (Fn. 28), 142.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Insbesondere *Schürmann* hat hierfür den „Prozessbegriff" des „Stils" vorgeschlagen.[47] Bemerkenswert an diesem Zugang zu ‚Stil' ist, dass mit den vor-strukturierenden Mustern zugleich etwas *Über*-Individuelles auf die Bildfläche gerät: Die Stile sind der jeweiligen individuellen Welterzeugung *vor*-gängig. Und so „geht es" – in den Worten von *Reinhardt* und *Schürmann* – „nicht allein um die welterzeugenden Fähigkeiten des Subjekts [und auch nicht schlicht einer Gruppe aus aufsummierten Subjekten], sondern zugleich um das Ensemble der vorgängigen und überschreitenden Bedingungen" der Welterzeugung.[48] Das kritische Potenzial dieses Impulses zur *Ausstellung subjektiver Prekarität*[49] ist erkennbar gewaltig, überträgt man ihn auf die Stellung von Rechtssubjekten, aber auch von Recht*setzung*ssubjekten und Rechts*interpretation*ssubjekten. Letzteres soll im Folgenden vertieft und anschließend an einem Beispiel veranschaulicht werden:

IV. Diskurse – Pluralismen und Konventionen

Betrachtet man die Subjekte der Setzung und Interpretation von Recht als in stilistischen Vor-Prägungen verstrickt, so richtet sich der Blick auf die Bedingungen und Mechanismen der *Diskursivität* von Rechtsetzung und Rechtsinterpretation. ‚Diskurs' kann natürlich höchst unterschiedlich theoretisiert werden:

1. Impuls: literaturwissenschaftliche Dekonstruktion ideologisch-dogmatischer Lesekonventionen

Eine Möglichkeit, sich dem Phänomen der Diskursivität zu nähern, besteht darin, eine interdisziplinäre Anleihe aus der Literaturwissenschaft zu entnehmen – oder, weiter gefasst: aus der Welt der Beschäftigung mit Literatur, aus dem Literaturfeld, welches etwa auch Literaturproduk-

47 Vgl. *Schürmann* (Fn. 45), 4 f., 8; vgl. auch *Reinhardt/Schürmann* (Fn. 28), 140 f.; ähnlich bereits *Peter Lerche*, Stil, Methode, Ansicht. Polemische Bemerkungen zum Methodenproblem, DVBl 1961, 690.

48 *Reinhardt/Schürmann* (Fn. 28), 144.

49 Dies ist auch ein Thema formalistischer Tendenzen in den *queer studies*, vgl. *Simmons* (Fn. 30): „Queer [...] advocates for a 'queer subject' while attacking the notion of 'subjecthood.' Where is the balance?".

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tion, Literaturkritik sowie (universitäre wie schulische) Literaturdidaktik umfasst.[50] Hier zeigt sich, dass Interdisziplinarität Beiträge dazu leisten kann, den „Pluralismus der Rechtsdeutungen als Ausdruck der institutionellen Differenzierung" zu verteidigen (*Lepsius* – s.o. A. III.). Im Literaturfeld ist die akteursmäßige und institutionelle Ausdifferenzierung von Formungsprozessen besonders handgreiflich: Literaturbeschäftigung kann als pluralistisch-diskursive Textarbeit verstanden werden. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass die (Formen der) Rezeption und Interpretation von Literatur in (konstitutiven) Wechselwirkungen mit (den Formen der) Literaturproduktion und (den Formen der) Literatur ‚selbst' stehen.[51]

Für eine nähere Analyse literarischer Diskursivität lässt sich zum Beispiel Anschluss suchen bei der literaturwissenschaftlichen *Yale School*-Dekonstruktion, wie sie in den 1970er Jahren u.a. von *Paul de Man* in den USA geprägt wurde. Kernaussage der Dekonstruktion in diesem Sinn ist es, dass literarische Texte (wie auch alle übrigen Texte) keine eindeutigen Lesarten garantieren könnten.[52] Dies habe sprachtheoretische Gründe (in der Folge von *Vico* und *Nietzsche*), deren Hauptaussage ist, dass Sprache stets aus Tropen (d.h. u.a. Metaphern) aufgebaut sei; daraus folge, dass Texte stets unterschiedlich gelesen werden könnten – entweder im wörtlichen oder aber im übertragenen Sinn.[53]

Auch literarische Gattungen wie ‚Lyrik' seien daher nicht im Text selbst wesensmäßig festgelegt, sondern würden durch die Leser*innen er-*lesen* werden.[54] Im Fall der Gattung ‚Lyrik' erfolge dies – so *de Man* – dadurch, dass die Texte, welche lyrisch gelesen werden, so gelesen werden als spreche eine menschliche Stimme – das lyrische Ich – aus dem Gedicht.[55] Die

50 Vgl. für eine Inbezugnahme eines solchen Feldes der ‚Literaturbeschäftigung' im Kontext interdisziplinärer Dogmatik-Forschung *Neugärtner* (Fn. 22), 675, 870.

51 Vgl. für einen Blick auf die Verstrickungen von „Formschema vor dem Kunstwerk" (Produktionsästhetik), „Formschema im Kunstwerk" (Werkästhetik) und „Formschema nach dem Kunstwerk" (Rezeptionsästhetik) *Dieter Burdorf*, Poetik der Form, 2001, 34 ff.

52 Vgl. etwa *Paul de Man*, Anthropomorphism and Trope in the Lyric, in: ders., The Rhetoric of Romanticism, 1984, 239 (245 f.); hierzu und zum Folgenden *Neugärtner* (Fn. 22), 865 ff., 881 ff.

53 Vgl. etwa *de Man* (Fn. 52), 241, 245 f.

54 Vgl. *de Man* (Fn. 52), 261 f.; dazu *Jonathan D. Culler*, Theory of the Lyric, 2015, 78 ff., unter der Charakterisierung von *de Man*s Ansatz als „anti-generisches Denken", welches jedoch zugleich die rhetorische Gemachtheit von ‚Genres' ausstelle; interdisziplinär aufgegriffen bei *Neugärtner* (Fn. 22), 63 ff., 869 ff.

55 Vgl. *de Man* (Fn. 52), 254, 257, 261.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lyrische Stimme sei nun aber eine bloße Metapher – sie *könne* erlesen werden, *müsse* es aber nicht. Wichtig ist dabei, dass dieses Hinein-Lesen einer lyrischen Stimme in den Text – nach *de Man* – von ideologisch-dogmatischen Lektürekonventionen geleitet sei.[56] Es gebe gewisse Muster typischer Lesarten.[57] Diese Lektürekonventionen seien zwar nicht *im Text* garantiert, aber *diskursiv* wirkmächtig; *de Man* spricht insoweit von der „Ideologie des Ästhetischen".[58] Der Grund für die diskursive Wirkmacht liege darin, dass das Hinein-Lesen einer menschlichen Stimme in das Gedicht eben eine Ver-Menschlichung sei – ein Anthropomorphismus, also eine Formung von eigentlich Nicht-Menschlichem nach dem Bild des Menschen. Sprachliche Vermenschlichungen erfolgen auf mehreren Ebenen eines Gedichts: So wird regelmäßig nicht nur die lyrische Stimme anthropomorphisiert, sondern – korrespondierend dazu – auch bestimmte Gegenstände in der Welt des Gedichts[59]: In romantischer Lyrik etwa werden häufig Gegenstände der äußeren ‚Umwelt' wie die Sonne, Wolken oder Blumen vermenschlicht, indem sie vom lyrischen Ich angerufen werden.

2. Beispiel aus der Rechtsvergleichung: Dekonstruktion von Verfassungsrechtsdogmatik als romantisch-lyrische Lesekonvention

Bei der Vorstellung der Methodik der vergleichenden Begriffsarbeit fiel der Hinweis auf die Gefahr, dass bei der begrifflichen Modellierungsarbeit mit dem einschlägigen Sprachmaterial unreflektiert umgegangen wird; als Beispiel diente die Frage, ob es sinnvoll sei, ‚die Bundestreue' zum Zielpunkt eines begriffsorientierten Rechtsvergleichs zu machen – mit divergierenden Antworten in den Habil-Schriften von *Bauer* und *Egli* (s.o. A. I. 2. b)).

An dieser Stelle möchte ich selbst eine Antwort geben: Ja, man *kann* einen Rechtsvergleich zwischen z.B. dem Föderalismus der USA und demjenigen des Grundgesetzes (u.a.) im Hinblick auf Wendungen wie ‚Bundestreue' anstellen. Nur sollte man dabei reflektieren, dass das involvierte Sprachmaterial aus rhetorisch-diskursiver Sicht vielschichtig ist. In meiner Dissertation „Föderalismus-Rhetorik-Dekonstruktionen – Rechtsdogmatik als Literaturdogmatik" vergleiche ich das Föderalismusverfassungsrecht in

56 Vgl. *de Man* (Fn. 52), 246, 261 f.
57 Vgl. *Culler* (Fn. 54), 78.
58 Vgl. *Paul de Man*, Sign and Symbol in Hegel's *Aesthetics*, Critical Inquiry 1982, 761 (771); hierzu und zu weiteren Fundstellen *Neugärtner* (Fn. 22), 875 f.
59 Vgl. *de Man* (Fn. 52), 245 f.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den USA und in Deutschland.[60] Dabei wende ich den eben skizzierten Ansatz der literaturwissenschaftlichen Dekonstruktion auf die Föderalismusverfassungsrechtsdogmatik an. Dadurch wird sichtbar, dass das, was unter dem Grundgesetz in der ‚ungeschriebenen' Rechtsfigur der ‚Bundestreue' *Ausdruck* findet, Teil einer umfassenderen Lesekonvention ist: Wie beim lyrischen Lesen von Gedichten – mit Vermenschlichungen der *lyrischen Stimme* und Vermenschlichungen von *Gegenständen in der Welt des Gedichts* – sind auch im Föderalismusverfassungsrechtsdiskurs Vermenschlichungen am Werk.[61] Durch Formeln wie ‚Bundestreue' sprechen Gerichte dem Bund oder den Ländern – also *Gegenständen in der Welt der Dogmatik* – ‚Treue' und damit etwas ureigen Menschliches zu. Dem korrespondiert die Vermenschlichung der *Stimme des Gerichts*, welches seinerseits ‚Treue'-Positionen im dogmatischen Diskurs (u.a. gegenüber den Exekutiven und Legislativen, aber auch im Gespräch mit der Rechtswissenschaft) für sich in Anspruch nimmt.[62] Diese (doppelt) anthropomorphe Lesekonvention wirkt auch in den USA: Zwar kommt dort ‚Bundestreue' (etwa ‚*fidelity*' o.Ä. zwischen Bundesebene und Einzelstaaten) als – und sei es auch nur ‚ungeschriebener' – *Recht*sbegriff *nicht* vor.[63] Gewissermaßen als (partiell) rhetorisch-funktionales Äquivalent taucht in den USA aber die – verfassungstextlich ebenfalls ‚ungeschriebene' – Rede von der ‚Würde' der Einzelstaaten auf: ‚*state dignity*'.[64] ‚Würde' ist nun ihrerseits mit gewichtigen anthropomorphen Vorstellungen konnotiert. Und auch hier korrespondieren der ‚Würde' der Einzelstaaten ‚Würde'-Positionen des sprechenden Gerichts im Diskurs.[65]

Insgesamt zeigt sich, dass die (höchst-)gerichtliche Rechtsprechung zum ‚ungeschriebenen' Föderalismusverfassungsrecht in den USA und in Deutschland – im Geist interdisziplinärer Dogmatik-Forschung[66] – sinnvoll im Hinblick auf das Wirken einer anthropomorphen Lesekonvention

60 *Neugärtner* (Fn. 22).
61 Vgl. *Neugärtner* (Fn. 22), 66, 889 ff.
62 Vgl. *Neugärtner* (Fn. 22), 956, 969 f. unter Auswertung von *Fabian Wittreck*s ironisch-anthropomorphem Wortspiel ‚Bundestreue' als „Bundesverfassungs*gerichts*treue" (*Fabian Wittreck*, Die Bundestreue, in: Härtel, Ines (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, 2012, § 18, Rn. 55).
63 Vgl. *Neugärtner* (Fn. 22), 227 f.
64 Vgl. etwa *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), 715, abrufbar unter https://supreme.justia.com/cases/federal/us/527/706/ (zuletzt abgerufen am: 10.12.2023); dazu *Neugärtner* (Fn. 22), 210 f.
65 Vgl. *Neugärtner* (Fn. 22), 945 ff.
66 Vgl. *Neugärtner* (Fn. 22), 888 f.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

untersucht werden kann. Dieser interdisziplinäre Zugriff auf die rhetorische Reichhaltigkeit von ‚ungeschriebenen' Formeln wie ‚Bundestreue' oder ‚*state dignity*' unterstreicht die Funktion dieser Topoi für die Stabilisierung der diskursiven und gewaltenteilerischen Stellung der (Höchst-)Gerichte gegenüber ihren Leser*innen (in Exekutiven, Legislativen, Wissenschaft und Öffentlichkeit).[67] Vorliegend kann nur exkursorisch darauf hingewiesen werden, dass eine vertiefte rhetorische Analyse überdies offenbart, welche ideenpolitischen Gehalte rund um ‚Staatlichkeit', ‚Nationalismus', ‚Freiheit', ‚Demokratie' in die anthropomorphen Formeln eingespeist sind.[68]

V. Materialitäten – Sinnlichkeit und Medialität

Vor-Prägungen der Wahrnehmung und Welterzeugung – um noch einmal einen halben Schritt zurückzugehen (s. bereits oben III.) – weisen besondere Qualitäten auf: Sie sind durch Momente der Sinnlichkeit, Materialität, Medialität gekennzeichnet. Dies besonders hervorzuheben, ist das Projekt von *Daniel Damler*s Monografie zur „Rechtsästhetik", welche „sinnliche Analogien" im Rechtsdenken, „die materielle, lebensweltliche Bedingtheit des juristischen Denkens in den Blick nimmt".[69] Beispielsweise erschließen wir uns – so *Damler* – die Idee der ‚Gerechtigkeit' in Analogie zur akustischen Wahrnehmung von Harmonien in der Musik.[70] Eine komparative Komponente gewinnt *Damlers* Studie, indem sie sich das Ziel setzt, „ein möglichst breites Spektrum an Ländern, Epochen und Themen abzudecken"[71], und dabei auf bestechende Partikularitäten wie das architektur-getriebene ‚Transparenz'-Denken in der Bundesrepublik Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg besonders eingeht.[72]

Mit der Sinnlichkeit, also der Erfassbarkeit durch die Sinne, rückt ein Gegenbegriff (oder besser: ein haltgebender *Komplementär*begriff) zur ‚Form', nämlich ‚*Materie*', ins Blickfeld: Sichtbarkeiten, Hörbarkeiten, Fassbarkeiten sind durch Materialitäten bestimmt. Interdisziplinär wendet die-

67 Vgl. *Neugärtner* (Fn. 22), insbes. 943 ff., 747 ff., 1104 f.
68 Ausführlich *Neugärtner* (Fn. 22), 933 ff., 1005 ff.
69 *Damler* (Fn. 44), 29.
70 Vgl. *Damler* (Fn. 44), 210 ff.
71 *Damler* (Fn. 44), 35.
72 Vgl. *Damler* (Fn. 44), 302 ff. – wobei sich „die Suche nach einer genuin bundesdeutschen Staatsräson mit Blick auf das architektonisch Darstellbare vollzog" (nicht etwa umgekehrt), ebd., 337.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sen Impuls etwa *Lisa Stuckey* in ihrer Studie „Forensische Verfahren in den zeitgenössischen Künsten": Unter dem Stichwort „investigative Ästhetik" zeigt sie, wie „zeitgenössische Künste und Rechtsprechung insofern verbunden sind, als sie bestimmte Verfahren der (bildlichen) Rekonstruktion und Urteilsfindung verfolgen".[73] *Stuckey* analysiert Projekte der künstlerisch-interdisziplinären Gruppe *Forensic Architecture*, so etwa deren Rekonstruktion des Kenterns eines Boots mit Migrierenden im Mittelmeer im Jahr 2011 sowie der anschließenden Unterlassung hoheitlicher Hilfe u.a. anhand von Interviews mit Überlebenden und bildgebenden ozeanografischen Methoden („*The Left-to-Die Boat*", 2012). *Stuckey* vergleicht die investigative Ästhetik dieses Projekts mit derjenigen im Gedicht „*Zong!*" von *M. NourbeSe Philip* (2008), welches das Ertränken von Sklav*innen im Massaker auf dem Schiff „Zong" von 1781 rekonstruiert, indem es das überlieferte Sprach*material* eines nachfolgenden versicherungsrechtlichen(!) Rechtsstreits lyrisch verarbeitet.[74] Mit Techniken der sinnlichen (Re-)Konstruktion sind die *Medien* des Rechts angesprochen, wie sie von *Cornelia Vismann* untersucht wurden: Dies betrifft teilweise Gegenstände, welche ‚mächtig', aber doch unscheinbar-subkutan wirken, wie z.B. den Tisch der Richter*innen im Gerichtssaal – markiere dieser doch die Triangularität des gerichtlichen Settings, die Unparteilichkeit des Gerichts und damit dessen Abgrenzung von einem Tribunal.[75]

VI. Entgrenzungen – „Ausweitung der [Form-]zone"?

Mit *Stuckey*s „investigativer Ästhetik" sind Entgrenzungen zwischen den Feldern ‚Kunst' und ‚Recht' angesprochen. Das Stichwort der ‚Entgrenzung' von Formen rekurriert auf einen Impuls aus der Kunstwissenschaft:

1. Impuls: kunstwissenschaftliche Aufmerksamkeit für form-getriebene Grenzüberschreitungen

Unter der Wendung „Ausweitung der Kunstzone" firmiert eine Tendenz, wonach u.a. über Kunstformen wie Installationen oder Performances die Grenzen zwischen ‚Kunst' und anderen sozialen Feldern (Design, Marke-

73 *Lisa Stuckey*, Forensische Verfahren in den zeitgenössischen Künsten, 2022, 2.
74 Vgl. *Stuckey* (Fn. 73), 276 ff.
75 Vgl. *Cornelia Vismann*, Medien der Rechtsprechung, 2011, 164 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ting, Alltag, Politik, etc.) verschwimmen; *u.a.*[76] solche Entgrenzungen bilden den Untersuchungsgegenstand von *interart studies*.[77] Sie sind Ausdruck von „Kunst nach dem Ende ihrer Autonomie", von post-autonomer Kunst.[78] Besonders augenfällig ist dies bei politischer Kunst und künstlerischem Aktivismus. Diese Phänomene lassen sich als Ausdruck eines „in die Politik eingreifende[n] handlungsbasierte[n] Kunstbegriff[s]" erfassen, welcher die „Schaffensbedingungen" von Kunst und Politik bespiegelt.[79]

2. Ausblick auf die Rechtsvergleichung: Was ist ‚symbolisch' am Protest ‚mit Recht'?

Exkursorisch ist anzudeuten, was dies für die Rechtsvergleichung bedeuten könnte: Mag gerade die Kunstwissenschaft Anregungen geben, die „Schaffensbedingungen"[80] rechtlicher Techniken und Verfahren – auch komparativ – umfassender zu durchdringen? Könnten Formen des Protests ‚mit Recht' (etwa in Gestalt von zivilem Ungehorsam) – um ein Beispiel gewissermaßen an der *Spitze des Eisbergs* zu nennen – unter Rückgriff auf einen handlungsbasierten Kunstbegriff genauer analysiert werden?

Ziviler Ungehorsam wird häufig als „symbolisch" charakterisiert.[81] Er bedient sich – durchaus produktiv – der Formen und Formungsprozeduren des Rechts: so beispielsweise, wenn sich – in der Folge einer Sitzblockade für effektiveren Klimaschutz – der Angeklagte in einem Strafverfahren u.a. wegen Nötigung während der Hauptverhandlung im Gerichtssaal an ‚seinen'(!)[82] Tisch im Gericht klebt und (erneut) für Klimaschutzeffektivierung

76 Neben dieser externen Dimension der Entgrenzung steht zudem auch die Entgrenzung zwischen/unter ‚*den* Künst*en*'.

77 Erika Fischer-Lichte/Kristiane Hasselmann/Markus Rautzenberg (Hrsg.), Ausweitung der Kunstzone. Interart Studies – Neue Perspektiven der Kunstwissenschaften, 2010.

78 *Wolfgang Ullrich*, Die Kunst nach dem Ende ihrer Autonomie, 2022.

79 *Marie Rosenkranz*, Konstruktive Zerstörung. Eine Fallstudie zur Performativität kunstaktivistischer Praxis in der Klimakrise, Zeitschrift für Ästhetik und Allgemeine Kunstwissenschaft 2022, 65 (65, 68, 73).

80 *Rosenkranz* (Fn. 79), 65.

81 Vgl. etwa *Jürgen Habermas*, Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat. Wider den autoritären Legalismus in der Bundesrepublik, in: Glotz, Peter (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, 1983, 29 (35): „die Regelverletzung, in der sich ziviler Ungehorsam äußert, hat ausschließlich symbolischen Charakter".

82 Nicht etwa an den von *Vismann* (Fn. 75), 164 ff. untersuchten Richter*innen-Tisch.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

plädiert.[83] Was ist nun aber „*symbolisch*" am Protest ‚*mit* Recht' durch solcherlei (‚fortgesetzten') zivilen Ungehorsam – was daran ist ‚symbolisch*er*' als die alltägliche Formung im Recht? Welche Rolle spielen hierbei – auf der Grundlage eines handlungsbasierten Kunstbegriffs – Protokolle der Kunstproduktion und Kunstrezeption?[84] Und inwieweit kann hier eine vergleichende Perspektive fruchtbar sein: Kann anhand der komparativen Betrachtung von Formen zivilen Ungehorsams in verschiedenen Rechtsordnungen mehr über deren Alltag entdeckt werden? In welchen Rechtsordnungen gibt es in den Gerichten Tische, an denen man sich festkleben kann – was sagt das (mit *Vismann*) aus über die Verortung dieser Settings zwischen Gericht und Tribunal[85]?

Die „Ausweitung der Kunstzone" in die Felder von Politik und Recht hinein mag die Gefahr bergen, den ‚Kunst'-Begriff entleerend überzustrapazieren oder vom ‚substanziell' Rechtlichen oder Politischen abzulenken[86], aber ‚Kunst' kommt so doch als aufmerksamkeitsschärfendes (und vergleichsermöglichendes) Modell ins Spiel, welches hilft, Form(ung)en schärfer zu sehen und zu würdigen. Sie lenkt den Blick darauf, wie sich Menschen beim Recht-Machen und Recht-Gebrauchen selbst ausstellen.

C. Zum Schluss: Kritik – Hinsehen und Verlegenheit managen

Der Lyrik-Theoretiker *Jonathan Culler* hat hervorgehoben, dass das Betrachten der eigenartigen formalen Eigenschaften von Praktiken und Artefakten durchaus *verlegen* machen kann: Im Umgang mit Lyrik stimme es verlegen, wenn man in aller Ernsthaftigkeit benennen müsse, dass das lyrische Ich in einem Gedicht die Sonne oder Wolken anruft (s.o. B. IV. 1.).[87] Aber dennoch seien gerade solche merkwürdigen Formen zu würdigen.[88]

---

83 So geschehen am 23.2.2023 im Amtsgericht Tiergarten.

84 Parallel ließe sich fragen: Was ist „symbolisch" an „symbolischer *Gesetzgebung*" – und welche Rolle spielen hier Protokolle von Kunstproduktion und -rezeption? Vgl. zu den Bezügen symbolischer Rechtsetzung im Kreislaufwirtschafts- und Abfallrecht zu *waste art* und *waste theory, Rico David Neugärtner*, Untern Fliesen liegt der Strand. Plastikmüllrichtlinienentwurf (Triptychon), myops 2018, 4 (9).

85 Vgl. *Vismann* (Fn. 75), 164 ff. Hier gibt es keine einfachen Antworten; beachte nur die Anm. in Fn. 82.

86 Tendenziell *Wolfgang Ullrich*, Kunstaktion oder bitterer Ernst? Wie die Letzte Generation auftritt, Tagesspiegel v. 7.3.2023, 24 f.

87 Vgl. *Culler* (Fn. 54), 190.

88 Vgl. *Culler* (Fn. 54), 353; hierzu *Neugärtner* (Fn. 22), 1106 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In der Verlegenheit liegt eine Weisheit: Kritiker*innen und Wissenschaftler*innen müssen (und sei es *schüchtern*[89]) hinsehen, Formen erkennen, benennen und ihren Gebrauch kritisieren. Das Begaffen von Oberflächen[90], mag es auch verlegen machen, darf nicht unterbleiben; dies ist zugleich der letzte interdisziplinäre Impuls – unmittelbar an uns alle adressiert.

89 Vgl. eine Tendenz in den *queer studies*, welche würdigt, wie „schüchterne" Formbetrachtung in die Literatur (u.a. bei *Gertrude Stein* u. *John Ashbery*) *hinein*gelegt ist: „*shy formalism*"; vgl. die Rezension v. *Benjamin Kahan*, Shy Formalism, Journal of Modern Literature 2018, 178 zu *Brian Glavey,* The Wallflower Avant-Garde: Modernism, Sexuality, and Queer Ekphrasis, 2016.

90 Vgl. *Best/Marcus* (Fn. 31).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

An Ever Closer Market? Ein kompetenzrechtliches Verständnis der EU-Grundfreiheiten nach dem Vorbild der US-amerikanischen dormant Commerce Clause[1]

Johannes Thierer

Am 11. Mai 2023 urteilte der US Supreme Court in der Rechtssache *National Pork Producers Council v. Ross*, kurz *National Pork*.[2] Geklagt hatten Schweinebauer:innen aus Iowa gegen eine neue kalifornische Schweinehaltungsvorschrift. Schweinefleisch darf danach nur dann in Kalifornien vertrieben werden, wenn sich die Tiere bei der Aufzucht „hinlegen können, aufstehen, ihre Gliedmaßen vollständig ausstrecken oder sich frei drehen können".[3] Das ist erst dann gewährleistet, wenn pro Schwein eine Fläche von 2,23 Quadratmetern zur Verfügung steht – deutlich mehr als in vielen anderen Bundesstaaten der USA.

Um weiter ihr Fleisch in Kalifornien, einem immens wichtigen Absatzmarkt, vertreiben zu können, müssten sich Schweinebetriebe anderer Staaten an die kalifornische Regelung halten. Die Schweinebauer:innen aus Iowa haben sich insbesondere unter Berufung auf die *dormant Commerce Clause* versucht, zur Wehr zu setzen. Die (positive) *Commerce Clause*[4] weist dem Bund die Kompetenz zur Regelung des zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehrs zu. Nach ständiger Rechtsprechung des Supreme Courts hat dieser Kompetenztitel eine gelegentlich ausdrücklich negativ genannte, häufiger als schlafend beziehungsweise ruhend (*dormant*) be-

1 Der Beitrag beruht auf einer These aus meiner in Arbeit befindlichen Doktorarbeit. Für wertvolle Anregungen und Hinweise möchte ich meinem Doktorvater Prof. Johannes Masing, meinen Lehrstuhlkolleg:innen Thomas Mollenhauer und Christina Turban und meinen Mitstreitern Jan Langemeyer und Jonas Wieschollek danken.

2 U.S. Supreme Court, Urteil vom 11.5.2023, 143 S. Ct. 1142 – National Pork Producers Council v. Ross.

3 Importverbot in § 25990(b)(2) California Health and Safety Code; Anforderung an die Schweinehaltung in § 25991(e)(1), (3) California Health and Safety Code; eingeführt durch eine Volksabstimmung (*Propositon 12*) am 6.11.2018; in Kraft getreten am 19.12.2019.

4 Art. I Sec. 8 Cl. 3 US-amerikanische Verfassung: „The Congress shall have power to […] regulate commerce […] among the several states […].".

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zeichnete Seite.[5] Diese negative Seite der *Commerce Clause* schränkt die Kompetenz der Einzelstaaten im Bereich der Wirtschaft ein, selbst wenn der Bund noch keine Regelung erlassen hat. Die *dormant Commerce Clause* greift also im aus Bundesperspektive unregulierten Bereich. Aus Sicht der Einzelstaaten stellt sich die Frage, wie weit sie diesen unregulierten Raum mit eigenen Gesetzen ausfüllen dürfen. Diskriminierende oder den zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr in erheblichem Maße beeinträchtigende Regelungen sind ihnen nach der *dormant Commerce Clause* untersagt.

Eine Ähnlichkeit zu den EU-Grundfreiheiten drängt sich geradezu auf, denn ein ähnlicher Fall hätte genauso auch vor den EuGH kommen können.[6] Um dies zu veranschaulichen, beginnt der Beitrag mit einer Darstellung der aktuellen US-amerikanischen Rechtsprechung zur *dormant Commerce Clause* und der parallelen Rechtsprechung zu den europäischen Grundfreiheiten (A.). Anschließend folgt die Skizzierung der historischen Entwicklung der *dormant Commerce Clause* (B.). In einem dritten Schritt soll der dogmatische Charakter der *dormant Commerce Clause* und ihre Rolle im US-amerikanischen Verfassungsrecht untersucht werden (C.). Der Beitrag schließt mit Überlegungen, ob das Verständnis von und die Dogmatik der *dormant Commerce Clause* für die Grundfreiheiten fruchtbar gemacht werden können (D. und E.).

A. Die aktuelle US-amerikanische „Dogmatik" und Parallelen zu den europäischen Grundfreiheiten

Zur Darstellung der US-amerikanischen Rechtsprechung soll diese in eine Struktur nach dem deutsch-europäischen Dogmatikverständnis geordnet werden. Dafür wird die Schablone eines dreigliedrigen Prüfungsschemas – Geltungsbereich, Beschränkung, Rechtfertigung – auf die Rechtsprechung gelegt. Da eine solche Systematisierung der US-amerikanischen Rechtswissenschaft fremd ist, geht diese Darstellung ohne Frage mit gewissen Übertragungsverlusten einher.[7] Es macht die Rechtsprechung für ein deutsches

5 Vgl. U.S. Supreme Court, Urteil vom 1.6.1992, 504 U.S. 353, 359 – Fort Gratiot Sanitary Landfill v. Michigan Department of Natural Resources.

6 Wobei die Tierhaltung in der EU mindestharmonisiert ist, vgl. Richtlinie 91/630/EWG des Rates vom 19. November 1991, geändert durch die Verordnung 806/2003/EG des Rates vom 14. April 2003.

7 Wobei in U.S. Supreme Court, 11.5.2023, 143 S. Ct. 1142, 1161 – National Pork Producers Council v. Ross jedenfalls vier *Justices* so deutlich wie noch nie zwischen

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Publikum jedoch zugänglicher. Methodisch folgt dieser Konzeptvergleich der funktional-kontextualisierten Methode nach *Kischel*.[8] Grundfreiheiten und die *dormant Commerce Clause* werden unter dem Oberbegriff Beeinträchtigungsverbote der zwischenstaatlichen Wirtschaft betrachtet.

I. Grundzüge eines gemeinsamen Prüfungsschemas

Danach kann folgendes US-amerikanisches Prüfungsschema skizziert werden. Erstens muss die streitige, einzelstaatliche Maßnahme den zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr berühren (Geltungsbereich).[9] Rein innerstaatliche Sachverhalte werden nicht von der *dormant Commerce Clause* umfasst.[10] Indessen muss aber kein physischer Grenzübertritt vorliegen, sondern bloße Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel sind ausreichend. Damit ähnelt der Geltungsbereich der *dormant Commerce Clause* stark dem der Grundfreiheiten mit dem Erfordernis eines grenzüberschreitenden Bezugs.[11]

Diese Auswirkung muss zweitens entweder diskriminierend sein oder auf nicht-diskriminierende Weise den zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr beeinträchtigen (Beschränkungsart). Der Supreme Court unterscheidet wie der EuGH zwischen einer Diskriminierung nach dem Wortlaut der Vorschrift (direkte Diskriminierung) und einer Diskriminierung nach dem

---

Beschränkungs- und Rechtfertigungsebene unterschieden haben: „Pike requires a plaintiff to plead facts plausibly showing that a challenged law imposes "substantial burdens" on interstate commerce *before* a court may assess the law's competing benefits or weigh the two sides against each other." (Hervorhebung im Original); ebenso ebd., 1166 (Sotomayor, J., concurring in part).

8 *Uwe Kischel,* Rechtsvergleichung, 2015, § 3 Rn. 146 ff.

9 So bereits U.S. Supreme Court, Urteil vom 2.3.1824, 22 U.S. (9 Wheat.) 1, 189 f., 194 – Gibbons v. Odgen: „The word "among" means intermingled with. A thing which is among others, is intermingled with them. Commerce among the States, cannot stop at the external boundary line of each State, but may be introduced into the interior. It is not intended to say that these words comprehend that commerce, which is carried on between man and man in a State, or between different parts of the same State, and which does not extend to or affect other States. […] Comprehensive as the word "among" is, it may very properly be restricted to that commerce which concerns more States than one.".

10 U.S. Supreme Court, 2.3.1824, 22 U.S. (9 Wheat.) 1, 204 – Gibbons v. Odgen.

11 So ständige Rspr. seit EuGH, Urteil vom 28.3.1979, C-175/78, ECLI:EU:C:1979:88, Rn. 11 – Saunders; zuletzt bspw. in EuGH, Urteil vom 3.12.2020, C-311/19, ECLI:EU:C:2020:981, Rn. 23 ff. – BONVER WIN.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Effekt der Vorschrift (indirekte Diskriminierung).[12] Neben diskriminierenden können auch nicht-diskriminierende Maßnahmen unter die *dormant Commerce Clause* fallen.[13] Wann eine nicht-diskriminierende Belastung vorliegt, war der Rechtsprechung jedoch nur schwer zu entnehmen. Im aktuellen Urteil *National Pork* präzisierte nun eine Mehrheit, dass nicht jegliche Beschränkung des zwischenstaatlichen Handels ausreichend sei. Vielmehr brauche es eine „substantial burden", welche vier *Justices* durch die Anforderungen an die Schweinehaltung nicht gegeben sahen.[14]

Schließlich kann drittens die einzelstaatliche Maßnahme gerechtfertigt sein. Dafür muss sie einem legitimen Ziel dienen, es dürfen keine milderen Mittel das Ziel ebenso gut verwirklichen und schlussendlich werden einzelstaatliche und bundesstaatliche Interessen miteinander abgewogen – Vokabular, welches einem aus der EuGH-Rechtsprechung bestens bekannt vorkommt.[15] Damit ist auf den ersten Blick die Ähnlichkeit des Geltungsbereichs, der Beschränkungsarten und der Rechtfertigung zu den EU-Grundfreiheiten gerade zu frappierend.[16]

12 Bspw. USA: U.S. Supreme Court, Urteil vom 23.6.1978, 437 U.S. 617, 626 – Philadelphia v. New Jersey: direkt; U.S. Supreme Court, Urteil vom 20.6.1977, 432 U.S. 333, 350 ff. – Hunt v. Washington State Apple Advertising Commission': indirekt; vgl. auch *Jennifer L. Larsen,* Discrimination in the Dormant Commerce Clause, South Dakota L. Rev. 2003, 844. EU: EuGH, Urteil vom 4.4.1974, C-167/73, ECLI:EU:C:1974:35 – Kommission/Frankreich: direkt; EuGH, Urteil vom 12.2.1974, C-152/73, ECLI:EU:C:1974:13, Rn. 11 – Sotgiu: indirekt.

13 U.S. Supreme Court, Urteil vom 2.3.1970, 397 U.S. 137, 142 – Pike v. Bruce Church.

14 U.S. Supreme Court, 11.5.2023, 143 S. Ct 1142, 1162 – National Pork Producers Council v. Ross; ebenso ebd., 1165 f. (Sotomayor, J., concurring in part); s. auch die Zitate in Fn. 7; a.A. jedoch nur dem Ergebnis nach ebd., 1166 f. (Barrett, J., concurring in part); ebd., 1171 f. (Roberts, C.J., concurring in part and dissenting in part).

15 USA: z.B. U.S. Supreme Court, 2.3.1970, 397 U.S. 137 – Pike v. Bruce Church; im Überblick *Winfried Brugger*, Einführung in das öffentliche Recht der USA, 2. Aufl. 2001, 65 ff. Vgl. zur EU nur *Dirk Ehlers/Claas Friedrich Germelmann*, in: dies. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 5. Aufl. 2023, § 12 Rn. 159 ff.

16 So *Martin Raible,* Protektionismusverbote im Recht der Wirtschaftsintegration, 2006, 270 ff.; differenzierender, wenn auch veraltet *Wulf-Henning Roth,* Freier Warenverkehr und staatliche Regelungsgewalt in einem Gemeinsamen Markt, 1977; mit eigenem Ansatz *Robert Schütze,* From International to Federal Market, 2017.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Unterschied: Diskriminierung oder Nicht-Diskriminierung

Auf den zweiten Blick muss man diesen Befund jedoch einschränken. Die entscheidende Weggabelung für den Supreme Court ist die Frage, ob die einzelstaatliche Maßnahme diskriminierend ist.[17] Daran schließen sich zwei, in ihrer Stoßrichtung grundverschiedene Tests an, wie sie für das US-amerikanische Verfassungsrecht typisch sind. Ist eine einzelstaatliche Maßnahme diskriminierend, ist sie „virtually per se invalid"[18]. Mit anderen Worten: Eine diskriminierende Regelung ist in der Regel verfassungswidrig. Zwar steht es dem Einzelstaat dennoch frei, sich auf ein legitimes Ziel zu berufen und die Erforderlichkeit der Regelung nachzuweisen. Der Supreme Court verwehrt diskriminierenden Regelungen nicht absolut die Rechtfertigungsmöglichkeit. Jedoch sind die Anforderungen sehr hoch und auf den Einzelstaaten liegt die Bürde einer strengen Darlegungs- und Beweislast.[19] Insbesondere müssen sie nachweisen, dass sie kein milderes, nicht-diskriminierendes Mittel zur Hand gehabt hätten.[20] Nicht einmal eine Handvoll diskriminierender Regelungen hat diese Prüfung in den letzten 200 Jahren bestanden.[21] Völlig anders verfährt der Supreme Court mit nicht-diskriminierenden Regelungen. Das Gericht nimmt nur dann eine verfassungswidrige „undue burden" an, wenn die Maßnahme in Relation zum verfolgten Ziel eindeutig außer Verhältnis steht – der sogenannte *Pike*-Test. Hier stellt sich gerade ein umgekehrtes Bild dar. Ein Großteil aller einzelstaatlichen Regelungen besteht den *Pike*-Test.[22]

17 *Erwin Chemerinsky,* Constitutional Law, 6. Aufl. 2019, 473 f.

18 U.S. Supreme Court, 23.6.1978, 437 U.S. 617, 624 – Philadelphia v. New Jersey; U.S. Supreme Court, Urteil vom 16.5.2005, 544 U.S. 460, 476 – Granholm v. Heald.

19 U.S. Supreme Court, 20.6.1977, 432 U.S. 333, 353 – Hunt v. Washington State Apple Advertising Commission; U.S. Supreme Court, Urteil vom 24.4.1979, 441 U.S. 322, 337 – Hughes v. Oklahoma: „strictest scrutiny".

20 U.S. Supreme Court, Urteil vom 24.6.1986, 477 U.S. 131, 138 – Maine v. Taylor m. w. N.

21 *Chemerinsky* (Fn. 17), 486 f., 492; vgl. auch *Dan T. Coenen,* The Commerce Clause, 2004, 246 ff.; eine Ausnahme ist z.B. U.S. Supreme Court, 24.6.1986, 477 U.S. 131 – Maine v. Taylor.

22 Beispielsweise von 1982 bis 2009 kein einziges (*Norman R. Williams/Brannon P. Denning,* The New Protectionism and the American Common Market, Notre Dame L. Rev. 2009, 247 (304)); davor jedoch z.B. U.S. Supreme Court, Urteil vom 25.5.1959, 359 U.S. 520 – Bibb v. Navajo Freight Lines. Häufiger jedoch in den unteren Instanzen, dazu *Brannon P. Denning,* Bittker on the Regulation of Interstate and Foreign Commerce, 2. Aufl. 2013, 6/34 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Diese Unterscheidung wurde im jüngsten *National Pork*-Urteil noch einmal verschärft. Ein gespaltener Supreme Court hielt in einer knappen 5:4-Entscheidung die kalifornische Regelung aufrecht.[23] Einigkeit herrschte aber in einem Ausgangspunkt – wenn auch mit ergebnisrelevanter, unterschiedlicher Gewichtung: Die *dormant Commerce Clause* verbietet den Einzelstaaten primär Protektionismus.[24] Entscheidendes Kriterium für eine protektionistische Regelung ist ihre diskriminierende Wirkung. Von der 5-*Justices*-Mehrheit wird als Konsequenz daraus der Anwendungsbereich der *Pike*-Rechtsprechung massiv beschränkt.[25] Nicht-diskriminierende Maßnahmen sind nur dann mit der *dormant Commerce Clause* unvereinbar, wenn sie den zwischenstaatlichen Handelsverkehr erheblich erschweren oder faktisch unmöglich machen. Als Beispiele verweist das Gericht auf Urteile, in denen einzelstaatliche Regelungen eine erhebliche Belastung für den Transitverkehr darstellten.[26]

Diese Rechtsprechung unterscheidet sich von der des EuGH. Zum einen hat der Gerichtshof in den letzten Jahrzehnten zusehends den Unterschied zwischen diskriminierenden und sonstigen Beschränkungen eingeebnet. Zwar können nach wie vor für direkt diskriminierende Maßnahmen nur die in den Verträgen[27] geschriebenen Rechtfertigungsgründe ins Feld geführt werden. Für indirekt diskriminierende Regelungen hat der Gerichtshof jedoch mehr und mehr die Berufung auf die ursprünglich für sonstige

23 Das Urteil erging mit zwei *concurrences* und zwei *dissents*.

24 U.S. Supreme Court, 11.5.2023, 143 S. Ct. 1142, 1152 ff. – National Pork Producers Council v. Ross; im Grundsatz zustimmend ebd., 1167 (Roberts, C.J., concurring in part and dissenting in part).

25 U.S. Supreme Court, 11.5.2023, 143 S. Ct. 1142, 1157 ff. – National Pork Producers Council v. Ross. Höchst unklar ist aber, wie sich dieser Abschnitt zu den *concurrences* verhält. JJ. Sotomayor und Kagan tragen diesen Abschnitt des Urteils mit. Im *concurrence* betonen sie zwar auf der einen Seite, dass sie an der *Pike*-Rechtsprechung und am Verbot von *undue burdens* festhalten wollen (ebd, 1165). Auf der anderen Seite deuten sie zu einem gewissen Grad ebenso *Pike* um und sehen die zentralen Fälle von *undue burden* ebenfalls in Transport- und Transitfällen (ebd., 1166, s. folgende Fn.). Mit dieser Umdeutung lässt sich aber wiederum J. Barretts Stimme kaum vereinbaren, die in ihrem *concurrence Pike* dahingehend erhalten will, jedoch die Abwägung ablehnt und damit zu einem ähnlichen Ergebnis kommt (ebd., 1166 f.).

26 U.S. Supreme Court, 11.5.2023, 142 S. Ct. 1142, 1158 Fn. 2 – National Pork Producers Council v. Ross; dort Verweis auf U.S. Supreme Court, Urteil vom 18.6.1945, 325 U.S. 761 – Southern Pacific v. Arizona; U.S. Supreme Court, 25.5.1959, 359 U.S. 520 – Bibb v. Navajo Freight Lines. Wobei dies nur von vier *Justices* und nicht von J. Barett mitgetragen wird (s. Fn. davor).

27 Art. 36, 45 Abs. 3, 52, 62 i.V.m. 52, 65 AEUV.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Beschränkungen entwickelten, zwingenden Gründe des Allgemeinwohls nach der *Cassis*-Rechtsprechung zugelassen.[28] Zum anderen verfolgt der EuGH eine deutlich expansivere Rechtsprechung. Dies wird gerade im Kontrast zu *National Pork* deutlich. Während der Supreme Court seinen Rechtsprechungsstrang der „undue burden" stark beschränkt, gehört der Marktzugangstest zum festen Kanon der EuGH-Rechtsprechung.[29] Behindert eine nationale Regelung den Zugang zum Markt des Mitgliedstaats, sind die Grundfreiheiten beschränkt – selbst, wenn diese Regelung europäische wie einheimische Wirtschaftsakteure gleichermaßen betrifft. Überdies würde der EuGH in einem Sachverhalt wie in *National Pork* aller Wahrscheinlichkeit nach bereits eine indirekte Diskriminierung annehmen, da die faktisch betroffenen Schweinebetriebe überwiegend außerhalb von Kalifornien angesiedelt sind.

B. Die Entwicklung der US-amerikanischen Rechtsprechung: Von der Commerce Clause zur dormant Commerce Clause

Um die *dormant Commerce Clause* in ihrer Gänze erfassen zu können, muss zuerst deren Entwicklung nachvollzogen werden. Diese begann vor ungefähr 200 Jahren.[30] Die US-Verfassung gab dem neugeschaffenen Bundesstaat eine dem späteren deutschen Grundgesetz sehr vergleichbare Kompetenzstruktur. Grundsätzlich sind die Einzelstaaten zuständig.[31] Der Bund hat nur dann die Kompetenz, wenn diese ihm ausdrücklich in der Verfassung gewährt wurde. Ähnlich wie im Grundgesetz lassen sich die Bundeskompetenzen insbesondere in einem Kompetenzkatalog (Art. I Sec.

28 EuGH, Urteil vom 9.7.1992, C-2/90, ECLI:EU:C:1992:310, Rn. 36 – Kommission/Belgien (Wallonischer Abfall); EuGH, Urteil vom 13.3.2001, C-379/98, ECLI:EU:C:2001:160, Rn. 73 ff – PreussenElektra; dazu *Ulrich Haltern,* Europarecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 1604 ff.

29 Spätestens seit EuGH, Urteil vom 10.2.2009, C-110/05, ECLI:EU:C:2009:66, Rn. 35, 37 – Kommission/Italien (Anhänger).

30 Dazu z.B. *James M. McGoldrick Jr.,* The Dormant Commerce Clause: The Origion Story and the "Considerable Uncertainties" – 1824 to 1945, Creighton L. Rev. 2019, 243; *James M. McGoldrick Jr.,* The Dormant Commerce Clause: The Endgame – From Southern Pacific to Tennessee Wine & Spirits – 1945 to 2019, Pace L. Rev. 2019, 44.

31 Später ausdrücklich in Am. X: „The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the states, are reserved to the states respectively, or to the people.".

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

8) finden. In der dritten Klausel ist dort auch die *Commerce Clause* verankert. Angesichts des grassierenden Protektionismus[32] unter den Einzelstaaten bestand unter den Delegierten des Verfassungskonvents Einigkeit, dass dem Kongress diese Zuständigkeit übertragen werden muss.[33] Im Unterschied zum Grundgesetz regelt die US-amerikanische Verfassung für die meisten Kompetenztitel und gerade auch für die *Commerce Clause* aber nicht, ob diese exklusiv oder konkurrierend sind.[34]

In der ersten Phase der Rechtsprechung wurde der Supreme Court mit eben dieser Frage konfrontiert. Im berühmten Urteil *Gibbons v. Odgen*[35] aus 1824 ließ das Gericht schlussendlich die Frage offen, es tendierte aber stark zu einer exklusiven Lesart der *Commerce Clause*.[36] Die zweite Phase der *dormant Commerce Clause* wurde mit dem Urteil *Cooley v. Board of Wardens*[37] eingeläutet. Der bipolare Streit um die Art der Kompetenz – konkurrierend oder exklusiv – hatte sich für ein heillos zerstrittenes Gericht als Sackgasse herausgestellt. Um diese verlassen zu können, wählte es einen Mittelweg. Der Einzelstaat hat dann keine Kompetenz zur Regelung einer Materie, wenn deren Charakteristika gerade eine bundeseinheitliche Regelung verlangen.[38] Umgekehrt kann ein Einzelstaat ein Gesetz zu einem Thema erlassen, welches seiner Natur nach lokal ist, sodass divergierende Regelungen für die Einheit des Bundes nicht bedrohlich sind (*National-Local-Test)*.

Die Unterscheidung zwischen nationalen und lokalen Themen führte freilich ihrerseits wiederum zu Abgrenzungsschwierigkeiten. In der Folge

32 Ausführlich dazu *Joseph L. Davis,* Sectionalism in American Politics 1774-1787, 1977.

33 Vgl. *Alexander Hamilton,* No. 11, in: Rossiter, Clinton (Hrsg.), The Federalist Papers, 2003, 79 (79): „The importance of the Union, in a commercial light, is one of those points about which there is least room to entertain a difference of opinion, and which has, in fact, commanded the most general assent of men who have any acquaintance with the subject. This applies as well to our intercourse with foreign countries as with each other."; ausführlich zur Entstehung *Albert Abel,* The Commerce Clause in the Constitutional Convention and in Contemporary Comment, Minnesota L. Rev. 1941, 432.

34 *Brugger* (Fn. 15), 63 f.

35 U.S. Supreme Court, 2.3.1824, 22 U.S. (9 Wheat.) 1 – Gibbons v. Odgen.

36 U.S. Supreme Court, 2.3.1824, 22 U.S. (9 Wheat.) 1, 209 – Gibbons v. Odgen: „There is great force in this argument and the Court is not satisfied that it has been refuted."; offen dafür ebd., insb. 224 (Johnson, J, concurring).

37 U.S. Supreme Court, Urteil vom 2.3.1852, 53 U.S. (12 How.) 299 – Cooley v. Board of Wardens.

38 U.S. Supreme Court, 2.3.1852, 53 U.S. (12 How.) 299, 319 – Cooley v. Board of Wardens.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

entwickelte der Supreme Court zahlreiche Kriterien zur Differenzierung. Das führte zur dritten Phase der Rechtsprechung und einem erneuten Fokuswechsel. Das Gericht stellte immer häufiger darauf ab, mit welcher Intensität die strittige Regelung den zwischenstaatlichen Handel behindert. Dafür unterschied es zwischen direkter und indirekter Beeinträchtigung (*Direct-Indirect-Test*).[39] Von hoher Intensität waren für den Supreme Court insbesondere diskriminierende Maßnahmen.[40] Er untersuchte damit den Effekt und die Wirkung der Maßnahme und nicht mehr das betroffene Themenfeld an sich. Die moderne Rechtsprechung begann in den 1930er- und 40er-Jahren und mündete in die bis heute angewandte, bereits dargestellte Dogmatik.[41]

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die *dormant Commerce Clause* über die Jahrhunderte eine Wandlung unterlaufen hat. Sie hat zunehmend die kompetenzrechtliche Frage abgeschüttelt und einen eigenständigen Charakter angenommen. Entscheidend ist nun nicht mehr die abstrakte Frage des Kompetenztyps, sondern die Art und Weise der Kompetenzausübung. Ihre Analysevokabeln unterscheiden sich kaum noch von denen der Grundfreiheiten.

C. Die dormant Commerce Clause als Kompetenzausübungsregel

Dennoch ist die Ahnentafel der heutigen *dormant Commerce Clause* immer noch entscheidend für ihr Verständnis. Mag die *dormant Commerce Clause* über die Jahrhunderte auch einen Emanzipationsprozess von der *Commerce Clause* durchlaufen haben, hat sie sich doch nie ihrer historischen Wurzeln entledigt. Die *dormant Commerce Clause* war und ist immer noch eingebettet in das Ringen um Kompetenzverteilung. Mit der „Erfindung" der *dormant Commerce Clause* hat der Supreme Court eine Antwort auf die ursprünglich ihm gestellte Frage nach der Kompetenznatur der *Commerce Clause* – exklusiv oder konkurrierend – gegeben. Die *dormant Commerce Clause* ist somit eine Norm der Kompetenzverteilung.

39 U.S. Supreme Court, Urteil vom 30.1.1888, 124 U.S. 465, 482 – Smith v. Alabama: indirekt; U.S. Supreme Court, Urteil vom 14.1.1878, 95 U.S. 485, 488 – Hall v. De Cuir: direkt.

40 Bspw. U.S. Supreme Court, 1875, 91 U.S. 275 – Welton v. Missouris.

41 Insb. mit U.S. Supreme Court, Urteil vom 14.2.1938, 303 U.S. 177 – South Carolina State Highway Department v. Barnwell Brothers; U.S. Supreme Court, 18.6.1945, 325 U.S. 761 – Southern Pacific v. Arizona.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

I. Die dormant Commerce Clause als abwägende Kompetenznorm

Diese Antwort mag aus der deutschen Verfassungsrechtsperspektive befremdlich wirken. Unter dem Grundgesetz findet man auf der Suche nach Kompetenzverteilung „Alles-oder-nichts-Lösungen“[42]. Die Art. 70 ff. GG weisen die Gesetzgebungskompetenz klar Bund oder Ländern zu oder weisen jedenfalls im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung die Verfügungsgewalt über diese eindeutiger einer der föderalen Ebenen zu.[43] Abwägende Elemente spielen dabei keine Rolle.[44] Allenfalls Art. 72 Abs. 2 GG weicht die klare kategorielle Zuteilung der Kompetenzen auf und führt ein Element der Verhältnismäßigkeit für einige Kompetenztitel ein.[45] Die Kompetenzausübung liegt nicht mehr alleine in den Händen des Bundes, sondern es müssen zusätzliche, rein faktische Gegebenheiten hinzukommen. Diese Regelungsmaterien können zwischen Bundes- und Landesebene changieren.[46]

Die *dormant Commerce Clause* geht darüber aber noch hinaus und hat kein Pendant in der deutschen Kompetenzstruktur, da gerade nicht mehr nur die aktuelle Lebensrealität bei der Kompetenzverteilung berücksichtigt wird. Dieses Modell hatte der Supreme Court noch in der zweiten Phase zu Zeiten der *Cooley*-Rechtsprechung verfolgt. Damals war der Prüfstein des Gerichts, ob im Rahmen einer wirtschaftlichen Regelungsmaterie eine Zersplitterung des Binnenmarkts droht und nur bundeseinheitliche Regelungen Abhilfe versprechen. Die damalige *Cooley*-Rechtsprechung und der *National-Local-Test* weisen Parallelen zum heutigen Kompetenzverständnis des Art. 72 Abs. 2 GG auf – jedoch mit unterschiedlichen Adressaten. Während die *dormant Commerce Clause* die Reichweite der Einzelstaaten begrenzt, richtet sich Art. 72 Abs. 2 GG an den Bund.[47]

---

42 *Markus Heintzen*, in: Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian (Hrsg.), GG, 214. EL 2021, Art. 70 Rn. 71.

43 Vgl. *Heintzen* (Fn. 42), Art. 70 Rn. 66.

44 Z.B. *Josef Isensee,* Die bundesstaatliche Kompetenz, in: ders./Kirchhof, Paul (Hrsg.), HStR VI, 3. Aufl. 2008, § 133 Rn. 76.

45 *Ralf Poscher,* Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs, in: Herdegen, Matthias/Masing, Johannes/ders./Gärditz, Klaus Ferdinand (Hrsg.), HVerfR, 2021, § 3 Rn. 93.

46 Vgl. dazu *Rico David Neugärtner,* Föderalismus-Rhetorik-Dekonstruktionen – Rechtsdogmatik als Literaturdogmatik, 2023, 315 ff.

47 Vergleichend aus der Perspektive des Bundes *Thomas von Danwitz,* Vertikale Kompetenzkontrolle in föderalen Systemen, AöR 2006, 510 (insb. 543 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der Supreme Court entwickelte die *dormant Commerce Clause* in ihrer dritten Phase weiter. Der Fokus der rechtlichen Prüfung verschob sich von der Art der Regelungsmaterie hin zu der Art und Weise der einzelstaatlichen Kompetenzausübung. Entscheidend war nicht mehr *welche* Regelungsmaterien die Einzelstaaten für sich in Anspruch nahmen, sondern *wie* sie ihre Kompetenz ausübten. Nach der klassischen deutschen Kompetenzlehre handelt es sich damit bei der *dormant Commerce Clause* nicht mehr um eine Zuständigkeitsverteilung, sondern um eine Wahrnehmungsbedingung.[48] Kompetenztitel beinhalten keinen materiellen Gehalt über das Wie.[49] Die *dormant Commerce Clause* rückt vielmehr in die Nähe der Grundrechte, welche die klassischen Wahrnehmungsbedingungen staatlicher Gewaltausübung sind. Insofern fügt sich auch der abwägende Charakter der *dormant Commerce Clause* gut ein.

II. Die dormant Commerce Clause als Kompetenzausübungsregel im Dienste des Bundesstaats

Diese Lesart der *dormant Commerce Clause* hat sich gelegentlich auch der Supreme Court zu eigen gemacht. In einigen Urteilspassagen stellt er gerade auf die einzelne Händlerin oder den einzelnen Bürger ab, welche sich auf die Freiheit des Binnenmarktes und der Wirtschaftsbetätigung berufen können.[50] Ein solches Verständnis spiegelt sich jedoch nicht in der überwiegenden Mehrheit der Urteile wieder. Um dies zu veranschaulichen, wird die *dormant Commerce Clause* in das verfassungsrechtliche Gefüge der USA eingeordnet.

Zu diesem Zwecke werden die Normen des Wirtschaftsverfassungsrechts in die verbreiteten Kategorien der Kompetenzen und der individuellen Rechte unterteilt.[51] Zuerst die Gruppe der individuellen Rechte: Die US-

48 S. nur *Isensee* (Fn. 44), § 133 Rn. 73; s. auch Fn. 55.

49 *Arnd Uhle,* Gesetzgebungskompetenzen, in: Stern, Klaus/Sodan, Helge/Möstl, Markus (Hrsg.), StaatsR II, 2. Aufl. 2022, § 42 Rn. 24.

50 Deutlich U.S. Supreme Court, Urteil vom 17.1.1910*,* 216 U.S. 1, 21 – Western Union Telegraph Co. v. Kansas: „To carry on interstate commerce is not a franchise or a privilege granted by the State; it is a right which every citizen of the United States is entitled to exercise under the Constitution and laws of the United States"; ähnlich U.S. Supreme Court, Urteil vom 4.4.1949, 336 U.S. 525, 535 f. – H. P. Hood & Sons v. Du Mond.

51 Vgl. nur *Isensee* (Fn. 44), § 133 Rn. 84 ff., der dies als zentrale Unterscheidung bezeichnet.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

amerikanische Verfassung kennt erstens allgemeine Wirtschaftsfreiheiten, insbesondere die *economic Due Process Clause* (Am. V, Am. XIV Sec. 1 Cl. 2) – auch wenn sie seit dem Ende der *Lochner*-Ära zu Beginn des 20. Jahrhunderts keine große Rolle mehr spielt. Zweitens hält die Verfassung ein allgemeines Gleichbehandlungsgebot in Form der *Equal Protection Clause* (Am. XIV Sec. 1 Cl. 1) bereit. Drittens gibt es ein föderales Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit (*Privileges and Immunities Clause,* Art. IV Sec. 2 Cl. 1).

In der zweiten Gruppe der Kompetenzen ist der bereits erwähnte Kompetenzkatalog in Art. I Sec. 8 der US-amerikanischen Verfassung prägend, der auch die *Commerce Clause* enthält. Daneben enthält die US-amerikanische Verfassung noch eine kompetenzrechtliche Besonderheit: Kompetenzgrenzen unter dem Vorbehalt des Kongresses. In der *Import-Export Clause* und der *Tonnage Clause* (beide Art. I Sec. 10 Cl. 2) werden den Einzelstaaten für bestimmte Regelungsmaterien – Erhebung von Import- und Exportzöllen beziehungsweise Tonnagegebühren – ausdrücklich Kompetenzen entzogen. Die Kompetenz kann aber bei den Einzelstaaten wiederaufleben, wenn der Kongress dem zustimmt.

In dieses Puzzle muss nun die *dormant Commerce Clause* eingefügt werden. Die Grundrechte schützen das Individuum. Sie drängen staatliche Gewaltausübung zurück und unterwerfen alles staatliche Handeln einer Rationalitätskontrolle und einem Minimierungsgebot, um Freiheitsäume Einzelner möglichst weit auszudehnen. Die *dormant Commerce Clause* hat dagegen eine diametral entgegengesetzte Funktion. Sie ist ein Stützpfeiler der föderalen US-amerikanischen Verfassungsarchitektur und muss im Rahmen dessen Kompetenzverteilungskämpfe verhandeln. Sie versucht, einen Ausgleich zwischen Einheit des Bundes und einzelstaatlicher Souveränität zu schaffen. Verankert ist die *dormant Commerce Clause* damit in der Kompetenzordnung der Verfassung. Sie ist wie die *Import-Export Clause* und die *Tonnage Clause* eine Kompetenzgrenze der Einzelstaaten. Im Gegensatz zur *Import-Export Clause* und zur *Tonnage Clause* ist sie aber nicht absolut, sondern relativ. Das dogmatische Handwerkszeug zur Ermittlung der Kompetenzverteilung gleicht durchaus den Grundrechten. Insofern verschwimmen die Grenzen zwischen Kompetenzausübungsgrenzen und individuellen Rechten. Die *dormant Commerce Clause* mit ihrem theoretischen Fundament steht nach dem hiesigen Verständnis jedoch den Kompetenzgrenzen deutlich näher als den Grundrechten.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dabei stehen die *Commerce Clause* und die *dormant Commerce Clause* in einer Wechselwirkung zu einander. Der Supreme Court verwendet für beide Seiten der Medaille die gleiche *commerce*-Definition.[52] Die Einschlägigkeit der einen Seite aktiviert dadurch auch die andere. Die Verbundenheit zwischen diesen beiden Ausprägungen der *Commerce Clause* kommt auch sprachlich durch die Unterteilung in eine positive und eine negative Seite zum Ausdruck.

D. Ein kompetenzrechtliches Verständnis der Grundfreiheiten

Inwiefern kann dieses Verständnis der *dormant Commerce Clause* nun für die EU-Grundfreiheiten fruchtbar gemacht werden? Selbstredend kann es nicht einfach übertragen werden. Dennoch wird hier die These vertreten, dass auch die Grundfreiheiten als Kompetenzverteilungsnormen verstanden werden sollten. Wie die *dormant Commerce Clause* schützen die Grundfreiheiten nicht primär individuelle Freiheitsräume vor dem Zugriff des Staates. Vielmehr ist ihre Hauptaufgabe, das Ringen um Kompetenzen im Bereich des Binnenmarktes zu moderieren.

Um die Parallelität zwischen *dormant Commerce Clause* und Grundfreiheiten zu begründen, soll erneut die Unterscheidung zwischen Kompetenzen und individuellen Rechten herangezogen werden. Das Unionsrecht kennt in der Grundrechtecharta wirtschaftliche Freiheitsrechte in Form der Berufs- und unternehmerischen Freiheit (Art. 15, 16 GRCh) und ein allgemeines Gleichbehandlungsgebot in Art. 20 GRCh. Als Äquivalent zur *Privileges and Immunities Clause* lässt sich in den Verträgen das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit nach Art. 18 AEUV aufspüren.

Daneben sprechen die Verträge den EU-Organen Wirtschaftskompetenzen zu, insbesondere in den Begleitkompetenzen zu den Grundfreiheiten[53] und der Binnenmarktharmonisierungskompetenz in Art. 114 AEUV. Einen ausdrücklichen Entzug der Kompetenzen der Mitgliedstaaten wie in der *Import-Export Clause* und der *Tonnage Clause* kennt das Unionsrecht nicht. In diese Leerstelle fügen sich die Grundfreiheiten ein. Die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung wird dagegen primär – im Rahmen ihrer An-

52 U.S. Supreme Court, Urteil vom 24.4.1979, 441 U.S. 322, 326 Fn. 2 – Hughes v. Oklahoma.

53 Art. 46, 48 AEUV; Art. 50, 53 AEUV; Art. 59, 62 i.V.m. 53 AEUV.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wendungsbereiche – durch die europäische Grundrechtecharta oder gegebenenfalls durch nationale Grundrechte geschützt.

Dabei stehen die Grundfreiheiten wie die *dormant Commerce Clause* in Wechselwirkung mit den Kompetenzen. Nach der Rechtsprechung des EuGH wird durch einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten die Harmonisierungskompetenz aktiviert.[54] Eine solche Kopplung mit Kompetenzen ist Grundrechten fremd; sie fügt sich dagegen gut in ein kompetenzrechtliches Verständnis der Grundfreiheiten ein. Im Gegensatz zur US-Verfassung knüpfen positive und negative Kompetenzen in den Verträgen nicht an lediglich eine Norm an, sondern sind in verschiedenen Vorschriften geregelt.

Die Einordnung der Grundfreiheiten als Kompetenznormen führt zu zwei möglichen Irritationen. Zum einen enthalten die Grundfreiheiten mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung ein abwägendes Element. Zum anderen können sich auf die Grundfreiheiten gerade Individuen berufen.

I. Das abwägende Element der Grundfreiheiten

Wenn die Grundfreiheiten als kompetenzrechtliche Regelung verstanden werden, vermag insbesondere das abwägende Element aus deutscher Perspektive verwundern. Wie beschrieben, liegt dem Grundgesetz der Gedanke einer klaren Kompetenzzuordnung zu Grunde. Die Kompetenzordnung der EU folgt jedoch nicht diesem Verständnis. Ihr ist etwas fluides, relatives inhärent.[55] Dies kann man insbesondere an der föderalen Verhältnismäßigkeit gemäß Art. 5 Abs. 4 EUV festmachen.[56] Bei der Ausübung ihrer Zuständigkeiten darf die EU nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des Ziels erforderlich ist. Diese Verhältnismäßigkeit dient dem Schutz der mitgliedstaatlichen Autonomie.

Die Verhältnismäßigkeit im Rahmen der Grundfreiheiten ist die Kehrseite zu Art. 5 Abs. 4 EUV. Spiegelbildlich erfolgt die grundfreiheitliche Verhältnismäßigkeit zum Schutz des EU-Interesses – erneut in Abwägung zur mitgliedstaatlichen Autonomie. Dabei handelt es sich ebenfalls nicht

54 EuGH, Urteil vom 8.6.2010, C-58/08, ECLI:EU:C:2010:321, Rn. 32 – Vodafone.

55 Dagegen auch hier für eine klare Trennung *Martin Nettesheim,* Kompetenzen, in: von Bogdandy, Armin/Bast, Jürgen (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, 389 (390 ff.).

56 Für das deutsche Staatsorganisationsrecht strikt abgelehnt BVerfG, Urteil vom 22.5.1990, 2 BvG 1/88, BVerfGE 81, 310, 338 – Kalkar II.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

um eine rein grundrechtliche, sondern um eine föderale Verhältnismäßigkeitsprüfung.

II. Das Subjektive der Grundfreiheiten

Das zweite Störgefühl wird durch das subjektive Element der Grundfreiheiten hervorgerufen. Seit *van Gend & Loos*[57] ist klar, dass sich Individuen vor Gericht auf die Grundfreiheiten berufen können. Die unmittelbare Anwendbarkeit wird gerade mit der Funktion der Grundfreiheiten als Schutznorm für das Individuum begründet. Dieser Befund beißt sich scheinbar mit einem kompetenzrechtlichen Verständnis der Grundfreiheiten. Kompetenzen haben keinen subjektiven, individualschützenden Charakter. Die Lesart der unmittelbaren Anwendbarkeit als Ausfluss eines subjektiven öffentlichen Rechts ist aber keinesfalls zwingend. Die Rechtsprechung des EuGH ist unklar und im wissenschaftlichen Diskurs anderer Mitgliedstaaten kommt man häufig ohne diese Konstruktion aus.[58] Danach ist eine Norm unmittelbar anwendbar, wenn sie klar und abschließend ist und keine weiteren Ausführungsakte von Nöten sind.[59]

Trotz dieses Einwands soll ohne Umschweife noch einmal betont werden, dass den Grundfreiheiten auch ein individuell-subjektives Element innewohnt. Dennoch ändern subjektive Komponenten der Grundfreiheiten nichts an ihrer Prägung als kompetenzrechtliche Normen.

E. Ausblick: Dogmatische Konsequenzen der kompetenzrechtlich verstandenen Grundfreiheiten

Das kompetenzrechtliche Verständnis der *dormant Commerce Clause* spiegelt sich freilich auch in der Dogmatik des Supreme Courts wieder. Ebenso kann ein solches Verständnis der Grundfreiheiten seinerseits nicht folgen-

57 EuGH, Urteil vom 5.2.1963, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1 – van Gend & Loos; ausdrücklich für die Warenverkehrsfreiheit in EuGH, Urteil vom 19.12.1968, C-13/68, ECLI:EU:C:1968:54 – Salgoil.

58 Z.B. die Darstellung bei *Koen Lenaerts/Piet van Nuffel,* EU Constitutional Law, 2021, Rn. 23.031 ff.; so auch die Einsicht bei *Thomas Oppermann/Claus Dieter Classen/Martin Nettesheim,* Europarecht, 9. Aufl. 2021, § 9 Rn. 18; diff. *Paul Craig/Gráinne de Búrca,* EU Law, 17. Aufl. 2020, 218 f. zwischen *„objective" direct effect* und *„subjective" direct effect.*

59 Ebd., s. auch schon EuGH, 5.2.1963, C-26/62, S. 25 – van Gend & Loos.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

los bleiben. Es sollen hier zwei Beispiele herausgegriffen werden. Erstens die Bindung des Kongresses an die *dormant Commerce Clause* beziehungsweise die Bindung der EU-Organe an die Grundfreiheiten. Zweitens die Frage nach den umfassten Beschränkungsarten.

I. Keine Bindung der EU-Organe

Der Frage nach der Bindung der US-amerikanischen Bundesebene an die *dormant Commerce Clause* wurde bis jetzt nicht nachgegangen. Sie ist aber schnell zu beantworten: Der Bund ist unzweifelhaft nicht an die *dormant Commerce Clause* gebunden.[60] Die *dormant Commerce Clause* leitet sich gerade aus einer Kompetenzzuweisung an den Bund ab. Adressat der *dormant Commerce Clause* können damit nur die Einzelstaaten sein.

Nach dem hier vertretenen kompetenzrechtlichen Verständnis sind die EU-Organe ebenfalls nicht an die Grundfreiheiten gebunden.[61] Sie sind an die Mitgliedstaaten adressiert und beschränken deren Kompetenzen. Diese These ist der Rechtsprechung des EuGH näher, als es auf den ersten Blick scheint. Zwar vertritt der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung eine Bindung der Unionsorgane an die Grundfreiheiten.[62] In der Praxis wendet er aber nur einen äußerst zurückgenommen Prüfungsmaßstab an und verwirft fast nie Sekundärrecht.[63] Eine Begründung für die Diskrepanz zwischen der Überprüfung mitgliedstaatlicher und unionaler Regelungen bleibt er aber schuldig. Nach einem grundrechtlichen Verständnis kann es

60 U.S. Supreme Court, Urteil vom 25.5.1891, 140 U.S. 545, 561 – In re Rahrer; U.S. Supreme Court, Urteil vom 3.6.1946, 328 U.S. 408, 423 – Prudential Insurance Co. v. Benjamin.

61 I.E. gleich, jedoch mit unterschiedlicher Begründung *Thorsten Kingreen,* Theorie und Dogmatik der Grundrechte im europäischen Verfassungsrecht, EuGRZ 2004, 570 (575 f.); *Thorsten Kingreen*, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 34-36 AEUV Rn. 112; *Julien Zazoff,* Der Unionsgesetzgeber als Adressat der Grundfreiheiten, 2011, Teil 3.

62 EuGH, Urteil vom 17.5.1984, C-15/83, ECLI:EU:C:1984:183, Rn. 15 – Denkavit Nederland; zuletzt z.B. EuGH, Urteil vom 8.12.2020, C-626/18, ECLI:EU:C:2020:1000, Rn. 87 – Polen/Parlament und Rat (Entsenderichtlinie).

63 Zum Maßstab: EuGH, 8.12.2020, C-626/18, Rn. 95, 97 – Polen/Parlament und Rat (Entsenderichtlinie); EuGH, Urteil vom 8.12.2020, C-620/18, ECLI:EU:C:2020:1001, Rn. 112, 114 – Ungarn/Parlament und Rat (Entsenderichtlinie). Im Bereich der Grundfreiheiten hat der EuGH bis jetzt wohl nur zwei Mal einen Verstoß angenommen (Nw. bei *Karsten Engsig Sørensen,* Reconciling Secondary Legislation and the Treaty Rights of Free Movement, E. L. Rev. 2011, 339 (347 Fn. 50)).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kaum einen Unterschied machen, welche Hoheitsgewalt die individuelle Freiheit beschränkt. In ein kompetenzrechtliches Verständnis fügt sich dies dagegen gut ein, da an EU und Mitgliedstaaten unterschiedliche Normen adressiert sind. Die verbleibende, stark zurückgenommene Kontrolle von Sekundärrecht ist nicht mit der Bindung an die Grundfreiheiten, sondern mit den Wirtschaftsfreiheiten in der Grundrechtecharta (Art. 15, 16 GRCh) zu begründen.[64]

II. Der Wesenskern der Grundfreiheiten: Diskriminierungsverbot

In den letzten Jahren war die Gretchen-Frage der Grundfreiheiten, ob nur diskriminierende oder alle beeinträchtigenden Maßnahmen von den Grundfreiheiten umfasst sind.[65] In den USA ist spätestens mit der Entscheidung *National Pork* diese Frage ebenfalls wieder auf dem Tableau. Jedenfalls über die Grundausrichtung der *dormant Commerce Clause* herrscht Einigkeit im Gericht: Die Einzelstaaten dürfen ihre Kompetenz nicht in protektionistischer Weise ausüben. Die knappe Mehrheit im Gericht sieht eine protektionistische Kompetenzausübung in der Regel nur dann gegeben, wenn die einzelstaatliche Maßnahme diskriminierend ist.[66] Anders formuliert: Nicht jede den zwischenstaatlichen Handel beschränkende Maßnahme stellt eine verfassungswidrige Kompetenzausübung dar. Dieses Ergebnis baut auf dem Fundament der föderalen Grundprägung der *dormant Commerce Clause* auf. Nicht-diskriminierende Maßnahmen mögen zwar den Binnenmarkt beeinträchtigen, sie stellen aber nicht reflexartig eine Gefahr für die Kompetenz des Bundes, die Autonomie anderer Einzelstaaten oder die politisch-föderale Einheit als Ganzes dar.[67] Erst protektio-

64 So auch knapp *Wolfram Cremer,* Die Grundfreiheiten des Europäischen Unionsrechts, JURA 2015, 39 (40 f.). Auf das Verhältnis zu Art. 15 Abs. 2 GRCh (i.V.m. Art. 52 Abs. 2 GRCh) kann aus Platzgründen an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden.

65 Im Überblick bei *Kingreen* (Fn. 61), Art. 34-36 AEUV Rn. 59 ff.

66 S. zur Unklarheit des Urteils aber oben Fn. 25.

67 Das ist indes nicht unstrittig: für ein freiheitliches Verständnis der *dormant Commerce Clause* zuletzt *Richard A. Epstein,* Market Competition as a Constitutional Virtue: A Defense of Lochner and a Revitalized Dormant Commerce Clause, N.Y.U. J. Law & Liberty 2022, 308. Die damit zusammenhängende, intensive geführte Debatte um das Telos der *dormant Commerce Clause* kann hier nicht vertieft werden, vgl. dazu nur *Brannon P. Denning,* Reconstructing the Dormant Commerce Clause Doctrine, William & Mary L. Rev. 2008, 417.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nistische, sprich diskriminierende Maßnahmen, überschreiten diese Grenze.[68] Sie führen nicht nur zu erheblichen Friktionen in einem gemeinsamen Markt, sondern zusätzlich noch zu Verwerfungen im föderalen Gebilde.

Der EuGH verfolgt mit dem Marktzugangstest einen anderen, freiheitlich-individuellen Ansatz. Einzelnen Wirtschaftsakteuren wird das Recht gewährt, sich zwischen den nationalen Märkten ungehindert bewegen zu können. Nach einem kompetenzrechtlichen Verständnis der Grundfreiheiten wird dadurch der Gehalt der Grundfreiheiten überdehnt. Im Kern sind die Grundfreiheiten Diskriminierungsverbote.[69] Diese sichern nicht individuelle Freiheit, sondern setzen Kompetenzausübungsgrenzen zugunsten der föderalistischen Struktur.

Letztlich ist diese Parallele zwischen US-amerikanischem und EU-Recht aber mit Vorsicht zu genießen. Die USA sind ein staatliches Gebilde mit einem deutlich höheren Maß an Stabilität als die EU. Der Supreme Court kann die Zügel lockerlassen, ohne dass sofort die Fliehkräfte in den Einzelstaaten erstarken. Zwar hat der europäische Binnenmarkt ebenfalls einen hohen Grad an Integration erreicht, der in vielen Fällen dem der USA nicht nachsteht.[70] Er verharrt aber noch in einem fortwährenden Zustand der Fragilität. Aus institutionellen Gründen scheint es daher notwendig, den Diskriminierungsbegriff der kompetenzrechtlich verstandenen Grundfreiheiten weiter zu fassen als dies der Supreme Court in Bezug auf die *dormant Commerce Clause* tut, und die Grundfreiheiten auch auf erhebliche, nicht-diskriminierende Beschränkungen des zwischenstaatlichen Handels auszudehnen.

F. Fazit

Die Grundfreiheiten haben historisch einen enorm wichtigen Beitrag zu einem *ever closer market* geleistet. Dabei drehte sich die Diskussion zumeist um Liberalisierung versus Regulierung beziehungsweise Freiheits- versus

68 Klassisch dazu *Donald H. Regan,* The Supreme Court and State Protectionism, Michigan L. Rev. 1986, 1091.

69 Zu einem ähnlichen Ergebnis kommen *Miguel Poiares Maduro,* We the Court, 1998 und *Thorsten Kingreen,* Grundfreiheiten, in: von Bogdandy, Armin/Bast, Jürgen (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, 705, wobei beide an einem individualistischen Verständnis der Grundfreiheiten festhalten.

70 Vgl., wenn auch schon etwas veraltet *George Anderson,* Internal Markets in Federal or Multi-level Systems, in: ders. (Hrsg.), Internal Markets and Multi-Level Governance, 2012, 196 (202).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gleichheitsrechte. Der hier vertretene kompetenzrechtliche Ansatz bezüglich der Grundfreiheiten eröffnet eine neue Perspektive auf dieses Spannungsfeld. Die Grundfreiheiten sind danach ein wichtiger Baustein, um die Zuständigkeiten zwischen nationaler und unionaler Ebene auszutarieren. Die Entscheidung über das Maß an Binnenmarktintegration liegt danach zentral in den Händen des europäischen Gesetzgebers.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die blinden Männer und der Elefant: Eine empirische Analyse der „Sozialwissenschaften" im Völkerrecht

Silvia Steininger, William Hamilton Byrne, Raphael Oidtmann[1]

A. Einführung: Interdisziplinarität, Interaktion, und was bedeutet dies eigentlich?

Die Blinden und der Elefant ist ein Gleichnis aus Indien, welches die Geschichte von sechs blinden Männern erzählt, die einem Elefanten begegnen und versuchen zu verstehen, wie er aussehen könnte. Jeder Blinde berührt dabei ein anderes Körperteil: Einer berührt die Seite und meint, der Elefant müsse wie eine Mauer aussehen, ein anderer fühlt den Rüssel und stellt sich den Elefanten als Speer vor, ein anderer untersucht den Schwanz und vergleicht ihn mit einem Seil und so weiter. Während der Elefant weiterzog, stritten sich die Männer weiter, jeder glaubte zu wissen, wie das Tier aussah, und schimpfte auf seine Mitstreiter, weil sie das Tier ihrer Meinung nach falsch beschrieben hatten.

Der völkerrechtliche Diskurs befindet sich heutzutage oft in einer ähnlichen Situation, wenn es um die Beziehung zu den Sozialwissenschaften geht. Dabei ist der Zugriff auf sozialwissenschaftliche Theorien, Konzepte, und Methoden im internationalen völkerrechtlichen Diskurs wahrlich keine Seltenheit mehr[2] und betrifft zunehmend auch die Übernahme sozialwissenschaftlicher Epistemologie. So wurde beispielsweise im Chicago Journal of International Law 2021 sogar der Aufstieg eines umfassenden

1 Kontakt: s.steininger@hertie-school.org. Dieser Beitrag beruht auf einem englischsprachigen Artikel „The Blind Men and the Elephant: Framing ‚Social Sciences' in International Law", welcher in einer Sonderausgabe des Nordic Journal of International Law 2024 erscheint. Die Autor:innen bedanken sich beim Verlag Brill | Nijhoff für die Erlaubnis des Wiederabdruck, sowie bei den Teilnehmer:innen und Herausgeber:innen der JTÖR 2023 für die hilfreichen Fragen und Kommentare.

2 Siehe auch *Outi Korhonen*, Within and Beyond Interdisciplinarity in International Law and Human Rights, EJIL 2017, 625.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„Social Science Approach to International Law" proklamiert.[3] Dies wird häufig mit dem sich verändernden Kontext erklärt: Da das Völkerrecht seit den 1990er Jahren in seinem normativen Geltungsbereich und seinen Ausprägungsformen zugenommen hat, hat dies die Auseinandersetzung mit vermeintlich „neuen" Ansätzen erleichtert, welche sich häufig den Sozialwissenschaften zuwenden.[4] Jan Klabbers zufolge wurde die interdisziplinäre Auseinandersetzung mit den Sozialwissenschaften sogar zum Kennzeichen eines „neuen Typs Völkerrechtswissenschaftler:innen."[5]

Inwieweit sich diese internationale Beobachtung im deutschen öffentlichen Recht und insbesondere im deutschen Völkerrechtsdiskurs komplett widerspiegelt, bleibt offen. Der Wissenschaftsrat hatte schon in seinem Gutachten „Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen" gefordert, dass die deutsche Rechtswissenschaft sich interdisziplinär und international zu den Nachbarwissenschaften öffnen sollte.[6] Die Bedingungen dafür, dies nachhaltig und flächendeckend in der rechtswissenschaftlichen Forschung und Lehre zu etablieren, scheitern jedoch bisher an den herrschenden Strukturen im Wissenschaftsstandort Deutschland.[7] Im Unterschied zum internationalen Diskurs wird von deutschen Jurist:innen auch mangelnde Interdisziplinarität anderer Wissenschaften wie der Wirtschafts- oder Politikwissenschaft gegenüber rechtswissenschaftlichen Erkenntnissen diagnostiziert.[8]

Gerade im öffentlichen Recht sowie in Rechtsbereichen, welche starken Veränderungen unterliegen, wie das Umwelt-, Technik-, und Datenschutzrecht, zeigt sich jedoch, dass interdisziplinäre Rückgriffe selbst in der

3 *Daniel Abebe/Adam Chilton/Tom Ginsburg*, The Social Science Approach to International Law, Chicago Journal of International Law 2021, 1.

4 *Outi Korhonen*, From interdisciplinary to x-disciplinary methodology of international law, in: Deplano, Rossana/Tsagourias, Nicolas (Hrsg.), Research Methods in International Law. A Handbook, 2021, 345.

5 *Jan Klabbers*, On Epistemic Universalism and the Melancholy of International Law, EJIL 2018, 1057 (1064).

6 *Wissenschaftsrat*, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen 2012, 1 (8).

7 Zu den Bedingungen und Herausforderungen interdisziplinären Arbeitens siehe *Eric Hilgendorf*, Bedingungen gelingender Interdisziplinarität, JuristenZeitung 2010, 913.

8 Siehe *Lorenz Kähler*, Die asymmetrische Interdisziplinarität der Rechtswissenschaft, in: Rehberg, Markus (Hrsg.), Der Erkenntniswert von Rechtswissenschaft für andere Disziplinen, 2018, 105; *Julika Rosenstock/Tobias Singelnstein/Christian Boulanger*, Versuch über das Sein und Sollen der Rechtsforschung. Bestandsaufnahme eines interdisziplinären Forschungsfeldes, in: Boulanger, Christian et al (Hrsg.), Interdisziplinäre Rechtsforschung, 2019, 3 (3 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Rechtsdogmatik möglich sind.[9] In diesen Bereichen existieren interdisziplinäre Leuchtturmprojekte, wie beispielsweise die der feministischen Rechtswissenschaft, seit mindestens den 1990er Jahren.[10] Dabei erfreut sich der Rückgriff auf die Sozialwissenschaften besonderer Beliebtheit,[11] zeigt jedoch auch, beispielsweise bei der Auseinandersetzung um die „empirische Wende", die Herausforderungen epistemologischer Übernahmen.[12]

Es ist kaum verwunderlich, dass die Interaktion mit den Sozialwissenschaften besonders im Völkerrecht sehr ausgeprägt ist. Der Rückgriff auf die Sozialwissenschaften ist jedoch dynamisch, das heißt die Interaktion bleibt selten auf einem konstanten Niveau. Letzteres zeigt, dass – wie die blinden Männer – oft sehr unterschiedliche Vorstellungen von „Sozialwissenschaften" in der Literatur existieren. Während beispielsweise im Jahr 1910 Max Huber die „soziologischen Grundlagen des Völkerrechts" postuliert,[13] dominiert in den 1970ern und frühen 1980ern die Interaktion mit den Internationalen Beziehungen.[14] In den frühen 2000ern hingegen beziehen sich führende Wissenschaftler:innen auf Ansätze aus der ökonomischen Theorie, wie beispielsweise das Rational-Choice Paradigma.[15] Auch heutzutage erscheint das internationale Privat- und Völkerrecht auch

9 Siehe auch *Alexander Stark*, Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik, 2020.

10 *Susanne Baer*, Institutionalisierung und Interdisziplinarität. Frauen- und Geschlechterforschung an der HU, ZiF Bulletin 1999, 77.

11 *Oliver Lepsius*, Sozialwissenschaften im Verfassungsrecht – Amerika als Vorbild?, JuristenZeitung 2005, 1.

12 Siehe *Niels Petersen*, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, Der Staat 2010, 435; *Ino Augsberg*, Von einem neuerdings erhobenen empiristischen Ton in der Rechtswissenschaft, Der Staat 2012, 117; *Niels Petersen/Konstantin Chatziathanasiou*, Empirische Verfassungsrechtswissenschaft. Zu Möglichkeiten und Grenzen quantitativer Verfassungsvergleichung und Richterforschung, Archiv des öffentlichen Rechts 2019, 501.

13 *Max Huber*, Die soziologischen Grundlagen des Völkerrechts, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 1910, 21.

14 *Günther Doeker*, Internationale Beziehungen und Völkerrecht als Gegenstand der Forschung und Lehre, Archiv des Völkerrechts 1981, 401; *Karl Kaiser*, Völkerrecht und Internationale Beziehungen: Zum Verhältnis zweier Wissenschaften, Die Friedens-Warte 1975, 197; *Philipp Kunig*, Review: Zur Zusammenarbeit von Völkerrechts- und Sozialwissenschaft am Beispiel des Konfliktes im Horn von Afrika, Verfassung und Recht in Übersee 1978, 201; *Hanspeter Neuhold*, Völkerrecht und andere Sozialwissenschaften: Konkrete Ansätze zu einem Brückenschlag, Die Friedens-Warte 1975, 213; *Bruno Simma*, Völkerrecht und Friedensforschung, Die Friedens-Warte 1974, 65.

15 Siehe beispielsweise *Anne van Aaken/Stefanie Schmid-Lübbert*, Beiträge zur ökonomischen Theorie im öffentlichen Recht, 2002; Christoph Engel/Martin Morlok (Hrsg.) Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung, 1998.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

aufgrund seiner zunehmend internationalisierten Einbettung als besonders offen gegenüber Interdisziplinarität.

Die Debatte im Völkerrecht scheint sich nicht mehr darum zu drehen *warum*,[16] sondern vielmehr *wie* die Sozialwissenschaften in das Völkerrecht integriert werden sollen. Dennoch bleiben die Konturen der Interaktion zwischen dem Völkerrecht und den Sozialwissenschaften selbst angesichts der stark anwachsenden Forschung unscharf, was uns zur Leitfrage dieses Aufsatzes führt: Wovon sprechen wir, wenn wir von den „Sozialwissenschaften" in der Völkerrechtswissenschaft sprechen? Die Forschung hat sich bisher auf Teile dieses Rätsels konzentriert, zum Beispiel auf die Übernahme empirischer Methoden,[17] den Einfluss nationaler Kulturen auf Forschungsansätze,[18] sowie den Aufstieg und Fall bestimmter „turns", zum Beispiel der „verhaltenswissenschaftlichen"[19] oder der „experimentellen" Wende.[20] Viele dieser neuen Richtungen scheinen jedoch *eine bestimmte Art* der sozialwissenschaftlichen Forschung im Sinn zu haben. Wie die Blinden berühren sie nur einen Teil und verpassen möglicherweise ein viel umfassenderes Verständnis des größeren Tieres.

Dieser Beitrag nähert sich der Frage nach der Rolle der Sozialwissenschaften empirisch an. Nachdem zuerst verschiedene Formen der Interaktion mit den Sozialwissenschaften im Völkerrecht qualitativ skizziert werden, wird im zweiten Schritt ein quantitativer, korpuslinguistischer Ansatz auf ausgewählte völkerrechtliche Fachzeitschriften angewandt.[21] Der Textkorpus umfasst alle wissenschaftlichen Beiträge aus sechs großen völkerrecht-

16 Vergleiche den Stand der Debatte vor 25 Jahren, *Martti Koskenniemi*, Letter to the Editors of the Symposium, AJIL 1998, 351.

17 Siehe *Gregory Shaffer/Tom Ginsburg*, The Empirical Turn in International Legal Scholarship, AJIL 2012, 1.

18 Diese Studien konzentrieren sich in der Regel auf die wissenschaftlichen Communities in den USA und dem Vereinigten Königreichs, siehe *Yves Delazay/Bryant G. Garth*, 'Legal Theory,' Strategies of Learned Production, and the Relatively Weak Autonomy of the Subfield of Learned Law, in: Desautels, Justin/Tomlins, Christopher (Hrsg.), Searching for Contemporary Legal Thought, 2017, 137; *Mathias M. Siems/Daithí Mac Síthigh*, Mapping Legal Research, The Cambridge Law Journal 2012, 651.

19 Siehe *Eva van der Zee/Veronika Fikfak/Daniel Peat*, Introduction to the Symposium on Limitations of the Behavioral Turn in International Law, AJIL Unbound 2021, 237.

20 Siehe *Jeffrey L. Dunoff/Mark Pollack*, Experimenting with International Law, EJIL 2017, 1317.

21 Ein ähnliches Verfahren wurde kürzlich in *James Gathii*, Studying Race in International Law Scholarship Using a Social Science Approach, Chicago Journal of International Law 2021, 71 angewandt.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lichen Fachzeitschriften von 1907 bis 2022, die nach 12 ausgewählten Stichworten durchsucht wurden.

B. Dimensionen der Interaktion mit den Sozialwissenschaften im Völkerrecht

Historisch stand die Völkerrechtswissenschaft schon immer in einer engen Wechselwirkung mit den Sozialwissenschaften. Was wir heute als „Sozialwissenschaften" bezeichnen, ist jedoch ein hochmodernes Phänomen, welches mit dem Aufkommen des Positivismus seinen Anfang nahm und sich erst im späten 19. Jahrhundert in seine heutigen Teildisziplinen aufspaltete. Dies erschwert es, Verallgemeinerungen über die Art der Interaktion zwischen den Disziplinen anzunehmen, da eine gewisse Vermischung zwischen den Disziplinen vorherrschte.[22] Dennoch erscheint es uns möglich, vier Bereiche zu identifizieren, welche sich durch einen besonders populären Rückgriff auf die Sozialwissenschaften auszeichnen. Obwohl dies keine klar abgetrennten Kategorien sind, ermöglicht uns diese Taxonomie die Forschungsdiskussion zu strukturieren.

I. Substanz

Die erste Interaktion betrifft die Idee eines „gleichen konzeptionellen Raumes": Völkerrechtler:innen stützen sich auf die Sozialwissenschaften, weil beide Disziplinen (angeblich) über die gleichen Dinge sprechen.[23] Diese begrifflichen Überschneidungen werden oft dafür verantwortlich gemacht, dass sie leichter disziplinäre Grenzen überschreiten.[24] Dabei stellt sich jedoch die Frage, ob die Forschungsziele hier inhaltlich deckungsgleich, und folglich, ob Konzepte wie Regime, Institutionen oder Normen in unterschiedlichen Disziplinen wirklich als gleich angesehen werden können. Der Begriff Regime beispielsweise ist für Völkerrechtler:innen wahrscheinlich nicht dasselbe wie Krasners berühmte Definition von Regimen als „[i]mplizite oder explizite Prinzipien, Normen, Regeln und Entscheidungsverfah-

22 Siehe *Douglas W. Vick*, Interdisciplinarity and the Discipline of Law, Journal of Law and Society 2004, 163 (166).

23 Klassischerweise, siehe *Anne-Marie Slaughter Burley*, International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda, AJIL 1993, 205.

24 Siehe *Andrea Bianchi*, International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking, 2016, 110.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ren, um die herum die Erwartungen der Akteure in einem bestimmten Bereich der internationalen Beziehungen konvergieren."[25] Aus juristischer Sicht wirft diese Definition mehr Fragen auf als sie beantwortet: Was genau bezeichnet ein Prinzip, eine Norm oder eine Regel? Dieses Beispiel zeigt zum einen die Gefahr, dass es sich bei augenscheinlichen konzeptuellen Gemeinsamkeiten nur um rein oberflächliche interdisziplinäre Überschneidungen handelt, birgt jedoch zum anderen auch die Möglichkeit, Konzepte und Definitionen durch den interdisziplinären Dialog zu schärfen.

II. Erkenntnisse

Die zweite Interaktion bezieht sich auf die Übernahme sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse in das Völkerrecht. Wissenschaftler:innen und Praktiker:innen können die in den Sozialwissenschaften gewonnenen Erkenntnisse nutzen, um das Völkerrecht und seine Probleme besser zu verstehen, zu analysieren und auch zu lösen. Auch dies ist nicht gerade eine neue Interaktion. Die politikorientierte *New Haven School* hatte beispielweise schon die Übertragung von Erkenntnissen aus den Sozialwissenschaften in das Völkerrecht als eines ihrer zentralen Ziele. Dennoch blieb dieser Ansatz nicht ohne Kritik – innerhalb und außerhalb des Völkerrechts. So veröffentlichte Young, selbst ein ausgebildeter Sozialwissenschaftler, der sich mit internationaler Governance beschäftigte, 1972 im American Journal of International Law[26] eine Kritik an Myres S. McDougal, in der er die heute oft zu hörende Behauptung aufstellte, dass Jurist:innen nur unzureichend in sozialwissenschaftlichen Methoden geschult seien.[27] Ähnlich gelagert ist der weitere Kritikpunkt, dass sich Jurist:innen nicht wirklich mit sozialwissenschaftlicher Forschung als solcher auseinandersetzen, sondern sich nur das heraussuchen, was zu ihrer Argumentation passt – und gegenteilige Erkenntnisse ignorieren.[28] Es ist daher zweifelhaft, ob diese Form der Interaktion tatsächlich zu einer interdisziplinären Erkenntniserweiterung führt.[29]

25 *Stephan Krasner*, Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables, International Organization 1982, 185 (186).

26 *Oran Young*, International Law and Social Science: The Contributions of Myres S. McDougal, AJIL 1972, 60 (63).

27 Ebd.

28 Für ähnliche Kommentare siehe *Jean d'Aspremont*, Epistemic Forces in International Law: Foundational Doctrines and Techniques of International Legal Argumentation, 2016, 190.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

III. Methode

Die dritte und zunehmend populäre Interaktion zwischen Völkerrecht und Sozialwissenschaften betrifft die Anwendung sozialwissenschaftlicher Methoden. Wie Kjaer es kürzlich formulierte, „[w]enn die Rechtswissenschaft methodische Unterstützung benötigt, wendet sie sich in der Regel an die Sozialwissenschaften, das heißt an die Wirtschaftswissenschaften, die Politikwissenschaft, die politische Ökonomie und die Soziologie“ (eigene Übersetzung).[30] Der zunehmend populäre methodische Rückgriff auf sozialwissenschaftliche Methoden hat zu einem Aufschwung der empirischen Forschung beigetragen, die häufig computergestützt durchgeführt wird. In gewisser Hinsicht ist dies nicht nur eine Frage der Nachfrage, sondern auch des Angebots, da es heute einfach mehr völkerrechtliche Verträge oder Urteile gibt, welche mit neuen Technologien untersucht werden können und auch die jeweiligen sozialen Kontexte durch Globalisierungsprozesse vielleicht leichter zugänglich geworden sind, als dies früher war. Einige kritisieren jedoch, dass diese Methoden die Integrität der juristischen Disziplin untergraben und eher als eine Art „methodologischer Minderwertigkeitskomplex der Rechtswissenschaft“ dienen.[31]

IV. Erkenntnistheorie

Die weitreichendste Form der Interaktion, die in der Literatur identifizierbar ist, betrifft Forderungen nach einer erkenntnistheoretischen Wende. So haben Abebe, Chilton und Ginsburg kürzlich einen „sozialwissenschaftlichen Ansatz für das Völkerrecht" vorgeschlagen, den sie wie folgt definieren: „Identifizierung einer spezifischen Frage, Entwicklung von Hypothesen, Verwendung eines Forschungsdesigns zur Prüfung dieser Hypothesen auf der Grundlage qualitativer oder quantitativer Daten und Präsentation von Schlussfolgerungen, wobei die Annahmen, auf denen diese Schlussfolgerungen beruhen, und der Grad der mit den Ergebnissen verbunde-

29 Siehe *Seongsook Choi/Keith Richards*, Interdisciplinary Discourse: Communicating Across Disciplines, 2017, 156.

30 *Poul Kjaer*, How to Study Worlds: Or why one should (not) care about methodology, in: Bartl, Marija/Lawrence, Jessica C. (Hrsg.), The Politics of European Legal Research: Behind the Method, 2022, 208 (210).

31 *Kjaer* (Fn. 30), 35.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

nen Unsicherheit anerkannt werden." (eigene Übersetzung).[32] Ein Hauptproblem dieses „sozialwissenschaftlichen Ansatzes" besteht in seinem Anspruch auf Objektivität, da er „eine vereinfachende Polarisierung zwischen dem normativen Ansatz und der empirischen Forschung"[33] beansprucht. Diese Debatten spiegeln die seit langen erhobenen Vorwürfen des sozialwissenschaftlichen Imperialismus des internationalen Rechtsdiskurses und die damit einhergehenden Behauptungen wider, dass eine relative Autonomie gewahrt werden müsse.[34]

Die vier Formen der Interaktion zeigen dabei nicht nur, dass es seit langem unterschiedliche Rückgriffe auf die Sozialwissenschaften im Völkerrecht gibt, sondern auch dass diese unterschiedliche Funktionen erfüllen. Es gibt die begründete Annahme, dass sich manche Ansätze, wie beispielsweise IL/IR sogar schon zu vollumfänglichen transdisziplinären Forschungsfeldern entwickelt haben. Genauso erscheint, dass methodische und epistemologische Rückgriffe eher neuerer Natur sind, da ein mono-disziplinärer Zugriff auf die aktuellen Fragen reduktiv erscheint.[35] Um sich diesen Fragen strukturiert anzunähern, wird eine zuverlässige Datenbasis benötigt.

C. Spurensuche in den völkerrechtlichen Fachzeitschriften

Unser Ziel ist es, eine Genealogie der Sozialwissenschaften im internationalen Völkerrecht anhand eines der wichtigsten Vehikel für wissenschaftliche Debatten aufzustellen: den akademischen Fachzeitschriften.[36] Durch die Einbeziehung sowohl der inhaltlichen als auch der zeitlichen Dimension in unsere quantitative Studie soll ein umfassender Überblick über die Interaktion mit den Sozialwissenschaften im internationalen völkerrechtlichen Fachdiskurs gewonnen werden.

---

32 *Abebe/Chilton/Ginsburg* (Fn. 3), 1, 15 ff.

33 *Yifeng Chen*, On Relating Social Sciences to International Law: Three Perspectives, Chicago Journal of International Law 2021, 37 (39).

34 *Martti Koskenniemi*, Miserable Comforters: International Relations as New Natural Law, EJIR 2009, 395 (404); *Martti Koskenniemi*, Law, Teleology and International Relations: An Essay in Counterdisciplinarity, International Relations 2012, 3; *Jan Klabbers*, The Relative Autonomy of International Law or The Forgotten Politics of Interdisciplinarity, Journal of International Law & International Relations 2005, 35.

35 Siehe auch *Grahame F. Thompson*, Interdisciplinary complexities, Journal of Cultural Economy (2016) 322.

36 Siehe auch *Ignacio de la Rasilla*, A Very Short History of International Law Journals (1869-2018), EJIL 2018, 137.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

I. Forschungsdesign

Wie im letzten Kapitel deutlich wurde, besteht eine der größten Herausforderungen bei der empirischen Analyse darin, die Konturen dessen zu definieren, was wir als Sozialwissenschaften im Völkerrecht betrachten. Im Allgemeinen wird das Konzept der Sozialwissenschaften verwendet, um akademische Disziplinen zu beschreiben, welche Gesellschaften und die Beziehungen zwischen Individuen innerhalb dieser Gesellschaften untersuchen. In unserem Verständnis konzentrieren wir uns auf die Sozialwissenschaften im Sinne der folgenden Teildisziplinen, die als englischsprachige Schlüsselwörter für die Textanalyse verwendet wurden: *Anthropologie (anthropologisch)*, *Behaviorismus (behavioristisch)*, *ökonomische Analyse*, *Ethnographie (ethnographisch), internationale Beziehungen*, *Politikwissenschaft*, *Psychologie (psychologisch)* und *Soziologie (soziologisch)*. Wir haben auch nach zusätzlichen Stichwörtern wie *Sozialwissenschaft*, *Methodik (methodisch)*, *quantitativ* und *qualitativ* gesucht, um Referenzen auf sozialwissenschaftliche Methoden und Epistemologie zu berücksichtigen. Mit der Auswahl der Stichwörter wollen wir ein breites Spektrum von Bezügen zu den Sozialwissenschaften in der Völkerrechtswissenschaft abdecken. Dieser empirische Ansatz erlaubt uns jedoch weder Einblicke in die Motive noch den tieferen Kontext der Referenz zu den Sozialwissenschaften zu gewinnen, noch zu messen, wie tief die Beschäftigung mit den Sozialwissenschaften über die Erwähnung des jeweiligen Stichworts hinausgeht.

Für unsere Analyse haben wir eine Reihe allgemeiner, internationaler völkerrechtlicher Zeitschriften ausgewählt, welche ein breites Spektrum an Themen und Zeiträumen abdecken. Diese sind in alphabetischer Reihenfolge das *American Journal of International Law* (AJIL), das *Asian Journal of International Law* (ASJIL), das *European Journal of International Law* (EJIL), *International and Comparative Law Quarterly* (ICLQ), das *Leiden Journal of International Law* (LJIL) und das *Nordic Journal of International Law* (NJIL).[37] Diese Auswahl hat jedoch auch ihre Grenzen: Sie basiert ausschließlich auf englischsprachigen, monolingualen Zeitschriften aus dem globalen Norden und ist daher nicht repräsentativ für bestimmte

37 Aufgrund der notwendigen Vergleichbarkeit und den methodischen Herausforderungen der digitalisierten Archive wurde in diesem Beitrag nur der englischsprachige Völkerrechtsdiskurs in monolinguistischen Zeitschriften analysiert. Es ist die Hoffnung, in einem späteren Schritt auch multilinguale, deutschsprachige Zeitschriften, wie die *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (seit 1929) und das *German Yearbook of International Law* (seit 1948) miteinzubeziehen.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

regionale Diskurse, zum Beispiel in Lateinamerika oder Afrika, oder für nationale akademische Gemeinschaften mit einer starken nicht-englischen Publikationstradition wie Deutschland oder Frankreich. Darüber hinaus konzentrieren wir uns ausschließlich auf Fachzeitschriften für allgemeines Völkerrecht und schließen somit spezifische aus, die in einigen Fällen ein höheres (oder niedrigeres) Maß an Interaktion mit bestimmten sozialwissenschaftlichen Traditionen wie Wirtschaftswissenschaften oder internationalen Beziehungen aufweisen könnten.

Ein weiterer Vorbehalt betrifft die Verfügbarkeit von digitalisierten Textdaten. Die sechs Zeitschriften decken das gesamte 20. Jahrhundert in unterschiedlichem Umfang ab, je nach Gründungsdatum der jeweiligen Zeitschrift. Um historische Entwicklungen nachzuvollziehen, benötigen wir Zugang zu allen veröffentlichten Texten in der Entwicklung einer Zeitschrift. Dies war bei fünf Zeitschriften möglich, nämlich dem AJIL (1907-2021), ASJIL (2011-2021), EJIL (1990-2021), ICLQ (1952-2021) und LJIL (1988-2021). Im Falle des NJIL, welches seit 1930 veröffentlicht wird, haben wir jedoch erst seit 2000 (bis 2022) Zugang zu allen digitalisierten Texten. Ein letzter Vorbehalt betrifft unseren methodischen, korpuslinguistischen Ansatz. Dieser beinhaltet höchstwahrscheinlich auch sogenannte falsch-positive Ergebnisse, da die ausgewählten Begriffe zwar akademische Disziplinen beschreiben, aber auch als allgemeine Substantive verwendet werden können, beispielsweise im Falle von „internationale Beziehungen", welches zur Beschreibung zwischenstaatlichen Verhaltens häufig genutzt wurde lange bevor es überhaupt als wissenschaftliche Disziplin galt. Das gleiche gilt auch für falsch-negative Ergebnisse, das heißt wenn Texte zwar sozialwissenschaftliche Erkenntnisse genutzt haben, aber diese nicht mit den Schlüsselwörtern deklariert haben, werden diese auch nicht identifiziert. Dennoch sind einige klare Trends in der Häufigkeit der im Datensatz vorkommenden Schlüsselwörter zu erkennen.

II. Eine Genealogie der Sozialwissenschaften in der Völkerrechtswissenschaft

1. Zeitliche Verteilung

Die erstellte Datenbank umfasst 15.837 Textdokumente. Um sowohl die Entwicklung als auch die Bedeutung des jeweiligen Schlagworts in den jeweiligen Texten der Zeitschrift aufzuzeigen, haben wir uns dafür entschie-

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den, die Verwendung von Schlagwörtern in Prozent aller Texte pro Jahr und Zeitschrift zu messen.

Unsere Ausgangshypothese war, dass die Völkerrechtswissenschaft schon immer eine gewisse Wechselwirkung mit den Sozialwissenschaften hatte. Daher haben wir die zeitliche Verteilung der Schlüsselwörter untersucht, um festzustellen, ob die Hinwendung zu den Sozialwissenschaften viel älter ist, als derzeit diskutiert wird.

Die älteste Zeitschrift unserer Datenbank, das AJIL, erwähnte in ihrem ersten Jahr (1907) in 35 % aller Texte „Internationale Beziehungen", während 15 % auf die „Politikwissenschaft" und 9 % auf die „Psychologie" verwiesen. Alle drei Teildisziplinen hielten sich in den ersten Jahrzehnten des AJIL auf ähnlichem Niveau und erreichten in den 1920er Jahren ihren Höhepunkt, als 1925 in einem Drittel aller Texte auf die „Politikwissenschaft" und 1928 in fast der Hälfte aller Texte auf die „Internationalen Beziehungen" Bezug genommen wurde. Die Verwendung von „Psychologie" blieb uneinheitlicher und stabilisierte sich erst in den 1930er Jahren bei etwa 10 %. Die Verweise auf „Soziologie" und „Sozialwissenschaft" blieben im einstelligen Prozentbereich, konnten aber schon in den ersten Jahrzehnten festgestellt werden. Von Mitte der 1940er bis Anfang der 1950er Jahre blieben die Zahlen für „Internationale Beziehungen", „Politikwissenschaft", „Psychologie" und „Sozialwissenschaft" stabil und gingen in den 1950er Jahren nicht weiter zurück. In den 1960er Jahren sanken die Zahlen, bis sie in den 1970er Jahren einen neuen Tiefpunkt erreichten: 1974 wurde „Internationale Beziehungen" nur noch in 21 % aller Texte verwendet, „Politikwissenschaft" 1973 in nur 3 %. In den 1980er und 1990er Jahren blieben die „Internationalen Beziehungen" relativ populär, gingen aber langsam zurück und erreichten 2009 einen historischen Tiefstand von 13 %. Was die genannten Teildisziplinen betrifft, so spiegeln die 2010er Jahre weitgehend das erste Jahrzehnt des AJIL wider.

Bei ICLQ, der zweitältesten Zeitschrift in unserer Datenbank, haben wir ebenfalls festgestellt, dass bestimmte sozialwissenschaftliche Begriffe bereits von Anfang an auftauchen, allerdings auf einem viel niedrigeren Niveau als bei AJIL: „Internationale Beziehungen" (8 %), „Soziologie" (4 %), „Politikwissenschaft", „Psychologie" und „Sozialwissenschaft" (alle 2 %) wurden in allen im ersten Jahr (1952) veröffentlichten Texten verwendet. In den 1950er und 1960er Jahren nahm die „Soziologie" an Bedeutung zu und erreichte 1966 mit 22 % den zweithäufigsten Platz nach „Internationale Beziehungen" (24 %). Ab den 1970er Jahren wurde „Methodik" zu einem beliebteren Begriff, der in diesem Zeitraum in fast 10 % aller Texte verwendet wurde,

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und 1976 wurden sowohl „Psychologie" als auch „Soziologie" in 22 % aller Texte erwähnt, während „Internationale Beziehungen" mit 13 % an dritter Stelle lag. Erst in den späten 1980er und frühen 1990er Jahren wurden die „Internationalen Beziehungen" wieder das beliebteste Stichwort, das in einem Viertel bis einem Drittel aller Texte pro Jahr verwendet wurde. Ebenso setzte sich der langsame Aufstieg von „Methodik" fort, der 1997 mit 20 % den zweiten Platz erreichte. Insbesondere in den 2010er Jahren rangierte der ICLQ in vielen Dimensionen weit oben (über 10 %), wobei die höchsten Prozentsätze auf „Methodik" entfielen (etwa 20 %, mit einem Höchstwert von 40 % im Jahr 2021), gefolgt von „Internationale Beziehungen" (etwa 10-20 %). Im Gegensatz zu AJIL zeigen die ICLQ-Zahlen also einen recht dramatischen Anstieg bei der Übernahme sozialwissenschaftlicher Schlüsselwörter, der in den 1960er Jahren begann, in den späten 1990er Jahren wieder auftauchte und in den 2010er Jahren erneut prominent vertreten war.

Im ersten Jahr des LJIL (1988) lag der Schwerpunkt ebenfalls auf den „Internationalen Beziehungen", die in 20 % aller Texte erwähnt wurden, und auf den „Sozialwissenschaften", die in 13 % aller Texte erwähnt wurden. Niedrigere einstellige Zahlen waren auch für „Anthropologie", „Methodik", „Politikwissenschaft", „Psychologie", „Soziologie" und „qualitativ" zu finden. Für die späten 1990er und frühen 2000er Jahre wurde ein bemerkenswerter Anstieg bei den „Internationalen Beziehungen" (30-45 %) sowie bei den Kategorien „Methodik", „Psychologie" und „Soziologie" festgestellt. Die „Sozialwissenschaften" stiegen in den 2000er Jahren an, während in den späten 2010er Jahren sowie in den letzten Jahren „Methodik" und „Internationale Beziehungen" mit rund 30 % Kopf an Kopf lagen.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

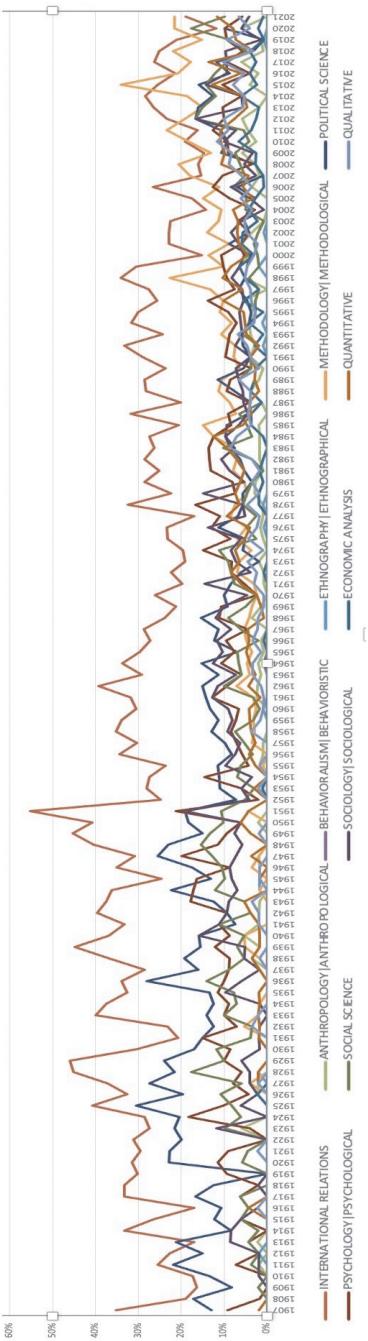


Abbildung 1: Verteilung der Schlüsselwörter für AJIL und ICLQ

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

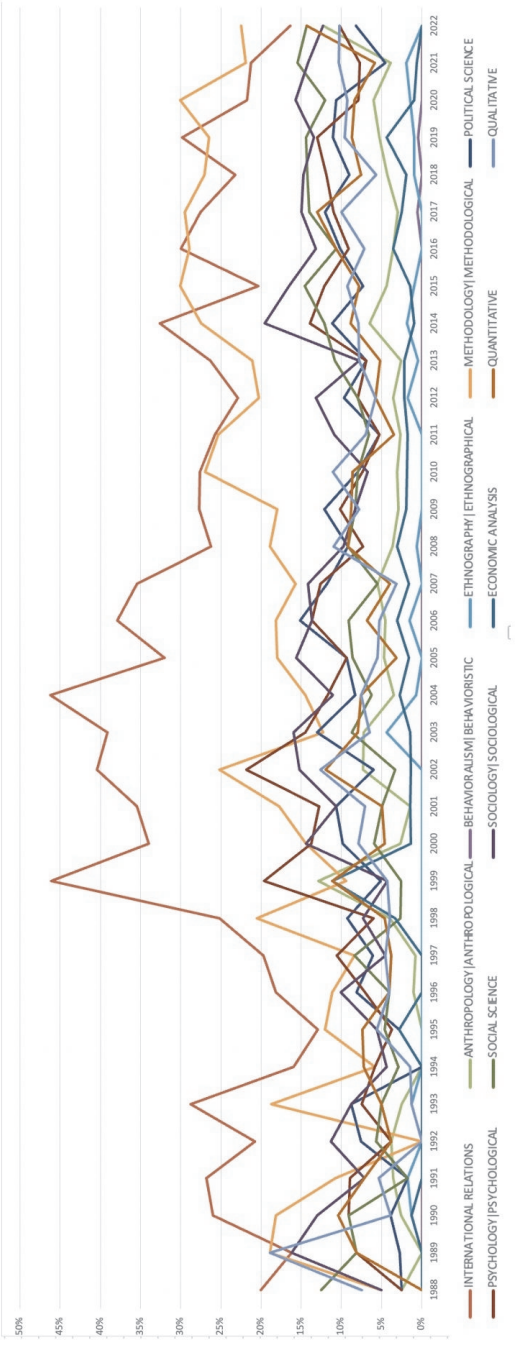


Abbildung 2: Verteilung der Schlüsselwörter für LJIL, EJIL, NJIL und ASJIL

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Im Jahr 1990, dem ersten Jahr des EJIL, wurden „Internationale Beziehungen" in 41 % aller Artikel verwendet, während „Methodik", „Psychologie" und „Soziologie" jeweils 11 % ausmachten. Die „Politikwissenschaft" gewann in den 1990er Jahren an Bedeutung, während die "ökonomische Analyse" 1999 ihren Durchbruch erlebte und 23 % erreichte, bevor sie wieder auf einen niedrigen einstelligen Prozentsatz zurückfiel. Der Bereich „Methodik" nahm dynamisch zu, ähnlich wie bei LJIL, während in den 2010er Jahren sowohl „Methodik" als auch „Internationale Beziehungen" in mehr als einem Drittel aller Artikel erwähnt wurden.

Für das NJIL war unser erstes Jahr in der Datenbank das Jahr 2000, in dem „Internationale Beziehungen" mit 42 % die Spitzenposition einnahm. Auf die „Psychologie" entfielen jedoch 30 %, auf die „Politikwissenschaft" 15 % und auf die „Methodik" und die „Soziologie" jeweils 9 %. Der Aufstieg der „Methodik" in den 2000er Jahren war auch im NJIL zu beobachten, wo sie in den 2010er Jahren sogar noch vor den „Internationalen Beziehungen" der wichtigste Begriff wurde. Die Verweise auf „Psychologie" hingegen wiesen von Jahr zu Jahr eine große Bandbreite auf, die von einstelligen Zahlen bis zu über 28 % im Jahr 2015 reichte; dasselbe galt für „Politikwissenschaft", wobei der höchste Anstieg im Jahr 2010 28 % erreichte.

Unsere jüngste Zeitschrift in der Datenbank, das ASJIL, wies eine ähnliche Verteilung auf, wobei der Schwerpunkt auf „Internationalen Beziehungen" – in 29 % aller Texte begründet – und „Methodik" lag, die in 13 % nachweisbar war. Zwar gab es einige Abweichungen, doch blieb der jeweilige Schwerpunkt relativ konstant. Andere Verweise blieben relativ stabil im einstelligen Bereich, doch gab es eine gewisse Variation bei der „Psychologie", die mit wiederkehrenden Spitzenwerten von über 10 % erhebliche Schwankungen aufwies.

Die Daten deuten darauf hin, dass die Bezugnahme auf bestimmte Begriffe in allen Zeitschriften in Zeitperioden, die häufig mit bestimmten Entwicklungen in der Völkerrechtswissenschaft verbunden sind, ihren Höhepunkt erreicht hat. Die Schlagwortsuche für „Internationale Beziehungen" hat im Laufe der Zeit signifikant hohe Ergebnisse erzielt, boomte aber besonders in der Zeit, die mit der sogenannte Legalisierungsdebatte im Völkerrecht verbunden wird.[38] Der Bereich „Politikwissenschaft" hat

38 Siehe *Anna Leander/Wouter Werner*, Tainted Love: The Struggle over Legality in International Relations and International Law, in: Rajkovic, Nikolas/Aalberts, Tanja E./Gammeltoft-Hansen, Thomas (Hrsg.), The Power of Legality: Practices of International Law and their Politics, 2017, 75.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

im Laufe der Zeit in allen Zeitschriften ebenfalls hohe Ergebnisse erzielt, wobei jedoch in einigen Zeitschriften seit den 2000er Jahren ein besonderer Boom zu verzeichnen ist, der weitgehend mit dem zunehmenden Interesse der Politikwissenschaftler am Völkerrecht zusammenfällt.[39] Die „Soziologie" hat seit Anfang der 2000er Jahre einen Aufschwung erlebt, als die disziplinäre Verbindung durch empirische Studien, die sich auf internationale Institutionen, Gerichte und rechtliche Akteure konzentrierten, florierte.[40] Die „Anthropologie" hat im Laufe der Zeit nur geringe Ergebnisse geliefert, hat aber in den letzten Jahren einen gewissen Aufschwung erlebt, vor allem in den europäischen Fachzeitschriften.[41] Der Bereich „ökonomische Analyse" ist in den europäischen Zeitschriften nach wie vor schwach vertreten, während er im AJIL seit Mitte der 1990er Jahre etwas stärker in den Vordergrund rückt.[42] Die „Psychologie" hat im Laufe der Zeit relativ konstante Ergebnisse geliefert, mit einem leichten Anstieg in den 1960er und 1970er Jahren, was möglicherweise auf die Konzentration der New Haven School auf diese Disziplin zurückzuführen ist.[43]

Aus unserem ersten zeitlichen Überblick wird klar deutlich, dass Begriffe, die sich auf sozialwissenschaftliche Disziplinen beziehen, in der Völkerrechtswissenschaft während des gesamten 20. Jahrhunderts eine wichtige Rolle gespielt haben. So taucht in der AJIL seit 1907 in einem Drittel aller Texte mindestens ein Stichwort aus unserer Datenbank auf. Selbst in Zeitschriften, in denen es zu Beginn keine große Interaktion mit den Sozialwissenschaften zu geben schien, änderte sich dies ab den 1960er Jahren erheblich. Dieses Ergebnis ist nicht überraschend, da dieser Zeitraum oft als der erste Boom in der sozialwissenschaftlich orientierten Völkerrechtswissenschaft angesehen wird. Koskenniemi hat die erste Wende in den

39 Siehe *Emilie M. Hafner-Burton/David G. Victor/Yonatan Lupu*, Political Science Research on International Law: The State of the Field, AJIL 2012, 47.

40 Siehe *Moshe Hirsch*, The Sociological Perspective on International Law, in: Dunoff, Jeffrey L./Pollack, Mark (Hrsg.) International Legal Theory: Foundations and Frontiers, 2022, 282.

41 Siehe *Sally Engle Merry*, Anthropology and International Law, Annual Review of Anthropology 2006, 99 über den Aufstieg dieser disziplinären Verbindung seit Mitte der 2000er Jahre.

42 Siehe *Jeffrey L. Dunoff/Joel Trachtman*, Economic Analysis of International Law, Yale Journal of International Law 1999, 1.

43 Siehe *Rián Derrig*, Educating American Lawyers: The New Haven School's Jurisprudence of Personal Character, EJIL 2021, 829.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

1950er Jahren verortet,[44] während Falk 1967 von einem sich abzeichnenden Trend zu „neuen Ansätzen im Völkerrecht" sprach, der die Disziplin in eine „immer engere Verbindung mit den Ansichten, Methoden und Anliegen der Sozialwissenschaftler" brachte.[45]

Vor diesem Hintergrund suggerieren die Daten, dass in den letzten Jahrzehnten keine allgemeine Hinwendung (ein sogenannter „turn") zu den Sozialwissenschaften zu erkennen ist. Ab den 2000er-Jahren weisen jedoch alle Zeitschriften in unserer Datenbank deutlich mehr Ergebnisse für das Stichwort „Methodik" auf. Auch wenn die Sozialwissenschaften in gewisser Weise schon immer Teil des wissenschaftlichen Diskurses der Disziplin waren, könnte der rasante Anstieg des Begriffs „Methodik" darauf hindeuten, dass sich mehr Völkerrechtler:innen sozialwissenschaftlichen Ansätzen zuwenden, da positivistische Rechtswissenschaftler:innen in der Regel keine Beschreibung der Methodik in ihre Forschungsartikel aufnehmen.[46] Dies lässt sich auch an der Häufigkeit von „quantitativ" und „qualitativ" in den älteren Zeitschriften AJIL und ICLQ ablesen, die ihren ersten Höhepunkt in den 1970er-Jahren (dem ersten Aufkommen sozialwissenschaftlicher Ansätze) und dann wieder in den 2010er-Jahren (dem Zeitraum, der häufig mit der aktuellen „empirischen Wende" in der Völkerrechtswissenschaft in Verbindung gebracht wird) erreichten.[47]

Die Verteilung von „quantitativ" und „qualitativ" in den Daten weist auf ein weiteres wichtiges Ergebnis zur sozialwissenschaftlichen Methode im Völkerrecht hin. Es fällt auf, dass bei allen untersuchten Zeitschriften die Begriffe „quantitativ" und „qualitativ" in fast gleichem Maße vorkommen, was darauf schließen lässt, dass grundsätzlich kein bestimmter Ansatz dem anderen den Rang abgelaufen hat. Diese Beobachtung muss jedoch wiederum relativiert werden, da beide Begriffe in der englischen Sprache vorkommen können, ohne sich auf eine empirische Methodik zu beziehen, und sie schließt auch nicht aus, dass Forscher sich auf den einen Begriff beziehen, um Beobachtungen zum anderen auszuschließen. Aller-

44 *Martti Koskenniemi*, The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960, 2001.

45 *Richard A. Falk*, New Approaches to the Study of International Law, AJIL 1967, 477. Siehe auch *Wesley L. Gould/Michael Barkun*, International Law and the Social Sciences, 1970.

46 Siehe auch *Pauline Westerman*, Open or Autonomous? The Debate on Legal Methodology as a Reflection of the Debate on Law, in: van Hoecke, Mark (Hrsg.), Methodologies of Legal Research: What Kind of Method for What Kind of Discipline?, 2011, 87.

47 *Schaffer/Ginsburg* (Fn. 17).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dings tauchen Disziplinen und Begriffe, die eher mit qualitativer Forschung in Verbindung gebracht werden (Anthropologie, Ethnographie, Soziologie), mindestens ebenso häufig auf wie solche, die eher mit quantitativen Forschungsansätzen in Verbindung gebracht werden (Politikwissenschaft, Wirtschaftsanalyse).

2. Inhaltlicher Geltungsbereich

Neben dieser granularen Ansicht – Schlüsselwörter in Prozent aller Texte pro Jahr – haben wir auch die Gesamtverteilung der Schlüsselwörter in allen Texten einer Zeitschrift untersucht. In Abbildung 3 sind alle Schlagwörter aufgelistet, die in mehr als 10 % aller Texte der jeweiligen Zeitschrift verwendet wurden. Interessanterweise ist die Gesamtverteilung der Schlagwörter in den Zeitschriften, die den Datensatz bilden, erstaunlich ähnlich, während die thematische Abdeckung der einzelnen Zeitschriften in den verschiedenen Zeiträumen erheblich variiert.

AJIL	ICLQ	LJIL	EJIL	NJIL	ASJIL
Internationale Beziehungen (26%)	Internationale Beziehungen (18%)	Internationale Beziehungen (26%)	Internationale Beziehungen (33%)	Internationale Beziehungen (28%)	Internationale Beziehungen (18%)
Methodik (21%)	Methodik (11%)	Methodik (21%)	Methodik (23%)	Methodik (21%)	Methodik (12%)
Soziologie (13%)	Psychologie (10%)	Soziologie (13%)	Soziologie (15%)	Psychologie (12%)	
Sozialwissenschaften (12%)		Sozialwissenschaften (12%)	Politikwissenschaft (13%)	Politikwissenschaft (10%)	
Psychologie (11%)		Psychologie (11%)	Psychologie (11%)		
			Quantitativ (10%)		

Abbildung 3: Gesamtverteilung der Schlüsselwörter pro Zeitschrift

EJIL ist bei weitem die Zeitschrift mit den meisten Verweisen auf die Sozialwissenschaften in ihren Beiträgen, wobei ein Drittel aller Artikel sich auf „Internationale Beziehungen" bezog und ein Fünftel „Methodik" enthielt. ASJIL, die jüngste Zeitschrift in unserer Datenbank, wies wiederum die geringste Anzahl von Verweisen auf die Sozialwissenschaften auf, dicht gefolgt von ICLQ, unserer zweitältesten Zeitschrift in der Datenbank. AJIL, LJIL und NJIL lagen bei der Anzahl der Verweise überraschend

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dicht beieinander. Eine mögliche Erklärung für diese Verteilung könnte der Einfluss von Schriftleiter:innen im Publikationsprozess spielen. Schriftleiter:innen haben eine zentrale Gatekeeping-Funktion bei der Produktion von Wissenschaft, da sie einen erheblichen Einfluss auf die Gestaltung von Forschungssträngen haben, entweder implizit oder explizit.[48] Die starke Einbeziehung sozialwissenschaftlicher Stichwörter in EJIL seit seiner Gründung im Jahr 1990 lässt sich beispielsweise auf die Ursprünge des Europäischen Hochschulinstituts (EUI) zurückführen, das, wie Vauchez[49] und Komárek[50] dargelegt haben, nicht nur die Konstitutionalisierungsforschung im Europarecht geprägt hat, sondern auch stets eine enge akademische Zusammenarbeit zwischen Rechts- und Sozialwissenschaften pflegte, angefangen mit Joseph Weiler, der langjährige EJIL-Schriftleiter, ein prominenter Verfechter der interdisziplinären Wissenschaft.

Ein weiterer Erklärungsfaktor könnten breitere und länger andauernde intellektuelle Traditionen sein: So ist es beispielsweise überraschend, dass eine relativ junge Zeitschrift wie das ASJIL bei der Einbeziehung der Sozialwissenschaften an letzter Stelle steht, obwohl sie von prominenten kritischen Rechtswissenschaftlern wie Antony Anghie geleitet wird. Die kritische (Völkerrechts-)Wissenschaft und insbesondere die Third World Approaches to International Law (TWAIL) setzen sich jedoch seit langem dafür ein, das hegemoniale Projekt des Völkerrechts aus einer *juristischen* Perspektive zu kritisieren und zu reformieren.[51] Dementsprechend hat Anghie dafür plädiert, dass die völkerrechtliche Ausbildung in Asien eine solide Grundlage im klassischen Völkerrecht aus einer dogmatischen und positivistischen Tradition erfordert, bevor sie kritischere Fragen miteinbezieht.[52] Dies lässt jedoch nicht viel Raum für die ausdrückliche Einbeziehung sozi-

48 Dies wurde auch von Gathii in seiner Studie über das Fehlen von „rassenbezogener" Forschung im AJIL hervorgehoben, siehe *Gathii* (Fn. 21).

49 *Antoine Vauchez*, Brokering Europe - Euro-Lawyers and the Making of a Transnational Polity, 2015, 202.

50 *Jan Komárek*, Why Read The Transformation of Europe Today? On the Limits of Liberal Constitutional Imaginary, in: ebd. (Hrsg.), European Constitutional Imaginaries, 2023, 119.

51 Zur Frage der Interdisziplinarität in der TWAIL-Forschung siehe auch *Joyeeta Gupta*, Broadening Third World Legal Scholarship to Include Introspection and Interdisciplinarity, International Community Law Review 2006, 65.

52 *Antony Anghie*, Critical Pedagogy Symposium: Critical Thinking and Teaching as Common Sense – Random Reflections, OpinioJuris, 31.08.2020, http://opiniojuris.org/2020/08/31/critical-pedagogy-symposium-critical-thinking-and-teaching-as-common-sense-random-reflections/ (zuletzt abgerufen am 28.09.2023).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

alwissenschaftlicher Forschung in die Lehre oder den wissenschaftlichen Diskurs.[53]

D. Ausblick: Interdisziplinarität im Völkerrecht, weder neu noch aufhaltbar

In diesem Beitrag wurde eine empirische Genealogie der sozialwissenschaftlichen Schlüsselbegriffe im internationalen Völkerrechtsdiskurs vorgelegt. Unter Berücksichtigung der verschiedenen Vorbehalte gegenüber dem erstellten Datensatz wurden zeitliche und inhaltliche Muster ermittelt. Diese Muster sind eindeutig, das heißt es gibt zwar erhebliche Abweichungen, zum Beispiel zwischen den einzelnen Zeitschriften, aber die Interaktion mit den Sozialwissenschaften zieht sich durch fast ein Jahrhundert der Völkerrechtswissenschaft. Die zeitliche Konstruktion der „Wende" zu den unterschiedlichen Sozialwissenschaften deutet darauf hin, dass sich der Völkerrechtsdiskurs in Zyklen bewegt. Dies wird seit langem vermutet: Für Kennedy handelt es sich um eine „sich stetig widerholende Erneuerung", in denen sich „Menschen mit Projekten" mit ihren sprachlichen Strukturen auseinandersetzen.[54] Für Rasulov ist die Disziplin in ähnlicher Weise „ein Feld des Kampfes", welches sich in einer Ökonomie der Wissensproduktion ständig zwischen verschiedenen Ansätzen bewegt.[55]

Bestimmte Forschungstraditionen wie die Interaktion mit den „Internationalen Beziehungen" oder die „Soziologie" bestehen fort. Die Daten könnten darauf hindeuten, dass bestimmte sozialwissenschaftliche Disziplinen in der Völkerrechtswissenschaft eher herangezogen werden, und könnten auf eine gewisse Osmose zwischen diesen Forschungsbereichen hindeuten.[56] Schließlich waren Rechts- und Sozialtheorie einst eng miteinander verwoben: Marx und Weber wurden beide als Juristen ausgebil-

53 Strukturelle Faktoren wie institutionelle Rahmenbedingungen und Finanzstrukturen können weitere Erklärungsfaktoren liefern, siehe auch *Daniel Peat* und *Cecily Rose*, The Changing Landscape of International Law Scholarship: Do Funding Bodies Influence What We Research?, Grotius Centre Working Paper Series 2023, 1, sowie Steininger, Byrne und Oidtmann im Nordic Journal of International Law 2024.

54 *David Kennedy*, When Renewal Repeats: Thinking Against the Box, NYU Journal of International Law and Politics 1999-2000, 335.

55 *Akbar Rasulov*, The Discipline as a Field of Struggle: The Politics and Economy of Knowledge Production in International Law, in: Bianchi, Andrea/Hirsch, Moshe (Hrsg.), International Law's Invisible Frames, 2021, 180.

56 *Korhonen* (Fn. 2).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

det, und Durkheim hat sich ausführlich mit diesem Thema beschäftigt.[57] Die Beschäftigung mit den „Internationalen Beziehungen" hatte einst erhebliche Überschneidungen mit dem Völkerrecht, so dass man erst ab den 1950er Jahren zu einer „jahrzehntelangen gegenseitigen Vernachlässigung" spricht.[58] Andererseits könnten die Daten auch zeigen, wie die Völkerrechtswissenschaft ihr „Gegenüber" konstruiert, da diese Begriffe eng verbunden sind mit demjenigen Bereich, zu dem das Recht sich in Beziehung setzt – Gesellschaft und Politik. Einige Verweise auf „Soziologie" und „Internationale Beziehungen" könnten somit auf einen Prozess hindeuten, durch den sich das Recht Autonomie schafft, nämlich durch die Abgrenzung seines Wissens von benachbarten disziplinären Diskursen.

Obwohl die sozialwissenschaftlich inspirierte Forschung im internationalen Völkerrechtsdiskurs alles andere als eine Neuheit ist, gibt es jedoch Anzeichen dafür, dass das Völkerrecht immer enger mit den Sozialwissenschaften interagiert, besonders in Fragen der Epistemologie. Dies wird nicht nur am sprunghaften Anstieg von „Methodik" seit den 2000ern deutlich, sondern zeigt sich auch bei den meisten Promotionsanträgen, welche heutzutage eine klar definierte Forschungsfrage und wenigstens eine kurze Auseinandersetzung mit methodischen Fragen erfordern. Sozialwissenschaftliche Methodenkenntnisse werden daher trotz anfänglicher Befürchtungen langsam zu einem zentralen Element unserer Disziplin.[59]

Natürlich bedürfen die Grenzen unseres methodischen Ansatzes weiterer Untersuchungen, um dieses Engagement mit den Sozialwissenschaften auch schlüssig zu erklären. Künftige Forschungsarbeiten könnten zum Beispiel nachverfolgen, ob bestimmte Schlüsselartikel, Sonderausgaben oder Wissenschaftler:innen zum Aufstieg und Fall bestimmter Zyklen beigetragen haben. Darüber hinaus wäre es wichtig, die Datenbank auch auf nicht-englischsprachige Daten auszuweiten und die Beschäftigung mit dem

57 *Kim Lane Scheppele*, Legal Theory and Social Theory, Annual Review of Sociology 1994, 383.

58 *Jeffrey L. Dunoff*, Perspectives on the Perils, Promise, Politics - and Practice - of Interdisciplinarity', in: Rajkovic, Nikolas/Aalberts, Tanja E./Gammeltoft-Hansen, Thomas (Hrsg.), The Power of Legality: Practices of International Law and their Politics, 2017, 345.

59 *Sundhya Pahuja*, Methodology: Writing about how we do research, in: Deplano, Rossana/Tsagourias, Nicholas (Hrsg.), Research Methods in International Law. A Handbook, 2021, 60; siehe auch *Kate Leander/Danish Sheikh/Illan Rua Wall*, The Joy of Methodology: A Blog Carnival, Critical Legal Thinking, 23.01.2023, https://criticallegalthinking.com/2023/01/23/the-joy-of-methodology-a-blog-carnival/ (zuletzt abgerufen am 15.09.2023).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Völkerrecht in sozialwissenschaftlichen Zeitschriften zu erfassen, um zu untersuchen, ob diese Wechselwirkung gegenseitig ist. Letztlich ist unsere Konstruktion der sozialwissenschaftlichen Welt unvollständig. Um auf die blinden Männer zurückzukommen: Wir können uns jetzt darauf einigen, dass ein Elefant bestimmte Merkmale besitzt, aber es gibt noch viel Leerraum zu entdecken.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Die Rechtsprechungsanalyse im Lichte interdisziplinärer Methodik

Leo Müller und Jan Dönges

A. Einleitung

„Die Jurisprudenz verfügt über keine Methode für Urteilsanalysen."[1] Mit dieser Beschreibung hat der Rechtssoziologe *Hubert Rottleuthner* 1973 das Defizit methodischer Standards zur Analyse gerichtlicher Entscheidungen beschrieben. In den darauffolgenden 50 Jahren sind zahlreiche juristische Arbeiten entstanden, die sich der Analyse von Rechtsprechung widmen.[2] Das Erkenntnisinteresse und die Vorgehensweise bei der Rechtsprechungsanalyse unterscheiden sich teils deutlich voneinander. Dieser Beitrag nimmt sich des durch *Rottleuthner* festgestellten methodischen Defizits in der rechtswissenschaftlichen Forschung an, untersucht denkbare methodische Ansätze der Rechtsprechungsanalyse – auch aus anderen Disziplinen – auf Tauglichkeit und schlägt eine induktive Methode für diese Art juristischen Arbeitens vor. Die induktive Rechtsprechungsanalyse wird sodann schrittweise aufgeschlüsselt und schließt mit einem methodischen Vorschlag, der sich insbesondere an Forschende richtet, die mit Rechtsprechung arbeiten und aus vorhandenen Judikaten abstrakte Schlüsse ziehen. Der Beitrag zielt damit auch darauf ab, aus Rechtsprechungsfundstellen gezogene Schlüsse dem rechtswissenschaftlichen Diskurs transparenter zugänglich zu machen.

---

1 * Für wertvolle Hinweise, Kritik und Anregungen danken wir von Herzen Frau Prof. *Dr. Gabriele Britz*, Herrn Prof. *Dr. Franz Reimer* sowie den Kolleginnen und Kollegen der Hein-Heckroth-Straße 5, insbesondere Frau Wiss. Mit. *Cristina Durth*, Herrn Wiss. Mit. *Joshua Spannaus* und Herrn Wiss. Mit. *Lukas Faulstich*.

1 *Hubert Rottleuthner*, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, 1973, 188.

2 Vgl. exemplarisch *Renata Camilo de Oliveira*, Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 2013, 58; *Stefanie Heidelk*, Gesundheitsverletzung und Gesundheitsschaden, 2005, 69; *Markus Thiel*, Die „Entgrenzung" der Gefahrenabwehr, 2011, 194; vgl. die regelmäßigen Rechtsprechungsanalysen in: Die Verwaltung, so etwa *Angela Schwerdtfeger*, Rechtsprechungsbericht zum Umwelt- und Klimarechtsschutz seit 2018, Die Verwaltung 2021, 573.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

B. Wissenschaftstheoretische Ansätze

I. Erkenntnisinteresse

Wenn in den letzten Jahren vermehrt empirische Rechtsprechungsanalysen durchgeführt werden,[3] ist damit noch nicht gesagt, dass eine empirische Wende stattgefunden hat zu mehr Interdisziplinarität. Bei genauerem Hinsehen wird vielmehr die Abhängigkeit der Methodenwahl vom Erkenntnisinteresse deutlich. *Lorenz Kähler* zielt mit seiner qualitativen und quantitativen Analyse höchstgerichtlicher Rechtsprechung darauf ab, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderungen zu identifizieren und die Änderungen zu rechtfertigen.[4] *Niels Petersen* etwa wählt einen empirischen Ansatz zur Analyse der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, mit dessen Hilfe ihm eine Strukturierung der verfassungsgerichtlichen Argumentationsmuster gelingt.[5] Von solchen Arbeiten – sowie auch von anderen empirischen Forschungsansätzen[6] – kann die Rechtswissenschaft nur profitieren. Die Zielsetzung des folgenden Beitrags liegt aber darin, die Methodik zur Identifikation abstrakter Rechtssätze aus Rechtsprechung zu untersuchen.

II. Falsifikationismus und Induktion

Wenn nun Rechtsprechung mit dem Erkenntnisinteresse analysiert wird, abstrakte „Regeln" oder „Prinzipien" zu „entdecken", liegt ein den Naturwissenschaften zunächst bekanntes Forschungsdesign vor: aus verschiedenen Phänomenen auf eine allgemeingültige Regel zu schließen. Daher ist es naheliegend, für die Auswertung von Rechtsprechung auf wissenschafts-

3 Vgl. etwa den quantitativen Ansatz bei *Luisa Wendel/Anna Shadrova/Alexander Tischbirek*, From Modeled Topics to Areas of Law, German Law Journal 2022, 493; *Luisa Wendel*, Welche Grundrechte führen zum Erfolg? – Eine quantitative, korpusgestützte Untersuchung anhand von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2020, 668; *Lorenz Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, 96 mit einer qualitativen und quantitativen Analyse der höchstgerichtlichen Rechtsprechung zur Rechtsprechungsänderung.

4 *Kähler* (Fn. 3), 15.

5 *Niels Petersen*, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, 2015, 120 ff., 269 ff.

6 Vgl. auch zu quantitativen Methoden der Rechtsprechungsanalyse *Urška Šadl/Henrik Palmer Olsen*, Can Quantitative Methods complement doctrinal legal studies, Leiden Journal of International Law 2017, 327.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

theoretische Ansätze zurückzugreifen. Ausgehend von dem Erkenntnisziel dieses Beitrags bieten sich *prima vista* insbesondere der Falsifikationismus nach *Karl Popper* und die Induktion an.

I. Falsifikationismus

Das Falsifikationsmodell geht im Kern davon aus, eine wissenschaftliche Theorie lasse sich nicht verifizieren, sondern nur falsifizieren, also widerlegen.[7] Speziell im Umgang mit Rechtsprechung gelangt das Falsifikationsmodell aber an seine Grenzen. Rechtsprechung wird von einer Vielzahl von Spruchkörpern, unter diesen wiederum von unterschiedlichen Richterpersonen, gemacht und ist damit nicht „aus einem Guss". In der Fülle rechtskräftiger gerichtlicher Entscheidungen mag die eine oder die andere Entscheidung enthalten sein, bei der die Regel bzw. das Prinzip, welches Gegenstand der Arbeitshypothese ist, nicht zur Anwendung kommt. Denn die Rechtsprechung ist nicht imstande, sich selbst zu korrigieren; es bedarf vielmehr der externen Veranlassung durch Verfahrensbeteiligte, die durch die Entscheidung für die Klage- und wahlweise für oder gegen die Rechtsmittelerhebung einzelfallbezogene Rechtsprechung gerade erst herbeiführen.[8]

Die Unabgeschlossenheit und Fehlbarkeit der Rechtsprechung führen eben nicht zwangsläufig dazu, dass die Hypothese als falsch verworfen werden muss. Denn es ist nicht ausgeschlossen, dass ein Gericht ein ansonsten herangezogenes Prinzip einmal fälschlicherweise unberücksichtigt lässt. Es muss sich bloß aus denjenigen Entscheidungen, die dem Grunde nach zur Begründung der Regel oder des Prinzips herangezogen werden, ein widerspruchsfreies System ergeben.[9]

Zutreffend ist aber der Hinweis der Befürworter des Falsifikationsmodells, die Verifikation einer rechtsdogmatischen Hypothese sei nicht möglich, weil Recht an eine „unabgeschlossene […] Wirklichkeit" anknüpfe.[10] Ebenso wie die Lebenswirklichkeit unabgeschlossen ist, handelt es sich

7 Vgl. überblicksartig *Ulfrid Neumann*, Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft, in: Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid/Saliger, Frank (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 2016, 351 (356 f.).

8 Mündlicher Hinweis von *Lukas Faulstich*.

9 Zum Erfordernis der Widerspruchsfreiheit vgl. *Horst Eidenmüller*, Rechtswissenschaft als Realwissenschaft, JZ 1999, 53 (59).

10 *Bernhard Schlink*, Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft, Der Staat 1980, 73 (88).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auch bei Rechtsprechung um einen fortlaufenden Prozess ohne festen Schlusspunkt.

2. Induktion

Während unter *Deduktion* begrifflich der „Schluss vom Allgemeinen auf das Besondere" verstanden wird, gilt *Induktion* als Schluss „vom Besonderen auf das Allgemeine", also die umgekehrte Deduktion.[11] Ideengeschichtlich geht die Induktion auf *Aristoteles* zurück.[12]

Viele Wissenschaftsdisziplinen – insbesondere die Naturwissenschaften – sind darauf ausgelegt, tatsächlich erkannte Phänomene, Beobachtungen und Ergebnisse von Experimenten zu erklären. Darum bietet sich die Induktion als wissenschaftliche Methode, die darin besteht, vom Besonderen (dem Phänomen) auf das Allgemeine (die Regel oder das Prinzip) zu schließen, in naturwissenschaftlichen Disziplinen, aber auch in den Sozial- und Geschichtswissenschaften sowie der Psychologie geradezu an. Der Philosoph *Francis Bacon* rief dazu auf, Wissenschaft nicht zur bloßen Wissensmehrung zu betreiben, sondern neue Entdeckungen anzustreben.[13] Dazu befürwortet *Bacon* die induktive Methode, um nicht nur einzelne Beobachtungen aufzuzählen, sondern von den einzelnen Beobachtungen zum Allgemeinen aufzusteigen.[14] Der Philosoph *John Stuart Mill* hält die induktive Methode gar interdisziplinär für die wichtigste Methode. Sie genießt für ihn gegenüber der deduktiven Methode unbedingten Vorrang, da diese vor allem der Übersichtlichkeit, nicht aber dem Erkenntnisgewinn diene.[15] Nun liegt eine der wesentlichen Schwächen der induktiven Methode freilich darin, dass induktiv gewonnene Schlüsse nie mit Gewissheit beanspruchen können, für alle Fälle richtig zu sein.[16] Voraussetzung dafür wäre, sämtliche besonderen Fälle zu kennen, was schon in den empirischen Wissenschaften und erst recht den Rechtswissenschaften ausgeschlossen

11 *Aristoteles*, Topik, I 12, 105 a 13–14.
12 *Aristoteles* (Fn. 11), I 12, 105 a 13–14; *ders.* (Fn. 11), VIII 1, 156 b 10–18.
13 *Francis Bacon*, Novum Organum, Buch 1, Nr. 11–37, 81–82, 116–130.
14 *Francis Bacon*, Novum Organum, Buch 2; vgl. überblicksartig *Stephan Kornmesser/Wilhelm Büttmeyer*, Wissenschaftstheorie – Eine Einführung, 2020, 24.
15 Vgl. *John Stuart Mill*, A System of Logic, Ratiocinative and Inductive, Cambridge University Press, 2011 (1843), Book III; vgl. zusammenfassend *Kornmesser/Büttmeyer* (Fn. 14), 33 f.
16 Vgl. *Karl Popper*, Logik der Forschung, 8. Aufl. 1984, 3 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ist.[17] Induktive Schlüsse tragen aber immerhin einen Sicherheits- oder Wahrscheinlichkeitsanspruch in sich.

C. Induktive Methode der Rechtsprechungsanalyse

I. Induktion als rechtswissenschaftliche Methode

Diese Schwäche macht die induktive Methode allerdings für die Rechtswissenschaft keinesfalls wertlos. Trotz eines gewissen Unsicherheitsfaktors kann die Rechtswissenschaft diese Denkweise für sich nutzbar machen.

Für die Rechtsanwendungspraxis darf die deduktive Methode als „Normalfall" gelten. So entspricht es im Regelfall der juristischen Praxis, als abstrakte Sätze gefasste Normen auf den Einzelfall anzuwenden. Methodisch induktives Vorgehen ist der Rechtswissenschaft dabei nicht fremd. Ein Teil der Aufgabenbeschreibung der Jurisprudenz besteht darin, Prinzipien, Regeln, Grundsätze und Urteile zu entwickeln und vorzuschlagen.[18] Dabei gesteht man Juristinnen und Juristen eine induktive Arbeitsweise in gesetzlich nicht geregelten Bereichen grundsätzlich durchaus zu, um neue Erkenntnisse zu gewinnen.[19] Vielfach finden sich induktive Schlüsse in der Rechtswissenschaft als Bestandteil von Gesamtanalogieschlüssen. Im Gegensatz zur Einzelanalogie wird die Gesamtanalogie nicht aus einer einzelnen Vorschrift, sondern aus mehreren Vorschriften heraus gebildet.[20] Bei der Einzelanalogie wird die Rechtsfolge der einen Vorschrift auf einen ähnlichen, aber nicht geregelten Fall übertragen.[21] Im Wege des Gesamtanalogieschlusses wird aus einer Mehrzahl strukturgleicher Normen eine bestimmte *ratio legis* und die daran geknüpfte Rechtsfolge als abstrakten

17 *Dirk Looschelders/Wolfgang Roth*, Juristische Methodik, 1996, 113 f.

18 *Axel Metzger*, Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht, 2009, 174.

19 *Looschelders/Roth* (Fn. 17), 113 ff.; vgl. *Franz Reimer*, Verfassungsprinzipien, 2001, 407 f. m.w.N. in Fn. 164.

20 *Wolfgang Gast*, Juristische Rhetorik, 5. Aufl. 2015, Rn. 1056; *Thomas M. J. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 6 Rn. 155.

21 Vgl. *Möllers*, (Fn. 20), § 6 Rn. 94 ff.; vgl. auch *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, 384, der jedoch nachvollziehbarerweise annimmt, auch bei der Bildung einer Einzelanalogie werde zunächst aus dem einen Fall heraus eine „Regel für einen begrenzten Tatbestand" gebildet, die dann aber bloß für einen bestimmten anderen Fall Anwendbarkeit beanspruche.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Satz abstrahiert.[22] Dieser lässt sich dann wiederum deduktiv auf weitere, gesetzlich nicht geregelte Einzelfälle anwenden. Die Gesamtanalogie stellt einen der häufigsten Anwendungsfälle induktiver Schlüsse in Rechtswissenschaft und -praxis dar. Der Anwendungsbereich induktiver Schlüsse in der Rechtswissenschaft ist mit den aufgezeigten Beispielen jedoch nicht abschließend beschrieben. So lassen sich etwa auch aus einzelnen Gerichtsentscheidungen diesen zugrunde liegende abstrakte Sätze mittels induktiven Vorgehens gewinnen.[23] Allzu oft wird das methodische Vorgehen aber weder benannt noch erklärt.[24] Methodisch ist induktives Vorgehen in der Rechtswissenschaft bisher kaum erforscht. Dieser Befund erstaunt, schließlich findet die deduktiv-juristische Methode, die Methode der Anwendung von Rechtssätzen auf den Einzelfall, etwa durch die Auslegungskanones, durchaus feingliedrige Ausdifferenzierungen.

II. Induktive Methode zur Rechtsprechungsanalyse

Ausgehend von den Grundsätzen induktiven Arbeitens können diese auf Rechtsprechungsanalysen übertragen werden. Der Aufbau der Analyse orientiert sich dabei an *Franz Reimer*[25] und *Steffen Tanneberger*[26].

1. Induktionsziel

Ziel der Induktion aus Judikaten ist nach dem diesem Beitrag zugrunde liegenden Verständnis die Gewinnung allgemeiner Rechtssätze. Diese durch Induktion auf der Basis von Einzeljudikaten gewonnenen Sätze können von unterschiedlichem Abstraktionsgrad sein. Unmittelbar rechtsanwendungsbezogene Sätze, deren Abstraktionsgrad vergleichsweise niedrig bleibt, können eine Aussage über die Auslegungs- oder Anwendungsweise

22 *Franz Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, 477 ff.; *Larenz* (Fn. 21), 386; *Franz Reimer*, Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 587.

23 So etwa ausdrücklich bei *Steffen Tanneberger*, Die Sicherheitsverfassung, 2014, 62 ff.

24 Exemplarisch für eine umfassende Darstellung der gewählten Methodik: ausführlich und instruktiv für den vorliegenden Beitrag *Tanneberger* (Fn. 23), 56 ff; auch *Dana-Sophia Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 2021, 26 ff; mit einer Offenlegung des zu analysierenden Korpus *Jelena von Achenbach*, Parlamentarische Informationsrechte und Gewaltenteilung in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ZParl 2017, 491.

25 Grundsätzlich zum Vorgang der Induktion: *Reimer* (Fn. 19), 413 ff.

26 Konkret für die Rechtsprechungsanalyse*: Tanneberger* (Fn. 23), 70 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einer bestimmten Norm treffen. Auf einer abstrakteren Ebene bewegen sich solche Sätze, die nicht unmittelbar an die Anwendung einer Rechtsnorm anknüpfen, sondern ganze Rechtsprinzipien beinhalten. Diese Art induktiv gewonnener Sätze verfügt angesichts des höheren Abstraktionsgrades über einen breiteren Anwendungsbereich, erfasst also regelmäßig mehr Fälle als ein unmittelbar rechtsanwendungsbezogener Satz. Angesichts dieses breiteren Anwendungsbereichs bergen sie aber zugleich die Gefahr, Fälle unbeabsichtigt mit zu erfassen. Der Abstraktionsgrad des Satzes korreliert mit der Fehleranfälligkeit seiner Anwendung. Je konkreter (also je weniger abstrakt) der induzierte Satz gefasst ist, desto stärker verdichtet stellt sich regelmäßig sein Verbindlichkeitsanspruch bis hin zu einem regelhaften Charakter dar. Das heißt umgekehrt, je abstrakter die induzierten Sätze gefasst sind, desto eher werden sie als zu optimierende Prinzipien mit weniger verdichtetem Verbindlichkeitsanspruch ausfallen.

> Beispiel „Protestcamp": Ziel einer induktiven Rechtsprechungsanalyse ist die Bestimmung des Umfangs der von Art. 8 Abs. 1 GG geschützten Einrichtung von Protestcamps unter Inanspruchnahme öffentlicher Anlagen.[27]

2. Arbeitshypothesenbildung

Am Beginn einer Rechtsprechungsanalyse steht immer das Bilden einer Arbeitshypothese.[28] Dies kann bewusst oder unbewusst geschehen. In der Sache wird der Versuch der Bildung eines abstrakten Satzes – meist ausgehend von einer überblicksartigen Lektüre der vorgefundenen Entscheidungen – unternommen.[29] Die Hypothesenbildung ist außerdem zentral für die sich anschließende Bestimmung der einschlägigen Entscheidungen. Mittels dieser soll der „Satz im Entwicklungsstadium" entweder bestätigt oder verworfen werden.

---

27 Frage offen gelassen von BVerfG, Beschluss vom 28.6.2017,1 BvR 1387/17, ECLI:DE:BVerfG:2017:rk20170628.1bvr138717, NVwZ 2017, 1374 (1375) Rn. 21; BVerfG, Beschluss vom 30.8.2020,1 BvQ 94/20, ECLI:DE:BVerfG:2020:qk20200830.1bvq009420, NVwZ 2020, 1508 (1510) Rn. 13.

28 Terminologisch bereits *Rüdiger Zuck*, Subsidiaritätsprinzip und Grundgesetz, 1968, 67.

29 *Tanneberger* (Fn. 23), 70.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Praktisch können dabei offengelegte dogmatische Sätze[30] von Gerichten herausgegriffen werden und als Arbeitshypothese dienen.

> Beispiel „Protestcamp": Zur Arbeitshypothesenbildung können die Ausführungen des OVG Münster herangezogen werden: „Infrastrukturelle Begleiteinrichtungen einer Versammlung sind nicht in jedem Fall dem Schutzbereich der Versammlungsfreiheit zuzuordnen. Dies ist vielmehr nur dann anzunehmen, wenn die jeweils in Rede stehenden Gegenstände und Hilfsmittel zur Verwirklichung des Versammlungszwecks funktional, symbolisch oder konzeptionell im Sinne der konkreten kollektiven Meinungskundgabe notwendig sind."[31]

Der Abstraktionsgrad einer solchen Hypothese kann unterschiedlich hoch angesetzt sein. *Tanneberger* wirbt für Satzhypothesen „auf einer möglichst konkreten Ebene".[32] Der Vorteil einer solchen Vorgehensweise liegt auf der Hand: Auf einer konkreten Ebene kann der induktive Schluss noch den größten Richtigkeitsanspruch haben. Je abstrakter die Satzhypothese gewählt wird, desto mehr juristisches Vorverständnis fließt in den durch Induktion erlangten Satz hinein.

3. Bestimmung der einschlägigen Entscheidungen

Im zweiten Schritt sind ausgehend von der Arbeitshypothese die einschlägigen Entscheidungen ausfindig zu machen. Es stellt sich jedoch die Frage, wann eine Entscheidung „einschlägig" ist.

> „Da kein Fall mit dem anderen identisch ist, sondern jeder seine Eigentümlichkeiten aufweist, müßte es eine Methode geben, zu ermitteln, welche Eigentümlichkeiten relevant und welche irrelevant sind, von welchen Unterschieden man absehen und welchen man mit einer unterscheidenden Entscheidung Rechnung tragen müsse."[33]

Mit dieser Problembeschreibung hat *Martin Kriele* die Schwierigkeit der Auswahl der einschlägigen Entscheidungen hervorgehoben. Es wird nicht möglich sein, eine Methode zu entwickeln, durch die mit mathematischer

30 *Tanneberger* (Fn. 23), 71.
31 OVG Münster 16.6.2020, 15 A 3138/18, BeckRS 2020, 13235 Rn. 56.
32 Dabei hat sich *Tanneberger* (Fn. 23), 71, insbesondere auf die Rechtsprechungsanalyse im Sicherheitsverfassungsrecht bezogen.
33 *Martin Kriele,* Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, 269.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Präzision die wesentlichen von den unwesentlichen Entscheidungen getrennt werden können. Daher kann eine Zuordnung der Entscheidungen zur Arbeitshypothese nicht gänzlich frei von wertenden Kriterien sein.[34]

Allerdings können Eingrenzungskriterien herangezogen werden, um die in Frage kommenden Entscheidungen auf eine zu bewältigende Menge zu reduzieren.[35] Zwar ist die Zahl vorhandener Entscheidungen abschließend, doch stoßen Forschende an praktische Grenzen, verlangt man von ihnen ab, wirklich *alle* Entscheidungen zu analysieren. Während in anderen Konstellationen eine überschaubare, weil zahlenmäßig begrenzte Induktionsbasis vorliegt, etwa wenn aus einzelnen Verfassungsnormen des Grundgesetzes ein Verfassungsprinzip als abstrakter Satz induziert werden soll,[36] ist dies bei der Induktion abstrakter Sätze aus verschiedenen Einzeljudikaten nicht mehr der Fall. Gerade vor dem Hintergrund der immer umfangreicher werdenden Rechtsprechung stellt es sich als eine Frage der Zweckmäßigkeit dar, die Eingrenzung zunächst nach (möglichst) objektiven Kriterien vorzunehmen. Eine „perfekte […] oder vollständige […] Induktion"[37] ist bei der rechtsprechungsbasierten Induktion schon auf Grund der unvollständigen, fragmentarischen Veröffentlichungspraxis der Gerichte unmöglich. Ob eine Entscheidung in den gängigen juristischen Datenbanken veröffentlicht wird oder nicht, ist im Wesentlichen dem Ermessen der Richterinnen und Richter anheimgestellt. Nachvollziehbare und legitime, wenngleich nicht immer ausschließlich objektive Kriterien dafür können bspw. sein, ob das Gericht einer höheren Instanz die unteren Instanzen mit dem Judikat praktisch binden will, ob ein Gericht zur Rechtsfortbildung beitragen möchte oder ob die Richterin oder der Richter eine Entscheidung für mehr oder weniger gelungen hält.[38] So liegt eine der wesentlichen Herausforderungen darin, die einschlägigen Ausgangsinstanzen für die Induktion zu ermitteln.[39] Dabei besteht die Gefahr, bereits auf dieser Ebene

34 *Tanneberger* (Fn. 23), 72, spricht daher von „sozialnormativer Konfliktlage", die für Zuordnung wesentlich sei.

35 Diese Notwendigkeit anerkennend *Tanneberger* (Fn. 23), 72.

36 Vgl. *Reimer* (Fn. 19), 417 f., der von einem „*numerus clausus* der Ausgangselemente" spricht.

37 *Reimer* (Fn. 19), 417.

38 Beschränkt man sich auf die obersten Bundesgerichte, deren Entscheidungen allesamt veröffentlicht werden, ist darauf bezogen eine vollständige Induktion freilich möglich. Allerdings stellt diese Beschränkung ihrerseits eine an formellen Eingrenzungskriterien orientierte Beschränkung dar.

39 So auch in Bezug auf Verfassungsprinzipien *Reimer* (Fn. 19), 418.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

wertende Entscheidungseingrenzungen vorzunehmen und nur diejenigen Entscheidungen zu untersuchen, die die eigene Hypothese bestätigen.[40] *Schopenhauer* formulierte dazu konzis: „Eine gefasste Hypothese gibt uns Luchsaugen für alles sie Bestätigende, und macht uns blind für alles ihr Widersprechende."[41] Darum ist die Eingrenzung des auszuwertenden Rechtsprechungsmaterials entlang formeller Kriterien vorzugswürdig – nicht zuletzt, um der Gefahr einer selektiven Wahrnehmung vorzubeugen.

a) Formelle Eingrenzung

Als formelle Kriterien zur Eingrenzung bietet sich an, etwa nach bestimmten Gerichten, einzelnen Spruchkörpern, Instanzen oder Ländern zu filtern. Weiter sind Eingrenzungen nach Sach- und Rechtsgebiet sowie entscheidungsrelevanten Normen möglich.[42] Aber auch die Quelle der Entscheidungen, der zu untersuchende Zeitraum und die Verfahrensart können sich als Eingrenzungskriterien eignen. Zur Eingrenzung kommen weiterhin Rechtsprechungsänderungen, für deren Identifikation auch eine eingehendere Lektüre notwendig sein kann, in Betracht. Beschränkt man die Rechtsprechung nach solchen Kriterien, geht damit zugleich eine Eingrenzung des Anwendungsbereichs der induktiven Schlüsse, die abschließend aus der Rechtsprechungsanalyse gezogen werden können, einher.

Keines dieser Kriterien ist dabei binnenvorrangig oder -nachrangig zu behandeln. Sie sind vielmehr gleichermaßen zur Eingrenzung geeignet, ohne dabei aber hinsichtlich des einen oder anderen Kriteriums eine Eingrenzungsobliegenheit zu statuieren.

Eine Durchbrechung der einmal fixierten Eingrenzung des Rechtsprechungsmaterials kommt in Betracht, wenn die Gerichtsentscheidung selbst andere Judikate in Bezug nimmt, die nach den gewählten Eingrenzungskriterien nicht erfasst wären, bspw. in Zitationsketten. Diese in Bezug genommenen Urteile und Beschlüsse können Aufschluss geben über die Entwicklungstradition einer Entscheidung. Vielfach wird das Forschungsdesign dann gerade hinsichtlich einer vorgenommenen zeitlichen Eingrenzung durchbrochen werden.

40 Vgl. *Tanneberger* (Fn. 23), 72.

41 *Arthur Schopenhauer*, Die Welt als Wille und Vorstellung, Bd. II, 3. Aufl. 1859, 244; bereits zitiert in *Tanneberger* (Fn. 23), 72.

42 Vgl. ohne Anspruch auf konstitutive Bedeutung, wohl aber als Anhaltspunkt für gebräuchliche und praktisch sinnvolle Eingrenzungskriterien die Suchparameter in juristischen Datenbanken, wie etwa juris.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Beispiel „Protestcamp": In formeller Hinsicht kann die Analyse zunächst auf ober- und höchstverwaltungsgerichtliche sowie verfassungsgerichtliche Entscheidungen begrenzt werden. Aufgrund einer neueren, großzügigeren Rechtsprechungslinie[43] werden außerdem nur die Entscheidungen ab 2018 berücksichtigt.

b) Materielle Eingrenzung

Formelle Eingrenzungskriterien lassen kaum Wertungsspielräume und sind daher weniger anfällig für Fehler und Dezisionismus als materielle Eingrenzungskriterien. Ganz ohne Letztere wird man aber angesichts der Fülle an Rechtsprechung, die inzwischen zu den allermeisten Themenbereichen verfügbar ist, kaum auskommen. Zweckmäßig ist für die Eingrenzung nach materiellen Gesichtspunkten das Relevanzprinzip.[44] In der „Unterscheidung von Relevantem, wenig Relevantem und Irrelevantem" liegt eine der „wichtigsten Fähigkeiten des Juristen".[45] Sie verläuft entlang der durch die Juristin oder den Juristen selbst gebildeten Hypothese.[46] Der Begriff „Relevanzprinzip" gibt freilich noch keine Auskunft darüber, was sich im Einzelnen dahinter verbirgt, was also relevant und was irrelevant im Sinne der Hypothese ist.

Die infolge der Eingrenzung nach formellen Kriterien übrig gebliebene Masse an Entscheidungen ist sinnvollerweise jedenfalls oberflächlich zu lesen und auf einschlägige Argumentationslinien zu filtern. Ein Indiz für die Relevanz von Entscheidungen kann die Ähnlichkeit der zugrunde liegenden Lebenssachverhalte sein. Bei der Filtration relevanter Entscheidungen kann die (ggfs. auch elektronische) Suche nach Stichwörtern, mit denen gesuchte Ausführungen und Argumente typischerweise verbunden sind, helfen. Hinzuweisen ist auch auf die Bedeutung von Leitsätzen für die Anwendung des Relevanzprinzips. Im Umgang mit Leitsätzen ist Vorsicht geboten. Regelmäßig sind Leitsätze amtlich, also durch das Gericht selbst ausgewählt.[47] Zwar können sie für das Auffinden einschlägiger Entscheidungen nützlich sein. Unbesehen davon auszugehen, bei den Leitsätzen

43 So auch *Paula Fischer*, Infrastruktur bei Protestcamps und der Schutzbereich der Versammlungsfreiheit, NVwZ 2022, 353 (356).

44 Vgl. zum Relevanzprinzip *Dieter Schmalz*, Methodenlehre, 4. Aufl. 1998, Rn. 596.

45 *Reimer* (Fn. 22), Rn. 62.

46 Vgl. *Kriele* (Fn. 33), 204 (271).

47 *Reimer* (Fn. 22), Rn. 460; vgl. *Klaus F. Röhl*/*Hans Christian Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, 28, die darauf hinweisen, dass die Leitsätze oft von den Mit-

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

handle es sich um die entscheidungstragenden Gründe, die *rationes decidendi*, ist hingegen nicht zulässig.[48] Sie sind geeignet, den Lesern „brennglasartig den rechtlichen Kern der Entscheidung vor Augen zu führen"[49] und zu zeigen, „was das Gericht selbst für wesentlich und charakteristisch hält"[50].

Die an diesen Kriterien orientierte Entscheidung über Relevanz oder Irrelevanz eines Judikats bedarf insoweit einer juristischen Wertung.[51] Juristinnen und Juristen sollten bereit sein, einmal getroffene Wertungen, die zur Relevanz oder Irrelevanz eines Judikats führten, im Laufe ihrer Arbeit zu hinterfragen und ggfs. zu verändern. Durch das „Hin- und Herwandern des Blickes"[52] zwischen Hypothese und Rechtsprechungsfundstellen werden Juristinnen und Juristen ihre Hypothese stetig an neue Erkenntnisse anpassen.[53] Dadurch können vormals als irrelevant bewertete Judikate zu einem späteren Zeitpunkt relevant erscheinen; kehrseitig können vormals relevante Entscheidungen dagegen als irrelevant eingestuft werden.

Beispiel „Protestcamp": Nach einer wertenden Durchsicht aller Entscheidungen im Zusammenhang mit Versammlungsinfrastruktur von Protestcamps steht der zu analysierende Korpus fest.[54]

---

gliedern des BGH und der Bundesanwaltschaft, die als Herausgeber der amtlichen Entscheidungssammlungen auftreten, stammen.

48 Vgl. *Katja Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, 63 Fn. 1; *Röhl/Röhl* (Fn. 47), 28; *Reimer* (Fn. 22), Rn. 460; *Hans-Martin Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl. 1999, Rn. 80 f.

49 *Reimer* (Fn. 22), Rn. 460.

50 Zitat bezogen auf das Bundesverfassungsgericht *Christian Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 1991, § 20 Rn. 37; bereits zitiert in *Reimer* (Fn. 22), Rn. 460.

51 Vgl. *Tanneberger* (Fn. 23), 72, der in den Rechtswissenschaften dahingehend fließende Grenzen erkennt, während in den Naturwissenschaften die eindeutige Zuordnung einer Hypothese zu den Ausgangspunkten möglich sei.

52 *Karl Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl. 1963, 15.

53 Vgl. *Kriele* (Fn. 33), 204.

54 Der für Versammlungsinfrastruktur von Protestcamps maßgebliche Korpus umfasst, soweit ersichtlich, folgende Entscheidungen: OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 7.6.2019, 1 S 54/19, BeckRS 2019, 58470; OVG Münster 16.6.2020, 15 A 3138/18, BeckRS 2020, 13235; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 21.8.2020, 1 S 99/20, BeckRS 2020, 22018.; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 29.8.2020, OVG 1 S 101/20, BeckRS 2020, 22113, nachgehend BVerfG, Beschluss vom 30.8.2020,1 BvQ 94/20, ECLI:DE:BVerfG:2020:qk20200830.1bvq009420, NVwZ 2020, 1508; VGH Kassel 11.9.2020, 2 B 2254/20, BeckRS 2020, 24398, nachgehend BVerfG, Beschluss vom 21.9.2020, 1 BvR 2146/20, ECLI:DE:BVerfG:2020:rk20200921.1bvr214620, BeckRS 2020, 23470; OVG Saarlouis, Beschluss vom 26.3.2021, 2 B 84/21, BeckRS 2021, 5861 Rn. 14 f.; OVG Bremen, Beschluss vom 4.5.2021, 1 B 215/21, NordÖR 2021,

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Analog der Eingrenzung der auszuwertenden Entscheidungen nach außen wird man auch innerhalb der einzelnen Entscheidung das Analysematerial eingrenzen müssen. Das ist angesichts des teils erheblichen Umfangs legitim und notwendig. Dabei bieten sich zur internen wie zuvor zur externen Eingrenzung primär formale Kriterien, sekundär wertende Kriterien, die schließlich in der Anwendung des Relevanzprinzips münden, an.

4. Auslegung der einschlägigen Entscheidungen

Die Auslegung von Gerichtsentscheidungen folgt – wie oben bereits gezeigt – einer anderen Logik als Auslegung geschriebenen Gesetzesrechts.[55] Erstere wurde bislang wissenschaftlich kaum durchleuchtet.[56] Dies mag auch daran liegen, dass es sich bei Gerichtsentscheidungen um ein „besonderes Textformat"[57] handelt. Leitend für die Auslegung von Rechtsprechung sind Wortlaut[58] und Systematik der Entscheidung sowie ihr Kontext[59].

a) Wortlaut und Systematik

Der Wortlaut bietet einen ersten Anknüpfungspunkt, ohne das Ende der Auslegung zu markieren.[60] Dies gilt bereits für die Auslegung von Gesetzen, umso mehr noch von Rechtsprechung. Über die einzelne Entscheidung

537; OVG Magdeburg, Beschluss vom 2.7.2021, 2 M 78/21, BeckRS 2021, 17628; VGH München, Urteil vom 8.3.2022, 10 B 21.1694, KlimR 2022, 193; BVerwG, Urteil vom 24. Mai 2022, 6 C 9.20, BVerwGE 175, 346; OVG Lüneburg, Beschluss vom 27.9.2022, 11 ME 284/22, BeckRS 2022, 26435; OVG Bautzen, Beschluss vom 8.11.2022, 5 B 195/22, BeckRS 2022, 34607; OVG Hamburg, Urteil vom 1.3.2023, 4 Bf 221/20, BeckRS 2023, 15944; OVG Lüneburg, Beschluss vom 18.4.2023, 10 PA 53/23, BeckRS 2023, 7554.

55 So auch *Marion Albers*, Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, VVDStRL 71, 257 (277, 286).

56 Zur Auslegung von Gerichtsentscheidungen: *Tanneberger* (Fn. 23), 72*; Langenbucher* (Fn. 48); *Ulrich Büdenbender*, Die Analyse höchstrichterlicher Entscheidungen, JA 2013, 161 (161 f.); *Thomas Lundmark/Sebastian Herrmann*, Auslegung von Rechtsprechung, NJW 2020, 28; knapp *Albers* (Fn. 55), 276 f.; *Reimer* (Fn. 22), Rn. 467 ff; *Conrad Henke*, Zur Auslegung von Richterrecht, Rechtstheorie 2019, 521.

57 So *Albers* (Fn. 55), 268.

58 *Langenbucher* (Fn. 48), 77; *Reimer* (Fn. 22), Rn. 468; *Tanneberger* (Fn. 23), 73.

59 *Oliver Lepsius*, Der Staat 2013, 157 (183); *Reimer* (Fn. 22), Rn. 470, spricht von einer „kontextgerechten Auslegung"; *Rainer Wahl*, Entwicklungspfade im Recht, JZ 2013, 369 (371 ff.).

60 *Reimer* (Fn. 22), Rn. 310, 553.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

hinausgehend, teils sogar innerhalb derselben Entscheidung, werden Begriffe vielfach nicht einheitlich verwendet. Dies entspricht auch regelmäßig nicht der richterlichen Absicht. Anders als die Formulierung verallgemeinerungsfähiger Rechtsnormen durch Ministerien zielen Judikate auf die Entscheidung in der Sache ab. Daher erreichen sie häufig – auch wegen fehlender personeller Ausstattung[61] oder bestehenden Zeitdrucks – nicht die gleiche sprachliche Präzision wie Gesetzesrecht.

In systematischer Hinsicht ist zunächst der Entscheidungsaufbau in den Blick zu nehmen. Gerade der Ort innerhalb der Entscheidung kann schon viel über die Verallgemeinerungsfähigkeit der untersuchten Stelle aussagen. Grundsätzlich ist zwischen dem Tenor, der Sachverhaltsschilderung und den Entscheidungsgründen zu unterscheiden.[62] Für die inhaltliche Auswertung kommen ausschließlich die Entscheidungsgründe in Betracht, welche nochmals in tragende Gründe (*rationes decidendi*) und *obiter dicta*[63] aufgetrennt werden können. Im kontinentaleuropäischen *civil law* spielt die Differenzierung keine derart hervorgehobene Rolle wie im *common law*.[64] Allerdings kommt jener in zwei Konstellationen eine wichtige (praktische) Bedeutung zu: zum einen, wenn es um die Bindungswirkung des § 31 Abs. 1 BVerfGG geht und zum anderen, wenn es im Verfahrensrecht um die Frage der Abweichung geht.

Das Bundesverfassungsgericht nimmt die Abgrenzung mithilfe der sogenannten Subtraktionsmethode vor, die *prima facie* sehr an die *conditio sine qua non*-Formel erinnert. „Tragend für eine Entscheidung sind jene Rechtssätze, die nicht hinweggedacht werden können, ohne daß das konkrete Entscheidungsergebnis nach dem in der Entscheidung zum Ausdruck gekommenen Gedankengang entfiele."[65] Das Bundesverwaltungsgericht misst

61 So auch *Langenbucher* (Fn. 48), 78.

62 Daneben sind je nach Gericht noch Leitsätze, abweichende Meinungen (Sondervoten) und Abstimmungsergebnisse zu nennen.

63 Ob *obiter dicta* zur Analyse herangezogen werden dürfen, ist äußerst umstritten; *Brun-Otto Bryde*, Obiter Dicta, in: Durner, Wolfgang/Peine, Franz-Joseph/Shirvani, Foroud (Hrsg.), Freiheit und Sicherheit in Deutschland und Europa – FS Papier, 2013, 493 (500), votiert für eine restriktivere Handhabung im Umgang mit *obiter dicta*; *Tanneberger* (Fn. 23), 73, bezieht diese in seine Systematisierung ein, lässt sie aber zurücktreten, wenn sie in Widerspruch zu den tragenden Gründen geraten; *Reimer* (Fn. 22), Rn. 462, für eine strikte Unterscheidung zwischen *obiter dicta* und tragenden Gründen.

64 So auch *Langenbucher* (Fn. 48), 67.

65 BVerfG, Beschluss vom 12.11.1997, 1 BvR 479/92, 1 BvR 307/94, ECLI:DE:BVerfG:1997:rs19971112.1bvr047992, Rn. 80, BVerfGE 96, 375.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gerade den Leitsätzen bei der Ermittlung der mit Bindungswirkung ausgestatteten Gründen besondere Bedeutung bei: „Aus ihnen [Leitsätzen] ergibt sich, was das Gericht als Kern seiner Entscheidung ansieht und mit bindender Wirkung ausstatten will".[66] So pragmatisch die Bezugnahme auf Leitsätze auch sein mag, so wenig entspricht dieses Vorgehen der untergeordneten Bedeutung, die Leitsätzen üblicherweise beigemessen wird.[67]

Neben der Bindungswirkung bundesverfassungsgerichtlicher Judikate spielt die Bestimmung der *rationes decidendi* für die Abweichung eines Spruchkörpers von einem anderen in einer Rechtsfrage eine bedeutende Rolle.[68] In der Praxis werden daher sowohl Richterinnen und Richter als auch Anwältinnen und Anwälte die tragenden Gründe einer Entscheidung identifizieren müssen. Zur Abgrenzung zwischen *rationes decidendi* und *obiter dicta* wird auf die Subtraktionsformel zurückgegriffen.[69] Beruht eine Entscheidung auf mehreren tragenden Gründen, ergeben sich praktische Schwierigkeiten, für deren Auflösung schließlich das Alternativitätsverhältnis der Gründe entscheidend ist. Kann stets einer der Gründe hinweggedacht werden, ohne dass sich am Ergebnis etwas veränderte, soll allen Gründen kumulativ tragender Charakter zukommen.[70]

An letzterem Beispiel wird deutlich, dass die Praxis zwar Mittel und Wege zur Bestimmung der tragenden Gründe gefunden hat, es jedoch schwerfällt, *rationes decidendi* und *obiter dicta* überzeugend voneinander abzugrenzen.[71] Die Unterscheidung verliert für das Unterfangen, abstrakte Sätze zu induzieren, dahingehend an Relevanz, dass Gerichte inzwischen häufiger dazu neigen, ihre eigene Rechtsprechung zusammenzufassen. Diese Zusammenfassungen als *obiter dicta* ohne eigenständige Bedeutung abzutun,

66 BVerwG, Urteil vom 29.10.1981, 1 D 50/80, BVerwGE 73, 263 (268).

67 Vgl. dazu D., III., 3. b).

68 § 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO, § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO für die Zulassung der Revision; § 124 II Nr. 4 VwGO für die Zulassung der Berufung; § 132 Abs. 2 GVG für die Abweichung innerhalb des BGH.

69 *Hans-Joachim Heßler*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 546 Rn. 7.

70 *Jochen Schröder*, Der tragende Rechtsgrund einer Entscheidung, MDR 1960, 809 (810); *Bruno Rimmelspacher*, in: MüKo ZPO, 6. Aufl. 2020, § 520 Rn. 44.

71 So auch *Andreas Voßkuhle*, in: von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2018, Art. 94 Rn. 32; *Klaus Schlaich/Stefan Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl. 2021, Rn. 488; *Helmuth Schulze-Fielitz*, Wirkung und Befolgung, in: Badura, Peter/Dreier, Horst (Hrsg.), FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001, 385 (390 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

würde den Entscheidungen nicht gerecht.[72] Für den induktiven Schluss sollten daher *obiter dicta*, trotz fehlender „Erprobung am Einzelfall"[73] und damit einhergehend geschmälerter Aussagekraft, Berücksichtigung finden.

b) Kontextbasierte Auslegung

Gerade weil sich aus Wortlaut und Systematik nur bedingt verallgemeinerungsfähige Aussagen ziehen lassen, kommt dem Kontext (als eigener Kategorie) eine herausgehobene Bedeutung für die Auslegung zu.[74] Bei der Analyse von Entscheidungen finden sich die entscheidungserheblichen Argumente nicht immer identisch in der textlichen Darstellung der Entscheidung wieder.[75] Das macht die Auswertung der Begleitumstände umso wichtiger.

Bei der Lektüre der Entscheidung ist an erster Stelle der Sachverhalt[76] in den Blick zu nehmen. Denn die „Erprobung am Einzelfall"[77] bietet die weitgehendste Richtigkeitsgewähr richterlicher Entscheidungen.[78] Es ist auch nach dem Zeitpunkt der Entscheidung und insbesondere ihrem zeitgeschichtlichen und politischen Kontext zu fragen. Auch ist es von Relevanz, ob sich wesentliche tatsächliche oder rechtliche Umstände verändert haben.

Weiterhin können Erkenntnisse aus der Genese der Entscheidung abgeleitet werden.[79] Gerade wenn einer Entscheidung bereits (unter-)instanzgerichtliche Entscheidungen vorausgegangen sind, lohnt sich auch eine Beschäftigung mit diesen. Aber auch andernfalls entwickelt ein Gericht die richterrechtlichen Regeln häufig nicht im Vakuum. Es knüpft vielmehr an Präjudizien an, auf die das entscheidende Gericht aufbauen und „ein Detail umformulieren oder einem Merkmal eine veränderte Deutung geben"

72 *Herbert Roth*, in: Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 1, Stand 2018, Einleitung BGB Rn. 223.
73 *Wilfried Schlüter*, Das Obiter Dictum, 1973, 29.
74 So auch *Tanneberger* (Fn. 23), 73; *Reimer* (Fn. 22), Rn. 469; *Christoph Schönberger*, Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, VVDStRL 71, 296 (323 f.). *Langenbucher* (Fn. 48), 78 thematisiert diese Fragen unter der Überschrift „Fakten".
75 Vgl. *Röhl/Röhl* (Fn. 47), 610 f. m.w.N.
76 *Schönberger* (Fn. 74), 322, mit einem Plädoyer für eine intensivere Auseinandersetzung mit dem entschiedenen Sachverhalt; so auch *Büdenbender* (Fn. 56), 161.
77 *Schlüter* (Fn. 73), 29 ff.
78 *Bryde* (Fn. 63), 498.
79 *Reimer* (Fn. 22), Rn. 468.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

kann.[80] Daher ist ein besonderes Augenmerk auf die vom Gericht verwendeten Präjudizienketten zu richten,[81] durch die das Gericht zeigt, in welcher Entwicklungstradition es seine Entscheidung verstanden wissen will.

Nicht zuletzt sind die endogenen Faktoren einer Entscheidung für die Kontextualisierung zu berücksichtigen: Handelt es sich um ein Kollegialorgan oder einen Einzelrichter? Entscheidet das Plenum, der Senat oder eine Kammer?[82] Welcher Prüfungsmaßstab des Gerichts liegt zugrunde (Unionsrecht, Verfassungsrecht, einfaches Recht)? Sofern bekannt: Welcher Richter hat die Entscheidung vorbereitet? Hat ein personeller Wechsel in der Zusammensetzung des Gerichts stattgefunden?

c) Zusammenfassung und Schlussfolgerung

Während die dargestellten methodischen Anforderungen in der Rechtswissenschaft erfüllbar sind, wird die Praxis hier an ihre Kapazitätsgrenzen stoßen, wenn in Anwaltsschreiben oder Gerichtsentscheidungen bloß einzelne vorhergehende Entscheidungen in Bezug genommen werden sollen.[83] Möchte man aber in wissenschaftlichen Arbeiten auf der Grundlage von Einzeljudikaten allgemeine Aussagen treffen, aus Rechtsprechung also abstrakte Sätze induzieren, sind diese Maßstäbe anzulegen.

Auch eine methodisch saubere Entscheidungsanalyse setzt nicht immer voraus, dass sämtliche Entscheidungen in ihrer Gänze gelesen und bis in jede Ecke ausgeleuchtet wurden. Vielmehr gilt auch hier das Relevanzprinzip. Ist für die Satzhypothese bspw. nicht die Entscheidung im Ganzen, sondern nur ein bestimmter Gesichtspunkt, der Umgang mit einem bestimmten Teil des zugrunde liegenden Lebenssachverhalts oder ein bestimmtes Argument maßgeblich, kann die Rechtswissenschaftlerin sich legitimerweise darauf konzentrieren und manch anderes ausblenden. Sobald bei der Lektüre jedoch Zweifel an der Richtigkeit der eigenen Rechtsauffassung aufkommen, ist ein sorgfältiges Lesen und Auswerten der Entscheidung in Gänze geboten.

80 *Langenbucher* (Fn. 48), 81.
81 Ebd.
82 Unterschiede werden vor allem bei bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen deutlich.
83 Vgl. dazu *Metzger* (Fn. 18), 50 f.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

5. Induktionsschluss im engeren Sinne

Ist das Rechtsprechungsmaterial zusammengetragen, eingegrenzt und ausgelegt, bleibt die zentrale Frage, welcher Schluss sich nun daraus ziehen lässt. Dazu ist es an Forschenden, darzulegen, wo und wie in diesen Judikaten allgemeine Rechtsgedanken, Prinzipien oder abstrakte Sätze angelegt sind.[84] Induzierte Sätze beanspruchen mit einiger Wahrscheinlichkeit richtig und auch auf andere Fallkonstellationen übertragbar zu sein.

Der Induktionsschluss selbst folgt bereits aus der geformten Hypothese, die im Fortgang der Rechtsprechungsanalyse entweder Bestätigung fand oder verworfen werden musste. Meist aber wird die Hypothese selbst durch das „Hin- und Herwandern des Blickes"[85] zwischen der anfänglichen Hypothese und den analysierten Rechtsprechungsfundstellen geformt worden sein.[86] Aus dem „Hin- und Herwandern des Blickes", dem „Kneten" und Formen der Hypothese im Verlauf der Rechtsprechungsanalyse, an deren Ende eine Hypothese steht, die möglicherweise wenig mit der ursprünglichen Hypothese gemein hat, ergibt sich schließlich der Induktionsschluss.

Die Breite der Induktionsbasis, also der Anzahl ausgewerteter Entscheidungen, mag zwar ein Indiz für die Richtigkeitsgewähr induzierter Sätze darstellen. Für die Rechtsprechungsanalyse gilt jedoch umso mehr, dass sich der Sicherheits- und Wahrscheinlichkeitsgrad der Richtigkeit induzierter Sätze vornehmlich nach der Auslegung der Entscheidungen richtet. Die Richtigkeitsgewähr ist ferner umso höher, je konkreter die Satzhypothese gefasst ist.[87] Verfügt die Hypothese bereits über einen allzu hohen Abstraktionsgrad, läuft der induktive Schluss ferner Gefahr, Lebenssachverhalte mit zu erfassen, die die Juristin oder der Jurist nicht im Blick hatte. Es ist daher vorzugswürdig, die Satzhypothese zunächst konkreter zu fassen und auf konkretere Induktionsschlüsse hinzuarbeiten, die dann aber immerhin eine hohe Richtigkeitsgewähr bieten.[88] Diese Induktionsschlüsse können dann ihrerseits als Induktionsbasis herangezogen werden, um darauf aufbauend wiederum induktive Schlüsse von höherem Abstraktionsgrad zu

84 Vgl. *Reimer* (Fn. 22), Rn. 599.
85 *Engisch* (Fn. 52), 15.
86 Vgl. *Kriele* (Fn. 33), 204; *Engisch* (Fn. 52), 15.
87 *Tanneberger* (Fn. 23), 71.
88 Vgl. dazu bereits C., II., 1. und 2.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ziehen.[89] Auf diese Weise lassen sich im Wege „gestufter Induktion"[90] aus unmittelbar rechtsanwendungsbezogenen Induktionsschlüssen, die bspw. die Auslegung eines bestimmten Tatbestandsmerkmals beinhalten können, etwa ganze Rechtsprinzipien oder -gedanken induzieren, ohne signifikante Einbußen der Richtigkeitsgewähr in Kauf nehmen zu müssen.

Ausgeschlossen ist aber ein induktiver Schluss, wenn der Gesetz- oder Verfassungsgeber bewusst auf eine normative Regelung verzichtet hat, weil er die betreffende Rechtsfolge gerade nicht wollte.[91]

D. Zusammenfassung des vorgeschlagenen methodischen Umgangs mit Rechtsprechung

Werten Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler Rechtsprechung aus, sollten sie sich der verwendeten Methode bewusst sein und diese explizit benennen. Auch in der Rechtswissenschaft sollten sich Forschende im Grundsatz dem Prinzip intersubjektiver Überprüfbarkeit[92] verpflichtet fühlen. Geht es darum, aus Rechtsprechungsfundstellen allgemeine Aussagen zu gewinnen, bietet sich die Induktion methodisch an. Ziel kann dabei nur sein, Wahrscheinlichkeitssätze zu gewinnen, die keine absolute Richtigkeitsgewähr bieten und auch keine Geltung im formalen Sinne beanspruchen. Die Gewinnung induktiver Sätze hängt von der Arbeitshypothese ab, die sich während der Rechtsprechungsauswertung durch das „Hin- und Herwandern des Blickes" zwischen Hypothese und Rechtsprechungsfundstellen im Normalfall kontinuierlich weiterentwickelt. Das vorhandene Rechtsprechungsmaterial ist in den meisten Fällen nach außen und nach innen einzugrenzen, wozu sich primär formale Kriterien, sekundär wertende Kriterien anbieten. Auszulegen sind die Entscheidungsfundstellen vor allem nach Wortlaut, Systematik und Kontext der Entscheidungen. Um Rechtsprechungsanalysen diskursfähig zu gestalten, bedarf es dabei zumindest der Offenlegung der eigenen Methode.

89 Ein mehrstufiges Vorgehen befürwortend *Tanneberger* (Fn. 23), 71; *Metzger* (Fn. 18), 37 f. unter Bezugnahme auf das induktive Vorgehen bei *Bacon* (Fn. 13), Aphorismen CII und CIV.

90 *Tanneberger* (Fn. 23), 71 Fn. 80.

91 Vgl. in Bezug auf Verfassungsprinzipien dahingehend auch *Reimer* (Fn. 19), 425 f.

92 *Metzger* (Fn. 18), 49; *Neumann* (Fn. 7), 355.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ethnographie als Werkzeug (in) der Rechtswissenschaft

Lilli Hasche

A. Einleitung

Rechtswissenschaftliche Arbeiten entstehen in der Regel am Schreibtisch, Gespräche sind telefonisch möglich und selbst Archive meist online zugänglich, die meisten Arbeiten basieren auf wissenschaftlicher Literatur. Doch welche Erkenntnisse, Perspektiven und Forschungsgegenstände entgehen rechtswissenschaftlicher Forschung, für die Forschende ihren Schreibtisch nicht verlassen? Und wie lassen sich die Lücken füllen? Eine Möglichkeit für empirische Erforschung des Rechts ist die Methode der Ethnographie. Ausgangspunkt rechtsethnographischer Forschung ist eine Kritik an rechtswissenschaftlicher Forschung, die Recht häufig aus der gleichen Richtung her untersucht: als Text[1], als positives Recht, als „geltendes Recht aus der Sicht des Staates"[2], als einheitliches Recht, als formales Recht. Rechtsethnografische Forschung bringt eine Abkehr von dieser rechtspositivistischen Einheitlichkeit des Rechts, der Rechtsdogmatik als Königsdisziplin und der Auslegung als höchstem Ziel – und damit auch als methodischer Grenze – mit sich. Sie ermöglicht Öffnungen für andere Perspektiven, Themen und Probleme. Sie eignet sich für theoretisch und empirisch begründete Kritiken rechtlicher Ordnungen und zeigt Perspektiven für eine emanzipatorische Veränderung des Rechts auf.

Drei Thesen leiten diesen Einblick in die Potentiale der kritischen Rechtsethnographie**.** Die Diagnose von der Komplexität und Vielstimmigkeit moderner Gesellschaften ist nicht nur ein sozialwissenschaftlicher Allgemeinplatz, sondern hat tatsächliche gesellschaftliche, aber auch rechtliche, rechtswissenschaftliche und rechtspolitische Herausforderungen zur Folge. Formal-juristische und rechtsdogmatische Perspektiven auf das

1 *Anne Griffiths*, Using ethnography as a tool in legal research: an anthropological perspective, in: Banakar, Reza/Travers, Max (Hrsg.), Theory and method in socio-legal research, 2005, 113 (113).

2 *Werner Zips/Manuela Zips-Mairitsch*, Rechtsethnologie, in: Beer, Bettina/Fischer, Hans/Pauli, Julia (Hrsg.), Ethnologie: Einführung in die Erforschung kultureller Vielfalt, 9. Auflage 2017, 369 (376).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Recht in der globalisierten Moderne sind unvollständig, weil sie die Beziehung von Recht und Gesellschaft nicht adäquat erfassen können. Ethnographische Methoden – so die erste These – können die Wechselwirkungen von Recht und Gesellschaft besser in den Blick nehmen und dadurch gesellschaftlicher Komplexität und den darauf basierenden konflikthaften Aushandlungen um Recht besser gerecht werden. Ethnographie erweitert deshalb den Gegenstand rechtswissenschaftlicher Forschung. Zudem steht dieser gesellschaftlichen Komplexität eine fortschreitende Zersplitterung der Rechtswissenschaft als Disziplin in immer beschränktere Einzel- und Unterdiskurse und Rechtsregime gegenüber. Die Beschränktheit ihrer Perspektiven versperrt den Blick für komplexe und unerwartete Zusammenhänge und Beziehungen. Das gilt besonders für die Rechtsdogmatik, aber auch für viele weitere Bereiche der Rechtswissenschaft. Die Rechtsethnographie kann zweitens ein Werkzeug gegen diese Zersplitterung und Disziplinierung des rechtswissenschaftlichen akademischen Diskurses sein, also eine Intervention in die Rechtswissenschaft als Fach darstellen. Rechtsethnographie kann also ein Werkzeug für eine kritische Erforschung von Recht und Gesellschaft sein. Die Ergebnisse rechtsethnographischer Forschung lassen sich darüber hinaus für eine Veränderung des Rechts nutzen, indem normative Implikationen aufgezeigt werden, so die dritte These.

Um das Potential rechtsethnographischer Forschung für die Rechtswissenschaft aufzuzeigen, werde ich zunächst die Ethnographie vorstellen und anschließend Forschungsperspektiven für eine ethnographische Untersuchung des Rechts darlegen. Zum Abschluss werde ich die Thesen am Beispiel rechtsethnographischer Migrationsforschung illustrieren.

B. Was ist Ethnographie?

Ethnographie ist ein schillerndes Konzept. Ethnographie beschreibt einen qualitativen Forschungsansatz, der bestimmte Forschungsmethoden, spezifische interpretative Analyseansätze für die ethnographisch gewonnenen Daten sowie ein Genre, die Ethnographie als Ergebnis ethnographischer Forschung[3], umfasst. Ich lege meinen Fokus in diesem Beitrag auf die Ethnographie als Methode.

3 *Matthew C. Canfield*, Ethnography, Leiden Law Methods Portal, 2021, https://www.leidenlawmethodsportal.nl/topics/ethnography (zuletzt abgerufen am 21.12.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Ethnographie stammt aus der Ethnologie oder Anthropologie, wurde insbesondere von der Soziologie aufgegriffen und wird heute in vielen Disziplinen verwendet. Die Ethnographie und ihre Mutterdisziplin Ethnologie[4] entwickelten sich ab dem 19. Jahrhundert im Kontext kolonialer Expansion durch europäische Staaten und Gesellschaften. Die ersten Ethnographen waren europäische weiße Männer, die den kolonialen Kontext für ihre Erforschung der/des für sie Fremden nutzten, und somit kolonialrassistische Unterscheidungen durch ihre Forschungen überhaupt erst etablierten. Damit leisteten sie einen Beitrag zur kolonialen Beherrschung der Welt, durch die Errichtung der dafür notwendigen (Verwaltungs-)Strukturen und die Herstellung der zugrunde liegenden Hierarchien.[5] Diese komplexe Fach- und Methodengeschichte spiegelt sich bis heute in der disziplinären Landschaft wider, in der eurozentrische, den kolonialen Blick und koloniale Verhältnisse reproduzierende Arbeiten noch immer anerkannt und rezipiert werden. Mittlerweile existiert aber auch eine lange Tradition differenzierter und kritischer Arbeiten, die ethnographische Methoden für die kritische Erforschung moderner Gesellschaften und ihrer Ungleichheits- und Ausbeutungsverhältnisse nutzen und für mehr Gerechtigkeit auf verschiedenen Ebenen – in materieller Sicht, aber auch hinsichtlich der Wissensproduktion selbst – streiten. Heute wird die Ethnographie von Menschen aller Gesellschaften angewandt und zur Erforschung aller Gesellschaften und ihrer Teilsysteme (z.B. Bildung, Wirtschaftsbeziehungen oder Familienkonstellationen) verwendet.[6] Diese Ansätze ethnographischer Forschung sind Grundlage für diesen Überblick.

4 Im deutschsprachigen Raum wird bis heute vor allem der Begriff Ethnologie genutzt, insbesondere im anglophonen Raum eher Cultural und/oder Social Anthropology. Ich nutze die Begriffe und ihre Übersetzungen daher synonym.

5 *Anthony Kwame Harrison*, Ethnography, in: Leavy, Patricia (Hrsg.), The Oxford Handbook of Qualitative Research, 2020, 329 (332); *Zips/Zips-Mairitsch* (Fn. 2), 369–370; *Georg Breidenstein/Stefan Hirschauer/Herbert Kalthoff/u.a.*, Ethnografie, 2013, 14–23; *Martin Chanock*, Anthropology, Law, and Empire. Foundations in Context, in: Foblets, Marie-Claire/Goodale, Mark/Sapignoli, Maria/u.a. (Hrsg.), The Oxford Handbook of Law and Anthropology, 2022, 36; *Andrew Apter*, Africa, Empire, and Anthropology, Annu. Rev. Anthropol. 1999, 577; *Thomas McCarthy*, Race, Empire, and the Idea of Human Development, 2009; *Talal Asad*, Anthropology & the colonial encounter, 1973.

6 *Karen O'Reilly*, Ethnographic Methods, 2. Auflage 2011, 23–27.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

I. Gegenstand

Ethnographische Forschung ist auf die empirische Erforschung sozialer Lebenswelten[7] ausgerichtet. Ihr Forschungsgegenstand sind soziale Praktiken[8], weshalb teilweise auch der Begriff „Praxeografie"[9] genutzt wird. Das Konzept der Praktiken wird weit verstanden[10] und umfasst Handlungen, Diskurse und Wissensformen, sprachliche und nicht-sprachliche Phänomene, Praktiken menschlicher und nicht-menschlicher Akteur:innen.[11] Damit schließt Ethnographie – im Gegensatz zu textzentrierten Forschungsmethoden – nicht-verschriftliche Wirklichkeit als empirisches Material und Forschungsgegenstand ein.

In Praktiken – so die praxistheoretische Vorannahme – verschränken sich individuelle Handlungsmacht und gesellschaftliche Strukturalität miteinander. Menschen werden dabei sowohl als Objekt als auch als Subjekt sozialer Wirklichkeit und ihrer Erforschung gedacht. Sie verfügen über Handlungsmacht (auf Englisch *Agency*) und sind gleichzeitig beschränkt durch soziale Strukturen.[12] Anhand sozialer Praktiken lässt sich untersuchen, *wie* gesellschaftliche Struktur und individuelle Agency interagieren und gesellschaftliche Komplexität entsteht.[13] Die Untersuchungseinheiten, in denen sich diese Wechselwirkungen zeigen und untersuchen lassen, liegen zwischen Individuen, Gesellschaften und Staaten: Es sind die sozialen Interaktionen, Situationen, Beziehungen und Begegnungen, anhand derer ethnographische Forschung Gesellschaft untersucht.[14] Gerade in solchen Situationen wird die Interaktion aus gesellschaftlicher Struktur und individueller Agency wirksam, entwickeln sich (Eigen-)Logiken und Ordnungen.[15] In diesen Einheiten drückt sich also Sozialität aus und wird als solche untersuchbar.[16] Die Ethnographie bewegt sich damit auf einem mittleren Skalierungsniveau zwischen Mikro- und Makroanalyse.[17]

---

7 *Breidenstein/Hirschauer/Kalthoff/u.a.* (Fn. 5), 7.
8 *Breidenstein/Hirschauer/Kalthoff/u.a.* (Fn. 5), 31.
9 *Breidenstein/Hirschauer/Kalthoff/u.a.* (Fn. 5), 33.
10 *Breidenstein/Hirschauer/Kalthoff/u.a.* (Fn. 5), 7, 32; *Matthew C. Canfield/Julia Dehm/Marisa Fassi*, Translocal legalities, Transnational Legal Theory 2021, 335.
11 Beispielhaft *Sophie Chao*, In the Shadow of the Palms, 2022; *Bruno Latour*, The making of law, 2010; *Thomas Scheffer*, Asylgewährung, 2001.
12 *O'Reilly* (Fn. 6), 6–10.
13 *O'Reilly* (Fn. 6), 6, Übers. d. LH.
14 *Breidenstein/Hirschauer/Kalthoff/u.a.* (Fn. 5), 32.
15 *Breidenstein/Hirschauer/Kalthoff/u.a.* (Fn. 5), 37–38.
16 *Breidenstein/Hirschauer/Kalthoff/u.a.* (Fn. 5), 37.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Vorgehensweise

Die Ethnographie ist weniger eine spezifische Methode – wie zum Beispiel die Qualitative Inhaltsanalyse oder semi-strukturierte Interviews – sondern ein integrierter Forschungsansatz, der sich durch eine Art methodologisches *Anything Goes What Is Needed* auszeichnet. Im Zentrum steht die teilnehmende Beobachtung als Ort, Modus und soziale Form der Datengewinnung. Die anhaltende Präsenz der:des Forschenden im Feld verschafft ihr:ihm ein kontextbasiertes Verständnis für die soziale Situation, sodass sie:er das „Verhältnis von Singularität und Typizität (…) [der erhobenen Daten] besser beurteilen" kann.[18] Die offene Erkenntnishaltung ermöglicht, dass sich der:die Forscher:in „in aller Regel nicht an a priori definierten Kategorien und Fragestellungen ausrichtet, sondern zunächst breit Eindrücke und Wissen sammelt und mit produziert".[19] Bleibt er:sie dabei offen für überraschende und unerwartete Eindrücke, kann er:sie die Relevanzen des Feldes in die Forschung integrieren und Forschungsfragen anhand der Spannungen, Herausforderungen und Dynamiken des Feldes entwickeln.[20] Gerade bei der Erforschung wissenschaftlicher Praktiken ist die Ethnographin eine „aktiv gestaltende, intervenierende und ihren Informanten bekannte Mit-Akteurin des Feldes, das sie erforscht".[21]

Die teilnehmende Beobachtung wird ergänzt durch alles, was sonst noch sinnvoll erscheint, um die soziale Wirklichkeit zu erfassen, zu dokumentieren, abzubilden und zu analysieren: Gespräche und Interviews, Archivrecherchen, Dokumentenanalysen, Mapping-Methoden und vieles mehr. Durch ihre:seine körperliche Anwesenheit im Feld kann sich der:die Forscher:in auch hinsichtlich des methodischen Vorgehens vom Feld und seinen Relevanzen und Zwängen steuern lassen und abhängig vom Forschungsfeld die passenden Methoden wählen. „Feldspezifischer Methodenopportunismus" bedeutet also, dass sich das Forschungsfeld nicht nach den Vorgaben der Methode bestimmt, sondern sich das methodische Vor-

17 *Breidenstein/Hirschauer/Kalthoff/u.a.* (Fn. 5), 32.
18 *Breidenstein/Hirschauer/Kalthoff/u.a.* (Fn. 5), 35.
19 *Michi Knecht*, Contemporary Uses of Ethnography, in: Simon, Michael/Hengartner, Thomas/Heimerdinger, Timo/u.a. (Hrsg.), Bilder, Bücher, Bytes. Zur Medialität des Alltags, 2009, 148 (152).
20 *Breidenstein/Hirschauer/Kalthoff/u.a.* (Fn. 5), 7–8, 33–34, 38–39; *Knecht* (Fn. 19), 153; *Annelise Riles*, Anthropology, Human Rights, and Legal Knowledge, American Anthropologist 2006, 52 (60).
21 *Knecht* (Fn. 19), 150.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gehen „als Teil einer laufenden reflexiven ethnographischen Praxis“ [22] an die Anforderungen und Besonderheiten des Feldes und der Fragestellung anpasst.[23]

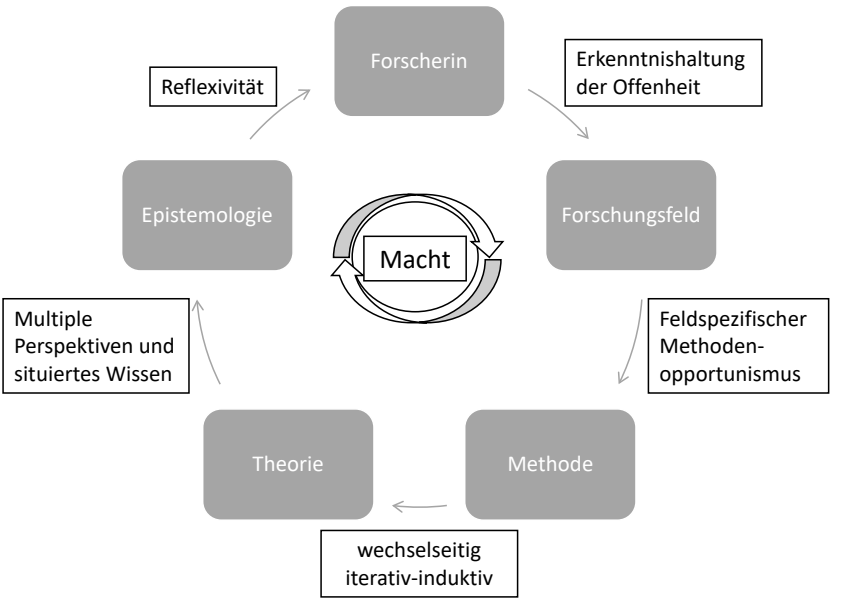
Wichtig ist dabei, dass Theoriearbeit, Literaturrecherche, Datensammlung, Analyse und Schreibprozess keine voneinander getrennten Phasen sind, sondern sie verlaufen zeitlich parallel und sind auch intellektuell eng miteinander verwoben.[24] Dadurch führt Ethnographie Theorie und Methode zusammen[25], wie die sprichwörtlichen zwei Seiten einer Münze. Einerseits kann durch Feldforschung Theorie (weiter-)entwickelt werden, andererseits ermöglicht Ethnographie theoriegeleitetes Arbeiten. Ethnograph:innen nehmen zwar ein theoretisches Fundament mit ins Feld[26] – etwa Geschlechtertheorien, postkoloniale oder poststrukturalistische Theorien – bleiben aber gleichzeitig offen für unerwartete Perspektiven, Kategorien und Erkenntnisse aus dem Feld.[27] Damit begeben sie sich in ein Spannungsfeld „zwischen den theoretischen Rahmungen, die [sie] ins Feld bringen und jenen, die [sie] dort finden“. Durch dieses iterativ-induktive Forschungsdesign[28], das sich in wiederholenden Kreisen stetig weiter entwickelt und induktiv Theorie produziert, wird Theorie zu „Wegbereiterin, Medium und Ergebnis ethnographischer Forschung“.[29]

Wichtiger Bestandteil der Feldforschung ist die Dokumentation[30] der Beobachtungen, Erfahrungen, Gespräche, aber auch der Reflexionen in einem Forschungstagebuch. Diese „Versprachlichung des Sozialen“[31] ist die Grundlage für die Analyse. Für die Auswertung der Forschung werden alle erhobenen Daten analytisch miteinander in Beziehung gesetzt, sodass sie sich „wechselseitig kommentieren und ergänzen“ können.[32] Indem Forscher:innen auch ihre Assoziationen und Reflexionen festhalten, werden auch diese Teil der erhobenen Daten und eröffnen Wege zu mehr Reflexivität über den Forschungsprozess, die Bedingungen der Wissensproduktion und die

22 *O’Reilly* (Fn. 6), 1.
23 *Breidenstein/Hirschauer/Kalthoff/u.a.* (Fn. 5), 33–35.
24 *O’Reilly* (Fn. 6), 30.
25 *Carole McGranahan*, Ethnography, in: The International Encyclopedia of Anthropology, 2018, 1 (1–2); *Chao* (Fn. 11), 7.
26 *O’Reilly* (Fn. 6), 23.
27 *O’Reilly* (Fn. 6), 1.
28 *O’Reilly* (Fn. 6), 29–37.
29 *O’Reilly* (Fn. 6), 29.
30 *Breidenstein/Hirschauer/Kalthoff/u.a.* (Fn. 5), 85–94.
31 *Breidenstein/Hirschauer/Kalthoff/u.a.* (Fn. 5), 7, 35–36.
32 *Breidenstein/Hirschauer/Kalthoff/u.a.* (Fn. 5), 35.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Forschungsergebnisse.[33] Denn die Forschenden stehen als Menschen nicht außerhalb des untersuchten Feldes, sondern sind immer auch als Individuum Teil davon.[34] Das gilt auch für die spezifischen Herrschaftsbeziehungen, die das Feld prägen.



Durch den Fokus auf die Interaktion von Individuum und Struktur im Rahmen von teilnehmender Beobachtung, die offene Methode und das iterativ-induktive Methoden-Theorie-Verhältnis ist ethnographische Forschung ein Instrument zur Berücksichtigung und Erforschung gesellschaftlicher Macht- und Herrschaftsverhältnisse. Die Methode ermöglicht und erfordert eine (Selbst-)Reflexivität über Eingebundenheit von Forschung und Forscherin in gesellschaftliche Machtverhältnisse und die gesellschaftliche Situiertheit des produzierten Wissens.[35] Machtverhältnisse sind also sowohl Gegenstand der Forschung als auch der Reflexion über den Forschungsprozess.[36]

33 *Knecht* (Fn. 19), 148; *O'Reilly* (Fn. 6), 1.
34 *Knecht* (Fn. 19), 149.
35 *O'Reilly* (Fn. 6), 222.
36 *Canfield* (Fn. 3); *Griffiths* (Fn. 1), 113; *O'Reilly* (Fn. 6), 212–217.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Das begründet auch die Verwendung der Ich-Form im ethnographischen Schreiben: Ethnograph:innen produzieren Wissen, durch den Einsatz ihrer eigenen Person, ihres Körpers, ihres Intellekts, durch eigene Analysen und persönliche und wissenschaftliche Perspektiven, in einem spezifischen Kontext, für dessen Erforschung sie sich Zeit und Raum nehmen. Das erlangte Material ist immer kontextgebunden und kontingent; die Rolle der Forschenden ist dementsprechend, das auch in der Analyse zu berücksichtigen und bei der Verschriftlichung deutlich zu machen.[37]

C. Rechtsethnographie: Forschungsperspektiven für eine ethnographische Untersuchung des Rechts

Rechtsethnographische Forschung kann – so meine zum Einstieg formulierten Thesen – dazu beitragen, formal-juristische Perspektiven um solche auf Recht und Gesellschaft zu ergänzen, einen Beitrag gegen die Zersplitterung des akademischen Diskurses zu leisten und Möglichkeiten für eine Veränderung des Rechts aufzuzeigen.

I. Rechtsethnographische Forschung für eine kritische Perspektive auf Recht und Gesellschaft

Ethnographische Forschung untersucht soziale Praktiken, Beziehungen, Situationen und Interaktionen. Rechtsethnographie untersucht also rechtliche Praktiken, Beziehungen, Situationen und Interaktionen in ihrem gesellschaftlichen, rechtlichen und historischen Kontext. Die Erforschung von Recht und Gesellschaft schließt die Untersuchung sozialer Grundlagen von Recht, von Recht in der Gesellschaft und von Gesellschaft im Recht ein.[38] Sie kann also als Instrument für empirisch und theoretisch fundierte Rechtskritik dienen. Ausgangspunkt ist nicht der Rechtstext, ein Gesetz oder eine spezielle Norm, sondern sind die rechtlichen Realitäten und Rechtsquellen, Perspektiven, Handlungen und Umgangspraktiken der sozial Handelnden, ihre Alltagserfahrungen mit Recht, ihre Wahrnehmungen

37 Beispielhaft zur Rolle der Forschenden *O'Reilly* (Fn. 6), 222–224.

38 *Laura Nader/Barbara Yngvesson*, On studying the ethnography of law and its consequences, in: Honigmann, John Joseph (Hrsg.), Handbook of social and cultural anthropology, 1973, 883 (886).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

von Recht.[39] Rechtsethnographie erforscht die Entstehung und Durchsetzung von Recht in ihrer Verwobenheit mit der sozialen Wirkung von Recht.[40] Sie untersucht, wann, wo, wie das Recht gekannt, anerkannt, befolgt, durchgesetzt, umgedeutet wird.[41] Sie zeigt „wie Recht als Sprache, als soziale und professionelle Praxis, als Set von Institutionen, als Wissensform und als Ideologie operiert, durch die Machtbeziehungen bekämpft und reproduziert werden".[42] Rechtsethnographische Forschungen nehmen in besonderer Weise die Umkämpftheit von und Konflikte um Recht in den Blick, wodurch ein „feinsinniges, komplexes, historisch und ethnographisch fundiertes Bild der Kämpfe" um Recht gezeichnet werden kann.[43] Ethnographische Zugänge bringen drei Strategien zur Kritik des Rechts mit sich: Sie ermöglichen eine Kontextualisierung von Recht, die Verschiebung von Forschungsperspektiven und darzustellen, wie Recht in Praktiken gesellschaftlich hergestellt wird.

1. Kontextualisierung

Mit Kontextualisierung meine ich die Darstellung der Kontextualität und Kontingenz von Recht. Es bedeutet erstens, Recht im gesellschaftlichen Kontext zu verorten und zu untersuchen; eingebunden und verbunden mit ökonomischen, sozialen und politischen Prozessen und Beziehungen, Aushandlungen und Konflikten.[44] Das schließt die inhärente Beziehung von Recht zu Macht und Herrschaft ein.[45] Zweitens meine ich mit Kontextualisierung die Untersuchung von Recht im Kontext vielfältiger, sich überlappender Rechtsordnungen. Durch und in diesen Überlappungen mit anderen normativen Ordnungen wird Recht ko-konstituiert und kann Recht nur verstanden werden.[46] Kontextualisierung bedeutet drittens die

39 *Griffiths* (Fn. 1), 114–115.
40 *Zips/Zips-Mairitsch* (Fn. 2), 375.
41 *Zips/Zips-Mairitsch* (Fn. 2), 375–376.
42 *Canfield* (Fn. 3), Übers. d. LH.
43 *Sally Falk Moore*, Certainties undone, Journal of the Royal Anthropological Institute 2001, 95 (107), Übers. d. LH.
44 *Nader/Yngvesson* (Fn. 39), 886; *Griffiths* (Fn. 1), 113, 130; *Zips/Zips-Mairitsch* (Fn. 2), 376.
45 *Griffiths* (Fn. 1), 113–114, 130; *Zips/Zips-Mairitsch* (Fn. 2), 375, 380; *Canfield* (Fn. 3); *Falk Moore* (Fn. 44), 103.
46 *Canfield* (Fn. 3); *Falk Moore* (Fn. 44) 106–107; mehr zum (transnationalen) Rechtspluralismus aus anthropologischer und rechtswissenschaftlicher Perspektive: *Gunther Teubner*, Globale Bukowina, Rechtshistorisches Journal 1996, 255; *Shalini Ran-*

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Anerkennung von Zeitlichkeit als prägenden Faktor und die Untersuchung von Recht in seinem historischen Kontext und seinen historischen Kontinuitäten. Rechtsethnographie ermöglicht dabei, die „[d]ie Erforschung der herrschenden rechtlichen Strukturen (…) mit der historischen Genese der Verteilungsstruktur politischer, ökonomischer, religiöser und symbolischer Macht" zu verbinden.[47] Insbesondere der europäische Kolonialismus als politischer, ökonomischer und sozialer Rahmen für die Entstehung rechtlicher Normsysteme, Beziehungen und Prozesse in ehemaligen Kolonien wie auch ehemaligen kolonialen Metropolen, aber auch in internationalen Beziehungen erfährt besondere Berücksichtigung.[48]

2. Perspektivumkehr

Ethnographie verschafft der rechtswissenschaftlichen Forschung durch eine Perspektivumkehr andere Ausgangspunkte bei der Erforschung von Recht. Sie verschiebt den Ausgangspunkt von der rechtlichen Regulierung zur sozialen Situation. Forschungsfragen werden primär aus der Empirie, den Herausforderungen und Komplexitäten des Feldes heraus entwickelt und können dabei sogar den zentralen Fragen der Rechtsdogmatik konträr entgegenstehen. Dies ermöglicht – schon vom methodischen Zugang her – einen stärkeren und differenzierteren Blick für die Perspektiven der Ausgeschlossenen, der Marginalisierten, für ihre Ausschlüsse, Herausforderungen und Umgangsstrategien.[49] Und es ermöglicht einen differenzierten Blick direkt in die Lücke zwischen Theorie und Praxis, zwischen Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Alltagserfahrung.[50] Die Entscheidung für rechtseth-

deria, Rechtspluralismus und überlappende Souveränitäten, Soziale Welt 2006, 229; *Peer Zumbansen*, Transnational Legal Pluralism, Transnational Legal Theory 2010, 141; *Sally Engle Merry*, Legal Pluralism, Law & Society Review 1988, 869; *Klaus Günther/Shalini Randeria*, Recht, Kultur und Gesellschaft im Prozeß der Globalisierung, 2001; *Helge Dedek/Klaus Günther/Alexandra Kemmerer/u.a.*, „Recht, Kultur und Gesellschaft im Prozeß der Globalisierung" revisited, in: Duve, Thomas/Ruppert, Stefan (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Berliner Republik, 2018, 726.

47 *Zips/Zips-Mairitsch* (Fn. 2), 375.

48 *Falk Moore* (Fn. 44), 101, 104–105; *O'Reilly* (Fn. 6), 170, 213; *Zips/Zips-Mairitsch* (Fn. 2), 375–384; *Peter Just*, History, Power, Ideology, and Culture, Law & Society Review 1992, 373; *Susan S. Silbey*, 1996 Presidential Address, Law & Society Review 1997, 207.

49 *Boaventura de Sousa Santos/César A. Rodríguez-Garavito*, Law and Globalization from Below, 2005; *Canfield/Dehm/Fassi* (Fn. 10), 335.

50 *Griffiths* (Fn. 1), 113.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nographische Forschung kann auch zur Folge haben, bei den kleinen Dingen anzufangen, um große Fragen zu untersuchen.[51]

Diese Verschiebung bedeutet auch eine Perspektivumkehr hinsichtlich der rechtlichen Akteur* innen: von dem Fokus auf rechtssetzende und rechtsanwendende Staaten hin zu anderen Akteur* innen der Rechtssetzung und -anwendung, aber auch den „Objekten" des Rechts, ihren Zugängen und Perspektiven. Rechtsethnographische Forschung ermöglicht eine Akteursorientierung im Sinne einer symmetrischen Einbeziehung unterschiedlicher Positionen und Rechtsvorstellungen.[52] In den Blick der Forschung geraten zivilgesellschaftliche Organisationen, private Unternehmen und Unternehmensverbände, Einzelpersonen, Kanzleien, Rechtsberater* innen, Gewerkschaften, Verwaltungsangestellte und Verwaltete– unabhängig von ihrer Machtposition.[53] Dadurch gelingt auch eine Verschiebung der Forschungsperspektive: von der Erklärung von Kohärenz hin zu einem Verständnis von gesellschaftlicher Komplexität und Widersprüchlichkeit.[54]

3. Konstruktion von Recht

Rechtsethnographie kann dabei helfen, die gesellschaftliche Herstellung von Recht herauszuarbeiten. Die Dokumentation und Analyse der Herstellungsprozesse von Recht durch Praktiken lässt Recht als Prozess und als Ergebnis eines Prozesses sichtbar werden.[55] Durch die Untersuchung von Praktiken verschiebt sich die Forschungsperspektive vom „Ob" zum „Wie": Nicht ob Recht gilt, ob der Tatbestand erfüllt ist, ob die prozessualen Voraussetzungen vorliegen, ob das Gesetz verfassungswidrig ist. Sondern wie werden Straftatbestände und Strafbarkeit ausgehandelt?[56] Wie wird Rechtsgeltung in Praktiken hergestellt? Wie wird die Entscheidung zu einer primär prozessualen Frage? Wie wird Verfassungsrecht gemacht?[57] Damit

51 *Jean Comaroff/John L. Comaroff*, Reflections on the Anthropology of Law, Governance and Sovereignty, in: Eckert, Julia M./ von Benda-Beckmann, Franz/von Benda-Beckmann, Keebet (Hrsg.), Rules of law and laws of ruling: on the governance of law, 2009, 31 (56).

52 *Griffiths* (Fn. 1), 114; *Zips/Zips-Mairitsch* (Fn. 2), (374).

53 z.B. *Günther/Randeira* (Fn. 47), 52–81; *De Sousa Santos/Rodríguez-Garavito* (Fn. 50); *Dedek/Günther/Kemmerer/u.a.* (Fn. 47).

54 *Falk Moore* (Fn. 44), 105; *Zips/Zips-Mairitsch* (Fn. 2), 375.

55 *Griffiths* (Fn. 1), 114; *Zips/Zips-Mairitsch* (Fn. 2), 376.

56 *Didier Fassin*, Der Wille zum Strafen, Erste Auflage. Auflage 2018.

57 *Latour* (Fn. 11).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

können auch Prozesse der Naturalisierung sichtbar gemacht werden, also wie Recht als richtig und gerecht konstruiert wird, weshalb rechtsethnographische Forschung ein Potential für die Dekonstruktion und Denaturalisierung von Recht und rechtlichen Kategorien birgt.[58] Das ermöglicht Forschung jenseits herkömmlicher Kategorien wie öffentliches und Privatrecht, soft law und hard law und fordert die modernen Vorstellungen des Rechts und seinen Grenzen, die Unterscheidung in Recht und Nicht-Recht heraus.[59]

4. Gegen Zersplitterung und Disziplinierung

Kontextualisierung, Perspektivwechsel und Dekonstruktion können gegen den akademischen Trend der Zersplitterung und Disziplinierung der Rechtswissenschaft, der Versäulung, der immer feineren Unterteilung in unterschiedliche Sub-Disziplinen und Rechtsregime wirken, indem sie die Fragmentierung benennen und sich ihr entziehen. Gesellschaftliche Herausforderungen, die sich nicht an die Unterteilungen der Disziplinen halten, werden ohne inter- und intradisziplinäre Forschung unverstehbar, undiskutierbar, unkritisierbar. Das Denken vom Problem aus und anhand von Querschnittsproblemen, das die Ethnographie mit sich bringt, fördert die Kohäsion rechtswissenschaftlichen Forschens und intra- und interdisziplinärer Kooperation und wird vielen komplexen Forschungsgegenständen dadurch besser gerecht. Recht wird dadurch vom unhinterfragten Ausgangspunkt zur veränderbaren und veränderlichen Variable.[60] Rechtsethnographische Forschung stellt deshalb auch eine Intervention in die Rechtswissenschaft als Disziplin dar.

Auch geraten dadurch der Rechtsbegriff selbst sowie die Grenzen des Konzepts „Recht" in den Blick. Jenseits rechtswissenschaftlicher Disziplinierungen vertritt und verwendet die Rechtsethnographie einen pluralistischen Rechtsbegriff, der eine Vielfalt an Rechtsquellen, -formen und -regimen umfasst und der Erforschung mit rechtswissenschaftlichen Konzepten zugänglich macht.[61]

58 *Zips/Zips-Mairitsch* (Fn. 2), 380.
59 *Griffiths* (Fn. 1), 113–114; *Falk Moore* (Fn. 44).
60 *Zips/Zips-Mairitsch* (Fn. 2), 374–375.
61 *Falk Moore* (Fn. 44) 106–107; *Canfield/Dehm/Fassi* (Fn. 10), 335; *Zips/Zips-Mairitsch* (Fn. 2), 375 und viele andere.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Mit ethnographischen Methoden für ein anderes Recht streiten

Die Ergebnisse (rechts-)ethnographischer Forschung können genutzt werden, um für ein anderes Recht zu streiten. Forschende können normative Implikationen ihrer Forschungen offenlegen und daran anschließende empirisch wie theoretisch fundierte Forderungen nach rechtlichen Veränderungen entwickeln. Sie können mit ihrer Forschung Reflexionsangebote für rechtsaktivistische Arbeit zur Unterstützung Marginalisierter und zur Durchsetzung emanzipatorischer Forderungen bieten und kollaborativ neue Formen der Zusammenarbeit zwischen rechtlichen und nicht-rechtlichen Akteur:innen entwickeln. Auch können sie auf Grundlage ihrer Erkenntnisse neue dogmatische Argumente entwickeln, um tatsächliche Rechtslücken zu schließen.

III. Zum Beispiel: Rechtsethnographien der Migration

Anhand von vier Veröffentlichungen aus dem Bereich der Migrationsforschung lässt sich verdeutlichen, welche Perspektiven und Erkenntnisse die rechtsethnographische Untersuchung von Recht ermöglicht.

Laura Affolter[62] untersucht in „Asylum Matters" die Alltagspraktiken von Entscheider:innen in Asylverfahren in der Schweiz. Sie zeigt wie Behördenmitarbeiter:innen bei der Anwendung von Gesetzen und Behördenanweisungen „come to think, feel, know and act in similar ways"[63], wie also einheitliches Behördenhandeln und damit Verwaltungspraxis entsteht. Ihre Forschung macht deutlich, dass Recht nicht nur von Parlamenten gemacht, sondern auch durch behördliche Rechtsanwender:innen geformt und vermittelt wird.[64] *Affolter* erklärt das individuelle Handeln der Behördenmitarbeiter:innen im strukturellen Kontext, als Wechselspiel aus „in Diskursen, Gesetzen und Regeln" formulierten „impliziten und expliziten Erwartungen" und gleichzeitigen Handlungsspielräumen bei konkreten Entscheidungen.[65] Mithilfe ethnographischer Methoden gelingt es ihr, die alltägliche Interaktion von individueller Handlungsmacht und strukturellem Kontext

62 *Laura Affolter*, Asylum Matters, 2021.
63 *Affolter* (Fn. 63), 2.
64 *Affolter* (Fn. 63), 4.
65 *Affolter* (Fn. 63), 5.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

als „Praktiken der Staatsbildung“[66] herauszuarbeiten und zu zeigen, dass (Asyl-)Recht und Staatlichkeit durch Praktiken gerade auch nicht-legislativer Akteur:innen hergestellt werden.

Tobias Eule[67] erforscht die Arbeit von „Ausländerbehörden im dynamischen Feld der Migrationssteuerung“. Er beschreibt das komplexe Verhältnis von Ausländerbehörden zu anderen staatlichen Akteuren der Migrationsverwaltung und zur Zivilgesellschaft als vielschichtig und dynamisch. Das Verhältnis zwischen Ausländerbehörde und Zivilgesellschaft ist entgegen seiner Vorannahme nicht nur konflikthaft und kritisch, sondern auch unterstützend und konstruktiv. Jenes zwischen Ausländerbehörde und Migrationsverwaltung dagegen ist nicht nur von gemeinsamer Abschottung nach außen, sondern auch von Verantwortungskonflikten geprägt. *Eule* erklärt diese Beziehungsverschiebung mit einer zumindest eingeschränkten Liberalisierung des deutschen Migrationsrechts, der Professionalisierung von zivilgesellschaftlichen Akteuren durch staatliche Förderung und der teilweisen Veränderung der Struktur und Ausrichtung der Ausländerbehörden. *Tobias Eule* gelingt es durch langanhaltende ethnographische Forschung, die Vielschichtigkeit, Komplexität und Dynamik zwischen Akteur:innen im und um das Recht zu zeigen. Diese Beziehungen werden von Praktiken der Kooperation und des Konflikts geformt und produzieren spezifische Eigenlogiken. Die Verwaltung der Migrant:innen erfolgt, so zeigt er, in Überschneidung verschiedener Rechtsbereiche und -regime und unter Einfluss (rechts)politischer Debatten.

Thomas Scheffers[68] „Asylgewährung“ ist eine ethnographische Studie des Asylantragsverfahrens. Er zeigt, wie Individuen – hier Asylantragssteller:innen – zum Zweck der Rechtsanwendung dem Recht als Fälle gegenübergestellt werden, „wie im Verfahren aus den ankommenden Existenzen Fälle werden“.[69] Scheffer analysiert die Regulierung des Zugangs zu Asyl durch „eigenwillige tagtägliche Mikrosteuerung“ – also individuelles Handeln – im Kontext „der politisch-technokratischen, nach moralischen und strategischen Gesichtspunkten entworfenen Makrosteuerung“ von Migration – also Strukturen.[70] Dass im Asylverfahren die Fallbearbeiter:innen den Fall

66 *Affolter* (Fn. 63), 5.
67 *Tobias G. Eule*, Ausländerbehörden im dynamischen Feld der Migrationssteuerung, in: Lahusen, Christian/Schneider, Stephanie (Hrsg.), Asyl verwalten: Zur bürokratischen Bearbeitung eines gesellschaftlichen Problems, 2017, 175.
68 *Scheffer* (Fn. 11).
69 *Scheffer* (Fn. 11), 9.
70 Ebd.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kreieren, hat weitreichende Folgen: „[W]ährend der Entscheider in der Anhörung (von den Anhörungsteilnehmern, wie von der Organisation) zum Verfahrensmanagement ermächtigt wird, wird der Bewerber als Selbst-Darsteller entmachtet. Er wird über weite Strecken von den Wirkungen seiner Präsentation abgeschnitten. Die Ermächtigung des Entscheiders und die Entmachtung des Bewerbers eröffnen die Möglichkeit zur begründeten Ablehnung in jedem Einzelfall".[71] *Scheffer* zeigt, wie im Asylverfahren aus dem individuellen Recht auf Asyl eine systematische Rechtsverweigerung wird. Mit seiner Studie legt er die Interaktion zwischen Handlungsmacht und Strukturen sowie die Eigenlogiken rechtlicher Verfahren offen. Er beschreibt das Asylrecht als vermachteten Ausschlussmechanismus von Rechten und Zugängen – zu Asylrecht im speziellen und Europa im Allgemeinen. Er arbeitet heraus, wie Entrechtlichung durch Praktiken der Verrechtlichung realisiert wird.[72]

Anne Wihstutz[73] erforscht den Alltag junger Kinder in Unterkünften für Geflüchtete „zwischen Sandkasten und Abschiebung". Der von ihr herausgegebene Sammelband zeigt einerseits, wie diese durch Strukturen zu einer (doppelt) vulnerablen Gruppe gemacht werden, andererseits aber auch ihre Wahrnehmungen von und Umgangsstrategien mit dem Alltag in Massenunterkünften. Der Beitrag schließt mit einem bildungs- und rechtspolitischen Positionspapier zur Verbesserung der Lebensbedingungen sehr junger Geflüchteter. Damit illustriert er für die Rechtsethnographie, wie sie Stimmen und Positionen marginalisierter und vom Diskurs ausgeschlossener Personen aufgreifen und rechtlich und rechtspolitisch verwenden kann. Die Interdisziplinarität des Vorgehens ermöglicht, ihre Lebensrealitäten besser abzubilden und die Forderungen zu untermauern.

Im Bereich der rechtlichen Migrationsforschung ermöglichen rechtsethnographische Forschungen Recht und Gesellschaft in ihrer Verwobenheit aufzuzeigen. Die vorgestellten Arbeiten zeigen beispielhaft, welche Perspektiven, Forschungsergebnisse und rechtspolitischen Forderungen sich aus rechtsethnographischer Forschung ergeben können. So wird deutlich, wie die Regulierung von Migration im Wechselspiel von Handlungsfähigkeit und Struktur durch Praktiken hergestellt wird. Die Studien untersuchen rechtliche Beziehungen, Formen der Kooperation und des Konflikts, ihre

71 *Scheffer* (Fn. 11), 31.
72 vgl. *Zips/Zips-Mairitsch* (Fn. 2), 378–379.
73 *Anne Wihstutz*, Zwischen Sandkasten und Abschiebung. Zum Alltag junger Kinder in Unterkünften für Geflüchtete, 2019.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Komplexität und Eigenlogiken. Sie beschreiben Machtverhältnisse und Prozesse der Ver- und Entrechtlichung. Rechtsethnographische Methoden können ökonomisch und epistemisch Marginalisierten eine Stimme in der Forschung geben. Sie ermöglichen Intra- und Interdisziplinarität und wirken damit der Disziplinierung und Zersplitterung der Rechtswissenschaft entgegen. Indem sie Machtverhältnisse aufzeigen, rechtspolitische Forderungen aufstellen und als Grundlage für dogmatische Argumente genutzt werden, können sie dazu beitragen, für ein anderes Recht zu streiten.

D. Fazit

Rechtsethnographische Forschung orientiert sich am Gegenstand anstatt am rechtlichen Rahmen. Sie eröffnet Räume für die Einbindung (informeller) Erfahrungen im Forschungsfeld, außerakademischer und außerrechtlicher Stimmen, wissenschaftliche Perspektivwechsel und eine Hinwendung zu neuen Forschungsgegenständen. Dies ermöglicht einen Fokus auf die Wechselbeziehungen zwischen Recht und Gesellschaft und Einblicke in komplexe gesellschaftliche Problemlagen. Diese bergen das Potential für die Untersuchungen von Prozessen der Ver- und Entrechtlichung und juridischer Verfremdungen, der Dekonstruktion rechtlicher Kategorien und der konflikthaften Aushandlungen um Recht. Sie sind ein Werkzeug für eine Erforschung rechtsbezogener Querschnittsprobleme jenseits rechtsdogmatischer und rechtswissenschaftlicher Disziplinierung. Diese Potentiale ebnen Wege für theoretisch und empirisch begründete Kritiken des Rechts und eröffnen Perspektiven für die emanzipatorische Veränderung des Rechts.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Umsetzung medizinischer und psychologischer Erkenntnisse im Recht bei abweichender gesellschaftlicher Erwartungshaltung am Beispiel der Pädophilie

Jennifer Grafe

A. Problemaufriss

Evidenzbasierte Gesetz- und Verordnungsgebung ist seit Beginn der Covid-19-Pandemie im Jahre 2020 medial präsent, medizinische Erkenntnis als Basis von Ver- und Geboten damit in der Bevölkerung bekannter geworden. In diesem Zusammenhang ergangene Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts lassen erkennen, wie eine Verhältnismäßigkeitsprüfung an Fakten und Prognosen zu orientieren ist.[1] Evidenzbasierte Rechtssetzung in der besonders herausfordernden Pandemielage folgt dabei individuellen Schwierigkeiten, deren Bewältigung gelegentlich den Fokus darauf verlieren lässt, dass medizinische (und in diesem Zusammenhang häufig untrennbar verwoben psychologische) Erkenntnisse immer eine wichtige Rolle bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung von Normen mit einem Bezug zu diesem Fachgebiet übernehmen. Dabei sind medizinische und psychologische Erkenntnisse auch in der Vergangenheit nicht selten Auslöser für wegweisende Gesetzesänderungen gewesen. Die Abschaffung etwa der Strafbarkeit homosexueller Handlungen in § 175 StGB a. F. 1994 beruhte auf der Streichung der Homosexualität aus der Liste der Krankheiten durch die Weltgesundheitsorganisation im Jahre 1993. Evidenz meint dabei in der Medizin und Psychologie stets empirisch nachgewiesene Wirkungen; sie ist Qualitätsmerkmal wissenschaftlicher Erkenntnisse in diesen Fachbereichen.

Das Schlagwort *evidenzbasierte Gesetzgebung* verwebt indes einige Probleme: So sind Erkenntnisse der Medizin und Psychologie nicht stets eindeutig, auch ihnen wohnt eine Meinungsvielfalt inne. Sie zu früh zur Einigkeit zu drängen, gar zu politisieren kann ihr nachhaltig schaden. Gleichzei-

1 Vgl. beispielhaft BVerfG, Beschluss vom 19.11.2021, 1 BvR 971/21, ECLI:DE:BVerfG:2021:rs20211119.1bvr097121, BVerfGE 159, 355 –Bundesnotbremse II.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tig ist Deutschland von einer umfassenden Gesetzesfolgenabschätzung vor (im Sinne einer Prognose) und nach (im Sinne einer Evaluationspflicht) Erlass eines Gesetzes noch weit entfernt.[2] Evaluationspflichten finden sich nur äußerst selten in Gesetzen wieder, gar institutionalisiert[3] oder unabhängig ist die Gesetzgebungskontrolle hierzulande nicht, sie liegt zumeist in der Verantwortung justizieller Kontrolle.

Ein häufig diskutiertes, aber selten in den Zusammenhang der Interdisziplinarität gestelltes Themengebiet, das Fragen des Straf- und Verfassungsrechts vereint, ist die Strafbarkeit verschiedener pädophiler Handlungen zum Zwecke des Kinder- und Jugendschutzes. Sexualstraftaten gegenüber Kindern bilden dabei alle Probleme ab, auf die (fehlende) evidenzbasierte Gesetzgebung treffen kann. Zunächst gibt es im Vergleich zu anderen Krankheiten nur wenig Forschung zu Täter:innen und Opfern; weder zum Thema Pädophilie noch zu Opfern sexueller Gewalt im Kindesalter sind gesicherte Erkenntnisse in Medizin und Psychologie umfassend vorhanden. Sofern es diese Erkenntnisse gibt, treffen sie auf eine festgefahrene und emotional politische Debatte, die dominiert wird von der Gleichstellung von Pädophilen und Sexualstraftäter:innen, vom höchsten Gut Kinderschutz und von der Salonfähigkeit, pädophile Menschen unabhängig von ihren Verhaltensweisen nur aufgrund ihrer Krankheit auszugrenzen. Zum anderen hat Untersuchungen zufolge jeder 20. Mann pädophile Fantasien.[4] Das Dunkelfeld missbrauchter Kinder ist wohl extrem hoch und eine ergebnisoffene Debatte über einen Umgang mit Pädophilie in der Gesellschaft beinahe unmöglich. Dass die Einführung eines Strafgesetzes häufig faktisch keines dieser Probleme löst, hinderte den Gesetzgeber nicht, in den letzten Jahren Strafgesetze massiv zu verschärfen und zu erweitern, ohne die Schwierigkeiten auf anderen Ebenen anzugehen.

Schlüsselkategorie der Überprüfung dieser Gesetzgebung im dargestellten Spannungsfeld ist dabei stets der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Das Grundgesetz verlangt, dass solche staatlichen Eingriffe nur dann gerechtfertigt sein können, wenn sie geeignet und erforderlich sind ein anderes

2 Vgl. *Wolfram Höfling/Andreas Engels*, Parlamentarische Eigenkontrolle als Ausdruck von Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten, in: Kluth, Winfried/Krings, Günter (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, § 34 Rn. 31 ff.

3 Der nationale Normenkontrollrat überprüft lediglich Bürokratie- und Folgekosten eines Gesetzes, vgl. § 4 Gesetz zur Einsetzung eines Nationalen Normenkontrollrates.

4 Mikado – Missbrauch von Kindern, Zentrale Ergebnisse des Forschungsverbundes, http://www.mikado-studie.de/tl_files/mikado/upload/MiKADO_Zusammenfassung.pdf (zuletzt abgerufen am 30.6.2023).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Rechtsgut zu schützen und verweist mit dieser Anforderung indirekt in die Medizin und Psychologie. Es ist daher zu fragen, ob auf der Grundlage (zumeist: evidenzbasierter) wissenschaftlicher Erkenntnisse das gewählte Mittel den Zweck überhaupt erreichen kann; darüber hinaus, wie diese Erkenntnisse die Gewichtung im Rahmen des Abwägungsvorgangs bei der Angemessenheit im engeren Sinne beeinflussen. Beruhen Gesetze auf ungesicherten Tatsachen, ist die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers und ihre Reichweite Mittelpunkt der Diskussion.

Was hier in vielen Worten daherkommt, mag man mit den Worten von *Gärditz* wie folgt herunterbrechen: „Tatsachen werden zwar vom Recht permanent benötigt, aber schlicht vorausgesetzt, ihre Konstruktion im Verfahren wird methodisch nicht eingefangen."[5] Die Irrwege der Pandemiegesetzgebung, zu der umfassendes geschrieben wurde,[6] verleiten dazu, evidenzbasierte Gesetzgebung nur noch an ihr zu messen, was angesichts ungesicherter medizinischer Erkenntnisse, Lebensbedrohlichkeit und Akuität kaum auf den Lauf der Gesetzgebung im Übrigen übertragen werden kann. Besonders deutlich und aktuell hingegen ist das Beispiel des im Jahre 2021 neu geschaffenen § 184l StGB, das Verbot des Inverkehrbringens, Erwerbs und Besitzes von Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild. Beispielhaft soll an dieser Strafnorm dargestellt werden, wie evidenzbasierte Erkenntnisse Auswirkungen zeigen auf die verfassungsrechtliche Bewertung einer Norm.

B. Das Anschauungsbeispiel des § 184l StGB

Im Zentrum der Norm steht das Tatobjekt der körperlichen Nachbildung eines Kindes oder eines Körperteils eines Kindes, die nach ihrer Beschaffenheit zur Vornahme sexueller Handlungen bestimmt ist, in der Überschrift auch als Sexpuppe mit kindlichem Erscheinungsbild betitelt.[7] Jede denkbare Tathandlung mit diesem Tatobjekt stellt § 184l StGB unter Strafe, beginnend bei der Herstellung, dem Handeltreiben und insbesondere auch

5 *Klaus Ferdinand Gärditz*, Corona als Motor: Transformationen und öffentliches Recht, WDStRL 2021, 180 (181).

6 Vgl. eingehend *Klaus Meßerschmidt/Christian von Hesler*, Evidenzbasierte Rechtssetzung in der Pandemiekrise, ZG 2022, 200 ff. und 317 ff.

7 Zur Definition und Problematik mit dem Tatobjekt *Jennifer Grafe*, in: Satzger, Helmut/Schluckebier, Wilhelm/Werner, Raik (Hrsg.), StGB, 6. Aufl. 2023, § 184l Rn. 3 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dem Besitz. De facto wird damit die Existenz von Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild, untechnisch gesprochen, untersagt.

Normadressaten des § 184l StGB sind primär pädophile Menschen. Die sexuelle Anziehung zu Kindern mit einem vorpubertären Körperschema bezeichnet man als Pädophilie. Dabei handelt es sich um eine sexuelle Präferenz. Pädophile Menschen haben sich nicht bewusst für diese Präferenz entschieden, es handelt sich nach heutiger Kategorisierung um Krankheiten.[8] Hinsichtlich der Häufigkeit gibt es kaum gesicherte Erkenntnisse: Eindeutig ist jedoch, dass die meisten pädophilen Personen niemals Subjekt einer Straftat werden und dass es für die wenigen etwaig Tatgeneigten präventive Ansätze in der Psychotherapie gibt, welche das Ausleben der Sexualität im Sinne realer Missbrauchstaten verhindern können. Andersherum bedeutet die Begehung von Sexualstraftaten gegenüber Kindern nicht zwingend, dass eine Pädophilie vorliegt.

C. Evidenzbasierte Verhältnismäßigkeitsprüfung

Auch wenn dem Bundesverfassungsgericht „eine gewisse Zurückhaltung im Umgang mit Tatsachenfeststellungen attestiert“[9] wird, so lässt sich kaum leugnen, dass eine Tatsachenbasis zwingend ist für die Überprüfung eines Gesetzes. Das mag etwa für die Pandemiegesetzgebung gelten, hat im Strafrecht aber noch einmal einen anderen Anstrich. Denn anders als präventive Gesetzgebung gibt eine Strafnorm einer Verhaltensweise das Siegel der gesellschaftlichen Ablehnung und damit zeitgleich einer negativen, schadhaften Auswirkung auf schutzbedürftige Rechte. Es geht hier also nicht darum, Prognosen zu stellen, ob eine Maßnahme Wirkung zeigen könnte, sondern darum, die Feststellung zu treffen, dass eine Handlung dergestalt nachteilig ist, dass ihr mit dem schärfsten Schwert, dem Strafrecht, zu begegnen ist. Tatsachen auf einer Evidenzgrundlage sind daher im Rahmen der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit einer Strafnorm immer dort zu berücksichtigen, wo die in Rede stehende Strafnorm sich in der realen Welt beweisen muss.

8 International Classification of Diseases and Related Health Problems, ICD-10 F 65.4.

9 *Andreas Voßkuhle*, Der Rechtsanwalt und das Bundesverfassungsgericht - Aktuelle Herausforderungen der Verfassungsrechtsprechung, NJW 2013, 1329 (1333).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

I. Die Geeignetheit

Das ist der Fall bei der Frage nach ihrer Geeignetheit, namentlich der Frage danach, ob mit Hilfe der Strafnorm der vom Gesetzgeber angestrebte Zweck erreicht werden kann. Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers ist auf dieser Ebene der Prüfung besonders umfassend. Es genügt, wenn die Möglichkeit der Zweckerreichung besteht. Präziser: Evidenzbasierte Erkenntnisse der Wissenschaft dürfen die Zweckerreichung durch das gewählte Mittel nicht ausschließen. Kann sie danach die Erreichung des Zwecks in keiner Weise fördern oder sich sogar gegenläufig auswirken, ist die Geeignetheit zu verneinen. Aber das Bundesverfassungsgericht betont: „Allerdings dürfen tatsächliche Unsicherheiten bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen [...] grundsätzlich nicht zulasten der Grundrechtsträger gehen."[10] Für die Überprüfung der Geeignetheit bedarf es daher zweierlei: Die Bestimmung des gesetzgeberischen Ziels und die Bestimmung der Schwere des Grundrechtseingriffs. Beides soll beispielhaft an § 184l StGB gezeigt werden.

1. Grundrechtseingriff durch § 184l StGB

a) Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG) in Gestalt des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung

§ 184l StGB greift in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als Recht auf sexuelle Selbstbestimmung ein. Durch das strafbewehrte Verbot (insbesondere) des Herstellens und des Besitzes von kindlichen Sexpuppen regelt die Vorschrift (soweit ersichtlich erstmalig in Deutschland) das Masturbationsverhalten bzw. das Verwenden bestimmter Masturbationshilfsmittel, ohne dass sich irgendeine Außenwirkung formulieren ließe. Bei der Zuordnung zu einer der drei durch die Rechtsprechung gefestigten Sphären der Persönlichkeitsrechtsverletzung ließe es sich durchaus hören, von einem Eingriff in der keiner Abwägung zustehenden Intimsphäre zu sprechen. Mindestens aber kommt der Bedeutung des Art. 1 Abs. 1 GG in einem Maße Relevanz zu, dass an eine Abwägung besonders hohe Maßstäbe zu stellen sind.

10 BVerfG, Beschluss vom 19.11.2021, 1 BvR 781/21, ECLI:DE:BVerfG:2021:rs20211119.1bvr078121, Rn. 114, BVerfGE 159, 223 – Bundesnotbremse I.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Ob ein Sachverhalt der engeren Sphäre zuzurechnen ist, hängt nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung davon ab, ob er nach seinem Inhalt höchstpersönlichen Charakters ist; also auch davon, in welcher Art und Intensität er aus sich heraus die Sphäre anderer oder Belange der Gemeinschaft berührt; maßgeblich sind die Besonderheiten des jeweiligen Falles.[11] In sexueller Hinsicht gehören zum Kernbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrecht etwa Äußerungen innerster Gefühle oder Ausdrucksformen der Sexualität. Die Masturbation gehört zum Kernbereich der Sexualität – sie ist ihrer Natur nach gerade eine Form des Auslebens von Sexualität, die Dritte weder berührt noch durch sie wahrnehmbar ist. Sie kann – solange sie nicht im öffentlichen Raum erfolgt – unter keinen Umständen das grundrechtlich geschützte Interesse anderer Personen oder staatliche Belange berühren. Es handelt sich dabei gerade um einen Aspekt der Sexualität, in welche die ausführende Person niemandem Einblicke gewähren und keine Auskunft erteilen möchte. Das trifft in ganz besonderem Maße auf die autoerotischen Handlungen pädophiler Menschen zu, deren sexuelle Präferenz und sexuelles Leben schon im Allgemeinen dergestalt stigmatisiert wird, dass praktisch beinahe unterschiedslos davon auszugehen ist, dass sie ihre sexuellen Vorstellungen und Wünsche weder mit anderen Personen zu teilen noch öffentlich zu machen gewillt sind. Diesem Personenkreis wird die Unterdrückung und Verdrängung derartiger Verhaltens- und Denkweisen von Beginn an auferlegt.

b) Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG)

Durch das Verbot, kindliche Sexpuppen zu besitzen etc. und sie damit nicht zur legalen „Triebabfuhr" und Bewältigung von Einsamkeitsgefühlen verwenden zu dürfen, wird ferner in die körperliche Unversehrtheit des Tatsubjekts des § 184l StGB eingegriffen. Die körperliche Unversehrtheit bedeutet zum einen die Gesundheit im biologisch-physiologischen Bereich, also die Integrität der körperlichen Substanz; zum anderen wird auch die Gesundheit im psychischen Bereich geschützt.[12] Letzteres ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang zur Menschenwürde sowie die Ent-

11 BVerfG, Beschluss vom 31.1.1973, 2 BvR 454/71, ECLI:DE:BVerfG:1973:rs19730131.2bvr045471, BVerfGE 34, 238 (248) – Tonbandaufnahme; BVerfG, Beschluss vom 14.9.1989, 2 BvR 1062/87, BVerfGE 80, 367 (374) – Tagebuchaufzeichnung.

12 BVerfG, Urteil vom 28.3.2006, 1 BvR 1054/01, ECLI:DE:BVerfG:2006:rs20060328.1bvr105401, BVerfGE 115, 276 (304 f.) – Sportwettenmonopol.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

stehungsgeschichte im nationalsozialistischen Gefüge und verhindert die Entzweiung nicht trennbarer psychischer Vorgänge von ihren physischen Ausprägungen für die körperliche Integrität.[13]

Schon grundsätzlich sind pädophile Personen stark gefährdet, Depressionen und Suizidalität zu entwickeln. Das liegt darin begründet, dass ihnen zum einen die Möglichkeit zur (legalen) Befriedigung eines tief verwurzelten menschlichen Grundbedürfnisses fehlt, zum anderen in der gesellschaftlichen Ächtung auch nicht übergriffig agierender Erkrankter. Die Grundbedürfnisse sind daher sogar in zweierlei Hinsicht betroffen: Zum einen fehlt es an der realen Befriedigung sexueller Bedürfnisse, zum anderen aber auch an körperlicher und emotionaler Nähe zu Menschen. Sexpuppen eröffnen die einzige Möglichkeit, nicht nur die Lustdimension, sondern auch die Beziehungsdimension zumindest teilweise zu ersetzen und damit einen Teil der mit ersteren einhergehenden psychischen Problemen zu bekämpfen. Sexpuppen können also dabei helfen, Gefühle wie Einsamkeit, Hoffnungslosigkeit und Verzweiflung zu regulieren. Die dauerhafte Unterdrückung derartiger Gedanken ist mit einer Therapie nicht zu erreichen.

c) Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG)

Da § 184l StGB primär pädophile Menschen adressiert, zumindest soweit die Besitzstrafbarkeit betroffen ist, benachteiligt die Norm auch Behinderte. Es handelt sich bei Pädophilie um eine Behinderung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG. Behinderung ist jede nicht nur vorübergehende Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht.[14] Der Betroffene muss in der Fähigkeit zur individuellen und selbstständigen Lebensführung längerfristig beeinträchtigt sein.[15] Psychisch Kranke sind Behinderte, wenn die Beeinträchtigung längerfristig und von solcher Art ist, dass sie den Betroffenen an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern

13 Vgl. *Helmut Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Horst (Hrsg.), GG-Kommentar, 3. Aufl. 2013, Art. 2 Abs. 2 Rn. 35.

14 BVerfG, Beschluss vom 8.10.1997, 1 BvR 9/97, ECLI:DE:BVerfG:1997:rs19971008.1bvr000997, BVerfGE 96, 288 (301) – Sonderschulzuweisung.

15 BVerfG, Beschluss vom 29.1.2019, 2 BvC 62/14, ECLI:DE:BVerfG:2019:cs20190129.2bvc006214BVerfGE 151, 1 – Wahlrechtsausschuss.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kann.[16] Bei Pädophilie handelt es sich um eine Störung der sexuellen Präferenz mit Krankheitswert,[17] die dazu führt, dass nicht nur ein gewöhnliches gesellschaftliches Leben im Hinblick auf das Ausleben von Partnerschaft und Sexualität nicht möglich ist, sondern, dass insbesondere eines der vier Grundbedürfnisse des Menschen nicht erfüllt werden kann. Um an der Gesellschaft gewöhnlich teilnehmen zu können, ist es erforderlich, Ersatzbefriedigungen dieser Bedürfnisse nachzugehen. Ähnlich wie erst eine Gehhilfe die Teilhabe an der gesellschaftlichen Außenwelt ermöglichen mag, bewirken Sexpuppen, durch die Option sexueller und emotionaler Befriedigung des Bedürfnisses nach Nähebeziehungen im geschützten Raum, ohne Begehung einer Straftat, die ständige Konfrontation mit Sexualität und Beziehungen im öffentlichen Leben zu ertragen und an ihm immerhin rudimentär teilhaben zu können.

Das Verbot kindlicher Sexpuppen knüpft also an die Behinderung Pädophilie mittelbar an. Demgegenüber sind Sexpuppen mit erwachsenem Erscheinungsbild weiterhin zulässig, obwohl mit den gleichen (Schein-)Argumenten wie im Hinblick auf kindliche Sexpuppen eine erwachsene Sexpuppe auch als Trainingsinstrument für Taten nach § 177 StGB bezeichnet werden könnte, mit denen ebenfalls die Hemmschwelle für eine reale Tat abgesenkt werden mag.[18] Zu derartigen Zusammenhängen gibt es zwar genauso wenig wissenschaftliche Erkenntnisse oder auch nur Untersuchungen, wie zu den Kausalzusammenhängen bei der Verwendung kindlicher Sexpuppen, die Vergleichbarkeit trägt aber dennoch (oder gerade deswegen), denn das gleiche Mittel (Sexpuppe) gefährdet – bemüht man die nebulöse Begründung des Gesetzgebers – das gleiche Rechtsgut (sexuelle Selbstbestimmung), wird aber offensichtlich ungleich behandelt.

d) Fazit

§ 184l StGB greift in besonders schützenswerte Rechtsgüter ein und berührt in einigen Ausgestaltungen auch den Menschenwürdekern. An die Abwägung sind daher hohe Anforderungen zu stellen. Wegen der fehlenden Bestimmbarkeit der „Kindlichkeit" einer Sexpuppe verstößt § 184l StGB darüber hinaus gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 des Grund-

16 BVerfG 29.1.2019, 2 BvC 62/14, Rn. 37 – Wahlrechtsausschuss.
17 ICD-10 F 65.4.
18 Vgl. auch *Thomas Fischer*, StGB, 70. Aufl. 2023, § 184l Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gesetzes; da dies aber hier ohne Relevanz bleibt, wird auf die einschlägige Literatur verwiesen.[19]

2. Schutzgut des § 184l StGB

§ 184l StGB ist als Teil des „Gesetzes zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder"[20] in das Strafgesetzbuch eingeführt worden. Die Debatten im Bundestag wurden dominiert von der Betonung der „Widerwärtigkeit" derartiger kindlicher Sexpuppen und geprägt von dem Gedanken, dass sie als „Trainingsinstrument" für spätere Missbrauchstaten nach den §§ 176 ff. StGB dienen könnten.[21] Gegen letzteren, im Gesetzgebungsverfahren durchgängig lediglich behaupteten und in keiner Form konkretisierten oder gar nachgezeichneten Kausalzusammenhang[22] regte sich schon seinerzeit heftige negative Kritik, welche das Fehlen eines validen Nachweises oder auch nur nachvollziehbar dargelegten Vermutung zwischen dem Herstellen etc.[23] einer kindlichen Sexpuppe und dem Absenken der Hemmschwelle gegenüber sexualisiertem Missbrauch gegen Kinder bemängelte. Insoweit sind etwa auch gegenläufige Berichte über Präventionserfolge bei der legalen „Triebabfuhr" mit kindlichen Sexpuppen, die gerade verhindern sollen, dass Pädophile Täter:innen werden, in keiner Weise wahrgenommen oder gar berücksichtigt worden.

Aufgrund der sehr späten Aufnahme des Textes eines § 184l StGB erst in den Regierungsentwurf konnten sich überhaupt nur wenige der im Verfahren abgegebenen Stellungnahmen auf diesen Einzelaspekt des Gesetzespakets beziehen.[24] Vier von fünf Stellungnahmen kritisieren die fehlenden fürsprechenden Belege und das Übergehen bestehender Gegenauffassungen in der Psychologie.[25] Hingewiesen wird zudem auf die fehlende Ver-

19 Eingehend *Grafe* (Fn. 5), § 184l Rn. 4.
20 BGBl. I S. 1810.
21 S. hier nur Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 19/218, 27496 A.
22 Vgl. BT-Drucks. 19/24901, S. 43.
23 Im Folgenden werden die Tathandlungen mit dem Oberbegriff „Verwenden" zusammengefasst.
24 Ein Überblick findet sich hier: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Bekaempfung_sex_Gewalt_Kinder.html (zuletzt abgerufen am 30.6.2023).
25 Vgl. *Jörg Kinzig*, Stellungnahme, S. 17, https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/12/kinzig-data.pdf; *Jenny Lederer*, Stellungnahme, S. 2, https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/12/lederer-data.pdf; *Tatjana Hörnle*, Stellungnahme, S. 13, https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/12/hoernle-data.pdf; *Stephanie Steinle*, Stellungnahme,

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gleichbarkeit mit der Förderung eines Marktes bei kinderpornografischen Inhalten[26] und die Reduzierung legaler Möglichkeiten zur „Triebabfuhr".[27] Die einzig befürwortende Position verweist auf die nicht näher konkretisierte Beobachtung, dass kindliche Sexpuppen regelmäßig bei Beschlagnahmungen auftauchten, und formuliert die äußerst vage Vermutung, es „besteht nach den bisherigen Ermittlungserkenntnissen zumindest der Eindruck, dass zumindest das Risiko besteht, dass durch die Nutzung solcher Kindersexpuppen die Hemmschwelle bei pädophil veranlagten Personen zur Durchführung realer Missbrauchshandlungen an Kindern gesenkt wird".[28]

(Auch) Die Gesetzesbegründung selbst beschränkt sich ohne jede weitere Vertiefung auf die Formulierung des Ziels, dass die Gefahr sexuellen Missbrauchs von Kindern durch eine potentielle Herabsenkung der Hemmschwelle durch die Verwendung kindlicher Sexpuppen reduziert werden soll.[29] Die Tathandlungen des Absatzes 2 des § 184l StGB hält der Gesetzgeber für strafwürdig, weil „auch" derjenige zu realen Missbrauchstaten verleitet werden könne, der die kindlichen Sexpuppen nur einführt, erwirbt oder besitzt.[30] Schutzgut ist mithin der Schutz von Kindern vor sexuellem Missbrauch, das ebenfalls grundrechtlich in Art. 2 Abs. 1 GG und in Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG geschützt ist und dementsprechend hohe Bedeutung zukommt.

3. Geeignetheitsprüfung

Im Jahr 2020 stellte der Wissenschaftliche Dienst des Bundestages fest, dass es keine dokumentierten Studien über einen Zusammenhang zwischen der Verwendung kindlicher Sexpuppen und dem realen Missbrauch von Kindern gibt.[31] An dieser Studienlage hat sich bis heute nur wenig geändert – nach Einführung des § 184l StGB wurde mit einigen wenigen Studien

S. 7, https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/12/steinl_djb-data.pdf (jeweils zuletzt abgerufen am 30.6.2023).

26 § 184b StGB; *Lederer* (Fn. 25), S. 3 ff.

27 *Lederer* (Fn. 25), S. 4 f.

28 *Julia Bussweiler*, Stellungnahme, S. 15, https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/12/bussweilier-data.pdf (zuletzt abgerufen am 30.6.2023).

29 BT-Drucks. 19/24901, S. 43.

30 BT-Drucks. 19/24901, S. 44.

31 Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Die rechtliche Regulierung kinderähnlicher Sexpuppen, WD 7 - 3000 - 072/20, S. 11 f.; aus der Psychologie dazu auch

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

begonnen, deren erste Ergebnisse die vom Gesetzgeber aufgestellte Behauptung widerlegen (dazu sogleich).

Betrachtet man die theoretischen Überlegungen in der Philosophie und der Medizin, findet man nur vereinzelt die These, dass die Verwendung von kindlichen Sexpuppen die Hemmschwelle bei Pädophilen gegenüber Missbrauchstaten an Kindern senken könnte. Auch wenn die Wissenschaft selbstverständlich nicht der Wahrheitsfindung durch Mehrheitsbeschluss offen steht, überraschte es doch bereits eingangs, dass im Wesentlichen nur zwei Veröffentlichungen weltweit dieses Postulat aufstellen.[32] Weitaus öfter wird hingegen die diametral entgegengesetzte These aufgestellt, im sogenannten „therapeutischen Einsatz", also bei dem durch Therapie begleiteten Einsatz von kindlichen Sexpuppen, um kontrolliert das Ausleben von Sexualität und Herstellen eines Nähegefühls zu ermöglichen, könnten solche Puppen verhindern, dass Pädophile Missbrauchstaten begehen.[33]

Eine aktuelle empirische Studie von *Harper/Lievesley*[34] liegt derzeit im Preprint vor. Sie beschäftigt sich ausdrücklich mit den Besitzern und Besitzerinnen kindlicher Sexpuppen – die Autoren betonen selber, dass es sich dabei vermutlich um die erste Studie weltweit handele, die sich mit den psychologischen und risikorelevanten Konstruktionen dieses Phänomens auseinandersetzt. Zu diesem Zwecke vergleichen sie die psychologischen Charakteristika und die sexuelle Aggression von pädophilen Personen, die sich einer kindlichen Sexpuppe bedienen und solchen, die dies nicht tun. Sie fanden dabei empirische Nachweise für eine funktionale und salutogene Nutzung von kindlichen Sexpuppen dergestalt, dass Sexualität an ihnen sicher ausgelebt und durch sie reale Nähebeziehungen ersetzt werden kön-

---

Craig Harper/Rebecca Lievesley, Sex Doll Ownership: An Agenda for Research, Curr Psychiatry Rep. 22, 54.

32 *Bela Bonita Chatterjee*, Child sex dolls and robots: challenging the boundaries of the child protection framework, International Review of Law, Computers and Technology 34, 23; *Marc Behrendt,* Reflections on moral challenges posed by a therapeutic childlike sexbot. Love and sex with robots, LSW 2017, S. 96.

33 *Ole Martin Moen/Aksel Braanen Sterri*, Pedophilia and computer-generated child pornography, in: Boonin, David (Hrsg.), The Palgrave handbook of philosophy and public polic, S. 369; *Cox-Georg/Bewley* (2018): Sex Robot: the health implications of the sex robot industry, BMJ Sex Repond Health 44, 161; *Aviva Rutkin*, Could sex robots and virtual reality treat paedophilia?, New Scientist, 2.8.2016; *Roc Morin*, Can child dolls keep pedophiles from offending? The Atlantic, 11.1.2011; *Milton Diamond*, Pornography, public acceptance and sex related crime: A review, International Journal of Law and Psychiatry 2009, 304.

34 Exploring the ownership of child-like sex dolls, Preprint from PsyArXiv, 18.2.2022, dort auch zum Folgenden.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nen. Die Wahrscheinlichkeit, dass Probanden oder Probandinnen Interesse am Kindesmissbrauch äußerten, war signifikant geringer bei Personen, die kindliche Sexpuppen verwenden. Einen Hinweis auf eine Gefährdung (von der der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 184l StGB ausging) konnte ausdrücklich nicht gefunden werden. Die Autoren der Studie empfehlen auf der Grundlage ihrer Ergebnisse nachdrücklich Studien zum therapeutischen Einsatz von kindlichen Sexpuppen, die nicht nur der Prävention, sondern sogar der Steigerung des psychischen Wohlergehens pädophiler Personen dienen können.

Knafo/Bosco[35] beschäftigten sich mit unterschiedlichen, von ihnen so bezeichneten „Perversionen" und kamen zu dem Ergebnis, dass in den von ihnen beleuchteten (ausgewählten) Fällen das beziehungsähnliche Zusammenleben eines Pädophilen mit einer kindlichen Sexpuppe eine lebensfähige Alternative zu einer Beziehung mit einem menschlichen Partner sei. *Ciambrone/Phua/Avery*[36] untersuchten den Einsatz erwachsener Sexpuppen daraufhin, ob sie Intimität ersetzen können und kamen zu dem Ergebnis, dass sie zumindest Einsamkeit beseitigen können.

Die neueste empirische Studie von *Fuß/Desbuleux*[37] basiert auf einer Nutzer- und Nutzerinnen-Umfrage und untersucht unter anderem den Zusammenhang zwischen der Verwendung einer Sexpuppe und der eigenen Sexualität sowie die Korrelation zwischen der Vermenschlichung von Puppen und der Objektivierung von Menschen; kindliche Sexpuppen beziehungsweise Roboter waren dabei ein Teilaspekt der Studie. Die bisher vorliegenden Ergebnisse konnten eine solche Objektivierung nicht nachweisen.

Bedeutsam ist darüber hinaus der Hinweis in einer empirischen Studie, die herausfand, dass 30 % der Therapeuten und Therapeutinnen bereit wären, kindliche Sexpuppen zu therapeutischen Zwecken einzusetzen,[38] obwohl noch keine dauerhaft angelegten, empirischen Studien vorliegen. Auch in dieser Studie wird auf die ersten empirischen Hinweise auf eine positiv funktionale Wirkung verwiesen.[39]

35 The age of perversion: Desire and technology in psychoanalysis and culture, 2017.

36 Gendered Synthetic Love: Real Dolls and the Construction of Intimacy, International Review of Modern Sociology 43, 1 (2017), 59.

37 The Self-Reported Sexual Real-World Consequences of Sex Doll Use, The Journal of Sex Research 2023, 1.

38 *Alena Marečková/Renáta Androvičová/Klára Bártová/Lucie Krejčová/Katerina Klapilová*, Men with paraphilic interests and their desire to interact with a sex robot, Journal of Future Robot Life, Vol. 3, no. 1, 39.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Nur am Rande sei erwähnt, dass es auch keine kriminologischen oder kriminalistischen Befunde zu einem Kausalzusammenhang gibt. Der bisher einzige bekanntgewordene Fall, in dem eine Sexpuppe bei einem Beschuldigten in einem Fall des Kindesmissbrauchs aufgefunden wurde, war im Rahmen der „Missbrauchsfälle von Bergisch-Gladbach". Es fehlt aber auch dort an jedem Nachweis einer Kausalbeziehung zwischen dem vorherigen Verwenden der kindlichen Sexpuppe und dem späteren Begehen der Taten. Es zeigt lediglich, dass das bloße Besitzen einer Puppe nicht in jedem Falle zur Verhinderung von realen Taten führt, was aber wahrlich auch nicht ernsthaft behauptet werden dürfte.

Im Ergebnis gibt es keinen auch nur annähernd validen Nachweis dafür, dass das eingesetzte Mittel des Verbots kindlicher Sexpuppen den Kinder- und Jugendschutz auch nur teilweise fördert. Stattdessen gibt es eine erhebliche Zahl von Thesen und empirischen Ansätzen, die darauf hinweisen, dass kindliche Sexpuppen bei der psychischen Behandlung pädophiler Menschen über die funktionale Wirkung hinaus die Gesundheit positiv beeinflussen und über diesen Aspekt zugleich dafür sorgen, dass reale Missbrauchstaten verhindert werden. Die empirische Forschung ist noch nicht weit genug, um annehmen zu können, dass § 184l StGB den angestrebten Zweck sogar aktiv vereitelt, mindestens aber liegt eine evidente Mittelverfehlung vor.

II. Die Erforderlichkeit

Die Erforderlichkeit fragt nach dem Fehlen eines milderen, gleich geeigneten Mittel. Angesichts gesetzgeberischer Einschätzungsprärogativen kommt die Alternativprüfung nur dann zu einem ablehnenden Ergebnis, wenn eindeutig feststellbar ist, dass es sich um eine mindestens gleich wirksame Alternative gehandelt hätte. Auch dieser Einschätzungsspielraum kann sich aufgrund der Intensität eines Eingriffes verringern. Das ultima-ratio-Prinzip ist in jedem Einführungskapitel strafrechtlicher Lehrbücher zu finden, die in großem Eifer wiederholen, dass das Kriminalstrafrecht stets nur letztes Mittel staatlicher Machtausübung gegenüber dem Einzelnen sei.[40]

39 *Marečková/Androvičová/Bártová/Krejčová/Klapilová* (Fn. 36), 42.

40 *Rudolf Rengier,* Strafrecht AT, 13. Aufl. 2020, § 3 Rn. 5; *Claus Roxin/Luís Greco,* Strafrecht AT Band 1, 5. Aufl. 2020, § 3 Rn. 97; *Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger,* Strafrecht AT, 51. Aufl. 2021, § 1 Rn. 15.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Es leitet sich aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) ab und ist damit verfassungsrechtlich verankert. Will man den Boden rechtsphilosophischen, gesellschaftlich relevanten, aber allzu oft utopischen und realitätsfernen Sinnierens darüber verlassen und es als Prüfungsmaßstab fruchtbar machen, so kann es ein Mittel sein, evidenzbasierte Erkenntnisse auf die jeweils zu prüfenden, alternativen Mittel zu Erreichung des legitimen Zwecks anzuwenden. Denn es dient nicht dazu, kriminalpolitisch ratsamer (mit den Worten *Prittwitz* „kluge“[41]) Strafrechtsbegrenzung verfassungsrechtlichen Anstrich zu geben, sondern die absolut geltende Strafrechtsbegrenzung, die über der Weisheit des Gesetzgebers steht, herauszuarbeiten. Das ist deswegen schwierig, weil bisher noch keine Strafnorm an dieser Hürde scheiterte. Eine solche Entscheidung wurde erwartet im Beschluss zum Rindfleischetikettierungsgesetz, der sich schließlich – auch zur Umschiffung europarechtlicher Hürden – des Kriteriums der Erkennbarkeit gesetzlich sanktionierten Verhaltens bediente. Letztlich wird es nur selten Forschung in der Medizin oder Psychologie geben, die tatsächlich den Vergleich zieht zwischen sanktionsbewährtem Verbot und anderen Möglichkeiten, den gesetzgeberischen Zweck zu erreichen.

Im Falle des § 184l StGB lässt sich so einiges überlegen, etwa den therapeutisch begleiteten Einsatz kindlicher Sexpuppen zu Therapiezwecken mit einem Verbot des freien Verkaufes kombiniert, der gleiche Zweck ließe sich damit aber kaum erreichen.

III. Die Angemessenheit

Die Angemessenheitsprüfung fordert eine adäquate Zweck-Mittel-Relation und zielt auf einen angemessenen Ausgleich zwischen der Schwere der grundrechtlichen Beeinträchtigung und der Bedeutung des mit der Maßnahme verfolgten öffentlichen Belanges.[42] Dass hier genauso Vertretbarkeitsmaßstab und Einschätzungsprärogative wirken, bedarf eingedenk vorheriger Ausführungen kaum einer Erwähnung. Prognostische Entschei-

41 *Cornelius Prittwitz,* Das Strafrecht: Ultima ratio, propria ratio oder schlicht strafrechtliche Prohibition?, ZStW 129, 390 (392).

42 BVerfG, Beschluss vom 9.3.1994, 2 BvL 43/92, ECLI:DE:BVerfG:1994:ls19940309.2bvl004392 BVerfGE 90, 145 (185) – Cannabis.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dungen des Gesetzgebers bedürfen immerhin einer „hinreichend gesicherten Grundlage“[43].

Es ist zu berücksichtigen, dass selbst bei der Annahme, dass Masturbationshandlungen nicht zur Intim-, sondern zur Privatsphäre zu zählen sind, an die dann angezeigte Abwägung der betroffenen Verfassungsgüter (sexuelle Selbstbestimmung und körperliche Unversehrtheit gegenüber dem Schutz des Kindes vor sexuellem Missbrauch) aufgrund der Nähe ersterer zur Menschenwürdegarantie, besonders hohe Anforderungen zu stellen sind. Bei Eingriffen in den Bereich privater Lebensgestaltung ist dem Schutz der Integrität der menschlichen Person in geistig-seelischer Beziehung nämlich ein besonders hoher Wert beizumessen. Bei der erforderlichen Abwägung „sind beide Verfassungswerte in ihrer Beziehung zur Menschenwürde als dem Mittelpunkt des Wertsystems der Verfassung zu sehen“.[44] Dabei muss Berücksichtigung finden, dass es keinerlei Nachweise dafür gibt, dass der angestrebte Schutz des Rechtsguts überhaupt durch diese Maßnahme erreicht werden kann. Es ist sogar sehr wenig wahrscheinlich, dass das Verbot kindlicher Sexpuppen auch nur vor einem realen sexuellen Missbrauch schützt. Die implizierte Annahme, dass alles, was für Pädophile schlecht ist bzw. ihren Wirkungskreis einschränkt, automatisch auch gut für den Schutz von Kindern ist, scheint zwar in der Bevölkerung verbreitet zu sein, vermag aber selbstverständlich nicht zu tragen. Geht man gegenläufig davon aus, dass zumindest die Wahrscheinlichkeit besteht, dass durch das Verbot des Autoerotischen nun Kinder im realen Leben gefährdet werden, weil Pädophilen die Möglichkeit genommen wird, sich einer Dritten, nicht gefährdenden Möglichkeit, die sexuelle Präferenz auszuleben, zu bedienen, nimmt die Bedeutung des Kinderschutzes in der Abwägung eine ganz andere Gestalt an. Denn wenn von zwei potentiellen Wirkweisen des Einsatzes kindlicher Sexpuppen, für die es jeweils noch keine abschließenden empirischen Nachweise gibt, eine das Schutzgut erheblich gefährdet, obwohl es andere Mittel gäbe, der zweiten (möglicherweise gefährdenden) potentiellen Wirkweise entgegenzutreten, dann darf im Rahmen der praktischen Konkordanz kein derart hohes Rechtsgut wie die sexuelle Selbstbestimmung zurücktreten. Hinsichtlich anderer Mittel sei etwa nur auf die Möglichkeit einer vorgeschriebenen therapeutischen Begleitung der Verwendung kindlicher Sexpuppen oder der arzneimittel-

43 BVerfG, 19.11.2021, 1 BvR 171/21, Rn. 135 – Bundesnotbremse II.
44 BVerfG, Urteil vom 5.5.1973, 1 BvR 536/72, BVerfGE 35, 202 (225) – Lebach.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

rechtlichen Verschreibungspflichtigkeit dieser Sexpuppen verwiesen. In die Entscheidung ebenfalls mit einfließen muss der Aspekt, dass die Therapiemöglichkeit mit kindlichen Sexpuppen das Potential hat, einer großen Anzahl von pädophilen Personen zu helfen und damit Prävention zu betreiben. Vergleichsweise sei etwa angemerkt, wie wenig Wirkmacht dem bekannten und sehr erfolgreichen Projekt „Kein Täter werden" (das therapeutische Hilfe für Pädophile bietet) aufgrund der begrenzen Platzkapazitäten zukommt. Über das gesamte Präventionsnetzwerk (13 Standorte) gab es im Zeitraum 2005 bis Dezember 2020 insgesamt 11.374 Kontaktaufnahmen. In 4.229 Fällen gab es eine abgeschlossene Diagnostik, 2.314 Personen wurde ein Therapieangebot unterbreitet. 1.388 Therapien wurden angefangen, davon waren (Stand Dezember 2020) 398 in Behandlung, 595 hatten die Behandlung erfolgreich abgeschlossen, 395 Personen haben die Behandlung abgebrochen.[45] Könnte über die Vermittlung kindlicher Sexpuppen mit begleitender Therapie eine größere Anzahl von Personen erreicht werden, bewirkte das einen erheblich höheren Opferschutz. Die Gesundheit von Pädophilen könnte dadurch geschützt oder wiederhergestellt werden. Anderen, weniger grundrechtssensiblen Teilaspekten (so wurde etwa im Gesetzgebungsverfahren darauf hingewiesen, dass die zufällige Konfrontation mit kindlichen Sexpuppen bei Versandanbietern wie Amazon „erschreckend" sei[46]) kann dabei auf einfache Weise entgegengewirkt werden. Im Sinne des Jugendschutzes bietet sich etwa ein Verkaufsverbot an Personen unter 18 Jahren an.

Unter der Berücksichtigung, dass die Abwägungsentscheidung von den verschiedenen Wirkweisen, ihren jeweiligen Auswirkungen und den dadurch entstehenden Beeinträchtigungen des Schutzguts dominiert wird und es daher nicht möglich ist, lediglich die Relevanz der Schutzgüter gegeneinander abzuwägen (weil nämlich die Beeinträchtigung der Schutzgüter gar nicht geklärt ist) und vor dem Hintergrund, dass der Eingriff durch § 184l StGB mit einer erheblichen Beeinträchtigung eines mit der Menschenwürde verflochtenen Grundrechts einhergeht, kann die Abwägung nur zugunsten der Norm ausfallen. Denn schlicht: An besagter „hinreichend gesicherter Grundlage"[47], dass mit der Strafnorm des § 184l StGB irgendein mehr positiver denn ein negativer Effekt erzielt wird, gibt es

45 Kein Täter werden, https://www.kein-taeter-werden.de/journalistinnen/#aktuell (zuletzt besucht am 30. Juni 2023).
46 Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 19/218, 27496 A.
47 S. o. Fn. 42.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nicht. Mehr noch: Die Hinweise deuten auf eine Verschlechterung des Kindesschutzes durch eine die Gesellschaft und Öffentlichkeit beruhigende Norm.

D. Lösungsansätze

Evidenzbasierte Gesetzgebung ist ein Phänomen, dass wir nur selten antreffen. Stattdessen orientiert sich der Gesetzgeber aktuell vor allem an gesellschaftlichen Meinungsbildern, die er in Gesetze zu pressen versucht. Wie das Beispiel des § 184l StGB zeigt, teilweise aber nicht nur zulasten der Grundrechte der Personen, die durch die Strafnorm in ihren Grundrechten eingeschränkt werden, sondern erschreckenderweise auch zulasten jener, die der Gesetzgeber durch die Norm zu schützen versucht. Spätestens an dieser Stelle bedarf es eines Umdenkens. Historisch gewachsen ist die Einbeziehung von wissenschaftlichen Erkenntnissen wahrlich nicht – und hier offenbaren sich Probleme, die die in Deutschland nur allzu häufig vernachlässigte Wissenschaftskommunikation in den letzten Jahren geschaffen hat. Die fehlende Aufklärung der Bevölkerung führt zu einem wissenschaftlich unhaltbaren Stimmungsbild in der Gesellschaft, dass sich aufgrund des Demokratiegedankens wie selbstverständlich in der Gesetzgebung wiederfindet. Nun lassen sich Versäumnisse nicht über Nacht beseitigen und es bedarf einer Abstufung:

Zunächst, und das haben wir hier mit der (bisher nicht aufgehobenen!) Strafnorm des § 184l StGB vorliegen, muss eine justizielle Kontrolle zumindest sicherstellen, dass Normen, die das Gegenteil des von ihnen angestrebten Zwecks erreichen, für verfassungswidrig erklärt werden. Nichts anderes verlangt die Frage nach der Geeignetheit eines Gesetzes und nicht mehr ist die äußerste Grenze gesetzgeberischer Einschätzungsprärogative, wenn das Bundesverfassungsgericht fordert, eine Regelung sei erst dann nicht mehr geeignet, wenn sie die Erreichung des Gesetzeszweckes in keiner Weise fördern kann oder sich sogar gegenläufig auswirkt. Das ist weder Frage umstrittener ultima-ratio Ideen noch ambitionierte Reformbestrebung, sondern die Basis, auf der ein Rechtsstaat seine Straflegitimität gründet. Es gibt nur zwei Anker, die das Geeignetheitsprinzip trägt: Die Vernunft, (un-)logische Zusammenhänge zu erkennen und zu verstehen und wissenschaftliche empirische Erkenntnisse, die weit überwiegend Einigkeit präsentieren und wissenschaftlichen Standards entsprechen. Zur Überprüfung

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Einhaltung dieser Standards steht den Gerichten, wie auch sonst, die Option der Hinzuziehung von Sachverständigen zur Verfügung.

In einem zweiten Schritt gilt es zu versuchen, evidenzbasierte Gesetzgebung auch dort zu etablieren, wo weder das Gegenteil noch der geregelte Zusammenhang erwiesen ist, es mithin entweder gar keine Forschung gibt oder eine Uneinigkeit im Fachbereich herrscht. Hier greift die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers Platz. Die Natur der Demokratie bringt es mit sich, dass gesellschaftlich verankerte mehrheitliche Überzeugungen, die aufgrund guter Bedingungen besonders laut sein können, hier eher ausschlaggebend sein werden, als eine fundierte, umfangreiche wissenschaftliche Materialsammlung. Dabei gilt zu beachten, dass der Gesetzgeber dennoch dem Minderheitenschutz verpflichtet ist. Aus ihm resultiert, dass ein blindes Abbilden mehrheitlicher Meinungen in (Straf-)Gesetzen auch in einer Demokratie nicht überzeugend sein kann. Demgegenüber muss der Gesetzgeber aber auch seine Entscheidungen wiederum gegenüber der Bevölkerung rechtfertigen. Eine Politik des Zuwartens drängt sich auf – nicht dringende (etwa anders als in der Pandemie) Regelungen werden erst dann getroffen, wenn im Vorfeld ausreichende, im Zweifel staatlich finanzierte und in Auftrag gegebene Forschung durchgeführt wurde. Probleme gehen damit einher: Etwa die Kürze einer Legislaturperiode bei gleichzeitigem politischem Druck, der zumeist medial verstärkt wird. Die Lösung dafür klingt so einfach, wie sie kompliziert ist: Es ist notwendig, eine Diskussionskultur auf der Basis wissenschaftlichen Wissens zu etablieren, die mehrere Meinungen nebeneinander zulässt und sie als Teil des Systems versteht. Einfacher: Alle wissenschaftlich vertretenen Erkenntnisse zu einem Thema müssen in das Bewusstsein der Bevölkerung gelangen und verschiedene Meinungen zueinander in einen Austausch treten, sodass es nicht die *eine* Meinung gibt. Das berührt das Verfassungsrecht nur am Rande, ist kaum justiziabel und verlangt nach verstärkter Wissenschaftskommunikation. Das Verfassungsrecht hingegen wird in diesen Situationen nur selten Korrektiv sein. Es verlangt, dass die Einschätzungsprärogative auf einem wissenschaftlichen Standard basierend ausgeübt wird. Die verfassungsrechtliche Rechtsprechung zur Corona-Pandemie hat den Trend angezeigt, dass ein Eingreifen nur bei offensichtlichen Verfassungsrechtsverletzungen zu erwarten ist.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

E. Fazit

§ 184l StGB ist verfassungswidrig. Die bisher wenig relevant gewordene Strafnorm lässt evidenzbasierte Rechtssetzung in jeder Hinsicht vermissen. Sie ist gleichzeitig ein Beispiel dafür, wie gesellschaftliche Stimmung an Empirie vorbei gefährliche Gesetze zustande bringen kann. Die damit eng verwobene, emotionale Debatte um Pädophilie und Kindesschutz erschwert es, sich auf wissenschaftliche Ergebnisse zurückzuziehen. Wie gezeigt, verlangt das Verfassungsrecht das aber, wobei stets der Blick darauf zu richten ist, ob ein Beweis des Gegenteils oder schlicht kein Beweis des geregelten Zusammenhangs existiert und die Einschätzungsprärogative des Gesetzesgebers in letzterem Fall klarere Konturvorgaben bei seiner Basis, namentlich wissenschaftlicher Erkenntnisse, bekommen sollte. Die verfassungsrechtliche Rechtsprechung lässt das zeitnah nicht erwarten. Ihr Beitrag zur Rationalität könnte angesichts aktueller politischer Entwicklungen aber schon bald relevant werden. Die genaue Ausgestaltung der Einbeziehung wissenschaftlicher Erkenntnisse sollte daher nicht Schlusslicht bei der Rangfolge aktueller verfassungsrechtlicher Herausforderungen sein.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vom Mythos der Filterblase: Evidenzbasierte Regulierung im Zusammenspiel zwischen Kommunikations- und Rechtswissenschaft

Jan Schillmöller und Steliyana Doseva

A. Einleitung

Mit der Digitalisierung sind neue Arten der Kommunikation, Mediennutzung und Informationsverbreitung entstanden, die Chancen und Herausforderungen für die demokratische Gesellschaft erzeugen. Es entstehen neue Geschäftsmodelle, die eine bessere gesellschaftliche Beteiligung ermöglichen, und gleichzeitig Gefahren für die Persönlichkeitsrechte[1] und die Meinungsbildung und -pluralität mit sich bringen.[2] Dieser „neue Strukturwandel der Öffentlichkeit"[3] fordert den Gesetzgeber heraus, der nicht losgelöst von gesellschaftlichen Debatten und Bedürfnissen, sondern evidenzbasiert handeln soll.[4] Weil „Digitalisierung (…) in erster Linie kein Technik-Thema, sondern ein soziales Thema [ist]"[5], ist die interdisziplinäre Zusammenarbeit von Sozial- und Rechtswissenschaft für eine evidenzbasierte Regulierung zentral.[6] Sozialwissenschaftliche Studien benötigen in ihrer Konzeption eine enge Rückkopplung an die Rechtswissenschaft, damit die Ergebnisse zu Regulierungszwecken genutzt werden können. Aber auch für die Rechtswissenschaft gilt, dass sie sich den Herausforderungen

1 *Jürgen Kühling*, »Fake News« und »Hate Speech« – Die Verantwortung der Medienintermediäre zwischen neuen NetzDG, MStV und Digital Services Act, ZUM 2021, 461 (462).

2 *Birgit Stark/Melanie Magin/Stefan Geiß*, Meinungsbildung in und mit sozialen Medien, in: Schmidt, Jan-Hinrik/Taddicken, Monika (Hrsg.), Handbuch Soziale Medien, 2. Aufl. 2022, 213 (213 ff.).

3 *Jürgen Habermas*, Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik, Originalausgabe 2022.

4 *Martin Eifert*, Regulierung von Dynamik und dynamische Regulierung als netzwerkgerechtes Recht, in: Hermstrüwer, Yoan/Lüdemann, Jörn (Hrsg.), Der Schutz der Meinungsbildung im digitalen Zeitalter, 2020, 189 (189).

5 *Winfried Kluth*, Aufgaben und Perspektiven der Rechtspolitik, ZRP 2017, 194 (196).

6 *Eric Hilgendorf*, Bedingungen gelingender Interdisziplinarität – am Beispiel der Rechtswissenschaft, JZ 2010, 913 (920).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des Strukturwandels nur in interdisziplinären Partnerschaften angemessen stellen kann.

Welche Interaktionsprozesse notwendig sind und welche Hindernisse im Rahmen evidenzbasierter Regulierung existieren, erläutern wir am Beispiel der sog. „Filterblasen"-Diskussion. Zentral ist hier die Vermutung, dass Nutzer:innen im Internet „nur noch Themen, die sie interessieren, und Meinungen, die sie selbst vertreten, zur Kenntnis nehmen"[7]. Auch ohne bisher erfolgten empirischen Nachweis für diese Auswirkungen,[8] wird die Gefahr von „Filterblasen" von Rechtsprechung und von der Literatur aufgegriffen.[9]

Anhand dieses Beispiels stellt sich die Frage, wie die Interaktion zwischen Kommunikations- und Rechtswissenschaft ausgestaltet werden muss, damit empirische Ergebnisse als Basis für Rechtssetzung und -anwendung dienen können. Dieser Beitrag soll die Sichtweisen beider Disziplinen vereinen und Interaktionsbarrieren abbauen. Ziel ist es das Fundament der evidenzbasierten Regulierung zu stärken, damit diese im Kontext eines neuen Strukturwandels der Öffentlichkeit zu effektiven Problemlösungen führen kann.

B. Notwendigkeit evidenzbasierter Regulierung

Der Begriff der „Evidenzbasiertheit" stammt ursprünglich aus der Medizin[10] und fordert die Behandlung von Patient:innen unter „gewissenhafte[r], ausdrückliche[r], und umsichtige[r] Verwendung der aktuell besten Nachweise."[11] Evidenzbasierte Regulierung hingegen hat das Ziel, unter Berücksichtigung der aktuell besten Nachweise der benachbarten Disziplinen, die Folgen rechtlicher Normen ex ante zu prognostizieren und die tatsächlichen Folgen ex post zu evaluieren.[12] Auch wenn die für eine evidenzbasierte Regulierung notwendige interdisziplinäre Zusammenarbeit einige Heraus-

7 *Birgit Stark*, Mythos „Filterblase" – Fiktion oder Realität? Der Stand der Forschung aus kommunikationswissenschaftlicher Perspektive, MedienWirtschaft 2019, 2 (3).
8 Siehe hierzu unten Teil C. I.
9 Siehe hierzu unten Teil C. III.
10 *Hanjo Hamann*, Evidenzbasierte Jurisprudenz, 2014, 3 f.
11 *David L. Sackett/William M. C. Rosenberg/J. A. Muir Gray/R. Brian Haynes/W. Scott Richardson*, Evidence based medicine: what it is and what it isn't, BMJ 1996, 70 (70).
12 *Christoph Neuberger*, Evidenzbasiertes Medienrecht, in: Lewinski, Kai von (Hrsg.), Immersiver Journalismus, 2018, 61 (64).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

forderungen mit sich bringt, kann sie schließlich auch zur Anerkennung und gesellschaftliche Akzeptanz juristischer Entscheidungen beitragen.[13]

I. Interdisziplinäres Arbeiten als Voraussetzung für evidenzbasierte Regulierung

Laut der National Academy of Sciences lässt sich Interdisziplinarität als eine Forschungsform definieren, bei der Informationen, Daten, Methoden, Perspektiven, Konzepte und/oder Theorien aus verschiedenen Disziplinen integriert werden, um gesellschaftliche Probleme zu lösen, deren Reichweite über eine einzelne Disziplin hinaus geht.[14] Es soll sich also nicht nur um ein freundliches „Nebeneinanderherarbeiten" handeln, bei dem sich – zumindest im Idealfall – die erzielten Erkenntnisse ergänzen.[15] Vielmehr steht die gemeinsame Arbeit von Beginn der Forschungsarbeit an und die disziplinübergreifende Begleitung des Forschungsprozesses im Vordergrund.[16] Das reine Heranziehen wissenschaftlicher Erkenntnisse anderer Disziplinen als „Hilfswissenschaften" wird dem interdisziplinären Arbeiten nicht gerecht.[17]

Interdisziplinarität soll zu einer Erweiterung des disziplinären Horizontes beitragen und unmittelbar auf die eigenen Forschungsprozesse wirken.[18] Dies ist aber gerade in der Rechtswissenschaft häufig nicht der Fall. Empirische Studien werden in der Regel als Arbeitsmittel genutzt, dies jedoch ohne sich genauer mit den Einzelheiten der „Blackbox" der empirischen Sozialforschung vertraut zu machen.[19] Diese reine „Dekoration" rechtswissenschaftlicher Arbeiten mit rechtsexternen Theorien oder empirischen Studien, ohne sich vertieft mit diesen auseinanderzusetzen, entspricht nicht dem Anspruch der Interdisziplinarität.[20]

---

13 *Lepsius,* Die maßstabsetzende Gewalt, in: Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver/Möllers, Christoph/ Schönberger, Christoph (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 159 (239).

14 *National Academy of Sciences, National Academy of Engineering, and Institute of Medicine*, Facilitating Interdisciplinary Research, 2005, 2.

15 *Hannah Schmid-Petri/Steliyana Doseva/Jan Schillmöller/Dirk Heckmann*, Interdisziplinäre Forschung als möglicher Impulsgeber für eine evidenzbasierte Regulierung, OdW 2023, 139 (140).

16 *Schmid-Petri/Doseva/Schillmöller/Heckmann* (Fn. 15), 140 f.

17 *Hilgendorf* (Fn. 6), 914.

18 *Hilgendorf* (Fn. 6), 920.

19 *Niels Petersen*, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, Der Staat 2010, 435 (447).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Interdisziplinarität ist aus juristischer Sicht kein einfaches Unterfangen und wenig verbreitet.[21] *Hilgendorf*[22] führt als Grund dafür an, dass die Begriffe und Methoden in der Rechtswissenschaft oft sehr spezifisch sind. Dies führt zu einem hohen Erklärungsaufwand und erschwert den Zugang zu rechtswissenschaftlichem Wissen für andere Fachbereiche. Außerdem neigt die Rechtswissenschaft aus seiner Sicht dazu, eigene Begriffe zu entwickeln, anstatt auf bereits vorhandenes Wissen aus anderen Disziplinen zurückzugreifen. Diese Abgeschlossenheit erschwert interdisziplinäre Kooperationen.[23] Zentrale Voraussetzung für gelingendes interdisziplinäres Arbeiten ist gerade die Bereitschaft, sich gegenüber anderen Disziplinen und den dort vorherrschenden Forschungsansätzen zu öffnen und auch die rechtswissenschaftlichen Ansätze und Begriffe zu modifizieren.[24] Die Schaffung einer gemeinsamen Arbeitsgrundlage ist zentrale Voraussetzung für gelingendes interdisziplinäres Arbeiten.[25] Dies setzt voraus, die Forschungsabläufe sowie die wissenschaftlichen Perspektiven, Konzepte und Methoden zu modifizieren und nicht bloß zu addieren,[26] wofür zwangsläufig eine Komplexitätsreduktion notwendig ist. Ansonsten sind Wissenschaftler:innen aus anderen Disziplinen kaum in der Lage, die monodisziplinär entwickelten Konzepte und Forschungsinteressen zu erfassen.[27]

II. Rezeption fachfremden Wissens in die Rechtswissenschaft

Schaut man sich die Möglichkeiten der Rezeption fachfremden Wissens in der Rechtswissenschaft an, so müssen zunächst Schnittstellen identifiziert werden, um Anwendungs- und Einwirkungsbereich aufzeigen zu können. Die Rezeption empirischer Ergebnisse kann grundsätzlich an den Schnitt-

20 *Jörn Lüdemann*, Warum und wie reguliert man digitale Informationsintermediäre?, in: Hermstrüwer, Yoan/Lüdemann, Jörn (Hrsg.), Der Schutz der Meinungsbildung im digitalen Zeitalter, 2020, 1 (12).
21 *Hilgendorf* (Fn. 6), 917.
22 *Hilgendorf* (Fn. 6), 917.
23 *Thomas Gutmann*, Intra- und Interdisziplinarität: Chance oder Störfaktor?, in: Hilgendorf, Eric/ Schulze-Fielitz, Helmuth (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2021, 93 (111); *Hilgendorf* (Fn. 6), 917.
24 *Eric Hilgendorf*, Interdisziplinarität, in: Hilgendorf, Eric/Joerden, Jan C. (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie, 2021, 491 (495).
25 *Hilgendorf* (Fn. 24), 494.
26 *Gutmann* (Fn. 23), 111.
27 *Hilgendorf* (Fn. 6), 920.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

stellen der Rechtsdogmatik, der Rechtspolitik, sowie der Rechtswissenschaft erfolgen.[28] Dabei ist die evidenzbasierte Regulierung klassischerweise Teil der Rechtspolitik. Diese soll regelungsbedürftige Probleme rational rekonstruieren und auf Grundlage dieser Rekonstruktion eine Lösung für regulatorische Probleme finden.[29] Die Empirie strahlt dabei auf die Rekonstruktion ein, da hier die soziale Wirklichkeit erfasst werden muss, sowie auf mögliche Lösungsvorschläge, da sie dazu beiträgt diese zu evaluieren.[30]

Hieraus ergeben sich die beiden klassischen Einwirkungsbereiche der Empirie bei der evidenzbasierten Regulierung. *Dreyer*[31] bezeichnet diese als Handlungsvoraussetzungswissen und Handlungswirkungswissen – Einsichten, die das Rechtssystem idealerweise benötigt, um relevante Regulierungsbereiche zu identifizieren und bestehende Normen zu evaluieren. Das Handlungsvoraussetzungswissen enthält empirische Daten über das Vorliegen gesellschaftlicher Herausforderungen, sowie deren Relevanz und Persistenz.

Durch die interdisziplinäre Zusammenarbeit kann analysiert werden, ob überhaupt ein Problem vorliegt, oder es sich nur um individuelle Beobachtungen handelt (Problemwissen). Außerdem kann analysiert werden, ob aus rechtswissenschaftlicher Sicht gehandelt werden kann, darf oder muss (Problemrelevanzwissen). Letzteres ist in Zusammenhang mit den tangierten Grundrechtspositionen, der Abschätzbarkeit der weiteren Entwicklung, sowie der Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe zu ermitteln. [32]

Der Bereich des Handlungswirkungswissens ermöglicht eine Abschätzung der Wirkungsweise und Effektivität von Regulierungsoptionen, sowie eine ex post Bewertung der Effektivität einer Vorschrift.[33] In diesem Bereich kann empirisches Wissen rezipiert werden, um Lösungsvorschläge zu erarbeiten (Problemlösungswissen), zum Beispiel um Auswirkungen über mögliche Verhaltensänderungen der Regelungsadressaten oder die Steue-

28 *Hamann* (Fn. 10), 33.

29 *Christoph Engel*, Rationale Rechtspolitik und ihre Grenzen, JZ 2005, 581 (581); *Lüdemann* (Fn. 20), 10.

30 *Hamann* (Fn. 10), 36; *Lüdemann, Jörn*, Rechtsetzung und Interdisziplinarität in der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2009, 6; *Kluth* (Fn. 5), 194.

31 *Stephan Dreyer*, Wissen zum Recht machen - Impulsvortrag im Rahmen des Workshops „Die Kommunikationswissenschaft als Impulsgeber für eine evidenzbasierte Medien- und Plattformregulierung im Online-Zeitalter", Vortrag vom 22.2.2022, 67. Jahrestagung der DGPuK 2022.

32 *Dreyer* (Fn. 31).

33 *Schmid-Petri/Doseva/Schillmöller/Heckmann* (Fn. 15), 141.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

rungswirkung regulatorischer Instrumente zu erhalten. Außerdem lässt sich überprüfen, ob der regulatorische Ansatz tatsächlich zur Problemlösung beigetragen hat (Evaluationswissen).[34]

Dabei stellt das Evaluationswissen sicherlich die anerkannteste und naheliegendste Form sozialwissenschaftlichen Wissens dar, das rechtspolitisch aufgegriffen wird. Die Überprüfung des „Outcome" des Gesetzgebungsprozesses ist anders als der Gesetzgebungsprozess selbst keine klassische juristische Domäne.[35] Es ist jedoch nicht ausreichend, dass die Rezeption sozialwissenschaftlichen Wissens auf die Evaluation von Recht beschränkt bleibt. Vielmehr müssen die Interaktionsprozesse schon auf der Ebene des Handlungsvoraussetzungswissens beginnen, denn ohne die Wahrnehmung seiner Umwelt kann Recht nicht funktionieren.[36] Beachtet der Gesetzgeber soziale Tatsachen und Phänomene bei der Regulierung nicht, besteht die Gefahr, dass das Recht willkürlich wird.[37]

Gleichzeitig erfährt die Rezeption von sozialwissenschaftlichem Wissen auch Grenzen. Insbesondere kann nicht jede Form sozialwissenschaftlichen Wissens direkt rezipiert und zur Grundlage politischer oder rechtlicher Entscheidungen werden.[38] Empirische Arbeitsprozesse und Ergebnisse müssen richtig interpretiert werden und bedürfen einer kritischen Einordnung. Dabei ist es von entscheidender Bedeutung, wie aufgestellte Hypothesen überprüft werden. Eine Hypothese kann in der empirischen sozialwissenschaftlichen Forschung nicht verifiziert, sondern nur falsifiziert werden.[39] Vor dem Hintergrund, dass in der empirischen Forschung aus Kostengründen häufig mit Stichprobenerhebungen gearbeitet wird, gilt, dass es auch anhand vieler Einzelbeobachtungen keine allgemein gültige Verifikation einer Hypothese oder einer Theorie geben kann. So können sich die Randbedingungen immer ändern und durch (technische) Fortschritte in der Forschung Hypothesen sich bei wiederholter Überprüfung als ungültig erweisen.[40]

Obwohl sozialwissenschaftliche Hypothesen nicht final verifiziert werden können, verwandeln sich theoretische oder empirische Einsichten in

34 *Dreyer* (Fn. 31).
35 *Engel* (Fn. 29), 583; *Lüdemann* (Fn. 20), 10.
36 *Gutmann* (Fn. 23), 101.
37 *Engel* (Fn. 29), 582.
38 *Gutmann* (Fn. 23), 107; *Lüdemann* (Fn. 20), 14.
39 Grundlegend: *Karl R. Popper*, Logik der Forschung, 1934.
40 *Ulrich Bässler*, Erprobung von Hypothesen, in: Bässler, Ulrich (Hrsg.), Irrtum und Erkenntnis, 1991, 73 (73).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ihrer rechtswissenschaftlichen Rezeption oft in „unumstößliche Gewissheiten", was der Rationalisierung der Rechtspolitik entgegen läuft.[41] Empirische Arbeiten oder theoretische Ansätze können für die Rechtswissenschaft zwar „eine unverzichtbare und treibende Kraft"[42] sein,[43] fraglich ist jedoch, ob solches Wissen belastbar genug ist, um Regulierung rechtfertigen zu können. Im Idealfall basiert evidenzbasierte Regulierung auf Metastudien, die als „Studien über Studien"[44] Studienergebnisse sammeln, aggregieren und überprüfen.[45]

III. Herausforderungen und Grenzen evidenzbasierter Regulierung

Eine zentrale Herausforderung interdisziplinärer Zusammenarbeit für eine evidenzbasierte Regulierung besteht in dem, was *Gutmann* als „Ethnozentrismus der Disziplinen"[46] bezeichnet. Aufgrund der unterschiedlichen Formen der akademischen Sozialisation reproduzieren sich die Eigenheiten der eigenen Disziplin ständig.[47] Dies führt zu einer Abschottung gegenüber anderen Disziplinen sowie dazu, dass das jeweilige methodische Instrumentarium für andere Disziplinen kaum zugänglich ist.[48] In der Rechtswissenschaft wird dies durch den „erhebliche[n] strukturelle[n] Konservativismus des Rechtssystems und seiner Akteure"[49] verstärkt.

Darüber hinaus steht die evidenzbasierte Regulierung oftmals vor der Herausforderung, dass es schlicht kein passendes empirisches Wissen gibt, das zur Identifikation von Problemen oder deren Relevanz herangezogen werden kann. Die Sozialwissenschaften richten ihre Forschung nicht am juristischen Bedarf aus, sondern folgen bei der Bestimmung von Forschungsinteressen zunächst den eigenen disziplinären Logiken.[50] Ohne interdisziplinäre Interaktionen ist es für die „Geber-Disziplin" schlechthin nicht zu erkennen, welche Erkenntnis-Bedürfnisse, die Rechtswissenschaft als „Nehmer-Disziplin" hat.[51]

41 *Lüdemann* (Fn. 20), 13 f.
42 *Lüdemann* (Fn. 20), 14.
43 *Gutmann* (Fn. 23), 105.
44 *Hamann* (Fn. 10), 100.
45 *Hamann* (Fn. 10), 104.
46 *Gutmann* (Fn. 23), 111.
47 *Gutmann* (Fn. 23), 111.
48 *Hilgendorf* (Fn. 24), 493.
49 *Hilgendorf* (Fn. 6), 918.
50 *Lüdemann* (Fn. 30), 9; *Lüdemann* (Fn. 20), 12.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Während das Fehlen außerrechtlicher Erkenntnisse in technischen Fragen in der Regel dazu führt, dass die Ermittlung der rechtserheblichen Fakten an Gutachter oder Sachverständige abgegeben wird, ist dies bei Unklarheiten über soziale Tatsachen nicht der Fall.[52] Vielmehr greifen Jurist:innen hier auf Alltagstheorien[53] oder sogenannte „anekdotische Evidenz" zurück, also auf „Daten, die ohne intersubjektiv nachvollziehbares Auswahlkriterium gewonnen werden, also durch Vorlieben, Gewohnheiten und Fähigkeiten (…) vorgeprägt sind"[54]. Auch wenn die Rechtswissenschaft mangels passender sozialwissenschaftlicher Empirie oftmals auf den Rückgriff auf anekdotische Evidenz angewiesen ist,[55] steht es zu befürchten, dass oft nicht hinreichend zwischen (populärwissenschaftlichen) Annahmen und Konzepten – die sich mit anekdotischer Evidenz stützen lassen – und belastbaren empirischen Daten differenziert wird.[56]

C. Der Mythos der Filterblase

I. Kommunikationswissenschaftlicher Forschungsstand

In den letzten Jahrzehnten haben sich Informationsintermediäre[57] als wichtiger Faktor für den politischen Meinungsbildungsprozess etabliert.[58] So nutzte 2022 in Deutschland ein Drittel der Bevölkerung ab 14 Jahren soziale Medien als Nachrichtenquelle.[59] *Stark et al.* unterscheiden zwischen drei

51 *Matthias Jestaedt*, Phänomen Bundesverfassungsgericht, in: Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver/Möllers, Christoph/ Schönberger, Christoph (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 77 (280).

52 *Hamann* (Fn. 10), 57 f.; *Oliver Lepsius*, Sozialwissenschaften im Verfassungsrecht — Amerika als Vorbild?, JZ 2005, 1 (2).

53 *Lüdemann* (Fn. 30), 7.

54 *Hamann* (Fn. 10), 33.

55 *Hamann* (Fn. 10), 316.

56 *Hamann* (Fn. 10), 57 f.

57 Darunter fallen Suchmaschinen, soziale Kommunikationsplattformen, Nachrichtenaggregatoren, Plattformen für nutzergenerierte Inhalte und App-Portale, vgl.: *Birgit Stark/Melanie Magin/Pascal Jürgens*, Politische Meinungsbildung im Netz: Die Rolle der Informationsintermediäre, UFITA 2018, 103 (107).

58 *Birgit Stark/Melanie Magin/Pascal Jürgens*, Maßlos überschätzt. Ein Überblick über theoretische Annahmen und empirische Befunde zu Filterblasen und Echokammern, in: Eisenegger, Mark/Prinzing, Marlis/Ettinger, Patrik/Blum, Roger (Hrsg.), Digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit, 2021, 303 (304).

59 *Die Medienanstalten*, Mediengewichtungsstudie 2022-I, 2022, 45.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

zentralen Auswahllogiken, mit denen Informationsintermediäre die Verbreitung von Informationen im Netz beeinflussen.[60] Sie bestimmen, welche Informationen gefunden werden (Filterlogik), welche Informationen vorrangig Aufmerksamkeit bekommen (Sortierlogik) und welche Suchergebnisse der/die jeweilige Nutzer:in angezeigt werden (Personalisierungslogik).[61] Weil die Selektionslogiken eine zentrale Rolle für die Informations- und Meinungsvielfalt im Netz spielen, wurden in den letzten zehn Jahren mögliche Gefahren für die Informationsvielfalt und die demokratischen Diskurse im Netz besonders intensiv – sowohl in der Fach- als auch in der breiten Öffentlichkeit – diskutiert. Hierbei ist insbesondere das Konzept der Filterblase prominent geworden. Eingeführt wurde das Konzept im Jahr 2011 vom Internetaktivisten Eli Pariser.[62] Die Metapher der Filterblase zielt auf die Personalisierungslogik algorithmisch gesteuerter Selektion ab[63] und beschreibt eine „Einengung der Informationen"[64], die Nutzer:innen von Informationsintermediären erreichen. Die Logik der Filterblasen-Bildung wird in öffentlichen Diskussionen häufig mit dem „Echokammer"-Konzept[65] in Verbindung gebracht. Diese unterscheiden sich von den Filterblasen, da es hier um die Verlagerung öffentlicher Diskurse in isolierte Räume geht, in denen Gleichgesinnte immer wieder Bestätigung ihrer eigenen Meinung finden, und in denen es an kritischen Stimmen mangelt.[66]

Die „Einengung der Informationen"[67] in der Filterblase hat zur Folge, dass die Nutzer:innen sich in einem Kommunikationsraum befinden, in dem sie lediglich Informationen rezipieren, die ihrem eigenen Weltbild entsprechen.[68] Laut Pariser entstehen Filterblasen aufgrund personalisierter Algorithmen, die Informationsintermediäre verwenden, um ihren Nutzer:innen maßgeschnittene Informationen zur Verfügung zu stellen. Dieser Personalisierung dienen Daten über den Standort, die persönlichen Präfe-

60 *Stark/Magin/Jürgens* (Fn. 57).
61 *Birgit Stark/Melanie Magin/Pascal Jürgens*, Ganz meine Meinung? Informationsintermediäre und Meinungsbildung - Eine Mehrmethodenstudie am Beispiel von Facebook, 2017, 21.
62 *Eli Pariser*, The filter bubble, 2011.
63 *Stark/Magin/Jürgens* (Fn. 61), 29.
64 *Jan-Hinrik Schmidt*, Filterblasen und Algorithmenmacht. Wie sich Menschen im Internet informieren, in: Gorr, Claudia/Bauer, Michael C. (Hrsg.), Gehirne unter Spannung, 2019, 35 (44 f.).
65 *Cass R. Sunstein*, Echo chambers, 2001.
66 *Stark/Magin/Jürgens* (Fn. 58), 306; *Schmidt* (Fn. 64), 45.
67 *Schmidt* (Fn. 64), 44 f.
68 *Pariser* (Fn. 62), 10 f.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

renzen, die in Form von Likes auf sozialen Netzwerkplattformen hinterlassen wurden, oder über die Einkäufe, die Nutzer:innen getätigt haben.[69]

Dass Menschen dazu neigen, Informationen selektiv wahrzunehmen und bei ihrem Medienkonsum Nachrichtenangebote vorziehen, die ihren eignen Weltvorstellungen entsprechen, ist bereits aus der Zeit vor der Digitalisierung bekannt. Der neu eingeführte Gedanke ist jedoch, dass dieser Prozess nicht bewusst und nutzergesteuert – aufgrund der Vermeidung kognitiver Dissonanz – stattfindet, sondern durch algorithmisch gesteuerte Personalisierung.[70]

Die Bildung solcher Filterblasen kann eine reale Gefahr für die demokratische Meinungsbildung darstellen und zur Bildung fragmentierter Öffentlichkeiten führen.[71] Deswegen sind kommunikationswissenschaftliche Studien der Frage nachgegangen, inwieweit die algorithmisch gesteuerte Inhalteselektion das Informationsangebot für die Nutzer:innen einschränkt, und ob die daraus resultierenden Filterblasen empirisch nachgewiesen werden können. Dabei werden die empirischen Ergebnisse differenziert diskutiert.[72] Unterschieden wird zwischen Studien, die sich mit der Untersuchung von Personalisierungseffekten in sozialen Medien beschäftigen und solchen, die den Fokus auf Personalisierungseffekte durch Suchmaschinen und Nachrichtenaggregatoren legen.[73]

Der Großteil empirischer Studien, die sich schwerpunktmäßig mit Personalisierungseffekten auf sozialen Netzwerkplattformen und ihren Folgen beschäftigen, zeigt, dass die angenommene Wirkung von Filterblasen sehr gering oder nicht vorhanden ist.[74] Zwar gibt es einzelne Studien, die den

69 *Pariser* (Fn. 62), 7 f.; *Ben Thies*, Mythos Filterblase, in: Kappes, Christoph/Krone, Jan/Novy, Leonard (Hrsg.), Medienwandel kompakt 2014–2016, 2017, 101 (101 f.).

70 *Stark/Magin/Jürgens* (Fn. 58), 306 f.

71 *Lutz M. Hagen/Mareike Wieland/Anne-Marie In der Au*, Algorithmischer Strukturwandel der Öffentlichkeit, MedienJournal 2017, 127.

72 Siehe hierzu im Überblick: *Frederik J. Zuiderveen Borgesius/Damian Trilling/Judith Möller/Balázs Bodó/Claes H. de Vreese/Natali Helberger*, Should we worry about filter bubbles?, Internet Policy Review 2016; *Stark/Magin/Jürgens* (Fn. 58), 303 ff.

73 *Stark/Magin/Jürgens* (Fn. 58), 309 ff.

74 Vgl. u.a.: *Mario Haim/Andreas Graefe/Hans-Bernd Brosius*, Burst of the Filter Bubble?, Digital Journalism 2018, 330; *Efrat Nechushtai/Seth C. Lewis*, What kind of news gatekeepers do we want machines to be? Filter bubbles, fragmentation, and the normative dimensions of algorithmic recommendations, Computers in Human Behavior 2019, 298; *Eytan Bakshy/Solomon Messing/Lada A. Adamic*, Political science. Exposure to ideologically diverse news and opinion on Facebook, Science 2015, 1130; *Seth Flaxman/Sharad Goel/Justin M. Rao*, Filter Bubbles, Echo Chambers, and Online News Consumption, Public Opinion Quarterly 2016, 298; *Anatoliy Gruzd/Jeffrey*

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Effekt der Filterblasen bzw. die Wirkung algorithmisch gesteuerter Personalisierung bestätigen,[75] jedoch müssen sie in Hinblick auf ihre methodische Vorgehensweise kritisch in Betracht gezogen werden, da sie zum Beispiel experimentell unter Laborbedingungen durchgeführt wurden.[76]

In einer Analyse der Web-Browsing-Historie von insgesamt 50 000 US-amerikanischen Nutzer:innen wurde herausgefunden, dass, obwohl diese im Allgemeinen Nachrichten konsumieren, die ihren politischen Einstellungen entsprechen, sie ebenfalls häufig mit Nachrichtenangeboten konfrontiert werden, die ihrem politischen Spektrum nicht entsprechen.[77] In einer weiteren Studie von Bakshy et al.[78] wurden die Facebook-Newsfeeds von insgesamt 10,5 Millionen US-amerikanischen Nutzer:innen, die ihre politische Einstellung (konservativ, liberal, neutral) selbst angegeben haben, analysiert. Dabei zeigen die empirischen Befunde, dass algorithmisch gesteuerte Selektionsentscheidungen eine geringe Rolle in der fehlenden Konfrontation der Nutzer:innen mit politischen Informationen aus dem gegnerischen politischen Lager spielen.[79] Weiterhin weisen die Befunde darauf hin, dass der Informationsfluss auf Facebook mit der Vernetzung der Nutzer:innen auf der Plattform zusammenhängt und demnach auch mit den Inhalten, die ihre Kontakte teilen.[80] Welche Informationen Nutzer:innen wahrnehmen, hängt zudem mit ihren eigenen Präferenzen zusammen. Sie selektieren aus den vielfältigen Informationen eher jene, die mit ihrer eigenen politischen Position übereinstimmen.[81] Dadurch wird der Einfluss von algorithmenbasierten Auswahlentscheidungen gemindert. Eine weitere Befragung des Reuters Instituts aus dem Jahr 2017[82] bestätigt die Gegen-

Roy, Investigating Political Polarization on Twitter: A Canadian Perspective, Policy & Internet 2014, 28.

75 *Ivan Dylko/Igor Dolgov/William Hoffman/Nicholas Eckhart/Maria Molina/Omar Aaziz*, The dark side of technology: An experimental investigation of the influence of customizability technology on online political selective exposure, Computers in Human Behavior 2017, 181; *Tien van Hoang/Angelo Spognardi/Francesco Tiezzi/Marinella Petrocchi/Rocco De Nicola*, Domain-specific queries and Web search personalization: some investigations, Electronic Proceedings in Theoretical Computer Science 2015, 51.

76 *Stark/Magin/Jürgens* (Fn. 58), 309.

77 *Flaxman/Goel/Rao* (Fn. 74), 21.

78 *Bakshy/Messing/Adamic* (Fn. 74), 1130.

79 *Bakshy/Messing/Adamic* (Fn. 74), 1131.

80 *Bakshy/Messing/Adamic* (Fn. 74), 1130.

81 *Bakshy/Messing/Adamic* (Fn. 74), 1131.

82 *Nic Newman/Richard Fletcher/Antonis Kalogeropoulos/David A.L. Levy/Rasmus Kleis Nielsen*,, Reuters Institute Digital News Report 2017.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

these, dass Nutzer:innen auf Social Media häufig Nachrichten angezeigt werden, die sie sonst nicht sehen bzw. lesen würden, weil sie nicht aktiv danach suchen würden.[83] Das hat zur Folge, dass Nutzer:innen sozialer Netzwerkplattformen mit verschiedenen Inhalten und Nachrichtenquellen in Berührung gebracht werden,[84] wodurch ihre Nachrichtennutzung auf Social Media erweitert statt eingegrenzt wird.[85]

Empirische Studien, die sich schwerpunktmäßig mit der Untersuchung von Personalisierungseffekten bei der Informationssuche beschäftigen, zeigen ebenfalls geringe bis keine algorithmenbasierte Personalisierungseffekte.[86] Vielmehr werden allen Nutzer:innen Nachrichten von Mainstream-Quellen angezeigt. Ob bestimmte Inhalte die Nutzer:innen erreichen werden, hängt weniger von der Personalisierung durch Algorithmen als von der Qualität der Suchmaschinenoptimierung ab.[87] Eine Personalisierung – so wie von *Pariser* beschrieben – spiegelt sich eher weniger in den Suchergebnissen wider.

II. Filterblasen – Grund für Regulierung?

1. Problemwissen

Zunächst stellt sich die Frage, ob es bei den fraglichen Konzepten nur um individuelle Beobachtungen geht, möglicherweise verstärkt durch einen öffentlichen Diskurs, oder ob es sich wirklich um beobachtbare, nachweisbare und messbare gesellschaftliche oder technische Entwicklungen handelt.[88] Betrachtet man Filterblasen kommunikationswissenschaftlich, fällt auf, dass es sich zunächst einmal nur um ein theoretisches Konzept handelt. Es wurde von *Pariser* aufgestellt und basiert nicht auf belastbaren Daten, sondern eher auf anekdotischer Evidenz.

83 *Newman/Fletcher/Kalogeropoulos/Levy/Nielsen* (Fn. 82), 42 f.
84 Ebd.
85 *Thies* (Fn. 69), 102.
86 *Cédric Courtois/Laura Slechten/Lennert Coenen*, Challenging Google Search filter bubbles in social and political information, Telematics and Informatics 2018, 2006; *Pascal Jürgens/Birgit Stark*, The Power of Default on Reddit, Policy & Internet 2017, 395; *Haim/Graefe/Brosius* (Fn. 74); *Nechushtai/Lewis* (Fn. 74).
87 *Stark/Magin/Jürgens* (Fn. 58), 310.
88 *Dreyer* (Fn. 31).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Was jedoch nicht von der Hand zu weisen ist, ist, dass eine algorithmische Personalisierung von Medieninhalten existiert. Welche Effekte aus dieser folgen, ist Gegenstand aktueller und zukünftiger Untersuchungen. In diesem Kontext wird in der einschlägigen Forschungsliteratur darauf hingewiesen, dass die Frage nach dem Vorhandensein von Filterblasen nicht „zielführend"[89] sei. Vielmehr gehe es darum, wie durchlässig die Wände möglicher Filterblasen für Informationen sind, die den Nutzer:innen aufgrund ihrer selektiven Nachrichtennutzung nicht ohnehin schon angezeigt werden.[90]

2. Problemrelevanzwissen

Fraglich ist, welche rechtliche oder gesellschaftspolitische Relevanz der zunehmenden algorithmischen Personalisierung und möglicherweise entstehenden Filterblasen beigemessen werden kann. Betrachtet man möglicherweise tangierte Grundrechtspositionen, so steht auf der Seite der Nutzer:innen die von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützte Meinungs-, aber auch die Informationsfreiheit, sowie das in Art. 20 Abs. 1 GG verankerte Demokratieprinzip. Hierbei handelt es sich um Rechtspositionen, die der Gesetzgeber im Rahmen seiner grundgesetzlichen Schutzpflichten schützen muss. Im Zweifel kann er sogar verpflichtet sein, regulatorische Maßnahmen zu erlassen, um einer Bedrohung dieser Rechtsgüter durch Dritte entgegenzuwirken.[91]

Auf der anderen Seite ist der Einsatz von Algorithmen zur Personalisierung ebenfalls grundrechtlich geschützt.[92] Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG schützt das Sortieren und Selektieren von Inhalten ebenso wie die klassische Meinungsäußerung selbst, solange es nicht nur um eine bloße neutrale Weiterleitung von Fremdinhalten handelt. Die Auswahl der Kriterien, aufgrund derer die Beiträge gefiltert oder aggregiert werden, reicht im Regelfall je-

89 *Stark/Magin/Jürgens* (Fn. 58), 311.

90 *Zuiderveen Borgesius/Trilling/Möller/Bodó/Vreese/Helberger* (Fn. 72), 6; *Stark/Magin/Jürgens* (Fn. 58), 311.

91 *Dorothea Heilmann*, Regulierung von Suchmaschinen, MMR 2020, 162 (163); *Christoph Bezemek*, Filterblase und Grundrechte, in: Müller, Rudolf/ÖJK (Hrsg.), Frühjahrstagung der Österreichischen Juristenkommission, 2017 (13).

92 *Jürgen Kühling*, in: Gersdorf, Hubertus/Paal, Boris P. (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht, 34. Edition 2021, Art. 5 GG, Rn. 99d.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

doch schon als eigene Wertung aus.[93] Darüber hinaus handelt es sich bei den Algorithmen oft um einen „unique selling point" der Intermediäre.[94] Die Personalisierung folgt im Regelfall nicht nach Kriterien der positiven Vielfaltssicherung, sondern aufgrund ökonomischer Aspekte.[95] Personalisierte Inhalte werden ausgewählt, um die Nutzer:innen zu einer möglichst langen Aufenthaltsdauer auf der Plattform anzuhalten, um so Werbeeinnahmen erzielen zu können.[96] Als solches ist die algorithmische Personalisierung auch von der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) geschützt.[97] Ein regulatorisches Eingreifen des Gesetzgebers, um eine algorithmische Personalisierung zu verhindern, würde folglich einen Eingriff in die Grundrechte der Informationsintermediäre darstellen.[98]

Aufgrund der kommunikationswissenschaftlichen Erkenntnisse können wir folglich keine genauen Prognosen bezüglich der Eintrittswahrscheinlichkeit einer Gefahr für die tangierten Rechtsgüter treffen. Wobei beim Eintreten ein vergleichsweise hoher Schaden droht, da die Gefahr einer signifikanten Beeinträchtigung von grundrechtlich geschützten Gütern droht und im Ergebnis auch das Demokratieprinzip selbst gefährdet scheint.

III. Rezeption in der Rechtswissenschaft

Betrachtet man den kommunikationswissenschaftlichen Forschungsstand, so lassen sich (noch) keine klaren Rückschlüsse für regulatorische Konsequenzen ziehen. Dabei kommt der Rechtswissenschaft eine Übersetzungsaufgabe für die Regulierungs- und Rechtspraxis zu. Sie kann den kom-

93 *Anna Kellner*, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären, 2019, 97 f.; *Hubertus Gersdorf*, Hate Speech in sozialen Netzwerken, MMR 2017, 439 (443).

94 *Kellner* (Fn. 93), 46.

95 *Matthias Cornils*, Vielfaltssicherung bei Telemedien, AfP - Zeitschrift für das gesamte Medienrecht 2018, 377 (387).

96 *Rolf Schwartmann/Maximilian Hermann/Robin L. Mühlenbeck*, Eine Medienordnung für Intermediäre, MMR 2019, 498 (499); *Moritz Hennemann/Amélie Heldt*, Prozedurale Vermessung: Das Kuratieren kommunikativer Räume durch soziale Netzwerke, ZUM 2021, 981 (982); *Jack M. Balkin*, Free Speech is a Triangle, Columbia Law Review 2018, 2011 (2023).

97 *Gersdorf* (Fn. 93), 442.

98 Obwohl es sich bei diesen um ausländische Unternehmen handelt, vermittelt Art. 18 AEUV eine „vertraglich veranlasste Anwendungserweiterung des deutschen Grundrechtsschutzes", BVerfG, Beschluss vom 19.7.2011, 1 BvR 1916/09, BVerfGE 129, 78 (94) – Anwendungserweiterung.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

munikationswissenschaftlichen Forschungsstand „in eine für die Gesetzgebung und die spätere praktische Anwendung der Gesetze geeignete Sprache“[99] transformieren. In der rechtswissenschaftlichen Literatur, wie auch in der Rechtsprechung wird das Konzept der Filterblase entsprechend rezipiert. Dies geschieht vor allem im Medienrecht, aber auch im Lauterkeitsrecht.

Dabei lassen sich grundsätzlich vier Rezeptionsmodi unterscheiden. Teilweise wird das Konzept unkritisch und ohne Betrachtung des Forschungsstandes rezipiert[100] und als „legitimes Ziel“[101] für die Ergreifung von Maßnahmen betrachtet oder als Anlass für weitergehende Regulierung ins Feld geführt.[102] Ein weiterer Rezeptionsmodus ist das „Dekorieren“ der eigenen Ausführungen mit dem Konzept, in dem es – ohne umfangreiche Einordnung, oder explizite Schlussfolgerungen – als „Buzzword“ zur Unterstützung herangezogen wird.[103] Eine dritte Gruppe nutzt das Konzept ebenfalls zur Ausschmückung der eigenen Thesen, geht aber – oftmals in einer Fußnote – zumindest darauf ein, dass es sich um ein umstrittenes Konzept handelt und es weiterer Klärung bedarf.[104] Im vierten Rezeptionsmodus schließlich wird sich umfangreich mit dem Konzept auseinandergesetzt und auch der fachfremde Forschungsstand beachtet.[105]

---

99 *Axel Metzger*/*Simon Schrör*, Zwischen Wissenschaft, Praxis und Politik : Wie Juristen Gesetzgebungsverfahren in Fachzeitschriften begleiten, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2022, 243 (247).

100 Beispielhaft: *Moritz Hennemann*, Personalisierte Medienangebote im Datenschutz- und Vertragsrecht, ZUM 2017, 544; *Bernd Holznagel*, Phänomen „Fake News“ – Was ist zu tun?, MMR 2018, 18; *Jakob Schemmel*, Soziale Netzwerke in der Demokratie des Grundgesetzes, Der Staat 2018, 501.

101 OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.5.2020, 6 U 36/20 ECLI:DE:OLGKARL:2020:0527.6U36.20.00, Rn. 103 – Fact-Check.

102 *Mathias Hong*, Hate Speech im Internet – Grundrechtliche Rahmenbedingungen ihrer Regulierung, in: Albers, Marion/Katsivelas, Ioannis (Hrsg.), Recht & Netz, 2018, 59 (78); *Schemmel* (Fn. 100), 515.

103 Beispielhaft: *Jan Christopher Kalbhenn*, Digitale Transformation des öffentlichrechtlichen Rundfunks, MMR 2022, 106; *Schwartmann*/*Hermann*/*Mühlenbeck* (Fn. 96); *Gersdorf* (Fn. 93).

104 Beispielhaft: *Björn Flamme*, Schutz der Meinungsvielfalt im digitalen Raum, MMR 2021, 770; *Albert Ingold*, Meinungsmacht des Netzes, MMR 2020, 82; *Dieter Dörr*, Die Macht der Intermediäre, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Die Macht der Daten und der Algorithmen, 2019, 1.

105 Beispielhaft: *Josef Drexl*, Bedrohung der Meinungsvielfalt durch Algorithmen, ZUM 2017, 529; *Alexander Iben*, Staatlicher Schutz vor Meinungsrobotern, 2021; *Lüdemann* (Fn. 20).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Dabei zeigt sich, dass sich die Rezeption durch die Rechtsprechung keinerlei Bezug zum kommunikationswissenschaftlichen Forschungsstand aufweist. Vielmehr lässt sich die Bezugnahme entweder in den Modus der unkritischen Rezeption einordnen, mit dem Ergebnis, dass die Vermeidung von Filterblasen als legitimes Ziel angesehen wird, um lauterkeitsrechtliche relevante Maßnahmen zu rechtfertigen,[106] oder das Konzept wird in Form von Buzzwording in einer Reihe mit anderen Problemen der Kommunikation auf sozialen Netzwerken genannt wird, um die Bedeutung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zur Vielfaltssicherung zu betonen.[107] Wobei durch die fehlende Auseinandersetzung mit dem Forschungsstand verkannt wird, dass auch auf sozialen Netzwerken oder bei Suchmaschinen durchaus eine Form von inhaltlicher Vielfalt existiert.

Betrachtet man die regulatorische Seite, so sind zwar mit dem Medienstaatsvertrag und dem Digital Services Act bereits Vorschriften erlassen worden, die die Auswirkungen der algorithmischen Personalisierung nachvollziehbarer und transparenter machen sollen. In den Gesetzesbegründungen wurde jedoch nicht ausdrücklich Bezug auf die Gefahr möglicher Filterblasen genommen. Dennoch wird in der Literatur vereinzelt argumentiert, dass die Entstehung dieser Regelwerke u.a. von der Gefahr möglicher Filterblasen beeinflusst wurde.[108]

IV. Zwischenergebnis: Interaktionshindernisse

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das hier aufgegriffene Fallbeispiel als Exempel für zwei Interaktionshindernisse dienen kann, die sich gegenseitig verstärken. Zunächst scheint es, dass Rechtswissenschaftler:innen sich bei der Betrachtung der Auswirkungen algorithmischer Personalisierung teilweise auf anekdotische Evidenz verlassen. Dass es zu algorithmischer Personalisierung kommt, dürfte für Nutzer:innen von Informationsintermediären offensichtlich sein. Diese lässt sich auch ohne intersubjektiv nachvollziehbares Auswahlkriterium feststellen. Eine weitergehende Konsultation des Forschungsstandes oder auch nur eine Auseinandersetzung mit den theoretischen Grundlagen von Parisers Konzept und der Abgren-

106 OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.5.2020, 6 U 36/20, ECLI:DE:OLGKARL:2020:0527.6U36.20.00, Rn. 103 – Fact-Check.

107 BVerfG, Beschluss vom 20.7.2021, 1 BvR 2756/20, 1 BvR 2775/20, 1 BvR 2777/20, BVerfGE 158, 389 (421).

108 *Kalbhenn* (Fn. 103), 108.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zung zur selektiven Mediennutzung wird teilweise jedoch nicht mehr für notwendig gehalten.

Zweitens wird die bildhafte Metapher der Filterblase[109] als Dekoration genutzt, um die eigenen Ausführungen greifbarer zu machen und auf mögliche Gefahren, die sich aus der algorithmischen Personalisierung ergeben, hinzuweisen. Die fachfremden Konzepte werden als „Buzzwords" eingesetzt, ohne sich dabei genauer mit den Eigenschaften und der Belastbarkeit empirischer Forschung auseinanderzusetzen. Dabei kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Rückkopplung an den sozialwissenschaftlichen Forschungsstand bei der Rezeption von entsprechenden Konzepten gerade dann als entbehrlich angesehen wird, wenn die anekdotische Evidenz bereits für sie streitet. Dabei zeigt das erläuterte Fallbeispiel auf, dass sich die anekdotische Evidenz in der Empirie nicht bestätigen lässt. Diese Phänomene tauchen auch bei der Rezeption durch die Rechtsprechung auf. Die Annahme, dass die Frage nach dem Vorliegen sozialer Tatsachen von Jurist:innen oft eigenständig und ohne zur Hilfenahme sozialwissenschaftlicher Expertise beantwortet wird, [110] lässt sich nicht widerlegen.

Darüber hinaus zeigt das Fallbeispiel auf, dass trotz des Versuches, evidenzbasierte Regulierung zu betreiben, schon auf der Ebene des Problemwissens Unsicherheit bestehen kann, ob ein Eingreifen des Gesetzgebers nötig ist. Dieser steht dabei gewissermaßen in einer Zwickmühle. Handelt er nicht, obwohl das Problem besteht, verletzt er seine grundgesetzlichen Schutzpflichten. Handelt er, obwohl das Problem nicht besteht, greift er in die Grundrechte der Informationsintermediäre ein, ohne dass dieser Eingriff gerechtfertigt wäre.[111]

109 *Kerstin Liesem*, Regulierungsarchitektur für Medienintermediäre: Interdisziplinäre Überlegungen zu den Entwürfen des Medienstaatsvertrages, UFITA 2019, 395 (405 f.); *Boris P. Paal/Moritz Hennemann*, Meinungsvielfalt im Internet, ZRP 2017, 76 (76).

110 *Hamann* (Fn. 10), 57 f.; *Lepsius* (Fn. 52), 2.

111 *Christian Calliess*, § 44 Schutzpflichten, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, 2004 (Rn. 3).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

D. Lösungsansätze

I. Sensibilisierung der Rechtswissenschaft

Um diese Interaktionshindernisse zu überwinden, bedarf es aus rechtlicher Sicht mehr Verständnis für fachfremde Forschung. Trotz der von *Hilgendorf* aufgezeigten disziplinstrukturellen Probleme muss sich stärker vor Augen geführt werden, dass die Herausforderungen der Digitalisierung nicht allein aus dem juristischen Elfenbeinturm heraus beantwortet werden können. Dies benötigt auch eine Horizonterweiterung in der juristischen Ausbildung.[112] Die Vermittlung grundlegender Kenntnisse der empirischen Sozialforschung, ermöglicht es nicht nur, evidenzbasierte Regulierungsvorschläge zu unterbreiten, sondern auch einen Blick in den sozialwissenschaftlichen „Maschinenraum" zu gewinnen. Gleichzeitig bedarf es auch der Einsicht, dass es Angebote anderer Disziplinen gibt, die dazu führen, dass die Rechtswissenschaft bei der Bewertung sozialer Tatsachen nicht auf die „anekdotische Evidenz" zurückgreifen muss, sondern diese durch empirische Studien überprüfen und untermauern kann. Dies beugt möglichen Missverständnissen vor und führt zu einer besseren Nachvollziehbarkeit und öffentlichen Akzeptanz von medienrechtlichen Entscheidungen. Schließlich ist die Rechtswissenschaft mangels eigener empirischer Erhebungsmethoden auf die Kooperationsbereitschaft der Sozialwissenschaftler:innen angewiesen. Für diese wiederum bietet die Zusammenarbeit mit der Rechtswissenschaft, zumindest auf dem ersten Blick, oft keine hohen disziplinär gedachten Eigennutzen.

II. Kommunikationswissenschaftliche Forschung im Dialog mit der Rechtswissenschaft

Die Kommunikationswissenschaft kann einen wertvollen Beitrag zur evidenzbasierten Regulierung und zu einer möglichen „Verbesserung des Me-

112 *Stella Dörenbach*, Mehr Interdisziplinarität wagen – über den Nutzen der Rechtstatsachenforschung, in: Ammann, Odile/Bottega, Fiona/Bukovac, Jasmina/Lehner, Irina/Meier, Julia/Piskóty, Réka/Rausch, Caroline/Rehmann, Meret/Schneider, Lea Ina/Weder, Regina/Wilhelm, Martin (Hrsg.), Verantwortung und Recht, 2022, 235 (252 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dienrechts“[113] leisten. So weist *Neuberger*[114] darauf hin, dass die Kommunikationswissenschaft die Entstehung rechtlicher Normen analytisch begleiteten kann, die Einhaltung festgelegter Normen evaluiert und dabei mögliche Verstöße gegen diese medienrechtlichen Normen identifiziert und anschließend prüft, ob Medien ihrem Leistungsanspruch gerecht werden.

Aus kommunikationswissenschaftlicher und allgemein medienpolitischer Perspektive stellen sich die Fragen: 1) In welchem für die Entscheidungsfindung relevanten Bereich werden empirische Daten gebraucht, 2) welche Möglichkeiten existieren, auf die Rezeption der Ergebnisse hinzuwirken. Dabei kann die Kommunikationswissenschaft diese Fragen freilich nicht alleine beantworten, sondern ist von Beginn des Forschungsprozesses an auf die Interaktion mit der Rechtswissenschaft angewiesen. Es bedarf einer engen Verzahnung, damit die Forschung im Dialog und nicht isoliert von anderen Disziplinen und gesellschaftlichen Teilbereichen stattfindet und mögliche Missinterpretationen von Forschungsergebnissen vermieden werden. Gleichzeitig muss die Kommunikationswissenschaft aber auch selbst auf eine Rezeption ihrer Forschungsergebnisse hinarbeiten, wenn sie ihre Erkenntnisse für den Regulierungsprozess anbieten will. Dies kann nur geschehen, indem sie aktiv in den Dialog mit der Rechtswissenschaft und der Politik tritt. Trotz einiger Kooperationen fehlt es bisher an solchen etablierten Interaktionsprozessen zwischen empirischer Sozialforschung, Rechtswissenschaft und Politik.

E. Fazit und Ausblick

In diesem Beitrag haben wir versucht, die Vorteile evidenzbasierter Regulierung herauszuarbeiten und gleichzeitig Vorschläge zu unterbreiten, wie mögliche Interaktionshindernisse abgebaut werden können. Dabei bleibt jedoch noch ein zentrales Problem bestehen. Besteht schon Unsicherheit auf der Ebene des Problemwissens, wie bei den Filterblasen, so scheint der Ansatz der evidenzbasierten Regulierung schon auf der ersten Stufe zu scheitern. Es ist unklar, ab wann genügend empirische Anhaltspunkte vorliegen, um Regulierung und damit einhergehende Grundrechtseingriffe rechtfertigen zu können. Reicht zum Tätigwerden bereits ein theoretisches Konzept? Sollten erste empirische Ergebnisse vorliegen? Oder braucht es

113 *Neuberger* (Fn. 12), 66.
114 Ebd.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gar einen „Berg an Evidenz"? Im Zweifel muss die Entscheidung, ob und in welchem Umfang gehandelt wird, der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers überlassen werden,[115] wobei dessen Beurteilungsspielraum in dem Rahmen begrenzt ist, wie gesicherte empirische Erkenntnisse vorliegen.[116] Die Empirie kann hier also zumindest Leitplanken setzen. Gleichzeitig entstehen insbesondere in solchen Fällen „Beobachtungs-, Überprüfungs- und Nachbesserungspflichten",[117] die durch die interdisziplinäre Zusammenarbeit in Form des Handlungswirkungswissens ermittelt werden können.

Darüber hinaus kann der interdisziplinäre Dialog dazu beitragen, mögliche Wissenslücken auf Ebene des Handlungsvoraussetzungswissens zu füllen, indem Forschungsansätze überprüft und mit Bezug auf juristische Fragen nachgeschärft werden. Gerade hinsichtlich der Auswirkungen von algorithmischen Filter- und Entscheidungssystemen entsteht durch den Einsatz von Forschungsklauseln, wie in Art. 40 Abs. 4 DSA, § 19 Abs. 3 UrhDaG, die Möglichkeit auf eine größere Zahl an Daten zugreifen zu können. Hierdurch kann die Intransparenz der Entwicklung, Anpassung und Funktionsweise der Algorithmen möglicherweise aufgehellt und ein Blick in die „Black Box Algorithmus" ermöglicht werden.[118] Auf diese Art und Weise kann die interdisziplinäre Zusammenarbeit in Zukunft noch besser dazu beitragen, die Herausforderungen, die die neuen Arten der Kommunikation, Mediennutzung und Informationsverbreitung für die demokratische Gesellschaft erzeugen, zu erfassen und durch evidenzbasierte Regulierung dazu beitragen, den neuen Strukturwandel zu bewältigen.

115 *Lepsius* (Fn. 52), 4.
116 BVerfG, Urteil vom 24.10.2002, 2 BvF 1/01, BVerfGE 106, 62 (151).
117 *Lepsius* (Fn. 13), 208.
118 *Stark/Magin/Jürgens* (Fn. 58), 311.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Law and tacit knowledge

Linda Nell

The autonomy of law is often understood as a binding legislation which forms a system, regardless of whether the system idea means a kind of contradiction-free legal order or a consistent normative legal positivism. The legal system perspective also includes the assumption that the legal system is based on itself and can and must therefore do without external normative legal foundations. This view is very common in the sociology of law, whether based on Kelsen's philosophy of law or on Luhmann's systems theory. Modern law is positive law for Kelsen as well as for Luhmann. The only controversy is whether the law should be *justified normatively* or *described factually*.[1] In the horizon of a *theory of society*, it makes sense to assume with Luhmann that modern law (in all consequences of the system-theoretical concepts) is an autopoietic system. However, there are also good reasons to believe that the sociological perspective on the law of society is not exhausted in stating the self-reference of a system alone. Society is not only *functionally differentiated*, as a broad legal-theoretical following of Luhmann describes it today, but it is also *culturally pluralized* at the same time. In theory of social differentiation, one speaks of the *multiple differentiation* of society (Renn 2014), in which these two forms of social differentiation not only exist simultaneously, but also intertwine, alternately reinforce each other, and form heterogeneous orders qua 'negative constitution' (Renn 2021: 231). In addition to functional systems, also organizations, social milieus and individuals have become differentiated in modern society. The fact that modern law is thus not only functionally but also multiply differentiated never becomes clearer than when one illustrates the role of tacit knowledge. Here tacit knowledge appears twice as a system-external source of law. First, to a certain extent

1 However, despite numerous parallels between Kelsen and Luhmann, it is obvious that this makes a difference all around: Nell 2020: 103 ff. It is only with Luhmann, for example, that one can speak of second-order integration having become the authoritative perspective of a now genuinely sociological view of law.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a) 'before' the constitution of the legal system as a historical a priori: that would be cultural social semantics (e.g.: the 'bourgeois' subject) as a kind of evolutionary antecedent condition for the autonomization of the legal system. Tacit knowledge emerges here as ethical and life-form-specific implications of a cultural pre-understanding. Uwe Wesel's access is to be mentioned, but with decisive reference to lifeworld origins of abstract codified law. In his 'Geschichte des Rechts' (Wesel 2006) he draws extensively on research on customary law among the Nuer people (ibid. 43). Wesel provides examples of the early forms of law in which neither the universal form of standardization of cases nor abstract role differentiations had existed. The normative order of the Nuer people is not characterized by the question of universal justice, which is specific to modernity, but by situation-specific forms of negotiation with reference to a concrete damage of a certain person (blood revenge: *personal/concrete*). In this perspective, the nation-state nominalization of the legal system of positive rights appears as a relatively late effect of social differentiation, preceded by the original (i.e. genetic and constitutive) adverbial use of law. Before one could even speak of the subsumption-based self-regulatory effect of a legal code, acts had been either decent or not. In Wesel's view, historical routines of conflict resolution can be understood as precursors of modern law, which ultimately gave the institution of law its external plausibility, social acceptance or function.

Also Thomas Vesting (2017) describes the *cultural reservoir* from which the legal system draws its normativity and its legally binding nature as 'instituted' normativity. Vesting speaks of 'semantic inputs' from literature that provide a certain idea of subjective law. However, Vesting does not speak here so much of tacit knowledge, but rather of semantic inputs as 'implicit conditions' (ibid. 106). Vesting emphasizes a specific connection between literature and law in a historical perspective: For example, one can put forward the thesis that a meaningful legal and juridical conception of contractual freedom can only arise in a broadly based, taken for granted cultural self-understanding of civic freedom which has to be created in a secular world in the first place (and literature has its part to play in this). This cultural self-understanding must be internalized and become part of one's self-image. In 18th century England, for example, the ideal of the gentleman stood for such a self-image. This demanded that individuals had to be sociable, had to be part of a community, to share the same orientations and values, on which individual liberties, such as freedom of contract, could be based. Thanks to implicit seman-

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tic inputs, freedom of contract has become a legal phenomenon then according to Vesting. In this interpretation, *cultural knowledge* emerges as an evolutionary source of legally framed rights (Vesting 2017: 107).

The problem with both of these perspectivations, however, is that we do not strictly differentiate here between cultural knowledge

- that is not yet legally codified but still *explicitly* present on the one hand (such as life-form specific rules of etiquette, historical facts and cultural theories – like the image of the gentleman with identifiable characteristics) – knowledge that can be brought into propositional form and has discrete properties,
- and *tacit knowledge in a stricter sense* on the other hand, which answers the question of *'knowing how'* and cannot be completely transformed into explicit knowledge or *'knowing that'* (Loenhoff 2012: 16; see also: Ryle).

Often culturalist positions do not distinguish between a strong and a weak notion of tacit knowledge. For them, cultural knowledge, regardless of whether it is tacit or explicit, encompasses culturally *available* knowledge. In their perspective, tacit knowledge is fundamentally translatable *as such* and it is only a variant of cultural knowledge that is explicable in principle.

This is exactly what Gilbert Ryle called an intellectual misunderstanding that there is always manifest knowledge behind a skill (Ryle 1969). In contrast to the assumption that tacit knowledge is completely transferable into explicit knowledge, I would like to argue for a *strong notion* of tacit knowledge (following Loenhoff 2012: 8 ff. and Renn 2014: 51 ff.). Here, the *non-representational* character of tacit knowledge and its *epistemic unavailability* is assumed. When transforming into explicit knowledge, there are always *frictional losses* ('Reibungsverluste') due to translation (Renn 2006: 419).

b) Against this background, tacit knowledge appears as a non-systemic source of the *modern* law, too. Here, tacit knowledge emerges 'after' the law, within the contexts and orders of extra-systemic, practical applications of the law.[2] In other words, tacit knowledge has a certain socially functional effect in the transfer of legal subsumption into extra-systemic

2 At this point, we assume a system-theoretical notion of *system*. Refining system-theory, however, we distinguish different levels of aggregation of law (Renn 2021: 197 ff.; Nell 2020: 'multiple differentiation').

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

coordination of action ('translation' and 'normative recharging of law', Nell 2020: 274 ff.). This transformation of legal meaning and validity is usually interpreted away in the legal system itself and it is necessarily neglected by the legal sciences. After all, from a Luhmannian perspective, even legal methodology (the reflection on legal interpretation as the practical side of the written law) is merely a product of self-observation that arises *within* legal sphere, but it does not yet constitute a (sociological) theory of reflection that describes the unity of the system, its function, autonomy, or even indifference (cf. Luhmann 1995: 11, 499). Hence, one has to take into account the characteristics of tacit knowledge with reference to the *societal* governance potential of the law. This means we have to consider radical *disruptions of meaning* (see: Renn 2006: 146) when law is practically applied. It cannot be a matter of obscuring the necessary translation relations on the basis of either purely normative assumptions or presuppositions inherent in the legal system.

First of all, only *tacit knowledge* allows the *appropriate* application of legal rules: The coherence of the law, its consistency and even its conditional programming are – always and in every act – joined by the criterion of *case justice* when it relates to real-life situations, respectively when a legal norm is practically applied. This has a hermeneutical and practical dimension, in which the appropriateness of practical application cannot be controlled solely within the legal system itself. The appropriate application of the rule in a concrete and in each case-specific situation is a matter of reflexive judgement (Kant), i.e. of *tacit knowledge of what it means to follow the rule hic et nunc correctly*. 'Tacitness' in this case therefore does not refer to *logical* but to *practical* implications, respectively to the complex of *meaning as use* (Wittgenstein: infinite regress). It is like *knowing how* the clarinet sounds instead of knowing the heights of the mount blanc *(knowing that)*. Only when we build upon this understanding of the theory of use of meaning, we obviously have a strong notion of tacit knowledge (which cannot be fully explicated as such without frictional losses).

The question of the practical qualification of judicial decision-making can be described much more sharply in terms of action-theory at this point (Nell 2020: 277). This position has become better known in the sociology of law through Regina Ogorek (in her habilitation of 1986). The judicial decision-making cannot be limited, as the legal doctrines of interpretation put it, to merely finding an existing meaning of the norm and being able to realize it *as such*. The authority of a judgement or even the validity of

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

law based on jurisprudential requirements do not guarantee and implement *the competence of rule application* in the respective situation *hic et nunc*. The judicial decision-making process always relies on a sense of *knowing how* to classify the case within the required category demanded by the norm. For social events do not fall under these categories by themselves, but law transforms (or translates) social events into legal facts. In this way, it can be said that judges are not only to be seen as mere appliers or users of legal norms, but also as creators of law. Günther Hirsch also speaks of the *requirement* of creative legal reasoning and the principle of interpretation (Hirsch 2003). The judge is forced to handle the legal norm freely, if they do not want to fail in their task of pronouncing law (Hirsch 2003: 19).[3] However, the legal decision should not be confused with a decision of will. The judicial competence is quite narrowly limited. The judge may not be guided by private legal or socio-political convictions that deviate from the legislator's ideas. The interpretation is always carried out according to recognized rules of interpretation of *legal* hermeneutics, *which, however (and this is the action-theoretical point), themselves have gaps of specificity!* The distance between the juridically determined case and the episode in the lifeworld remains the distance between the legal system and external heterogeneous normative orders. In return, when going through the *cascades of translation* (Renn 2006: 406 ff.), tacit knowledge as the ability to apply the law appropriately is made justiciable through long distances and multi-level translation relationships in the law.

From a sociological point of view it can be said: In the process of judicial decision-making, tacit knowledge represents the infiltration of the normative infrastructure of the environment into the legal system, which itself

3 An illustrative example of the scope for interpretation and the reliance on tacit knowledge within the law is provided by Anne Schlüter (2024). Schlüter analyzes credibility assessments in asylum claims based on religious conversion in Germany. The most important finding of the study is that '– although the written judgements often read quite similarly, partly using the same standard passages – the hearings were carried out very differently by the individual judges. While […] [certain] test strategies for assessing the "sincerity" of religious conversion were found to be typical, i.e., frequently applied at the courts examined, this does not mean that every judge used them in the same way. Indeed, it became apparent that the judges varied in terms of which strategies they applied and, even more so, in how they applied them. […] All of this resulted in extremely divergent recognition rates in conversion-based asylum claims at the courts under study, ranging from about five to ten to about 80 to 90 per cent among the judges interviewed' (Schlüter 2024). Only a strong notion of tacit knowledge can explain this range in terms of action-theory/sociology (which, however, does not call into question the legal validity!).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

remains independent of morality (the legal system retains its autonomy, cf. Nell 2020).

So much on the effect of the extra-legal environment (horizons of meaning) on communication and decision-making within the legal system through the eye of the needle of judicial interpretation/application of rules. But what functional role does tacit knowledge play in the opposite direction?

The *sociological* interest in law tends to focus more on the functional role of law for or within society. Tradition places trust in the legal system to achieve normative integration of society (Parsons, Durkheim, Habermas). In our context, this means that the enforcement of the law would result in increased integration of society. But the role of tacit knowledge makes clear that the enforcement of law does *not replace* lifeworld normativity,[4] but rather that they coexist and interact with each other. Enforcing the law does not mean that the law now *directly* intervenes in everyday life and the lifeworld, but it requires its interpretative fixation of everyday events. Law is translated and this is where tacit knowledge reappears. Law enforcement compels the semantic subsumption of societal events under the general format, but the dispersion of deemed valid applications is inevitable: For the return of the explicit generality of the norm into the field of individual acts and practices does not reduce the ambiguity of 'falling under the rule' but rather increases it (Renn 2021: 217 f.). The difference between the legally characterized fact and the lifeworld episode remains relevant. The legal fact falls under the rule just as the individual instance falls under the category. The lifeworld episode follows a *narrative identification* of the event (not a subsumptive logical identification). In a similar manner, an individual is an unprecedented, non-identical individual, only connectable to habitus and implicit knowledge.[5] Lifeworld communication and an everyday conduct solely organized according to legal norms could not function.

Such a view on tacit knowledge in law can help to determine the role of law in a topological sense: Where and how is it situated in the society as a whole and how does it contribute to the heterogeneous social process in its normative dimension? In any case, law does not provide for normative integration of society (cf. Nell 2020). Emphasizing tacit knowledge allows

4 Habermas speaks at this point of the colonization of the lifeworld, which, however, would be a de-differentiation from our perspective.

5 This is Bourdieu's 'regulated improvisation', i.e. the habitus creates a space that is externally limited but internally infinite.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

to take into account the complexity and mutuality of the relations between the legal system and other normatively relevant interactions. Hence, in order to make sense out of the term 'law and society', we have to *reconstruct translational relations between different normative orders*. Finally, we can say: The unity of *the legal system* always encompasses *more* than its systemic nature. Law always has a *practical basis*, too, which can never be completely caught up dogmatically or positivistically. A holistic account of law must be based on action-theory and take into account the systematic role of tacit knowledge.

Literature

Hirsch, Günther (2003): *Rechtsanwendung, Rechtsfindung, Rechtsschöpfung. Der Richter im Spannungsverhältnis von Erster und Dritter Gewalt.* Heidelberg: C. F. Müller.

Loenhoff, Jens (2012): Einleitung, in: ders. (Hg.): *Implizites Wissen. Epistemologische und handlungstheoretische Perspektiven.* Weilerswist: Velbrück, S. 7-31.

Luhmann, Niklas (1995): *Das Recht der Gesellschaft.* Frankfurt/Main: Suhrkamp.

Nell, Linda (2020): *Die multiple Differenzierung des Rechts. Eine pragmatistisch-gesellschaftstheoretische Perspektive auf den globalen Rechtspluralismus.* Weilerswist: Velbrück.

Ogorek, Regina (1986): *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert.* Frankfurt/Main: Klostermann.

Polanyi, Michael (1985): *Implizites Wissen.* Frankfurt/Main: Suhrkamp.

Renn, Joachim (2006): *Übersetzungsverhältnisse. Perspektiven einer pragmatistischen Gesellschaftstheorie.* Weilerswist: Velbrück.

– (2014): *Performative Kultur und multiple Differenzierung. Soziologische Übersetzungen I.* Bielefeld: Transcript.

– (2016): *Selbstentfaltung – Das Formen der Person und die Ausdifferenzierung des Subjektiven. Soziologische Übersetzungen II.* Bielefeld: Transcript.

– (2021): Das Medium Recht und die Evolution seiner Formen, in: ders. (Hg.): *Indirekte Referenz – Pragmatischer Realismus und Medientheorie. Soziologische Übersetzungen III.* Bielefeld: Transcript, S. 197-239.

Ryle, Gilbert (1969): *Der Begriff des Geistes.* Stuttgart: Reclam.

Schlüter, Anne K. (2024): Credibility Assessment in Asylum Claims Based on Religious Conversion in Germany: A Qualitative Sociological Analysis, in: Rose, Lena/Öztürk, Ebru (Eds.): *Asylum and Conversion to Christianity in Europe. Interdisciplinary Approaches.* London: Bloomsbury [forthcoming].

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vesting, Thomas (2017): Die Medien des Rechts und die impliziten Bedingungen rechtlicher Normativität. Zur Rolle der Literatur für das moderne Recht, in: Knaller, Susanne/Pichler, Doris (Hg.): *Recht im medialen Feld. Aktuelle und historische Konstellationen.* PhiN-Beiheft 12/2017: 103–118, unter: http://www.phin.de/bi.htm (zuletzt am 05.06.2023).

Wesel, Uwe (2006): *Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zur Gegenwart*. München: C.H. Beck.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Law as Part of a Wider Conversation: Experiences with STS (Science and Technology Studies)

Talya Deibel

A. Introduction

Law is sometimes seen as 'lagging behind' technology and innovation. When technological progress is quick, and bureaucracy is slow, legislative practices might fall behind the social and scientific realities.[1] On the one hand, law is criticised for being an 'unwanted constraint' on innovation and for disincentivising technological progress. On the other hand, some argue that law responds well to digital technology and hence becomes essential in fostering a responsible and fertile technoscientific development.[2] This culture clash of law and technology revolves around the balance between forward looking characteristics of science and the need to provide social justice and equity in contemporary societies.[3] This paper emphasizes the inevitability of inter and intra-disciplinary approaches in legal research on technology today and will suggest a possible approach to this culture clash.

One way to understand this delicate balance with more nuance is engaging with STS (science and technology studies). As a social science field, STS aims at analysing the intricate and complex relationship between knowledge, technology, and society. According to STS scholarship, the discussion of technology in its relation to modern society presents us with a plethora of legal questions. After all, technology affects and is affected by society, and this includes law. Examples include privacy, surveillance,

1 For more information and a detailed elaboration see Sheila Jasanoff, 'Making Order: Law and Science in Action' in Edward J Hackett et al (eds), The Handbook of Science and Technology Studies (MIT Press, 2007) 761–786; Emilie Cloatre and Martyn Pickersgill, 'Introduction' in Emilie Cloatre and Martyn Pickersgill (eds), Knowledge, Technology and Law (Routledge 2014) 1–14; Emilie Cloatre and Martyn Pickersgill, 'Sociology of Law and Science' in Jiří Přibáň (ed), Research Handbook on the Sociology of law (Edward Elgar 2020) 81–92.

2 Cloatre and Pickersgill, 81; Roger Brownsword and Karen Yeung (eds), Regulating Technologies: Legal Futures, Regulatory Frames and Technological Fixes (Hart 2008).

3 Cloatre and Pickersgill, 85.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

smart contracts, the integration of the artificial agents into various parts of society, new biotechnological developments and so on.

Each example is indicative of how answering the many legal questions that are raised requires an understanding of how technological momentum impacts society and vice versa. Law requires a solid understanding of its interactions with different types of knowledge to address these questions. By contrast, legal scholars tend to treat science from a positivist perspective, often forgetting modern science is 'human doing'.[4] The pluralistic methodology that STS offers becomes crucial in analysing these intricacies.

STS focuses on object-subject relationships and hybridities between the human and non-human to address legal challenges brought by digital technology. According to STS scholarship, the object is never an object with respect to law. Rather, it refers to a multiplicity of subject-object relationships.[5] This includes different types of nature and different types of artefacts which perform different types of knowledge. Law's normativity acts only as a type of performance in a specific knowledge regime or types of order integral to different specializations. As a compromise, STS argues for an interdisciplinary and pluralistic methodology in creating a legal design that aims at fairness and justice in the cloudy atmosphere of technoscientific political futures.

This paper argues that a more nuanced engagement with STS and political theory becomes essential when dealing with questions that are dynamic, multi-faceted, and sensitive to contingency. To do this, it first introduces STS, then it discusses its relationship to law, and later comments on the role of inter and intra-disciplinarity in law. This is especially important considering private law has changed its character and adopted a more transformative and distributive role in society. An intellectually loaded view of STS helps us not to take law as an atemporal constant or something that is constantly re-invented. Rather, it reminds us that law is a social construct that is excavated from history each time new technologies require a new understanding and adjusted to the requirements of modernity and post-modernity.

4 Rex Gilliland, 'The Destiny of Technology: Modern Science and Human Freedom in the Later Heidegger' (2002) 18; Heidegger Studies, 115–128, 118.

5 Bruno Latour (tr. Catherine Porter) *Down to Earth: Politics in the New Climatic Regime* (Polity 2018).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

B. The Epistemic Authority of Science and Law

STS is a social scientific approach to study nature, science, and technology. Typically, STS is seen as having started in the 1970s. Its literature is based on history of ideas, philosophy of science, and social constructivism.[6] STS interrogates how different types of scientific knowledge are created and how they shape society. STS also deals with the specificity of law. It investigates how scientific knowledge becomes an integral part of the infrastructure of governance and is sometimes shaped by law.[7] For example, biological knowledge helps law to decide what a human being is and hence, the state's duty to protect human rights.[8]

STS scholars started to be interested in law before law discovered STS.[9] STS found its way through legal research mostly via Law and Social Science (LSS) analyses.[10] The engagement with STS scholarship benefited from critical legal scholarship, especially the law and race scholarship and feminist legal theory. These areas share a common tradition as they draw on the interdependencies between power and society.[11] The critical perspective of STS includes questioning and scrutinizing scientific claims. For example, when analysing the regulatory framework of pharmaceuticals STS suggests

6 Cloatre and Pickersgill, 83.

7 Cloatre and Pickersgill, 81–83; Sheila Jasanoff, 'Law's Knowledge: Science for Justice in Legal Settings' (2005) 95 American Journal of Public Health, 49–58.

8 Benjamin J. Hurlbut, Sheila Jasanoff and Krishani Saha, 'Constitutionalism at the Nexus of Life and Law' (2020) 45(6) Science, Technology, & Human Values, 979–1000.

9 Simon A. Cole and Alyse Bertenthal, 'Science, Technology, Society, and Law' (2017) 13 Annual Review of Law and Social Science, 351–471, 355; Cloatre and Pickersgill, 83 ff.

10 For an LSS account on STS studies see Cole and Bertenthal; Cloatre and Pickersgill; Alain Pottage, 'Law Machines: Scale Models, Forensic Materiality, and the Making of Modern Patent Law' (2011) 41(5) Social Studies of Science, 621–643; Alain Pottage, 'The Materiality of What?' 2012 (39) Journal of Law and Society, 167–183; For a private law perspective see Günther Teubner, 'Rights of Non-humans? Electronic Agents and Animals as New Actors in Politics and Law' (2006) 33 Journal of Law and Society, 497–521; Günther Teubner (tr. Jacob Watson) 'Digital Personhood? The Status of Autonomous Software Agents in Private Law' (2018) Ancilla Iuris 107–149; Talya Ucaryilmaz Deibel, 'AI and the Dualism of Persona and Res in Roman Law' (2021) 12 (2) European Journal of Law and Technology; For a critical theory perspective see Johan Soderberg, *Free Software to Open Hardware: Critical Theory on the Frontiers of Hacking* (Gothenburg 2017); Eric Deibel, *Rousseau and the Future of Freedom: Science, Technology and the Nature of Authority* (Routledge 2023).

11 Cole and Bertenthal, 354.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

questioning the relationship between a drug's approval, its effectiveness, and the interpretation of the data such as race, gender, class etc.[12]

STS scholarship focuses on 'symmetry' between the social and the scientific. According to STS, the social is always and already embedded in technology. [13] It is not only a question of how social systems are naturalized within the techno-scientific but also how norms are built on multiple dimensions of the natural. It is in that sense that new developments in technology challenge legal definitions: What is a human being? What is a gene? What is AI? What is an invention?

The implication, however, is that there are multiple versions of such symmetry. On the one hand, these questions revolve around other questions: How does society work economically? What are the accepted ethical behavioural norms? What are other social systems that penetrate law? On the other hand, the legal reality that lies behind it is not uniform either. It is composed of intertwined public and private interests that exist in national and global spheres. Such a view of co-existing normative orders is sometimes addressed by legal pluralism.[14] STS in this sense deepens the existing legal traditions in law as transhistorical regimes of knowledge.[15]

The pluralist methodology that STS offers is useful when dealing with the 'wild zones' of bio and cyber. There will be at least a minimal multiplicity of either when thinking through contemporary social and scientific systems and the realities that they touch upon. For example, there is an order to the knowledge that constitutes positive law and the same applies to the natural law tradition that revolves around universal values interacting with each other and reaching a compromise about what will prevail and when. This makes it rather a patchwork: A collage of legal statements focused on the object, namely what science and technology tell and how the normative system responds to it.

Law and STS ask the same question: How do different types of normativities co-exist within and alongside those of the State?[16] The relationship

12 Cloatre and Pickersgill, 86.

13 Sheila Jasanoff, 'Ordering Knowledge, Ordering Society' in Sheila Jasanoff (ed), *States of Knowledge The Co-Production of Science and Social Order* (Routledge 2004) 13–45.

14 Bertram Turner and Melanie G. Wiber, 'Legal Pluralism and Science and Technology Studies: Exploring Sources of the Legal Pluriverse' (2023) 48(3) Science, Technology, & Human Values, 457–474, 458.

15 Cloatre and Pickersgill, 84.

16 Cloatre and Pickersgill, 81; Günther Teubner, 'How the Law Thinks: Towards a Constructivist Epistemology of Law' (1989) 23 Law & Society Review 727–758.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

between STS and law crystallizes on the point where both science and law are seen as two major epistemic authorities.[17] If climate science says emissions are dangerously heating the Earth, countries have a duty to curb the emissions.[18] If contract law says parties have to behave according to good faith, the parties have a duty to disclose necessary information. These two major areas revolve around truth and facts. Not surprisingly, lawyers have been regarded as 'scientists' and the library as the 'lawyer's laboratory' in the confines of the university for a long time.[19] In Justinian's compilation, which is the first major and extensive private law codification of Europe, law was referred to as *scientia*. According to Romans, law was the science of just and unjust.[20]

Nonetheless, taking law as science has been challenged for several reasons. First, legal problems do not have clear solutions. They have 'reasonings' based on contestable judgements. Second, law revolves around values and seeks for justice as opposed to science which seeks for the 'objective truth'. These criticisms reduced law's relationship to science to criminology, legal admissibility of scientific evidence through falsification, or high-tech inventions and their superficial regulatory framework.[21]

A flat view on law and technology either assumes that scientific developments can be easily understood, digested, and regulated by law or law becomes a primary actor in determining innovation and technology.[22] Another major implication is that law creates its legal reasoning based on a naive assumption that there are clear objective facts and that unbiased scientific information can be created or obtained.[23] Interdisciplinarity and a meticulous engagement with STS show us that the relationship between law and technology is never that simple. Law has always been about scientific information and nature. Yet, it is lacking the deeper acknowledgement of a co-dependent relationship with science and technology, as well as criticizing its hubristic claim of true and non-messy objectivity.[24] Jasanoff uses the term *'co-production'* to refer to the interaction of scientific and legal knowledge, as they are in a constant and reciprocal state of producing

17 Jasanoff 2004.
18 Hurlbut, Jasanoff, and Saha, 982.
19 Cole and Bertenthal, 352; Christopher Columbus Langdell (1887, p. 124).
20 *Corpus Iuris Civilis*, Ins. I, 1.
21 See Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals (1993).
22 Cloatre and Pickersgill, 82.
23 Cole and Bertenthal, 352, 353.
24 Cole and Bertenthal, 352.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

each other.[25] Law and science, the two major epistemic authorities, co-exist and co-produce. They borrow from each other, they are translated and re-translated from each other, and they are built on each other in multiple ways.[26] However, even STS scholarship rarely challenges the old-fashioned contrast of lawyer v. scientist.

C. STS, Law, and Hybridities: The Subject-Object Dichotomy

Usually, STS understands law as a case study, one among many, to interrogate with questions regarding to science, technology, and society. To do this, it analyses different behavioural patterns and constituents of law which create ways of being, knowing, and doing. STS does not concern itself with the definition of law. The complex characteristics of the normativity of techno-material networks make defining law rather challenging.[27] Therefore, STS tends to take law within this complexity as an assemblage of different multi-layered overlapping networks which extend beyond institutional boundaries. Accordingly, the concepts which derive from the ontological substance of law such as the 'subject' and 'object' fail to define the contemporary society. STS aims to explore the subject-object dichotomy and the role of socio-technical hybrids within the ecology of law.

One of the major theoretical approaches in STS scholarship is the Actor Network Theory (ANT), which is generally attributed to Bruno Latour.[28] According to Latour, it is not enough to understand science and its impact on society to understand science and technology. One should take all the elements in the network into account to have a grasp on the interrelated dynamics of law and innovation. Scientific communities, scientific methods, objects, patterns, symbols, and even social movements have agency in enacting science. This object-oriented ontology of Latour is sometimes referred to as 'science in action'.[29] This is as important in law as it is in science.

25 Jasanoff 2004, 37 ff.; Jasanoff 2007; Sheila Jasanoff (ed), *Reframing Rights: Bioconstitutionalism in the Genetic Ag.* (MIT Press 2011).

26 Jasanoff 2007.

27 Turner and Wiber, 459, 451, 468.

28 Bruno Latour, *Science in Action* (Harvard University Press 1987); Bruno Latour (tr. Catherine Porter) *We Have Never Been Modern* (Harvard University Press 1991); Bruno Latour, *Reassembling the Social: An Introduction to Actor Network Theory* (Oxford University Press 2007).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ANT rejects binary distinctions such as nature v. society, object v. subject, system v. network and so on. Rather, it revolves around the anti-dialectical premise that everything is object and subject at the same time and all the time. This is also applicable to their relationship and exists in multiple stages and in multiple conditions. The way we weave it together depends on the questions we ask, the problems we want to solve, and what we find during our research. In this regard, every interactional and communicative artefact in creating scientific knowledge is referred to as an *'actant'*. This means an object, subject, or their boundary itself have agency and active roles in the process of making science and law.

Today, private law poses important questions regarding the agency of the non-human actors or any other *actants* in the political and economic life. How should platforms be regulated in the world of hyperconnectivity? Will the AI technology result in a new type of slavery? Will online manipulation turn the autonomous agent into the *longa manus* of digital technology? How can we decide on responsibility and liability without necessarily understanding autonomy and freedom in the digital age?[30] Today, these legal questions regarding AI, smart contracts, and ubiquitous technology require us to shift our perspective from a subject oriented view to a more object-oriented ontology.[31] STS claims that objects should be evaluated and interpreted according to what they 'do' within a particular network. This is not only applicable to non-human participants in the legal scene but also to regulations, legal processes, or societal relationships through their existence and usage in law as 'socio-legal realities'.[32]

It is important to discuss how the modern overemphasis on the duality of subjects and objects prevents us from adding the necessary depth to today's flat ontologies existing in the relationship within the networks of control. On the one hand, adopting an STS approach helps to critically analyse the historical hold of the separation between the 'object' and 'subject' in law.

29 Pottage 2012; Cloatre and Pickersgill, 83.

30 Ucaryilmaz Deibel, Dualism, 2021.

31 Bruno Latour, 'Where are the Missing Masses? The Sociology of a Few Mundane Artefacts' in Weibe, Bijker and John Law (eds), Shaping Technology-Building Society: Studies in Sociotechnical Change (MIT Press 1992) 225–257; Günther Teubner, 'Substantive and Reflexive Elements in Modern Law' (1983) 17 Law and Society Review 239–286; Günther Teubner, 'Breaking the Frames: Economic Globalization and the Emergence of Lex Mercatoria' (2002) 5(2) European Journal of Social Theory, 199–217.

32 Cole and Bertenthal, 363; Hunter 2015.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

On the other hand, the rejection of dualisms and deparadoxification comes with the danger of paralysing STS scholarship. Its radical epistemological position risks that an analysis looks at what is on the surface without discussing the problem at a deeper level.[33]

When there is a legal case, the general application of subject-object distinction becomes arbitrary. Techno-legal phenomena can rarely be defined by science and most of the time law relies on arbitrary definitions.[34] To reach a higher level of interdisciplinarity, the distinction which has been semiotically translated into the legal realm because of some compromise should become part of the discussion. For example, analysing the boundary between 'nature' and 'invention' would be necessary to thoroughly discuss what is patentable.[35] In other words, we discuss the subject and object, namely invention and nature, based on previous ideas about what is a patent. After reaching this historical insight from a legal point of view the question transforms to another one: How should this distinction and the status of patent be understood in their relationship to the basic principles of law?

D. Inter-disciplinarity and Intra-disciplinarity within and outside of Law

STS takes law as a material practice which deals with a variety of heterogenous phenomena.[36] Law does so in a specific way so that the field sometimes comes to life as self-reproducing and self-referencing.[37] Law clarifies, trans-

33 Deibel 2023.

34 Deibel 2018; Cole and Bertenthal, 255.

35 For Instance, the 1980 Supreme Court decision *Diamond v. Chakrabarty* allowed patents on living organisms. Yet, in 2013 the US Supreme Court ruled that human genes are not patentable. This is an illustration that the cases should be understood based on relevant constitutional commitments of the era. Hurlbut, Jasanoff, and Saha, 986–989.

36 Bruno Latour, *La Fabrique du Droit* (La Découverte, 2002); Cole and Bertenthal, 360.

37 Luhmann's system theory takes law as a normatively closed, yet cognitively open, self-referential, and autopoietic social system. Niklas Luhmann, *Soziale Systeme* (Suhrkamp 1987); Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Suhrkamp 1993). Luhmann's theory of systems and Latour's ontology of networks are similar even though the referential process of law is considered underdeveloped in Latourian sociology. One major difference between Latour and Luhmann's accounts of law lies in the inclusion of the environment of communication in the definition of the system. According to Luhmann, such inclusion would make an exception to the rule

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

lates, and coheres.[38] This makes law a network of *actant*s where legality becomes the network's *modus* of existence.[39] It shows how *actants* are assembled.[40] This requires law to be reflexive and to recognize the limits of its own capacity. Such reflexivity is not only relevant for analysing the legal system itself. It is also crucial for scrutinizing the study of law and jurisprudence and it emphasizes the role of inter- and intra-disciplinary approaches.[41]

Certain fields of law are more reflective about law than others. This includes fields with inherently interdisciplinary characteristics such as philosophy of law, sociology of law, comparative law, legal history and so on. However, the practical questions regarding technology and innovation have been mostly dealt with by private law. On the one hand, private law decides whether smart contracts are really contracts, how to protect IP, what should be understood as 'privacy', or who will be liable for the damage caused by a self-driving car. On the other hand, all these topics have a very strong public dimension such as democracy, legitimacy, transparency, food, agriculture, health, etc. STS scholarship is often interested in underlying phenomena such as invention, discovery, authorship, autonomy, agency, or responsibility.[42] Engagement with other areas requires engagement with a basic scientific methodology, which is typically part of STS. Therefore, adopting an STS view does not only increase interdisciplinarity in law but also weaves private and public dimensions together.

---

of operational closure. However, Latour's ontology includes communication in the network. See Jörn Richert, 'Luhmann, Latour and Global Petroleum Governance' (2018) 22(2) European Journal of Social Theory 231–249; Irene van Oorschot and Willem Schinkel, 'The Legal Case File as Border Object: On Self-reference and Other-reference in Criminal Law' (2015) 43(4) Journal of Law and Society, 499–527, 507 ff. However, Turner and Wiber argue that any view of law as a closed system must be rejected as law is generated in many social spaces aside from legislatures. Turner and Wiber, 462. According to Jasanoff, lawyers see law as a closed system and therefore bring it into reality created by the expectation of law as a closed system because of co-producing. In this sense, law acts as a social system which operates within its 'environment' which does not present an ontological reality and can only be observed through self-referencing. Jasanoff 2004; Jasanoff 2005.

38 Cole and Bertenthal, 361; Pottage 2012, 175.

39 Bruno Latour (tr. Catherine Porter) *An Inquiry into Modes of Existence: An Anthropology of the Moderns* (Harvard University Press, 2013).

40 Cole and Bertenthal, 360.

41 Cole and Bertenthal, 363.

42 Michel Foucault, *The Order of Things: An Archaeology of the Human Sciences* (Random House 1994); Michel Foucault (tr. Alan Sheridan) *Discipline and Punish: The Birth of the Prison* (Random House 1995); Hurlbut, Jasanoff, and Saha.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Private law and public law have equally important and inter-connected roles in regulating technology. However, this traditional division does not match social reality for many reasons. Firstly, ethical behavioural standards in the public and private sphere have been historically translated and re-translated, often from each other. For instance, good faith is generally understood as a private law concept. However, its basic components, like proportionality or reasonableness, have been developed in private law through a constant interaction with public law.[43] These flexible standards are typically considered to be well-equipped to be used when dealing with nubilous legal questions regarding technology and innovation.

Secondly, the inter-dependent relationship of public and private law is particularly visible in transnational trade relations. Cosmopolitanism has been a major factor in the reconciliation of private and public aspects of law. This is more relevant today since globalism 'broke the frames' of the nation state and blurred the lines between public and private.[44] The intricate relationships between private and public authorities including different levels of regulations, whether they are law or proto law, have agency in shaping science and innovation.[45]

Thirdly, private law today assumes a transformative role in society. Societal challenges arising from globalization and digital technology highlight the public dimensions of traditional private law matters. Private law is no longer only about providing commutative justice between parties. It is also about social justice and equitable distribution of value. Transformative characteristics of private law manifest themselves in many areas including housing, climate litigation, IP in pharmaceutical industry, plant biodiversity, and human rights protection in the global value chains.[46] Addressing these issues requires having an intra- and interdisciplinary research agenda.

One can still question why such an interdisciplinary perspective would make 'law' function better. What are the benefits of engaging with STS in legal discussions? STS, as opposed to philosophers who are interested in the epistemology of science and what science ought to be, emphasizes the

43 Talya Ucaryilmaz Deibel, 'The Principle of Proportionality in Modern Ius Gentium' (2021) 36 Utrecht Journal of International and European Law, 14–32.

44 Günther Teubner, 'Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society' in Günther Teubner (ed), Global Law Without a State (Dartmouth 1996), 3–28.

45 Cloatre and Pickersgill, 87.

46 Talya Ucaryilmaz Deibel, 'Corporate Social Responsibility in the Legal Framework of Global Value Chains' (2021) 15(2) The Law and Development Review, 329–356.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

importance of 'action' and the process of creating scientific knowledge.[47] Regulations, legal definitions, and legal patterns have major roles in translating scientific knowledge. What STS does is to take a case study, for example gene patenting, and to try to understand and to criticize it based on the subject-object distinction. An STS approach constantly puts legal categories and legal foundational concepts in rotation no matter what the case is. This helps us to better understand the epistemic role of law in technology and innovation.

On the one hand, contemplating the agency of law in science and technology is crucial considering that law needs to respond to science, technology, and social implications of them. Idealistically, this requires an interdisciplinary mindset. On the other hand, the legal system, on an opportunistic level, aims to reach more sensible conclusions with minimal effort. A straighter line between external ontological categories and legal norms and verdicts would make the legal answers widely supported, legitimate, and efficient. Constructing the rule system to respond to the 'reality' requires contemplating about the natural and the social. In other words, the interdisciplinary approach brings us to the question that Jasanoff asks: How can we design the legal framework as practical and as just as possible under conditions of scientific uncertainty?[48]

E. Recognizing Each Other's Existence: Harder Than It Seems

Reconciling STS and law is harder than it looks. STS takes scientific knowledge as a social phenomenon.[49] It takes science as unstable and unclear, and this places it in opposition to the positivist account embraced by law. According to STS scholarship, 'what is scientific?' is not an easy question to answer. This does not necessarily mean that scientific reality does not exist but rather that people who claim that reality exists constantly misrepresent reality. This is especially relevant in the age of post-truth where knowledge production is widened and democratized.[50] For example, it is foreseen that

47 Cole and Bertenthal, 353.

48 Sheila Jasanoff, 'Law's Knowledge: Science for Justice in Legal Settings' (2005) 91 American Journal of Public Health, 49–58.

49 This approach has caused famous 'science wars', as well as many other controversies within the field. For detailed information see Andrew Ross (ed), *Science Wars* (Duke University Press 1996).

50 Steve Fuller, *Post-Truth Knowledge is a Power Game* (Anthem 2018).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

in a couple of years the volume of false data regarding climate science will exponentially increase.[51] This means that the legal normative framework will have to either draw on falsified data or try to expand and deepen its understanding of the relationship between science and authority if it is not to become an agent in the amplification of falsified data.[52]

Constructivism, namely believing that everything including nature and science is constructed, does not necessarily need to imply relativism. Recognizing that certain phenomena follow certain procedures which are outcomes of certain compromises does not necessarily disqualify the procedures. It does not mean that nothing exists *a priori* either. Rather, there might be a friction between what exists, what is seen, and what is done. This poses challenges when it is put in a language that does not prioritize the visibility of perspectives, ideological lenses, and conceptions of materiality. Law as a normative social system does not necessarily need to be based on essentialist ontological claims and a deeper discussion with STS helps to critically engage with law's normativity and its essentialism.

Similarly, STS sometimes ends up denying the epistemological contributions of law. For instance, STS scholarship does not consider underlying multiple legal theories if they do not clearly demonstrate their relevance in the case. In other words, STS acknowledges law if the legal argumentation sits on the heart of a discussion, for example about what a 'person' is, what 'AI' is, or what 'DNA' is. However, STS tends not to focus on legal analysis that is derived from deeper levels of the discussion that requires historical and comparative knowledge. Deeper dimensions of law rarely pop up in STS legal case studies. Consequently, there is a missing link with historical and comparative components which would potentially be relevant to better understand multiple realities of the case.

Law has already reached a compromise between different schools of jurisprudence. Its *longue durée* of negotiations between different regions, approaches, and spheres helped law to reach a certain level of stability which is sometimes not visible through an STS lens. This means that the relationship between STS and law might still lack the necessary rigour that is much needed to deepen the layers of scientific and social analysis. This does not make the existing dialogue between STS and law meaningless.

51 Steve Fuller, 'Shaken Not Stirred: The Name of the Game in the Post-Truth Condition' (2023) Critical Review, 1–18.

52 On the contrary, Steve Fuller sees this radical break as an emancipation and decentralization of scientific authority. This requires being sceptical towards organized versions of 'truth'. Fuller 2018.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Quite the opposite, it requires to be more nuanced about the challenges that sit in this interdisciplinarity. Adopting a mainstream constructivist approach in analysing technology makes it harder to deviate from the case studies to have a broader perspective.

Both the complexities and the benefits of this methodology demonstrate themselves when we consider cases situated at the boundary of law and society. So-called boundary objects belong to multiple universes.[53] For instance, plant biodiversity, gene patenting, artificial intelligence, transhumanism, or any other cases that are situated at the boundary of law and society cannot be merely taken as isolated examples anymore. The boundary objects are misunderstood when they are reduced to dualisms. Legal or illegal, subject or object, nature or invention are just basic dichotomies that both law and STS challenge in the digital era.

These boundary objects are also examples that should show how law has been negotiated to create the normative framework of technology. For example, the usage of embryos for research is heavily restricted in Germany and the adult stem cells are allowed to be imported if approved by the Central Ethics Commission for Stem Cell Research (ZES).[54] An STS approach on stem cell research should take the concept of *Rechtsstaat* as well as 'human dignity' as the constitutional basis of personhood in its complexities.[55] This requires a good command in ethics, critical theory, history, economics as well as international law, private law, and public law.

Especially the boundary objects that push the agenda in social, legal, and technological terms contribute to the development of deeper discussions between law and STS. Because the stakes are high the need to engage with different social and scientific systems and different spheres of law becomes necessary. This is not solely visible in societally important practical

53 Susan L. Star, 'The Structure of Ill-structured Solutions: Boundary Objects and Heterogeneous Distributed Problem Solving' in Les Gasser & Michael Huhns (eds), *Distributed Artificial Intelligence* (Morgan Kaufmann, 1989) 37–54; Susan L. Star, 'This is Not a Boundary Object: Reflections on the Origin of a Concept' 35 (2010) Science, Technology, & Human Values, 601–617; Thomas F. Gieryn, 'Boundary Work and the Demarcation of Science From Non-Science: Strains and Interests in Professional Ideologies of Scientists' 48 (6) (1983) American Sociological Review, 781–795; Eric Deibel and Sakari Tamminen, *Recoding Life: Information and the Biopolitical* (Routledge, 2018) 48.

54 For the Embryo Protection Act (Embryonenschutzgesetz - ESchG) see https://www.gesetze-im-internet.de/eschg/BJNR027460990.html. For the Stem Cell Act (Stammzellgesetz) see https://www.gesetze-im-internet.de/stzg/index.html/ (11.07.2023).

55 Hurlbut, Jasanoff, and Saha, 986–989; Jasanoff 2004, 16.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

cases but also relevant for niche areas which require to steer the direction away from the mainstream route such as open-source seeds or democratic mail systems which revolve around basic values such as freedom and democracy.[56] A meticulous engagement between STS and law is challenging yet especially rewarding for boundary cases as it helps law to be critically responsive to technology and innovation.

F. Conclusion

STS is a useful tool to analyse how the natural and the social interact with each other. It also demonstrates how the public and the private should be interpreted relatively to each other when dealing with digital technology and innovation. It is practical as it permits us to address the plethora of contemporary issues within a single interdisciplinary approach.

Paying attention to the dynamics of the scientific knowledge production and having a thick view of the details is necessary for the cross-fertilization of law and technology. However, both law and STS are sometimes in denial of their relationship to history, comparative studies, and political philosophy. Analysing techno-scientific legal questions requires 'comparative law' to put the 'comparative' back in the game and develop a methodology to analyse law from a perspective in which law is one of many other things. Nonetheless, this requires willingness and not to wait for external experts to do it for us. STS should be in the legal scholar's tool kit to overcome the lack of inter- and intra-disciplinarity.

STS focuses on the empirical questions regarding the relationship of technology and innovation to society and this comes with a risk of putting the theoretical foundations of the legal questions on a secondary spot. STS argues that it is symmetrical between science and society yet over the years it has shifted more to the science and technology part and less and less to the society and their interaction. Law with its rich history, sociology, and philosophical traditions can provide a fertile area for STS scholarship. In addition, a deepened engagement with political theory and history would help legal scholars to better understand how existing legal institutions need

56 Eric Deibel, 'Open Sesame: Open Source Seeds and Crops' in Fabien Girard and Christine Frison (eds), The Commons Plant Breeding and Agricultural Research (Routledge 2018), 74–88.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

to be finetuned, given the various new challenges.[57] In that sense, such parallelism between law and STS is another hint that these two areas can substantively contribute to each other if they do not lack the theoretical rigour and are open to become more reflective.

Acknowledging the complexities of the dialogue between technology and law is important to reach a fruitful and meaningful understanding of interdisciplinarity. To establish a better relationship between technology, innovation, and law it is necessary to form a triangle: Law, STS, and their philosophical theoretical foundations. This would facilitate creating a fair, ethical, and sustainable legal design for today's digital society.

57 Ucaryilmaz Deibel, Proportionality, 2021.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Law Will Find A Way:
Legal Research at the Intersection with Palaeontology

Paul P. Stewens[1], Nussaïbah B. Raja, Emma M. Dunne

Fossils, the remains of dinosaurs and other extinct creatures, are not an evident concern for legal scholars. Upon closer consideration, however, it becomes apparent that there is a broad range of pressing legal issues that relate to the extraction, transfer, and ownership of palaeontological objects. This contribution outlines Law and Palaeontology as a field of research that applies a material approach and studies legal issues that relate to fossils. A number of examples and case studies illustrate the diversity of legal fields one can draw on for this: among them colonial looted fossils, the environmental law implications of the trade in mammoth ivory, and the legality of excavations in occupied Crimea under international humanitarian law. The relevance of these issues has so far been disproportionate to the little attention Law and Palaeontology has received. In the absence of legal expertise from debates in palaeontology, a culture of disregard for the law continues to thrive. The considerable demand in palaeontology for legal researchers to, *inter alia*, weigh in, to review the provenance declarations of studies on foreign fossils, to contribute research methodologies, and to assist collections to meet their due diligence obligations is far from being met. Therefore, legal researchers should consider Law and Palaeontology as a highly visible, versatile, interdisciplinary, and policy-relevant field of research that would develop legal expertise sorely needed in palaeontology.
Keywords: Law and Palaeontology – palaeontology – fossils – interdisciplinarity

A. . Introduction

Steven Spielberg's 1993 movie *Jurassic Park* has become a staple of modern popular culture. In the film about a theme park populated with cloned

1 The author thanks Gina Manitta for the enlightening exchanges about international humanitarian law.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dinosaurs, three scientists are asked for their professional opinions on the project. One of them, mathematician Dr Ian Malcom, is appalled by the idea of having this kind of control over nature. In his view, life cannot be contained in the way that Jurassic Park attempts. Dr Malcolm condenses his anxiety into one famous formula: "Life will find a way."

Fast forward to 2018. The U.S. District Court for the Northern District of Texas hears a case on an order of forfeiture for a Mongolian dinosaur skull. Statute of limitations issues are at the heart of the dispute. In a footnote, the judge notes: "Ironically, though Defendant Bataar Skull presumably sat undisturbed in the Nemegt Basin for millions of years, the current disagreement seems to hinge on the Court's interpretation of actions taking place over a period of just 14 days. But law will find a way. *Cf.* Michael Crichton , Jurassic Park (1990)."[2]

This provides a first illustration of the odd friction that we can often observe when the law is confronted with dinosaurs.[3] Here, such an encounter led a judge to make an ironic remark and even cite a work of popular culture without any substantive bearing on the decision at hand. Tracing such interactions takes us to an odd corner of the law. It is one that only becomes visible if one focuses not on principles, not on doctrines, norms, concepts—but on *material objects*.[4] Going through a 'dinosaur phase' as a child is as common as 'growing out' of dinosaurs and other extinct creatures relatively soon afterwards.[5] Nonetheless, their fossilised remains can fascinate legal scholars in a broad range of ways.

The palaeontological community itself is growing increasingly sensitive to legal issues—mostly as a result of both palaeontologists and journalists drawing attention to illicit fossil trafficking on social media[6] and in several high-profile news media[7]. The recent example of the Brazilian dinosaur

2 *United States v. One Fossilized Tyrannosaurus Bataar Skull*, 365 F. Supp. 3d 759 (N.D. Tex. 2018).

3 Donna Yates, 'Creative Compliance, Neutralization Techniques, and Palaeontological Ethics', 11 *The Geological Curator* (2022) 428.

4 For an object-based approach to international law see: Jessie Hohmann and Daniel Joyce, 'Introduction', in Jessie Hohmann and Daniel Joyce (eds.), *International Law's Objects* (2017) 1.

5 W. J. T. Mitchell, *The Last Dinosaur Book: The Life and Times of a Cultural Icon* (1998), at 232.

6 Juan Carlos Cisneros et al., 'Digging Deeper into Colonial Palaeontological Practices in Modern Day Mexico and Brazil', 9 *Royal Society Open Science* (2022) 210898.

7 Rodrigo Pérez Ortega, 'Retraction Is 'Second Extinction' for Rare Dinosaur', 374 *Science* (2021) 14; 'Research on Amber from a War-Torn Part of Myanmar Is Surging', *The*

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

"*Ubirajara jubatus,*" smuggled into Germany and eventually repatriated,[8] has become an international icon of problematic research practices in the field. Similarly, legal and ethical issues around fossils in amber from Myanmar have divided the palaeontological community: between those that are pushing for stricter policies to curtail continued extraction of—and even research on—this material[9] and those who vehemently proclaim that knowledge production should outweigh ethical and legal concerns, even in the face of war and a humanitarian crisis[10]. Several other regions and countries in the world have also suffered a drain of fossil resources through illicit channels, not only for research but also for commercial purposes, such as adorning the mantelpieces of celebrities and the ultra-wealthy.[11]

Despite being a long-established discipline centred around fossil collecting, the training of most modern palaeontologists does not focus on adequate and responsible navigation of the legal issues related to the extraction and international transfer of fossils. If at all, junior researchers might encounter such issues when preparing for their first fieldwork in a jurisdiction that protects its fossil heritage by law. Others might simply ignore foreign legislation—out of ignorance or naïvety, or even consciously and vocally.[12] Such behaviour creates a culture of lawlessness that not only impoverishes source countries but also harms science.[13]

Against this backdrop, our contribution outlines Law and Palaeontology as a field of study that considers the legal issues that relate to the extraction,

---

Economist (2022) , available at https://www.economist.com/graphic-detail/2022/09/22/research-on-amber-from-a-war-torn-part-of-myanmar-is-surging.

8 Meghie Rodrigues, 'Prized Dinosaur Fossil Returned to Brazil after Controversy', *Nature* (2023).

9 Emma M. Dunne et al., 'Ethics, Law, and Politics in Palaeontological Research: The Case of Myanmar Amber', 5 *Communications Biology* (2022) 1.

10 Joachim T. Haug et al., 'Comment on the Letter of the Society of Vertebrate Paleontology (SVP) Dated April 21, 2020 Regarding "Fossils from Conflict Zones and Reproducibility of Fossil-Based Scientific Data": Myanmar Amber', 94 *Paläontologische Zeitschrift* (2020) 431.

11 Nussaïbah B. Raja and Emma Dunne, 'Fossil Trafficking, Fraud, and Fakery', in Donna Yates and Naomi Oosterman (eds.), *Art Crime in Context* (2022) 61.

12 Consider, for example, palaeontologist Dave Martill who, after facing criticism about the legal provenance of a Brazilian fossil which he studied, declared: 'Personally I don't care a damn how the fossil came from Brazil or when': Sid Perkins, *Four-Legged Snake Fossil Stuns Scientists—and Ignites Controversy*, 23 June 2015, available at https://www.science.org/content/article/four-legged-snake-fossil-stuns-scientists-and-ignites-controversy.

13 Juan C. Cisneros et al., 'The Moral and Legal Imperative to Return Illegally Exported Fossils', *Nature Ecology & Evolution* (2021).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

transfer, and ownership of palaeontological objects. Through case studies, we highlight the diversity of legal fields under which questions related to palaeontology arise, and we discuss both the need for legal expertise in palaeontology as well as the promises of interdisciplinary research in this emerging field.

B. Case Studies

The following case studies illustrate the diverse legal questions that arise with respect to fossils. The constraints of this piece do not permit us to provide a comprehensive legal analysis of the respective phenomena. Instead, we hope to showcase examples of both past and potential research in Law and Palaeontology in order to highlight the versatility of an object-based approach and to provide points of departure for future research.

I. International Human Rights Law: The Return of Fossils Removed Under Colonial Rule

Debates about the restitution of colonial looted artefacts have strongly proliferated and attracted considerable public attention in past years. In Germany, they have centred around the Benin Bronzes, many of which have recently been returned to Nigeria.[14] A less known dimension of this issue is the considerable number of fossils removed under colonial rule, often in connection with extraction through mining. A prominent German example is the Tendaguru dinosaurs. Between 1909 and 1913, over 250 metric tons of fossil material were excavated in modern-day Tanzania near Tendaguru mountain and transferred to Berlin. Some of these bones now make up the centrepiece dinosaur exhibit at the *Museum für Naturkunde*.[15]

Seeking legal redress for colonial injustices is often complicated by the principle of intertemporal law. In the field of cultural property restitution, it is often argued that removals in colonial times were not illegal, which is

14 Deutsche Bundesregierung, *Rückgabe der ersten Benin-Bronzen*, 21 December 2022, available at https://www.bundesregierung.de/breg-de/suche/rueckgabe-benin-bronzen-2155038.

15 Ina Heumann et al. (eds.), *Dinosaurierfragmente: Zur Geschichte der Tendaguru-Expedition und ihrer Objekte, 1906-2018* (2018).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

why they cannot give rise to a return claim in the present. This obstacle has brought about an alternative approach based on the right to participate in cultural life,[16] which has been developed into a right to access cultural heritage. Instead of focusing on the (il-)legality of the takings, the approach conceptualises the refusal to return cultural objects as an ongoing human rights violation.[17]

Applying this approach to fossils requires addressing issues which, *inter alia,* relate to the extraterritoriality and justiciability of ESC rights and the question of standing, or who (if anyone) can claim a fossil as their cultural heritage. Equally pressing is the question of the human nexus, or how close a fossil must be to humankind in order to be covered by Art. 15(1)(a) ICESCR. In any case, there is both a lot of space and a lot of need for creative legal thinking in order to help law find a way to address past and ongoing inequities.[18]

II. Environmental Law: The Trade in Mammoth Ivory

Siberia's permafrost is thawing, with multiple worrying implications ranging from the displacement of Indigenous groups to the release of huge quantities of carbon dioxide.[19] Another side effect is the discovery of an increasing number of woolly mammoths, conserved in a frozen state for thousands of years—often with their tusks. When cut down into pieces, it is difficult to distinguish mammoth ivory and elephant ivory, making the former an equally precious material. Indeed, people in the economically deprived region of Yakutia (Russia) depend on 'hunting' mammoth tusks to sell to Chinese buyers as a kind of 'fossil cash crop.' Tusk hunters often use intrusive techniques, digging tunnels into the permafrost and using large

16 Art. 15(1)(a) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 19 December 1966 (entry into force: 3 January 1976), 993 UNTS 3.

17 Evelien Campfens, 'The Bangwa Queen: Artifact or Heritage?', 26 *International Journal of Cultural Property* (2019) 75.

18 An in-depth discussion of these questions is provided in: Paul P. Stewens, Nussaïbah B. Raja and Emma M. Dunne, 'The Return of Fossils Removed Under Colonial Rule', 8 *Santander Art and Culture Law Review* (2022) 89.

19 *If You're Not Thinking about the Climate Impacts of Thawing Permafrost, (Here's Why) You Should Be*, 30 January 2022, UN News, available at https://news.un.org/en/story/2022/01/1110722.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

water hoses to flush out fossils,[20] thus contributing to the destruction of the permafrost—a little studied issue from an environmental law perspective in itself.

Another key issue is elephant conservation. Some see mammoth ivory as a "cruelty-free alternative to elephant ivory"[21], while others are less optimistic. They fear that mammoth ivory "is instead sustaining the market's appetite for [elephant ivory]."[22] An additional concern is the possibility of elephant ivory being passed off as mammoth ivory, thus 'laundering' it. This is a function of the highly fragmented legislation on ivory across countries. While the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES)[23] has led to a ban on the trade in elephant ivory in many countries, comprehensive prohibitions that also cover mammoth ivory are rare.[24] In 2016, Israel submitted a pertinent report to the Conference of Parties and proposed a draft resolution urging CITES parties to take measures to combat mammoth ivory trade. The Secretariat, however, refused to recommend the adoption of a resolution relating to an extinct species.[25]

We are thus confronted with a complex regulatory issue, marked by considerable environmental stakes and complicated by the intricacies of tackling an illicit market. It is composed of harmful actions and their consequences taking place both at the local and the global level. Intrusive tusk mining in Yakutia, fostered by demand for ivory from abroad, potentially threatens elephant populations and contributes to environmental and

20 Pavel Toropov, *Mammoth Ivory: Curbs on the Siberian Trade May Be Good News for Elephants*, 1 June 2021, China Dialogue, available at https://chinadialogue.net/en/nature/mammoth-ivory-curbs-on-the-siberian-trade-may-be-good-news-for-elephants/.

21 Tammana Begum, *Why Woolly Mammoth Ivory Could Spell Trouble for Elephants*, 15 July 2021, available at https://www.nhm.ac.uk/discover/why-woolly-mammoth-ivory-could-spell-trouble-for-elephants.html.

22 Michael Price, 'Booming Trade in Mammoth Ivory May Be Bad News for Elephants', 378 *Science* (2022) 696.

23 Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora of 3 March 1973 (entry into force: 1 July 1975), 993 UNTS 243.

24 Exceptions include some U.S. states such as New York and New Jersey: Vladimir S. Luzan et al., 'History of World and Russian Mammoth Studies', *Journal of Siberian Federal University. Humanities & Social Sciences* (2020) 1163, at 1170.

25 CITES, Identification of elephant and mammoth ivory in trade, CoP17 Doc. 38 (13 June 2016). Equally unsuccessful was Israel's proposal for an inclusion of the woolly mammoth in Annex II of CITES in 2019: CITES, Consideration of Proposals for Amendment of Appendices I and II, CoP18 Prop. 13.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

cultural destruction. Effective regulation will only become attainable once conservationists, criminologists, and legal experts join forces.

III. International Humanitarian Law: Excavation of Fossils in Occupied Crimea

In 2018, a cave was discovered during the construction of a highway in Central Crimea.[26] Taurida Cave contained fossils from the time when modern humans first migrated into Europe: hyenas,[27] bears,[28] saber-tooth cats[29]. Since this discovery, large amounts of fossil material have been extracted, transferred to Russia, and extensively studied and published on by Russian scientists, often even in international journals.[30]

This raises not only ethical concerns but also a range of legal issues under the international humanitarian law (IHL) of occupation. First, we consider the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict.[31] With regard to its material scope, it gives considerable leeway to parties in their designation of what has "great importance to the cultural heritage of every people" in good faith.[32] Ukrainian legislation on cultural property protection does contain provisions that regulate the excavation[33] and transfer[34] of palaeontological objects, so applying the Convention to the fossils from Taurida Cave seems reasonable.

---

26 A. V. Lopatin et al., 'The Taurida Cave, a New Locality of Early Pleistocene Vertebrates in Crimea', 485 *Doklady Biological Sciences* (2019) 40.

27 A. V. Lavrov et al., 'Giant Hyena Pachycrocuta Brevirostris (Hyaenidae, Carnivora) from the Lower Pleistocene of Taurida Cave, Crimea', 496 *Doklady Biological Sciences* (2021) 5.

28 Dmitry Gimranov et al., 'Ursus Etruscus from the Late Early Pleistocene of the Taurida Cave (Crimean Peninsula)', 35 *Historical Biology* (2023) 843.

29 A. V. Lavrov et al., 'Saber-Toothed Cats (Carnivora, Felidae, Machairodoninae) from the Lower Pleistocene of the Taurida Cave, Crimea', 495 *Doklady Biological Sciences* (2020) 272.

30 Some of these are published by renowned publishers such as Springer or Taylor and Francis.

31 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict of 14 May 1954 (entry into force: 7 August 1956), 249 UNTS 215.

32 Roger O'Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict* (2006), at 105 ff.

33 Art. 35(2) Law of Ukraine No. 1805-III on the Protection of Cultural Property of 8 June 2000.

34 Law of Ukraine No. 1068-XIV on Exportation, importation and restitution of cultural values of 21 September 1999.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Proposals to make excavations in occupied territory unlawful under the Convention or its Additional Protocol failed during the *travaux préparatoires*.[35] That both Art. 32 of the UNESCO Recommendation on International Principles Applicable to Archaeological Excavations and Art. 9 of the Second Additional Protocol[36] do contain such a prohibition indicates that these instruments close a gap in the Convention which "does not, on its face, include a prohibition on the conduct, sponsorship or authorisation of archaeological excavations by an Occupying Power"[37].

One might revert, however, to Art. 4(3) of the Convention, which requires Contracting Parties "to prohibit, prevent and, if necessary, put a stop to any form of theft, pillage or misappropriation [...] of cultural property". The 1994 Subsoil Code of Ukraine[38] declares the part of the Earth's crust below the active (organic) layer to be "the exclusive property of the Ukrainian people" (Art. 4). Materials extracted from it can only be acquired upon prior authorisation (Arts. 15 in conjunction with 20). There is little reason to believe that Russia consults Ukrainian authorities regarding excavations on Crimea, which would indicate that Russia violates its obligation under Art. 4(3) 1954 Hague Convention.

Second, the First Additional Protocol to the Convention[39] and customary international law[40] oblige Russia "to prevent the exportation, from a territory occupied by it during an armed conflict, of cultural property" (para. 1). The export of "cultural values of Ukraine" (such as discoveries made on Ukrainian territory) requires a permit.[41] Since Russia does not consider Crimea as occupied Ukrainian territory but rather as part of the Russian Federation, it does not apply Ukrainian legislation, including provisions on the export of cultural property. That arguably makes not only the removal

35 Jan Hladík, 'Archeology in Conflict and UNESCO: Legal Aspects', 9 *Archaeologies* (2013) 4 , at 5.

36 Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict of 26 March 1999 (entry into force: 9 March 2004), 2253 UNTS 172. Ukraine has been a party to this protocol since 2020 whereas the Russian Federation is not.

37 O'Keefe, *supra* note 32, at 138.

38 Code of Ukraine No. 132/94-BP on Subsoil of 27 July 1994.

39 Protocol for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict of 14 May 1954 (entry into force: 7 August 1956), 249 UNTS 358.

40 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck and Carolin Alvermann (eds.), *Customary International Humanitarian Law* (2005), Rule 41.

41 Law of Ukraine No. 1068-XIV on Exportation, importation and restitution of cultural values of 21 September 1999.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

of the fossils from Taurida Cave unlawful, but also their removal from Crimea. Russia's failure to apply Ukrainian legislation on cultural objects (incl. fossils), their ownership, export, excavations etc.[42] furthermore violates its obligation as an Occupying Power to respect the local legislation of the occupied territory "unless absolutely prevented" from doing so (Art. 43 Hague Regulations[43]).

Third, property as such enjoys a certain protection under occupation. Private property must not be confiscated (unless dictated by imperative military necessity) and public property may only be confiscated if it can be used for military operations.[44] Such a military exception is untenable with respect to fossils, which therefore may not be seized by an Occupying Power. For Russia to violate this obligation, however, the taking of the fossils would need to be imputable to it, and too little is known about how the excavations in Taurida Cave proceed(ed) to come to a definitive conclusion on attribution.

All this suggests that the excavation and removal of fossils in occupied Crimea violates IHL in several respects. This adds severe legal concerns to the ethical issues involved in studying and publishing on these fossils—all of which remain virtually unaddressed.

IV. An Intra-Disciplinary Field

The material, object-based approach of Law and Palaeontology thus creates immense potential for intra-disciplinary transgression. *Law and Palaeontology means: to follow the fossil with the eyes of a curious lawyer,* and to identify and study legal issues that arise along the way. When taken seriously, this approach will almost inevitably lead a researcher outside of the comfort zone of their specialisation, and to collaborate with legal researchers whose expertise is relevant to the issue one has encountered through a problem-oriented approach that transcends the confines of the legal field one specialises in.

42 O'Keefe, *supra* note 32, at 32, 340.
43 Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land, and Its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land of 18 October 1907 (entry into force: 26 January 1910), 2 American Journal of International Law 90.
44 Henckaerts, Doswald-Beck and Alvermann (eds.), *supra* note 40, Rule 51.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

C. The Need for Legal Expertise in Palaeontology and the Promises of Interdisciplinary Research

These and other case studies highlight that palaeontology is operating within a vacuum of legal expertise. In the most extreme instances, certain palaeontologists have even advocated for breaking laws for the sake of science.[45] Many palaeontologists view their discipline as purely scientific in focus, leading them to, for instance, declare ethical issues "a difficult topic that many palaeontologists might think was better dealt with by philosophers and intellectuals"[46]. Some further assert that fossils are entities that defy political borders and so should not be beholden to national and international laws.[47] However, developing and sustaining interaction between palaeontology and legal expertise will help to curb illegal and unethical practices, turning the tide on such harmful viewpoints.

In scientific publishing, there is a noticeable trend towards including provenance declarations in papers describing new fossils, particularly those that have become known in the palaeontological community as controversial.[48] These declarations, initiated and written by the authoring palaeontologists, supplement the prescribed content of a scientific paper. However, they often run the risk of becoming declarations of 'non-illegality' that try to argue that the respective specimen was not obtained in violation of the law, without confronting any ethical concerns *stricto sensu*.[49] The current absence of legal experts from such discussions leaves doubtful legal arguments unchallenged, and makes deferring to hypothetical but absent 'intellectuals' and lawyers an effective strategy for palaeontologists to get away with unethical and/or illegal research practices.

At the same time, editorial boards composed of scientists are typically ill-equipped to ensure an acceptable standard of rigour as far as such declarations are concerned. Very few journals provide guidance on these statements, yet fewer on what they expect in legal terms when it comes to

45 Dave Martill, 'Why Palaeontologists Must Break the Law: Polemic From an Apologist', 10 *The Geological Curator* (2018) 641.

46 John Martin, 'Dodgy Fossils: International Legislation and the Meaning of 'Cultural Property'', 10 *The Geological Curator* (2018) 607, at 610.

47 Martill, *supra* note 45.

48 See above, Introduction.

49 Consider as an example the 'Ethics Statement' in: Marco Schade et al., 'A Reappraisal of the Cranial and Mandibular Osteology of the Spinosaurid Irritator Challengeri (Dinosauria: Theropoda)', 26 *Palaeontologia Electronica* (2023) 1.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

studies on fossils from abroad. Currently, these statements are accepted by the community at face-value as correct unless challenged post-publication. Interdisciplinary collaboration between palaeontologists and legal experts is already leading to changes in some journals' editorial policies, including more rigorous reporting structures for provenance and acquisition.[50] Continued input from legal experts could help editorial policies become more rigorous, substantial, and even standardised across the discipline, further fuelling increasing demand for legal expertise.

Moreover, museums must act with due diligence when acquiring new fossils.[51] This expressly extends to their legal provenance. Complying with this obligation will, however, often prove difficult for museums if there are no experts in Law and Palaeontology for them to consult. Museums also often house fossils of dubious—or even unknown—provenance. The resolution of the case of "*Ubirajara jubatus*" benefited from moral arguments being supplemented with legal ones,[52] which ultimately resulted in the specimen being repatriated. Arguably, the same will hold true for the current controversy around *Irritator challengeri*, a Brazilian fossil housed in Stuttgart which shares many characteristics of the *Ubirajara* dispute.[53] Resolving cases such as these hinges on input from legal experts, as does dealing with return claims for colonial looted fossils.[54] As museums across the world become increasingly aware of legal issues in palaeontology and as calls for change continue to amplify, the need for legal expertise in the discipline will grow exponentially.

Significant leaps towards widespread change in practices can only be achieved once legal experts weigh in on discussions in palaeontology and challenge the current climate. Even palaeontologists opposing these arguments and advocating tirelessly for a more equitable palaeontology face

50 Cisneros et al., *supra* note 13.

51 This is provided for in Section 3(D) of the ICOM Code of Ethics for Natural History Museums, which calls upon institutions that collect or purchase fossils to follow the due diligence procedure laid down in Section 2 of the ICOM Code of Ethics for Museums.

52 Landtag von Baden-Württemberg, Kleine Anfrage "Umgang mit dem Fossil Ubirajara jubatus aus dem Naturkundemuseum Karlsruhe" vom 19.9.2022, Drs. 17/3222.

53 Júlia Putini, *Estudo sobre fóssil 'roubado' do Brasil é retirado do ar por revista científica; editor diz apoiar devolução do crânio*, 17 May 2023, G1, available at https://g1.globo.com/ciencia/noticia/2023/05/17/estudo-sobre-fossil-roubado-do-brasil-e-retirado-do-ar-por-revista-cientifica-editor-diz-apoiar-devolucao-do-cranio.ghtml.

54 An in-depth discussion of these questions is provided in: Stewens, Raja and Dunne, *supra* note 18.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

significant challenges as they lack the expert authority that comes with formal legal training. Thus, legal research has a critical contribution to make, and lawyers need to begin to live up to this responsibility.

D. Conclusion

Law and Palaeontology might currently be one of the largest uncharted territories in the legal landscape. While many would point to, say, space law as the most exciting, up-and-coming field of legal research,[55] Law and Palaeontology shares virtually all the characteristics usually pointed to with respect to space law (an academic niche, drawing on many fields of the law, abundant opportunities for junior researchers, interdisciplinarity) while still standing at its very inception as an area of study which can be crucially shaped by anyone willing to engage with it.

Research in Law and Palaeontology is genuinely novel, it is highly interdisciplinary, has an impact on policy, society, and science, and can be approached from almost any given legal specialisation. There is a substantial demand for legal expertise in palaeontology, but legal researchers have so far been reluctant to supply it. This urgently needs to change. Only once lawyers begin to dedicate attention to Law and Palaeontology to an extent that is proportionate to the need for legal expertise can change towards a more ethical, law-abiding palaeontology come about. Only then will law find a way.

55 Maximilian Bertamini, *The Most Exciting Field of International Law: What to Look Out for in the Law of Outer Space*, 5 June 2023, Völkerrechtsblog, available at https://voelkerrechtsblog.org/the-most-exciting-field-of-international-law/.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Politischer Protest in der Form des Rechts: Public interest litigation als Grenzphänomen zwischen Politik und Recht am Beispiel des People's Climate Case

Marcus Schnetter[*]

A. Einleitung

Moderne funktional differenzierte Gesellschaften kanalisieren Konflikte in der Form des Rechts, die den Streitenden auferlegt, sich fremdgesetzten Spielregeln und der Entscheidungskompetenz eines unabhängigen Dritten unterzuordnen.[1] Diese Form erlaubt in Gerichtsverfahren nur abschließend aufgezählte Rechtsmittel und Prozesshandlungen, sie begrenzt die streitige Materie auf einen bestimmten Inhalt und verlangt, dass der Entscheidungsausspruch allein *inter partes* die Kontrahenten des Verfahrens bindet. Solche formalen Rechtsinstitute und -prinzipien reduzieren die Komplexität eines *anything goes*, indem sie begrenzen, wer was wie von wem verlangen kann. Form zielt damit auch auf die Disziplinierung des Rechts sowie der sich seiner bedienenden Akteure.[2] Denn wer sich der Form unterordnen muss, kann nicht nach eigenem Gutdünken verfahren. In den vielzitierten Worten *Rudolf v. Jherings* ist demnach die Form „die geschworene Feindin der Willkühr, die Zwillingsschwester der Freiheit".[3]

---

* Der Beitrag ist eine Fortführung eines Essays: *Marcus Schnetter*, Der gezähmte Aufstand – Protest in der Form des Rechts, in: Apelt, Andreas H./Pusback, Maren (Hrsg.), Wie streitet Deutschland?, 2023, 90. Für Anmerkungen und Korrekturen danke ich Johannes Wendland und Finn Klingbeil.

1 *Niklas Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1983, 100-104; *Pierre Bourdieu*, The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field, Hastings Law Journal 1987, 814 (830).

2 *Tonio Walter*, Form und Recht, in: Erdbeer, Robert Matthias/Klaeger, Florian et al. (Hrsg.), Grundthemen der Literaturwissenschaft: Form, 2022, 583 (583); *Peter Oestmann*, Die Zwillingsschwester der Freiheit, in: Oestmann, Peter (Hrsg.), Zwischen Formstrenge und Billigkeit, 2009, 1 (53).

3 *Rudolf von Jhering*, Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 2. Teil, 2. Abt., 2. Aufl., 1869, 456; siehe zu dieser Deutung des Zitats die Verweise in Fn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Form des gerichtlichen Verfahrens gerät aber zunehmend in Bedrängnis. Denn politische Forderungen werden jüngst nicht mehr nur in Parlamenten diskutiert oder bei Protestmärschen auf der Straße skandiert, sondern zunehmend auch strategisch vor Gerichten litigiert.[4] In Zusammenarbeit mit zivilgesellschaftlichen Organisationen klagen engagierte Bürgerinnen und Bürger Interessen vor Gericht ein, die über ihren eigenen subjektiven Rechtskreis hinaus auch die Allgemeinheit betreffen. Diese Prozessführungen im öffentlichen Interesse „entstehen in und sind auch Kern von [..] Protestbewegungen",[5] sie sind „Protest mit Mitteln des Rechts"[6] und machen dementsprechend Gerichte zu „Foren des Protestes".[7] Dieses Phänomen birgt eine bemerkenswerte Ambivalenz: Denn während auf der einen Seite die Sorge besteht, Gerichtsverfahren würden unzulässigerweise für politische Zwecke instrumentalisiert, unterwerfen sich die Kläger auf der anderen Seite der systemeigenen Logik und eben damit auch Form des Rechts.[8] Politischer Protest, eigentlich mit Erregung, Empörung und Erhebung assoziiert, wird in der gestrengen Form des Rechts diszipliniert. Diese Ambivalenzen werden im Folgenden näher untersucht. Hierfür wird zunächst herausgearbeitet, welche Charakteristika die *public interest litigation* und insbesondere die *climate change litigation* auszeichnen (II.). Anschließend wird der *People's Climate Case* als Fallbeispiel herangezogen, um hieran die entgegenstehenden Logiken und Modi politischen Protests und formalen Rechts darzustellen (III.).

4 Zur derzeitigen „Hochkonjunktur" von *public interest litigation* in Europa nach einem langen „Nischendasein" *Sonja Buckel/Maximilian Pichl/Carolina Vestena*, Rechtskämpfe, Eine gesellschaftstheoretische Perspektive auf strategische Prozessführung und Rechtsmobilisierung, Zeitschrift für Kultur- und Kollektivwissenschaft 2021, 45 (46-47).

5 *Susanne Baer*, Rechtssoziologie, 2023, § 7 Rn. 37.

6 *Lisa Hahn*, Strategische Prozessführung, ZfRS 2019, 5 (10); gleichsinnig *Christian Helmrich*, Wir wissen eigentlich gar nicht, was strategische Prozessführung ist, in: Graser, Alexander/Helmrich, Christian (Hrsg.), Strategic Litigation, 2019, 31 (34) und *Alexander Graser*, Strategic Litigation: Ein Verstehensversuch, in: Graser, Alexander/Helmrich, Christian (Hrsg.), Strategic Litigation, 2019, 37 (37-38).

7 *Wolfgang Kaleck*, Die konkrete Utopie der Menschenrechte, 2021, 90.

8 Ähnliche Gedanken bei *Helmrich* (Fn. 6), 34 und *Graser* (Fn. 6), 38-39; sehr kritisch zur Depolitisierung von Konflikten durch juristische Prozessführung *Andreas Fischer-Lescano*, From Strategic Litigation to Juridical Action, in: Saage-Maaß, Miria/Zumbansen, Peer/Bader, Michael et al. (Hrsg.), Transnational Legal Activism in Global Value Chains, 2021, 299 (302-303).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

B. Die Sprengung der Rechtsform durch Prozessführung im öffentlichen Interesse: Klimaklagen als politischer Protest vor Gericht

Die Bezeichnungen ‚Prozessführung im öffentlichen Interesse' und (synonym) ‚Strategische Prozessführung' sind direkte Übersetzungen der englischsprachigen Ausdrücke *public interest litigation* und *strategic litigation*. Dies deutet bereits darauf hin, dass sich die Entstehung des damit bezeichneten Phänomens in der Rechtspraxis der Vereinigten Staaten von Amerika verorten lässt.[9] Es bietet sich meines Erachtens an, den Ausdruck der Prozessführung im öffentlichen Interesse dem der strategischen Prozessführung vorzuziehen. Warum? Weil letztlich jede Prozessführung strategische Elemente enthält.[10] Werden rechtliche Ansprüche geltend gemacht, stellen sich vielfältige Fragen, die eine taktische Entscheidung erforderlich machen: Verspricht eine außergerichtliche oder eine gerichtliche Streitbeilegung größeren Erfolg? Wo soll gegebenenfalls von wem Klage erhoben werden? Welche Ansprüche werden im Hinblick auf Durchsetzungschancen und Kostenrisiken in welcher Höhe geltend gemacht? Das strategische Element ist damit im Begriff der Prozessführung schon enthalten. Das hier untersuchte Phänomen geht aber über alltägliche Prozesspraxis hinaus. Es geht vielmehr um solche Klagen, die ein über das konkret-individuelle Rechtsschutzbegehren hinausgehendes Ziel haben. Sie dienen einem öffentlichen Interesse, weil sie „geführt und benutzt [werden], um für Viele mit dem Mittel des Rechts – genauer eben: mit der Mobilisierung von Recht – Politik zu machen. Sie zielen darauf, Recht auch durch Rechtsprechung schrittweise zu verändern."[11]

Der *public interest litigation* ist also eine Gerichtsprozessen ungewohnte ‚überschießende Tendenz' inne, die regelmäßig als (rechts-)politische Motivation verstanden wird und eine ‚Politisierung' der Gerichtsverfahren

9 Zur Begriffsgeschichte *Hahn* (Fn. 6), 12-18; *Claudio Franzius*, Die Rolle von Gerichten im Klimaschutzrecht, in: Rodi, Michael (Hrsg.), Handbuch Klimaschutzrecht, 2022, § 7 Rn. 47 weist darauf hin, dass die Skepsis gegenüber der Prozessführung im öffentlichen Interesse hierzulande auch rechtskulturell begründet sein mag.

10 Dazu schon generell *Erhard Blankenburg*, Mobilisierung des Rechts, 1995, 63; vgl. auch spezifisch zum hier besprochenen Phänomen *Helmrich* (Fn. 6), 32 und *Burkhard Hess*, Strategic Litigation: A New Phenomenon in Dispute Resolution? MPILux Research Paper Series, 2022, 1 (3), die aber dennoch am Begriff der strategischen Prozessführung festhalten.

11 *Baer* (Fn. 5), § 7 Rn. 37, die daher diese Art von Prozessführung als „iterative Rechtspolitik" bezeichnet.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

herbeiführt.[12] Es handelt sich um „dezidiert politische Praxen".[13] Der Präzisierung anhand des „öffentlichen Interesses" lässt sich aber noch eine weitere Bedeutungsnuance entnehmen. Denn ‚Politisierung' heißt oft auch, dass die Öffentlichkeit dem Prozess eine besondere, über die privaten Sphären der Prozessbeteiligten hinausgehende Bedeutung beimisst, ihnen also eine für Gerichtsverfahren unüblich große Aufmerksamkeit zuteilwerden lässt, kurz: sie stehen ‚im öffentlichen Interesse'.[14]

Aus einer formalistischen Rechtsperspektive weckt dieses Phänomen Sorge. So kritisierte *Lutz Friedrich* im Tagungsband der 61. Jungen Tagung Öffentliches Recht, Kläger machten bei der Prozessführung im öffentlichen Interesse subjektive Rechte „allenfalls äußerst vordergründig geltend", faktisch würden diese „durch das übergeordnete strategische Ziel fast vollständig überlagert."[15] Statt der sonst oft anzutreffenden, positiv konnotierten Redeweise von der Aktivierung oder Mobilisierung des Rechts,[16] spricht *Friedrich* von einer „Instrumentalisierung der Dritten Gewalt für politische Zwecke",[17] die „mit tragenden Grundprinzipien der gewaltenteiligen Demokratie [bricht] und [..] namentlich an die Dritte Gewalt eine unrealistische Erwartungshaltung [formuliert], der diese faktisch nicht entsprechen kann und rechtlich nicht entsprechen darf."[18] Solche Kritik an der Prozessführung im öffentlichen Interesse beruht auf einem formalen Rechtsverständnis, das von den Gerichten Selbstdisziplin abverlangt, um nicht durch über

12 Eine solche Gleichsetzung von übergeordneten Prozesszielen mit einem (rechts-)politischen Anliegen findet man stellvertretend bei *Christian Boulanger/David Krebs*, Strategische Prozessführung, ZfRS 2019, 1 (1) und bei *Vera Strobel*, Strategische Prozessführung – Potentiale und Risiken transnationaler zivilgesellschaftlicher Zuflucht zum Recht, in: Huggins, Benedikt/Herrlein, Maike et al. (Hrsg.), Zugang zu Recht, 2021, 157 (157).

13 *Ulrike A.C. Müller*, Begriffe, Ansprüche und deren Wirklichkeiten, ZfRS 2019, 33 (34); siehe auch *Aidan O'Neill*, Strategic litigation before the European Courts, ERA Forum 2015, 495 (496), der in Abwandlung eines berühmten von Clausewitz-Zitats von einer Fortführung der Politik mit anderen Mitteln spricht.

14 *Baer* (Fn. 5), § 7 Rn. 37 spricht treffend davon, dass solche Klagen „auf Öffentlichkeit [zielen], denn ‚Fälle' eignen sich, um Themen zu skandalisieren und damit auf die Agenda zu setzen"; siehe auch *Hess* (Fn. 10), 3.

15 *Lutz Friedrich*, Politischer Druck durch Rechtsschutz – Auf dem Weg zur öffentlichrechtlichen „Public Interest Litigation"?, in: Huggins, Benedikt/Herrlein, Maike et al. (Hrsg.), Zugang zu Recht, 2021, 219 (220).

16 Etwa bei *Baer* (Fn. 5), § 7 Rn. 37.

17 *Friedrich* (Fn. 15), 222.

18 *Friedrich* (Fn. 15), 240.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

den Einzelfall hinausgehende Entscheidungen unzulässig in die Entscheidungsbefugnisse anderer Gewalten oder Gerichte einzugreifen.[19]

Zu einer Haupterscheinungsform der ‚systemsprengenden' *public interest litigation* haben sich die mittlerweile weltweit geführten Klimaklagen entwickelt.[20] Sie dienen insofern einem öffentlichen Interesse, als dass das Klima ein natürliches globales öffentliches Gut ist, von dessen Veränderung alle betroffen sind.[21] Das Klima besitzt weder Rechtspersönlichkeit noch kann es in Verfahren selbst auftreten.[22] Die Verfahren stehen regelmäßig auch im besonderen öffentlichen Interesse, weil die Klagenden „neben den unmittelbaren prozessualen Zielen auch, manchmal sogar überwiegend, kommunikative Ziele [verfolgen]".[23] In der Regel sind die Klagen Bausteine einer umfangreicheren öffentlichkeitswirksamen Proteststrategie.[24] Sie gelten oft deshalb als politisiert, weil sie auf eine Kompensation für als unzureichend wahrgenommene Klimaschutzmaßnahmen politischer Entscheidungsorgane abzielen, was Fragen der Entscheidungskompetenz dieser Gerichte gegenüber der Politik und hierbei insbesondere den unmittelbar demokratisch legitimierten Gesetzgebern aufwirft.[25] Entsprechend viel Skepsis wird ihnen entgegengebracht: Klimaklagen zielten, so der viel zitierte *Bernhard Wegener*, auf eine „Weltrettung per Gerichtsbeschluss", was „juristisch schwer begründbar, im Ergebnis illusorisch und wenigstens potentiell gefährlich" sei.[26]

19 *Friedrich* (Fn. 15), 230-235.

20 *Jacqueline Peel/Rebekkah Markey-Towler*, Recipe for Success?: Lessons for Strategic Climate Litigation from the Sharma, Neubauer, and Shell Cases, German Law Journal 2021, 1484 (1484-1485).

21 *Angela Kallhoff*, Klimakooperation: Kollektives Handeln für ein öffentliches Gut, in: Kallhoff, Angela (Hrsg.), Klimagerechtigkeit und Klimaethik, 2015, 143 (143-144); auch *Paul Leonard Enderle*, Menschenrechtsbasierte Klimaklagen im internationalen System, DÖV 2023, 370 (379).

22 *Roda Verheyen/Séverin Pabsch*, The role of non-governmental organizations for climate change litigation, in: Kahl, Wolfgang/Weller, Marc-Philippe (Hrsg.), Climate Change Litigation, München 2021, 507 (Rn. 5); *Hess* (Fn. 10), 14.

23 *Frank Fellenberg*, Rechtsschutz als Instrument des Klimaschutzes – ein Zwischenstand, NVwZ 2022, 913 (913); gleichsinnig *Graser* (Fn. 6), 38.

24 *Enderle* (Fn. 21), 379.

25 Zur Diskussion etwa *Manuela Niehaus*, Gerichte gegen Gesetzgeber? – Der Klimawandel in den Gerichtssälen, in: Huggins, Benedikt/Herrlein, Maike et al. (Hrsg.), Zugang zu Recht, 2021, 241 (247-252); *Mehrdad Payandeh*, The role of courts in climate protection and the separation of powers, in: Kahl, Wolfgang/Weller, Marc-Philippe (Hrsg.), Climate Change Litigation, München 2021, 62 (Rn. 27-33); *Franzius* (Fn. 9), Rn. 33-35, 47-48 und 54-56; *Fellenberg* (Fn. 23), 913-914.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

C. Climate Change Litigation vor den Unionsgerichten: Der People's Climate Case

Einer solchen „Weltrettung per Gerichtsbeschluss" haben sich das Gericht der Europäischen Union (EuG) sowie der Europäische Gerichtshof (EuGH) in der Rechtssache Carvalho et al./Parlament und Rat verweigert.[27] Die Entscheidungen spiegeln die konfligierenden Logiken einer politisierten Prozessführung gegenüber einem juristischen Formalismus treffend wider. Geklagt hatte ein Kollektiv aus 36 Personen aus Ländern der Europäischen Union sowie Drittstaaten, die sich aufgrund ihrer Beschäftigung in den Sektoren der Land-, Forst- und Viehwirtschaft sowie des Tourismus besonders vom Klimawandel betroffen sehen. Zum Klagekollektiv gehörte zudem noch eine Jugendorganisation der Samen, einer Volksgruppe in Schweden. Zahlreiche Nichtregierungsorganisationen sowie Zusammenschlüsse von solchen Organisationen unterstützten die Klage finanziell und kommunikativ. Die Klagevertretung übernahmen unter anderem die bekannte ‚Klimaanwältin' *Roda Verheyen* sowie der Umweltrechtsprofessor *Gerd Winter* von der Universität Bremen.

I. Die Öffentlichkeitsstrategie des Klagekollektivs

Schon die Eigenbezeichnung als *People's Climate Case* deutete auf die hohen Ambitionen des Klagekollektivs hin.[28] Erklärtes Ziel war eine deutliche Verknappung des vom Unionsrecht vorgesehenen Treibhausgasbudgets. Das Verfahren selbst war in eine umfangreiche Proteststrategie eingebettet.

---

26 *Bernhard Wegener*, Urgenda – Weltrettung per Gerichtsbeschluss?, ZUR 2019, 3 (10); kritisch zu dieser Polemik *Gerd Winter*, Armando Carvalho et alii versus Europäische Union: Rechtsdogmatische und staatstheoretische Probleme einer Klimaklage vor dem Europäischen Gericht, ZUR 2019, 259 (268-270), *Alexander Graser*, Vermeintliche Fesseln der Demokratie: Warum die Klimaklagen ein vielversprechender Weg sind, ZUR 2019, 271 und *Daniel Ennöckl*, Climate Change Litigation in Austria and Germany, Carbon & Climate Law Review 2020, 306 (313).

27 EuG, Beschluss vom 8.5.2019, T-330/18, EU:T:2019:324 – Carvalho et al./Parlament und Rat; EuGH, Urteil vom 25.3.2021, C-565/19 P, ECLI:EU:C:2021:252 – Carvalho et al./Parlament und Rat.

28 *Orla Kelleher*, Systemic Climate Change Litigation, Standing Rules and the Aarhus Convention: A Purposive Approach, Journal of Environmental Law 2022, 107 (128) spricht vom „seismic potential" der Klage.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

So wurde auf der Kampagnenwebpage[29] ein persönlich gehaltener offener Brief der Protestkläger veröffentlicht sowie ein Solidaritätsschreiben initiiert, das mehr als 200.000 Personen unterzeichneten. Zudem wurden Informationen zu jeder einzelnen Klägerfamilie bereitgestellt. Ausgewählte Kläger kamen in Kurzfilmen persönlich zu Wort, wo sie ihre konkrete Betroffenheit schilderten. Die Folgen des Klimawandels wurden durch die mit eindringlicher Klaviermusik unterlegten Drohnenaufnahmen bedrohter oder bereits zerstörte Naturlandschaften vor Augen geführt. Diese mediale und narrative Inszenierung zielte darauf, einen emotionalen Appelleffekt hervorzurufen.[30] Das Klagekollektiv wollte damit nicht nur ein Urteil eines Gerichts herbeiführen, sondern in einem weiteren Sinne auch die kritische Öffentlichkeit, den *Court of Public Opinion*,[31] beeinflussen.[32] Mit einer solchen Kommunikationsstrategie kann gezielt das öffentliche Interesse genutzt werden, um Druck auf die legislativen und exekutiven sowie womöglich sogar auch auf die zuständigen judikativen Entscheidungsträger auszuüben.[33]

Die Initiative stellte auch alle verfahrensrelevanten Dokumente wie Klageschriften, Rechtsmittelbegründungen und die Entscheidungsbegründungen der Gerichte zum Download bereit.[34] Diese Verfahrensdokumente sind wohl vorrangig für juristische Experten aus dem Feld der *public interest litigation* interessant, seien es wissenschaftlich Forschende oder aber

29 People's Climate Case, https://peoplesclimatecase.caneurope.org/ (zuletzt abgerufen am: 28.7.2023).

30 Zur zunehmenden Fokussierung von Klimaklagen auf Narrative von Einzelschicksalen und der damit einhergehenden Emotionalisierung *Mario Pagano*, Overcoming Plaumann in EU Environmental Litigation, Diritto e Processo 2019, 311 (355-356 und 359-360); vgl. auch *Hess* (Fn. 10), 14-15.

31 Nach *Mark H. Moore*, Accountability, Legitimacy, and the Court of Public Opinion, in: Bovens, Mark/Goodin, Robert/Schillemans, Thomas (Hrsg.), The Oxford Handbook of Public Accountability, 2014, 632 (633) ist der *Court of Public Opinion* „an interested public composed of many different kinds of social actors who seek to impose external accountability on large, powerful organizations. These include individuals, the press, civic associations, political advocacy groups, and even political parties".

32 *Morgan Eleanor Harris*, Carvalho and Others v. Parliament and Council: Climate Justice and 'Individual Concern', Diritti umani e diritto internazionale 2020, 175 (192).

33 Vgl. *Anno Oexle/Thomas Lammers*, Klimapolitik vor den Verwaltungsgerichten – Herausforderungen der „climate change litigation", NVwZ 2020, 1723 (1724 und 1727); *Payandeh* (Fn. 25), Rn. 25-26; *Enderle* (Fn. 21), 378.

34 People's Climate Case, https://peoplesclimatecase.caneurope.org/documents/ (zuletzt abgerufen am: 28.7.2023).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Rechtspraktiker, die Inspiration für neue Argumente oder Klagestrategien suchen. *Winter* als einer der drei Klagevertreter veröffentlichte zudem die Kernpunkte der Klagebegründung sowie seine persönliche Kritik an den Entscheidungen der Gerichte in jeweils deutsch- und englischsprachigen Aufsätzen.[35] Vermutlich ging es hierbei nicht nur um einen reinen Informationsservice, sondern es sollte auch – ungeachtet des konkreten Erfolges der Klage – der Fachdiskurs beeinflusst werden.[36] Jener ist für Gerichte eine Art ‚informelle' Rechtsquelle,[37] weil er rechtliches Wissen in der Form der Dogmatik speichert und so die Entscheidbarkeit und Begründbarkeit von Gerichtsentscheidungen (mit-) gewährleistet.[38] Zwar konnten die Unionsgerichte schon aus Gründen richterlicher Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nicht einen Klagevertreter in ihren Entscheidungen zitieren.[39] Allerdings können solche Aufsätze auch in Zukunft von anderen Gerichten beachtetet werden, wenn diese gleichartige Rechtsprobleme zu beantworten haben, die von anderen Protestklägern aufgebracht worden sind.

In den ebenfalls auf der Website bereitgestellten „Legal FAQ" wurden die Klageziele, Rechtsmittel, Hauptstreitpunkte und Aussichtschancen in deutlich geraffter, aber immer noch einigermaßen anspruchsvoller Form dargelegt. Zusammen mit den Videos über ausgewählte Kläger dürften

35 *Winter* (Fn. 26); *ders.*, Armando Carvalho and Others v. EU: Invoking Human Rights and the Paris Agreement for Better Climate Protection Legislation, Transnational Environmental Law 2020, 137; *ders.*, Not fit for purpose. Die Klagebefugnis vor dem Europäischen Gericht angesichts allgemeiner Gefahren, EuR 2022, 367; *ders.*, Plaumann withering: standing before the EU General Court underway from distinctive to substantial concern, European Journal of Legal Studies 2023, 85.

36 Vgl. allgemein hierzu *Arthur Dyevre*, Unifying the field of comparative judicial politics: towards a general theory of judicial behaviour, European Political Science Review 2010, 297 (321-322); *Emanuel V. Towfigh*, Empirical arguments in public law doctrine: Should empirical legal studies make a "doctrinal turn"?, ICON 2014, 670 (672).

37 *William Twinning/Ward Farnsworth/Stefan Vogenauer/Fernando Tesón*, The Role of Academics in the Legal System, in: Cane, Peter/Tushnet, Mark (Hrsg.), The Oxford Handbook of Legal Studies, 2003, 921 (937); zur diskursiven Verschränkung von insbesondere Europarechtswissenschaft und dem Europäischen Gerichtshof *Anthony Arnull*, Judicial activism and the European Court of Justice: how should academics respond?, in: Dawson, Mark/de Witte, Bruno et al. (Hrsg.), Judicial Activism at the European Court of Justice, 2013, 211 (211-215 und 230-232).

38 *Bourdieu* (Fn. 1), 823-826; *Thomas Drosdeck*, Die herrschende Meinung – Autorität als Rechtsquelle –, 1989, 81-83.

39 Außerdem führt der Europäische Gerichtshof generell keine Literaturnachweise in seinen Entscheidungsbegründungen an, siehe *Giulio Itzcovich*, The European Court of Justice, in: Jakab, András/Dyevre, Artur et al. (Hrsg.), Comparative Constitutional Reasoning, 2017, 277 (303).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

neben der interessierten Öffentlichkeit vor allem die Medien auf solche Informationen zurückgreifen, um das Verfahren in verständlicher Weise in eigenen Beiträgen aufzubereiten – und damit bekannter zu machen. Diese Praxen strategischer Kommunikation zeigen, wie die Initiative das Gerichtsverfahren in Szene setzte, um (die) Öffentlichkeit für ihr Anliegen zu gewinnen.[40]

II. Rechtsschutzanliegen des Klagekollektivs

Konkret ging es dem Klagekollektiv um eine Erhöhung der in verschiedenen Rechtsakten[41] festgelegten Einsparungsverpflichtungen von klimaschädlichen Gasen – und zwar von 40% auf mindestens 50%-60% für die Dekade 2021-2030 im Vergleich zu den Emissionen des Jahres 1990.[42] Damit zielte das Kollektiv auf eine Gerichtsentscheidung mit hochgradig politischen Implikationen, liegt die Festlegung konkreter Reduktionsziele doch in der Verantwortung des Europäischen Parlaments und des Rates der Europäischen Union. Reduktionszielvereinbarung sind im Kern politische Kompromisse, denen entsprechende Verhandlungen vorausgegangen sind.[43] Zwar können die vom Unionsgesetzgeber verabschiedeten Rechtsakte natürlich von der Judikative auf ihre Vereinbarkeit mit anderen Verpflichtungen, insbesondere solchen aus dem völkerrechtlichen Klimaschutzrecht sowie Grundrechtskatalogen, überprüft werden.[44] Allerdings bleibt bei der Festlegung konkreter Reduktionsziele die Gefahr, dass ein Gericht als Ersatzgesetzgeber und damit politisch handelt – oder zumindest so wahrgenommen wird.[45] Hierbei spielen neben der horizontalen Gewal-

40 Allgemein dazu *Graser* (Fn. 6), 39.

41 Richtlinie (EU) 2018/410 vom 14.3.2018 (Unterstützung kosteneffizienter Emissionsreduktionen und Förderung von Investitionen mit geringem CO2-Ausstoß); Verordnung (EU) 2018/841 vom 30.5.2018 (Abbau von Treibhausgasen aus Landnutzung, Landnutzungsänderungen und Forstwirtschaft); Verordnung (EU) 2018/842 vom 30.5.2018 (Festlegung verbindlicher nationaler Jahresziele für die Reduzierung der Treibhausgasemissionen im Zeitraum 2021 bis 2030); Überblick hierzu in der Klageschrift (People's Climate Case application delivered to the European General Court Fn. 34, Rn. 50-66) und bei *Winter* (Fn. 26), 260.

42 Zur Berechnung dieser aus dem Pariser Übereinkommen abgeleiteten Reduktionsverpflichtung *Winter* (Fn. 26), 263-265.

43 *Winter* (Fn. 26), 266 spricht von einem „Feilschen im Rat".

44 *Franzius* (Fn. 9), Rn. 1-2 und 16; *Ennöckl* (Fn. 26), 313.

45 *Payandeh* (Fn. 25), Rn. 29-30; ähnlich *Enderle* (Fn. 21), 380.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tenteilungsdimension zwischen Judikative und Legislative in solchen Verfahren immer auch die Interessen der Mitgliedstaaten auf einer vertikalen Dimension eine Rolle.[46]

Das Klagekollektiv hatte sein Anliegen auf eine Kombination aus Nichtigkeits- und Schadensersatzklage gegründet, Art. 263, 264 und 340 Abs. 2 AEUV. Dabei stellten sich rechtsdogmatisch höchst bedeutsame Fragen. Mit Blick auf die Zulässigkeit argumentierte das Klagekollektiv, dass die hohen Anforderungen der Klageberechtigung für eine Nichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 4 Alt. 2 AEUV erfüllt seien, da die Klägerinnen und Kläger unmittelbar und individuell von den Rechtsakten betroffen seien.[47] Die unmittelbare Betroffenheit erfordert zum einen, dass der Kläger in seiner persönlichen Rechtsstellung berührt ist, zum anderen, dass den Mitgliedstaaten kein Ermessen eingeräumt ist.[48] Das Klagekollektiv führte an, dass die Festlegung von (aus ihrer Sicht: zu hohen) Emissionsbudgets ihnen auferlege, die Ausschöpfung dieser Budgets und damit die Emission klimaschädlicher Gase zu dulden; aufgrund dieser Duldungspflicht seien sie in ihrer persönlichen Rechtsstellung betroffen. Das fehlende Ermessen der Mitgliedstaaten ließe sich dadurch begründen, dass die angegriffenen Rechtsakte zumindest keine Abweichung nach unten zulassen, da die Emissionsbudgets nicht überschritten werden dürfen.[49] Das zweite Kriterium der individuellen Betroffenheit erfordert nach der Plaumann-Formel, dass der Rechtsakt den Kläger „wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und ihn daher in ähnlicher Weise individualisiert wie den Adressaten."[50] Das Klagekollektiv argumentierte, dass sie besonders vom Klimawandel und dementsprechend auch von den (behaupteten) unzureichenden Gegenmaßnahmen der Union betroffen seien. Denn die klimawandelbedingten Dürren, Überschwemmungen, Waldbrände etc. bedrohten ihre Lebensgrundlagen in der Landwirtschaft und im Tourismus.[51] Allerdings wird die Plaumann-Formel von der Unionsgerichtsbarkeit tradi-

46 Vgl. hierzu *Enderle* (Fn. 21), 373-374; *Winter* (Fn. 26), 261.
47 Klageschrift (Fn. 34), Rn. 67-81; ergänzend *Winter* (Fn. 26), 265-267.
48 EuGH, Urteile vom 22.03.2007, C-15/06 P, Slg. 2007, I-2591, ECLI:EU:C:2007:183, Rn. 31 – Regione Siciliana/Kommission.
49 Klageschrift (Fn. 34), Rn. 71-77; siehe auch *Winter* (Fn. 26), 266.
50 EuGH, Urteil vom 15.06.1963, 25/62, Slg. 1963, 213, 238, ECLI:EU:C:1963:17 – Plaumann & Co./Kommission.
51 Klageschrift (Fn. 34), Rn. 21-44 und 80-81; ergänzend *Winter* (Fn. 26), 266.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tionell restriktiv angewandt.[52] Maßgeblich ist weniger die Intensität als die Exklusivität der Betroffenheit des Klägers.[53] Das heißt, die Klagebefugnis hängt nicht davon ab, *wie stark* ein Kläger von der angegriffenen Maßnahme betroffen ist, sondern dass er sich aufgrund besonderer Eigenschaften oder Umstände wie ein Adressat *von anderen Personen abhebt*.[54] Ein solches Abheben ist für Einzelne beim Klimawandel naturgemäß schwer zu begründen, da alle Menschen die globalen klimatischen Veränderungen erfahren.

Hilfsweise machte das Klagekollektiv geltend, dass die Plaumann-Formel überdacht und die darin enthaltenen Voraussetzungen gelockert werden sollten. Aufgegriffen wurde damit ein vergleichbarer Vorschlag des Generalanwalts *Francis Jacobs* in Unión de Pequeños Agricultores, der auch vom EuG in Jégo-Quéré angewandt,[55] allerdings vom EuGH letztlich abgelehnt[56] worden war.[57] Für eine erweiternde Auslegung des Kriteriums individueller Betroffenheit spreche schon, dass die Nichtigkeitsklage ursprünglich dafür entwickelt worden war, um Rechtsschutz gegen Entscheidungen, nicht aber gegen Rechtsakte zu gewährleisten. Bei Entscheidungen ergab es durchaus Sinn, die Klageberechtigung nur auf solche Personen auszudehnen, die hiervon ähnlich betroffen sind wie der Entscheidungsadressat. Bei abstrakt-generellen Rechtsakten der Legislative gibt es aber regelmäßig keine individuellen Adressaten, sodass der Rechtsschutz gegen Gesetzge-

52 Zur Rechtsprechungsentwicklung *Wolfram Cremer*, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl., 2022, Art. 263 AEUV Rn. 39-50.

53 *Winter* (Fn. 26), 266; *Angela Schwerdtfeger*, Rechtsprechungsanalyse, Rechtsprechungsbericht zum Umwelt- und Klimaschutzrecht seit 2018, Die Verwaltung 54 (2021), 573 (590); *Franzius* (Fn. 9), Rn. 22; *Enderle* (Fn. 21), 375.

54 Diese Formulierung im Anschluss an *Sabine Schlacke*, in: Kahl, Wolfgang/Ludwigs, Markus (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. IV, 2022, § 101 Rn. 13; eine Parallele zur Schutznormtheorie des deutschen Rechts sehen hierin *Wegener* (Fn. 26), 7 und *Schwerdtfeger* (Fn. 53), 590-591.

55 EuGH GA Jacobs, Schlussanträge vom 21.3.2001, C-50/00 P, ECLI:EU:C:2002:197 – Unión de Pequeños Agricultores/Rat; ausdrücklich aufgenommen in EuG, Urteil vom 3.5.2001, T-177/01, Slg. 2002, II-2365, ECLI:EU:T:2002:112, Rn. 41-51 – Jégo-Quéré et Cie SA/Kommission.

56 EuGH, Urteil vom 25.06.2002, C-50/00 P, Slg. 2002, I-06677, ECLI:EU:C:2002:462, R. 36-46 – Unión de Pequeños Agricultores/Rat; so dann auch, wenngleich zähneknirschend EuGH GA Jacobs, Schlussanträge vom 10.7.2003, C-263/02 P, ECLI:EU:C:2003:410, Rn. 43-47 – Jégo-Quéré et Cie SA/Kommission; bestätigend EuGH, Urteil vom 1.4.2004, C-263/02 P, Slg. 2002, I-3443, ECLI:EU:C:2004:210, Rn. 29-39 – Jégo-Quéré et Cie SA/Kommission.

57 Ausführlich hierzu *Jan Kalbheim*, Über Reden und Überdenken, 2016, 323-357.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bungsakte der Union über die Nichtigkeitsklage faktisch leerlaufe.[58] Zudem sei es paradox, wenn die Klageberechtigung deswegen verweigert werde, weil der Klimawandel viele Menschen (und nicht nur allein die Klägerinnen und Kläger) betreffe, der Rechtsschutz also nur deswegen geringer ausfiele, weil die Betroffenheit besonders ausgeprägt sei.[59] Dies widerspreche dem in Art. 47 GRCh festgelegten Gebot effektiven Rechtsschutzes, insbesondere da ein alternatives Vorgehen über die Gerichte der Mitgliedstaaten (mit einer eventuellen Vorlage nach Art. 267 AEUV) nicht gleich effektiv sei.[60] Denn vor nationalen Gerichten bestehen wiederum eigene Zulässigkeitshürden, es entstehen unnötige Kosten und Verzögerungen und die Kontrollbefugnisse des EuGH können durch die Vorlagefragen eingeschränkt sein, die vom nationalen Gerichten nach eigenem Ermessen formuliert werden.[61] Die individuelle Betroffenheit sei daher, so der Vorschlag des Klagekollektivs, dann zu bejahen, wenn dem Kläger gegenwärtige oder sehr wahrscheinliche und gravierende Grundrechtseingriffe drohen.[62]

Hinsichtlich der Begründetheit war fraglich, ob die vom Klagekollektiv als verletzt gerügten Grundrechte[63] als Abwehrrechte oder in ihrer Schutzpflichtendimension angewandt würden.[64] Das sind bekanntlich rechtsdogmatisch und rechtspraktisch völlig unterschiedliche Kategorien, sodass mit dieser Frage eine entscheidende Weichenstellung über den Grad des Grundrechtsschutzes für vom Klimawandel Betroffene und der gerichtlichen Kontrolltiefe einhergeht (Stichwort: Beurteilungsspielraum des Ge-

58 Klageschrift (Fn. 34), Rn. 84; *Winter* (Fn. 26), 266; *Liv Christiansen/Cora Masche*, Klimarechtsschutz und Paradoxien beim EuGH – Warum die *Plaumann*-Formel nicht mehr zeitgemäß ist, ZEuS 2023, 31 (36).

59 Klageschrift (Fn. 34), Rn. 85-87; siehe auch *Ludwig Krämer*, Climate Change, Human Rights and Access to Justice, Journal for European Environmental & Planning Law 2019, 21 (32-34).

60 Klageschrift (Fn. 34), Rn. 96-99; dazu auch *Winter* (Fn. 26), 267; *Krämer* (Fn. 59), 33; *Christiansen/Masche* (Fn. 58), 38-43.

61 Zu diesen und weiteren Hürden EuGH GA Jacobs, 21.03.2001, C-50/00 P, Rn. 42-44 – Unión de Pequeños Agricultores/Rat Rn. 42-44; *Harris* (Fn. 32), 190-191.

62 Klageschrift (Fn. 34), Rn. 103; siehe auch *Winter* (Fn. 26), 267.

63 Die Klageschrift (Fn. 34), Rn. 119-129 verweist auf das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 GRCh), auf die Kinderrechte (Art. 24 GRCh), auf das Recht zur Berufsausübung (Art. 15 Abs. 1 GRCh), auf das Eigentumsrecht (Art. 17 Abs. 1 GRCh), auf den Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 20 GRCh) sowie die Diskriminierungsverbote aufgrund von Alters, geographischer Herkunft und Vermögens (Art. 21 GRCh).

64 *Winter* (Fn. 26), 261.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

setzgebers).[65] Es scheint auch kein Zufall gewesen zu sein, dass dem Klagekollektiv Betroffene aus den Drittstaaten Kenia und Fidschi angehörten, warf dies doch die ungeklärte Frage nach der (extra-)territorialen Reichweite der Chartarechte auf.[66] Wäre die Grundrechtsberechtigung von Drittstaatlern bejaht worden, hätte dies erhebliche Möglichkeiten für zukünftige *public interest litigation* eröffnet. Es stellte sich zudem die in Klimaklagen aller Art problematisierte Kausalitätsfrage, hier konkret, inwiefern die Festlegung von bestimmten Emissionsbudgets für die Schäden ursächlich ist, die ein Einzelner aus einem klimawandelinduzierten Wetterphänomen erleidet.[67] Auch hinsichtlich des Pariser Übereinkommens von 2015[68] stellten sich Fragen bezüglich der Verbindlichkeit des dort formulierten Ziels der Temperaturbegrenzung auf maximal 2 Grad sowie der Verpflichtungswirkung der hierfür aufgestellten Mechanismen.[69] Mit einer Antwort hierauf hätten die Gerichte eine Vorreiterrolle bei der Interpretation des wichtigsten Vertragswerks des internationalen Klimaschutzrechts einnehmen können, worauf sich dann potentiell Klagende in Verfahren vor anderen Gerichten hätten beziehen können.

Die Beklagten hatten dagegen die Einrede der Unzulässigkeit erhoben. Sie argumentierten, dass die Klägerinnen und Kläger zwar faktisch, nicht aber rechtlich betroffen seien. Denn die festgelegten Emissionsbudgets seien keine unmittelbare Erlaubnis, Treibhausgase zu emittieren, sodass auch keine Duldungspflicht gegenüber diesen Emissionen bestünden. Vielmehr setzten die Rechtsakte lediglich Mindestverpflichtungen der Mitgliedstaaten zur Emissionsreduktion fest, was gerade dem Klimaschutz diene. Zudem sei den Mitgliedstaaten unbenommen, über die in den Rechtsakten festgelegten Reduktionsziele hinauszugehen, sodass aufgrund des damit einhergehenden Ermessenspielraums die Klägerinnen und Kläger nicht unmittelbar betroffen seien.[70]

---

65 *Franzius* (Fn. 9), Rn. 38-43; *Oliver Dörr*, State responsibility for climate change under EU and German law, in: Schulev-Steindl, Eva/Hinteregger, Monika et al. (Hrsg.), Climate Change, Responsibility and Liability, 2022, 299 (301-302); *Walter Frenz*, Klimaschutz und EU-Grundrechte, EuR 2022, 3 (5-6).

66 *Winter* (Fn. 26), 261; allgemein hierzu *Hans D. Jarass*, in ders., GRCh, 4. Aufl. 2021, Art. 51 Rn. 44 mit einem Vorschlag der Differenzierung nach Abwehr- oder Schutzpflichtendimension.

67 *Winter* (Fn. 26), 261; *Estelle Brosset/Ève Truilhé*, „Les People's Climate Case" c. Union européenne (2019), in: Cournil, Christel (Hrsg.), Les grandes affaires climatiques, 2020, 193 (202); allgemein dazu *Franzius* (Fn. 9), Rn. 39-40.

68 EU ABl. L 282 v. 19.10.2016.

69 *Winter* (Fn. 26), 262-263.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

III. Die Entscheidungen der Unionsgerichte

Diese Unzulässigkeitseinrede hatte Erfolg. Die Klage wurde vom EuG abgewiesen, was vom EuGH bestätigt wurde. Bereits anhand kleiner prozessualer Details zeigt sich, dass beide Gerichte der Klage von Beginn an nur geringe Relevanz und Erfolgschance beimaßen beziehungsweise beimessen wollten. So entschieden sie jeweils nur in der Besetzung als (kleine) Kammer mit lediglich drei Richterinnen und Richtern. Die Größe des Spruchkörpers deutet auf die voraussichtliche rechtliche (und oft auch rechtspolitische) Relevanz eines Verfahrens hin.[71] Eine Entscheidung einer kleinen Kammer bekommt daher in aller Regel nicht dieselbe Aufmerksamkeit wie die Entscheidung einer großen Kammer oder des Plenums. Der EuGH verzichtete darüber hinaus auf ein Gutachten des dem Verfahren zugeordneten Generalanwalts *Gerard Hogan*. Der Verzicht auf ein Gutachten ist eine Maßnahme der Verfahrensbeschleunigung, die nach Art. 20 Abs. 5 EuGH-Satzung dann in Anspruch genommen werden kann, wenn der Fall keine neue Rechtsfrage aufwirft.[72] Dieser Verzicht ist nicht nur angesichts des ambitionierten politischen Anliegens des Klagekollektivs bemerkenswert. Die vielen vom Klagekollektiv aufgeworfenen Rechtsprobleme hätten in einem Gutachten noch einmal vertiefter dargestellt und diskutiert werden können, als dies dem EuGH möglich ist. Denn dieser fällt seine Entscheidungen in der Regel unter starkem Konsensdruck, was oft zu recht knappen, eher formelhaften und wenig diskursiven Begründungen führt.[73] Insbesondere hätte der Generalanwalt in einem Gutachten noch einmal die lange und kritische Diskussion der Plaumann-Formel in der rechtswissenschaftlichen Literatur aufbereiten können und auch

70 Zusammenfassung der Argumente der Beklagten in EuG, 8.5.2019, T-330/18, Rn. 25-28 – Carvalho.

71 Zur Korrelation zwischen Bedeutung einer Rechtssache und der Größe des entscheidenden Spruchkörpers *Anthony Arnull*, The European Union and Its Court of Justice, 1999, 11.

72 Allgemein kritisch zur damit einhergehenden ‚Selbstverzwergung' des EuGH *Jan Komárek*, European Law Review 2007, 467 (481-482): „the Court is willing to cut off an important component of its argumentation for the sake of the expeditiousness of its work. […] This, perhaps unconsciously, significantly undermines its role as a veritable Supreme or even Constitutional Court of the EU.".

73 Generell zu Aufbau, Stil und Funktion der Gutachten der Generalanwälte, insbesondere zu ihrer Ergänzungsfunktion für die meist knapp begründeten, wenig diskursiven und autoritativ wirkenden Begründungen des Gerichtshofs *Mitchel de S.-O.-l'E. Lasser*, Judicial Deliberations, 2004, 107 (113-141).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Erwägungen miteinbeziehen können, die infolge des bereits erwähnten Ansinnens des Generalanwalts *Jacobs* und des EuG in den Verfahren Unión de Pequeños Agricultores beziehungsweise Jégo-Quéré[74] sowie nun vom Klagekollektiv[75] geäußert wurden. Mit dem Verzicht auf das Gutachten signalisierte der EuGH, dass er die Erfolgsaussichten des Verfahrens für gering einschätzte. Zugleich wurde dadurch aber auch impliziert, dass die vorgelegten Rechtsfragen keine große Bedeutung hätten.

Aufgrund der Unzulässigkeitsentscheidung des EuG wurde nach Art. 144 Abs. 3 EuG-Verfahrensordnung eine Entscheidung darüber gegenstandslos, ob die Anträge auf Streithilfe weiterer Nichtregierungsorganisation zugunsten des Klagekollektivs zuzulassen gewesen wären.[76] Ein solcher Verfahrensbeitritt von Streithelfern ist eine weniger voraussetzungsreiche Erscheinungsform von *public interest litigation*, da er ermöglicht, die Interessenklagen durch weitere Expertise zu unterstützen, ohne selbst als Kläger oder Klagevertreter auftreten zu müssen.[77]

Das EuG hielt es im Gegensatz zum EuGH nicht für notwendig, eine Pressemitteilung über den Verfahrensausgang zu veröffentlichen.[78] Die Begründungen der Entscheidungen sind auch bis heute lediglich auf Englisch und Französisch vollständig einsehbar.[79] Auch dies verdeutlicht, dass die Unionsgerichtsbarkeit dem Vorbringen des Klagekollektivs geringe Relevanz für die zukünftige Rechtsentwicklung beimaß (oder eben: beimessen wollte). Denn die Veröffentlichung einer Entscheidung und ihre Übersetzung in weitere Amtssprachen dürfte ein wichtiger Faktor für ihre

74 Überblick über die zumeist begrüßenden Anmerkungen zum Vorstoß von GA Jacobs und dem EuG *Kalbheim* (Fn. 57), 342-349.

75 Beide Gerichte erwähnten zwar die wesentlichen Argumente des Klagekollektivs (EuG, 8.5.2019, T-330/18, Rn. 32 – Carvalho; EuGH, 25.3.2021, C-565/19 P, Rn. 53-65 – Carvalho), setzen sich hiermit aber kaum auseinander.

76 Konkret hatten das Climate Action Network Europe, WeMove Europe und die Arbeitsgemeinschaft Bäuerliche Landwirtschaft den Streitbeitritt beantragt.

77 *Jasper Krommendijk/Kris van der Pas*, To intervene or not to intervene: intervention before the court of justice of the european union in environmental and migration law, The International Journal of Human Rights 2022, 1394 (1396-1397); zu Möglichkeiten und Praxis der Intervention in deutschen Gerichtsverfahren *Verheyen/Pabsch* (Fn. 22), Rn. 69-72.

78 Die Pressemitteilung 51/2021 vom 25.3.2021 des EuGH ist abrufbar unter https://t1p.de/hecd0 (zuletzt abgerufen am: 28.7.2023).

79 Für die anderen Amtssprachen existieren lediglich Kurzinformationen mit dem jeweiligen Entscheidungstenor, siehe die Dokumente Beschluss/Urteil und Beschluss (Information)/Urteil (Information) auf https://t1p.de/wqdi1 und https://t1p.de/axxuf (zuletzt abgerufen am: 28.7.2023).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rezeption sein. Im Kontrast zur enormen Öffentlichkeitsarbeit des Klagekollektivs zeigt sich hieran plastisch die eingrenzende Wirkung juristischen Formalismus.

Das EuG begründete die Unzulässigkeit der Nichtigkeitsklage mit der fehlenden individuellen Betroffenheit im Sinne der Plaumann-Formel, da die Klägerinnen und Kläger von den Rechtsakten nicht wie Adressaten individuell betroffen seien.[80] Dass sie womöglich anders (und stärker) vom Klimawandel betroffen seien als andere Menschen, berechtige sie nicht zu einer Klage gegen einen Rechtsakt mit allgemeiner Geltung. Andernfalls würde das Kriterium der individuellen Betroffenheit in Art. 263 Abs. 4 Var. 2 AEUV, wie es seit Plaumann verstanden wird, leerlaufen.[81] Dies verstieße auch nicht gegen Art. 47 GRCh, da der dort verankerte Schutz kein Recht darauf gewähre, dass jeder Einzelne ein unbedingtes Recht habe, unmittelbar vor den Gerichten der Union eine Nichtigkeitsklage zu erheben.[82] Davon abgesehen wurden die zahlreichen Argumente des Klagekollektivs[83] nicht näher adressiert oder entkräftet.[84] Der EuGH bestätigte diese Begründung, ohne ihr viel hinzuzufügen. Im Wesentlichen erschöpfte sich seine Begründung darin, dass er die Prüfung der Voraussetzungen des Art. 263 Abs. 4 AEUV durch das EuG affirmativ wiederholte.[85] Der EuGH verwies lediglich noch darauf, dass es ihm nicht ohne Überschreiten seiner Zuständigkeitsgrenzen möglich sei, die Voraussetzungen für die Erhebung von Klagen anders auszulegen, als sie im AEUV ausdrücklich festgelegt sind.[86]

IV. Bewertung

Den entscheidenden Punkt spricht der EuGH aber nicht an: So ist die Plaumann-Formel doch selbst nur *eine* denkbare Auslegung des Kriteriums

80 EuG, 8.5.2019, T-330/18, Rn. 43-49 – Carvalho; so auch EuGH, 25.3.2021, C-565/19 P, Rn. 48-50 – Carvalho.
81 EuG, 8.5.2019, T-330/18, Rn. 50 – Carvalho; bestätigt in EuGH, 25.3.2021, C-565/19 P, Rn. 38-40 und 73 – Carvalho.
82 EuG, 8.5.2019, T-330/18, Rn. 42 – Carvalho; zustimmend EuGH, 25.3.2021, C-565/19 P, Rn. 41 und 48 – Carvalho.
83 Klageschrift (Fn. 34), Rn. 82-99; siehe auch die Rechtsmittelbegründung (Appeal submitted to the European Court of Justice Fn. 34), Rn. 27-73; zusammengefasst in EuGH, 25.3.2021, C-565/19 P, Rn. 53-65 – Carvalho.
84 Kritisch *Pagano* (Fn. 30), 351 und 354.
85 EuGH, 25.3.2021, C-565/19 P, Rn. 67-80 – Carvalho.
86 EuGH, 25.3.2021, C-565/19 P, Rn. 69-70 und 77-78 – Carvalho.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der individuellen Betroffenheit in Art. 263 Abs. 4 AEUV.[87] Der EuGH tut demgegenüber so, als sei die Formel unmittelbarer Ausdruck der Norm und nobilitiert damit seine eigene Rechtsprechung in den Rang von quasi-Vertragsrecht.[88] So muss er sich auch nicht mehr auf eine Diskussion einlassen, ob die besseren Gründe, also insbesondere das Gebot effektiven Rechtsschutzes, für eine von der Plaumann-Formel abweichende Auslegung sprechen.[89] Aus einer rechtsinternen Logik ergibt das natürlich Sinn. Es gilt insofern der sprichwörtliche Grundsatz: ‚Gefällte Bäume lässt man liegen'. Eine einmal etablierte Rechtsprechungslinie zu ändern, selbst wenn dies methodisch begründbar wäre, geht oft mit der Gefahr des Gesichtsverlusts einher, da man implizit eingestehen würde, dass die frühere Judikatur (an der man womöglich auch noch entgegen guter Kritik stur festgehalten hat: ein Teufelskreis!) nicht taugte.[90] Eine ständige Rechtsprechungslinie steht dagegen paradigmatisch für die juristischen Kernmaximen von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz, sie leistet damit genau das, was *Luhmann* als Funktion des Rechtssystem herausstellt: Die Stabilisierung normativer Erwartungshaltungen.[91]

D. Schluss

Mit dem engen Verständnis individueller Betroffenheit bekräftigen die Gerichte die durch die bisherige Rechtsprechung aufgestellten Beschränkungen – für den subjektiven Rechtsschutz, aber auch für sich selbst. Diese depolitisierende Fremd- und Selbstbegrenzung des Prozessrechts als „Sitz

87 In diese Richtung auch *Schwerdtfeger* (Fn. 53), 591 und *Matthias Gegenwart*, The intertemporal guarantee of freedom – a concept for international human rights to address states' failure to combat climate change and its threats?, Vilnius University Open Series 2023, 59 (68).

88 *Christiansen/Masche* (Fn. 58), 45-46.

89 *Lena Hornkohl*, The CJEU dismissed the People's Climate Case as inadmissible: the limit of Plaumann is Plaumann, European Law Blog, 6.4.2021, https://t1p.de/8wp22 (zuletzt abgerufen am: 28.7.2023) entdeckt hier einen Zirkelschluss in der Argumentation des Gerichts; ähnlich wie hier kritisch *Schwerdtfeger* (Fn. 53), 592; sehr kritisch *Christiansen/Masche* (Fn. 58), 38-43 und *Kelleher* (Fn. 28), 130-132.

90 *Oliver Lepsius*, Kontextualisierung als Aufgabe der Rechtswissenschaft, JZ 2019, 793 (800); siehe auch *Sebastian Schwab*, Historische Ambiguität und Recht, JZ 2021, 500 (501-502).

91 *Luhmann*, Soziale Systeme, 1984, 509-510; *ders.*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 131-143.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des Rechtsformalismus“[92] führt zwangsläufig dazu, dass die substantiellen Fragen des rechtspolitischen Anliegens nicht erörtert werden müssen.[93] Dadurch kommen die Gerichte gar nicht erst in die heikle Situation, zwischen den kollektiven Forderungen nach strengeren Klimaschutzmaßnahmen und der Entscheidungsprärogative des Unionsgesetzgebers abwägen zu müssen. In Carvalho et al. hat die Unionsgerichtsbarkeit wieder bestätigt, dass sie nur ungern als politische Akteurin wahrgenommen werden möchte.[94] Sie richtet den Blick, wie es für eine rechtsentscheidende Institution üblich ist, nach hinten statt wie das Klagekollektiv nach vorne.[95]

Für das Klagekollektiv ist das angesichts seiner enormen Anstrengungen ein enttäuschendes Ergebnis. Sein konstruktiver Protest blieb von den Unionsgerichten ungehört. Aber: Die Klägerinnen und Kläger haben sich selbst eine Stimme geben, sie sind zu Aktivistinnen und Aktivisten geworden.[96] Zudem hat sich die Europäische Union mittlerweile mit Art. 4 Abs. 1 des Europäischen Klimagesetzes[97] zum Ziel gesetzt, statt der zuvor für 2030 anvisierten 40% im Vergleich zu 1990 nun eine EU-weite Minderung in Höhe von 55% erreichen zu wollen.[98] Dies dürfte auch Folge des öffentlichen Drucks gewesen sein, den das Klagekollektiv mit seiner öffentlichkeitswirksamen Proteststrategie miterzeugt hat.[99] Daran zeigt sich, dass ein Misserfolg im Gerichtssaal keine endgültige Niederlage für das eingeklagte

92 *Alfred Manigk*, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, 1927, 478, zitiert nach *Walter* (Fn. 2), 591.

93 Frustriert darüber *Brosset/Truilhé* (Fn. 67), 205 und *Christiane Trüe*, Economic and Legal Issues of Climate Change in the EU, European Studies 8 (2021), 161 (174).

94 Das ist Ausdruck eines allgemeinen Symptoms, siehe nur *O'Neill* (Fn. 13), 508-509.

95 Zu den entgegenstehenden operativen Modi des Rechts (konservativ bewahrend) und der Politik (aktiv gestaltend) als eine rhetorische Lesart der Systemtheorie *Marcus Schnetter*, Ein Dichterjurist als Politikaktivist, in: Nehrlich, Thomas/Schilling, Erik (Hrsg.), Ferdinand von Schirach, 2024 (i.E.), sub 2. Politik und Recht als soziale Systeme.

96 *Gökşen Şahin*, Peoples Climate Case - families and youth take the EU to court over its failure to address the climate crisis, in: Henry, Claude/Rockström, Johan et al. (Hrsg.), Standing up for a Sustainable World, 2020, 171 (172).

97 Verordnung (EU) 2021/1119 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.6.2021 (Rahmen für die Verwirklichung der Klimaneutralität); Überblick hierzu bei *Sabine Schlacke/Miriam Köster/Eva-Maria Thierjung*, Das „Europäische Klimagesetz“ und seine Konsequenzen, EuZW 2021, 620.

98 Dieser Hinweis auch bei *Franzius* (Fn. 9), Rn. 22 und *Marcin Stoczkiewicz*, The role of the courts in EU climate policy, in: Rayner, Tim/Szulecki, Kacper et al. (Hrsg.), Handbook on European Union Climate Change Policy and Politics, 2023, 129 (134).

99 *Kelleher* (Fn. 28), 131; zuvor in diese Richtung bereits *Şahin* (Fn. 96), 172-173.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Anliegen bedeuten muss.[100] Vielmehr kann ein Gerichtsverfahren, auch ein öffentlichkeitswirksam gescheitertes, ein Katalysator für politische Veränderungen sein. Auch in Zukunft werden daher Protestkläger ihre Forderungen in der Form des Rechts artikulieren, um ebenjene zu überwinden.

100 *Jacques Hartmann/Marc Willers*, Protecting rights through climate change litigation before European courts, Journal of Human Rights and the Environment 2022, 90 (98-99).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Methodische Interaktionen in der Rechtssoziologie – am Beispiel eines qualitativ-empirischen Vorhabens –

Elisabeth Faltinat

A. Rechtssoziologie in der Rechtswissenschaft: Eine Beziehung mit bekannten Fragen?!

Die Auseinandersetzung im Verhältnis zwischen Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaft begleitet die beiden Disziplinen insbesondere seit den ersten, umfassenderen rechtssoziologischen Untersuchungen Anfang des 20. Jahrhunderts.[1] So wurde immer wieder thematisiert, ob die Rechtssoziologie die Rechtswissenschaft eigentlich ersetzen solle oder es sich bei der Rechtssoziologie um eine Grund- bzw. Hilfswissenschaft handele.[2] Bestärkt wurden die Abgrenzungs- und Beziehungsfragen vom erkenntnistheoretischen Wissenschaftsdiskurs zwischen *Kelsens* Fokussierung auf die „Reine Rechtslehre" mit seiner formalen Struktur des Rechts[3] und *Ehrlichs* Ansatz des „lebenden Rechts".[4] Letzteres stellte nach *Kelsen* eine unzulässige Vermischung verschiedener Systeme – der normativen Jurisprudenz und einer explikativen Rechtssoziologie – dar.[5] Diese grundlegenden Fragen setzen sich bei Einordnung der Rechtssoziologie im Rahmen der Rechtswissenschaft fort.[6] Die Rechtssoziologie wird zum Teil als transdisziplinäres

1 *Eva Kocher,* Rechtssoziologie, RW 2017, 153 (154, 172); *Alfons Bora,* Responsive Rechtssoziologie, ZfRS 2016, 261 (264); *Thomas Raiser,* Beiträge zur Rechtssoziologie, 2011, 21-52; *Michael Wrase,* Rechtssoziologie und Law and Society, ZfRS 2006, 289 (289 ff.).

2 *Karlson Preuß/Doris Schweitzer*, Disziplinäre Abgrenzungsstreitigkeiten, ZfRS 2021, 179 (180).

3 *Susanne Baer*, Rechtssoziologie, 5. Aufl. 2023, 32 Rn. 34.

4 *Preuß/Schweitzer* (Fn. 2), 180; *Klaus Röhl/Stefan Machura*, 100 Jahre Rechtssoziologie, JZ 2013, 1117 (1118).

5 *Hans Kelsen*, Grundlegung der Rechtssoziologie, in: Vormbaum, Thomas (Hrsg.), Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft, (1915/1917), 2003, 4. Mehr zu den wissenschaftlichen Mauern siehe *Thomas Raiser*, Über die Beziehungen zwischen Rechtssoziologie und Rechtsdogmatik, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Mollnau, Karl/Rottleuthner, Hubert (Hrsg.), Rechtssoziologie in der DDR und BRD, 1990, 234 (245).

6 Siehe dazu u.a. *Josef Estermann*, Die Verbindung von Recht und Soziologie als Chimäre, in: Wie wirkt Recht?, 2010, 101 (103).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Grenzgänger:innentum[7] mit Mischcharakter[8] beschrieben, die weder reine Sollens- noch reine Seinswissenschaft sei.[9]

Die Interaktion bleibt an der Schnittstelle von Rechtsdogmatik und Rechtssoziologie daher weiterhin herausfordernd.[10] *Patrick Wöhrle* beschreibt 2022 eindrücklich: „Jede Rechtssoziologie, und sei sie noch so rechtsnah, kommt an irgendeiner Stelle an den Punkt, an dem sie in Konflikt mit dem Selbstverständnis des Rechts gerät."[11]

Dieses Zitat als aktuelles Beschreibungsmoment aufgreifend, wendet sich der Beitrag den Interaktionen zwischen Methoden der Rechtsdogmatik und einer von sozialwissenschaftlichen Methoden geprägten Rechtssoziologie zu. Die Interaktion wird in einem laufenden Forschungsprozess thematisiert und verlässt so eine rein theoretische Ebene: Wie entfaltet sich die abstrakt formulierte Beziehung in einem Forschungsvorhaben? Wie lassen sich Methoden und Methodologie auf eine Art und Weise verwenden, die nicht das Konfliktpotential bzw. die Dichotomie[12] von Rechtsdogmatik und Rechtssoziologie bestärkt, sondern die Potentiale der Interaktion in den Vordergrund rückt? Dabei liegt der hiesigen theoretischen Auseinandersetzung ein konkretes Forschungsvorhaben zugrunde.

B. Methodische Interaktionen im Forschungsvorhaben

Im Zentrum des Vorhabens stehen die Grundsätze der Neutralität und Objektivität, die als Grundelemente der Rechtsprechung, aber auch des Rechtsstaates, des Rechtssystems und seiner Autonomie beschrieben werden. Sie werden mit verschiedenen verfassungsrechtlichen Normen, wie Art. 3, Art. 92, Art. 97, Art. 20 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 und Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, in Verbindung gebracht, wobei das BVerfG die Formulierung einer „unbedingte[n] Neutralität" verwendet.[13] Wörtlich genommen suggeriert dies

7 *Alfons Bora* et al., Rechtssoziologie „auf der Grenze", ZfRS 2000, 319 (319).
8 *Rüdiger Lautmann*, Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz, 1971, 27.
9 *Baer* (Fn. 3), 35 Rn. 41.
10 Eindrücklich und stellvertretend für viele *Bora* (Fn. 1), 261 f.
11 *Patrick Wöhrle,* Rechtssoziologie ohne Recht, ohne Soziologie – und mit >zu viel< Recht, Mittelweg 36 2022, 84 (97).
12 Vgl. u.a. *Reza Bankar*, Who Needs the Classics?, University of Westminster School of Law Research Paper 2013, 1 (13).
13 *Eva Kocher,* Die Position des Dritten: Objektivität im bürgerlichen Recht, in: Baer, Susanne/Lepsius, Oliver/Schönberger, Christoph/Waldhoff, Christian/Walter, Christian (Hrsg.), Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart 2019, 403 (405); siehe

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eine absolute, ohne jede Einschränkung geltende Neutralität, die verfassungsrechtlich geboten und stete Grundlage für richterliches Handeln sei. Doch wie sieht eine solche absolute Neutralität in der Rechtswirklichkeit aus? Mit Blick auf die Einbettung von Richter:innen in unsere Gesellschaft ist fraglich, ob von einer solchen Unbedingtheit gesprochen werden kann.[14] Denn Richter:innen sind – wie wir alle – von gesellschaftlich wirkvollen Ordnungsstrukturen geprägt.[15] Das konkrete Forschungsvorhaben wendet sich daher den Fragen zu, wie Richter:innen als machtvolle Akteur:innen im Rechtssystem[16] ihre Rolle als „neutrale, objektive" Richter:innen selber verstehen, interpretieren und unter Berücksichtigung eben dieser, teilweise verdeckten, Strukturen sozial „herstellen" bzw. konstruieren. Ein Teilaspekt des Vorhabens, neben u.a. Prozessbeobachtungen, ist die Durchführung von leitfadengestützten Interviews mit Richter:innen. Mit den Interviews wird ein subjektiver Zugang zu den Sichtweisen, Deutungsmustern sowie zu den Grundlagen für das Denken und Handeln der Richter:innen möglich.

Das Vorhaben wendet sich also sozialwissenschaftlichen Methoden zu und ist im traditionell ambivalenten Kontext der Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaft verortet: der Rechtssoziologie. Es wirft normative Fragen zu den Prinzipien der Neutralität und Objektivität sowie qualitativ

zur Formulierung „unbedingte Neutralität" u.a. BVerfG, Beschluss vom 8.2.1967, 2 BvR 235/64, BVerfGE 21, 139 (146) – freiwillige Gerichtsbarkeit; Beschluss vom 19.3.2013, 2 BvR 2628/10 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2013:rs20130319.2bvr262810, BVerfGE 133, 168 (202) m.w.N. – Deal im Strafprozess; *Karl-Peter-Sommermann*, in: von Mangoldt, Hermann v./Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2018, Art. 20 GG Rn. 307. Die Begrifflichkeiten werden im Detail unterschiedlich definiert, statt vieler *Thomas Groß*, Grenzen der Pluralisierung der Judikative – Das Gebot struktureller Unparteilichkeit ehrenamtlicher Richter, KritJ 2000, 209 (219). Dies soll an dieser Stelle nicht vertieft werden.

14 Diese Frage (und weitere) stellt sich u.a. bei BVerwG, Beschl. v. 25.05.2022, 2 WRB 2/21, ECLI:DE:BVerwG:2022:250522B2WRB2.21.0, NVwZ 2022, 1622. Hinterfragt wurde das indes auch schon in früherer Rechtsprechung, siehe SG Celle, Beschluss vom 11. 11. 1954, L 4 Kr 16/54, NJW 1955, 239 (240). Siehe grundlegend auch *Josef Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl, 1970.

15 *Susanne Baer*, Speaking law: towards nuanced analysis of cases, GLJ 2017, 271 (280 f.); *Kocher* (Fn. 1), 164; *Sarah Schulz,* Zur Soziologie der Justiz und der richterlichen Entscheidungsfindung, Blog des Berliner Arbeitskreises Rechtswirklichkeit, 26.01.2023, https://barblog.hypotheses.org/4635 (zuletzt abgerufen am: 02.06.2023); *Iyiola Solanke,* Where are the Black Lawyers in Germany?, in: Egger, Maureen/Kilomba, Grada/Piesche, Peggy/Arndt, Susan (Hrsg.), Mythen, Masken und Subjekte, 2005, 179 (183).

16 *Manfred Rehbinder,* Rechtssoziologie, 1977, 11.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sozialwissenschaftliche Aspekte auf, die sich mit dem Selbstverständnis der Richter:innen beschäftigen. Fragen zur Interdisziplinarität stellen sich damit ganz konkret: Wie geht man mit den Selbstverständnissen der Disziplinen und den methodischen Unsicherheiten, die mit dem Forschen auf der disziplinären Grenzlinie einhergehen, um? Welches Forschungsprogramm kann diese Komplexitäten konstruktiv miteinbeziehen?

I. Rechtsdogmatik

Die Rechtsdogmatik stellt die klassische Methode in der deutschen Rechtswissenschaft dar, die das Recht mit seinen Begründungen zu erläutern[17] und mit den Auslegungsmethoden[18] normativ zu beschreiben versucht.[19] Das systematische Sichten von Rechtstexten sowie die Reproduktion und Sicherung des Rechtssystems stehen im Vordergrund.[20] Dabei verbindet sich die Dogmatik als Methode mit dem Gegenstand Recht, die das Recht selber untersucht. Das Recht ist zugleich der Apparat, mit dem die Rechtsdogmatik arbeitet. Dies kann zu der Annahme führen, dass im bestehenden Rechtssystem alles „mit rechten Dingen zu[geht]", Normen also gültig sind und die die Dogmatik regulierenden Normen eingehalten werden.[21] Mit dieser methodischen Konzentration verdichten sich die Hinweise auf ein in sich geschlossenes, autonomiebeanspruchendes System[22] mit „autoritärem Paradigma."[23] Ohne eine einzelne Methode benennen zu können,[24] ist die

17 *Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk*, Rechtstheorie, 11. Aufl. 2019, 199 Rn. 311.
18 *Franz Bydlinski/Peter Bydlinski,* Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 3. Aufl. 2018, 17, 27 ff.; *Matthias Jestaedt*, Wissenschaft im Recht, JZ, 2014, 1 (4).
19 U.a. *Julika Rosenstock/Tobias Singelnstein/Christian Boulanger*, Versuch über das Sein und Sollen der Rechtsforschung, in: dies. (Hrsg.), Interdisziplinäre Rechtsforschung, 2019, 3 (4); *Reza Banakar*, Normativity in legal sociology, 2015, 31. Eingehend zur Frage der Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik bei *Alexander Stark*, Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik, 2020.
20 *Niklas Luhmann*, Die soziologische Beobachtung der Theorie und der Praxis des Rechts, Soziale Systeme 2019, 157 (161); *Christan Bumke*, Rechtsdogmatik, JZ 2013, 641 (641); *Christian Boulanger*, Die Soziologie juristischer Wissensproduktion, in: ders./Rosenstock, Julika/Singelnstein, Tobias (Hrsg.), Interdisziplinäre Rechtsforschung, 2019, 173 (176).
21 *Rosenstock/Singelnstein/Boulanger* (Fn. 19), 21.
22 *Gunther Teubner*, Law and Social Theory, Ancilla Iuris 2014, 183 (190); *Luhmann* (Fn. 20), 160; *Kocher* (Fn. 1), 154.
23 *Banakar* (Fn. 19), 23; *Luhmann* (Fn. 20), 160.
24 So wohl *Bumke* (Fn. 20), 649.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

erkenntnistheoretische Frage mit dem geltenden Recht befasst[25] und arbeitet mit hermeneutischer Interpretation.[26] Die Methodologie versteht sich als deduktiv und normativ arbeitend.[27]

Zwei Merkmale sind hervorzuheben, die Anlass dafür geben, die Interaktion der Rechtsdogmatik mit anderen disziplinären Erkenntnisinteressen als spannungsvoll einzuschätzen: Die historisch gewachsene Geschlossenheit, auch gegen sozialwissenschaftliche Einflüsse,[28] und die Autorität des Rechtssystems mit ihrer deduktiven Vorgehensweise, die sich rein internen Vorgängen zuwendet.[29]

II. Qualitativ empirische Sozialforschung

Die Soziologie ist selbstverständlich keine homogene Wissenschaft[30] und vereint verschiedene Erkenntnissinteressen und Methoden. Dennoch strebt sie in der Regel danach, die verschiedenen Perspektiven auf die Gesellschaft zu erweitern, um die Komplexität sozialen Lebens zu erfassen.[31] Im Fokus dieses Vorhabens steht die qualitativ empirische Sozialforschung. Diese versucht Bedeutungen zu verstehen, die Menschen ihrem Verhalten und der äußeren Welt zuschreiben und bezieht subjektive Perspektiven mit ein.[32] Sie zielt auf das zu Beobachtende, Gehörte, Beschriebene, um so Ursachen, Folgen, Bedingtes und Bedingendes zueinander in Beziehung zu setzen.[33] Es geht nicht lediglich darum, statistisch repräsentative Aussagen auf Grundlage einer vorherigen Hypothesenbildung vorzunehmen. Es

25 *Raiser* (Fn. 1), 135.
26 *Banakar* (Fn. 19), 30.
27 In diesem Sinne *Alfons Bora*, Rechtssoziologie zwischen Wissenschaft und social engineering, ZfRS 2021, 281 (290); *Kelsen*, (Fn. 5), 5.
28 *Michael Wrase*, Rechtsinterpretation als soziale Praxis, in: Frick, Verena/Lembcke, Oliver/Lhotta, Roland, Politik und Recht, 2017, 63 (74); *Teubner* (Fn. 22), 194; *Susanne Baer*, Recht als Praxis, ZfRS 2016, 213 (217).
29 *Reza Banakar*, Merging Law and Sociology, 2003, 73, 97.
30 *Hermann Kantorowicz*, Rechtswissenschaft und Soziologie, in: Würtenbeger, Thomas (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Soziologie, 1962, 117 (118).
31 *Banakar* (Fn. 29), 69 f.
32 *Donatella Della Porta/Michael Keating*, How many approaches in the social sciences?, in: dies. (Hrsg.), Approaches and Methodologies in the Social Sciences, 2012, 19 (26); *Jörg Strübing*, Qualitative Sozialforschung, 2. Aufl. 2018, 39.
33 *Hans Oswald*, Was heißt qualitativ forschen?, in: Friebertshäuser, Barbara/Langer, Antje/Prengel, Annedore (Hrsg.), Handbuch Qualitative Forschungsmethoden in der Erziehungswissenschaft, 4. Aufl., 2013, 183 (185).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wird angestrebt, in induktiver Weise (aus den empirischen Daten) eine allgemeine Theorie über den Gegenstand zu erarbeiten.[34] Es beinhaltet einen deutenden Zugang zur Wirklichkeit[35] und legt die Prinzipien des Fremdverstehens und der Offenheit zugrunde.[36]

Die Vorgehensweise zeichnet sich folglich nicht durch eine deduktive Art aus, sondern ist induktiv geprägt. Sie orientiert sich nicht lediglich an normativen Rechtstexten, sondern vor allem an den sichtbarwerdenden Perspektiven der Rechtsakteur:innen und sich daraus ergebenden möglichen Interpretationen.

III. Rechtssoziologie als Kontaktpunkt

Wie lassen sich diese zunächst sehr verschieden erscheinenden Positionierungen in einem Forschungsvorhaben, das eben an der Schnittstelle verortet sein will, zusammenbringen? Verbleibt es bei einer starren Dichotomie, bei der eine Rechtssoziologie keine verwertbaren Erkenntnisse für die Rechtsdogmatik erbringen kann?[37] Oder kann die Rechtssoziologie, und wenn ja wie, als produktiver Kontaktpunkt erkenntnisgewinnend eingesetzt werden?

1. Grundlegende Merkmale der Rechtssoziologie

Auch wenn vertreten wird, dass der Rechtssoziologie ein konstituierendes Selbstverständnis fehle,[38] so wendet sie sich doch – zwar aus verschiedenen Positionen und Blickrichtungen – regelmäßig dem Recht in der Wirklichkeit zu.[39] Dies geht über die bloße Abgrenzung von soziologischen und juristischen Begriffen bzw. über abstrakte Beiträge über das Sein und Sollen

34 *Bora* (Fn. 1), 262; *Oswald* (Fn. 33), 184 f.; *Robert Merton*, Soziologische Theorie und soziale Struktur, in: Meja, Volker/Stehr, Nico (Hrsg.), 1995, 7.

35 *Jan Kruse,* Qualitative Interviewforschung, 2. Aufl. 2015, 25, 17.

36 *Cornelia Helfferich,* Die Qualität qualitativer Daten, 3. Aufl. 2009, 21; *Ralf Bohnsack*, Rekonstruktive Sozialforschung, 8. Aufl. 2010, 21.

37 So wohl *Stark* (Fn. 19) 312 mit Fn. 332 oder jedenfalls ohne Kontakt zur Rechtsdogmatik, *Raiser* (Fn. 1), 117.

38 *Bora* (Fn. 1), 266; *Klaas Hendrick Eller*, Rechtswissenschaft als transdisziplinäres Netzwerk, ZfRS 2021, 338 (339).

39 *Eugen Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 5. Aufl. 2022, 546 ff.; *Doris Schweitzer*, Juridische Soziologien, 2021, 19 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

hinaus. Mit den Worten der Herausgeber (sic!) des ersten Hefts der Zeitschrift für Rechtssoziologie erforscht die Rechtssoziologie

> „tatsächlich […] die Handhabung, Bearbeitung und Durchsetzung von Rechtsnormen durch den Rechtsstab, die Aktivitäten von Gerichten […]." [40]

Viele der Fragestellungen beschäftigen sich mit der Spannung zwischen normativer Forderung und tatsächlichem Verhalten[41] und damit mit den benannten Gegenständen aus Soziologie und Rechtsdogmatik. *Susanne Baer* bezeichnet die Rechtssoziologie als eine Disziplin zwischen den Stühlen, die sich den empirischen Methoden zuwende.[42] Dogmatik und dessen normatives Recht können als empirische Gegenstände beobachtet werden.[43] Obgleich aus sozialwissenschaftlicher Perspektive das Recht empirisch untersucht werden kann, bleiben bei rechtssoziologischen Untersuchungen theoretische Fragen weiterhin offen: z.B. nach der Verwendbarkeit rechtssoziologischer Forschungsergebnisse und Methoden in der Rechtspraxis und -dogmatik.[44]

2. Interdisziplinarität als Herausforderung und/oder Potential der Rechtssoziologie?

Mit Blick auf diese angesprochenen Merkmale ergibt sich zugleich die methodische Herausforderung, an der Grenze der Disziplinen zu forschen.[45] *Kelsen* meinte, „[d]enn daraus, daß es tatsächlich ist, kann doch nicht folgen daß es auch sein soll!"[46] Aus den induktiv erlangten Ergebnissen könnten keine automatischen Schlüsse auf den normativen Sinn folgen.[47]

---

40 *Erhardt Blankenburg et al.*, Zum ersten Heft der Zeitschrift für Rechtssoziologie, ZfRS 1980, 1 (3).
41 *Erhard Blankenburg,* Die Beobachtung, in: ders. (Hrsg.), Empirische Rechtssoziologie, 1975, 23 (23).
42 *Baer* (Fn. 28), 217; *Raiser* (Fn. 1), 135.
43 *Bora* (Fn. 27), 291.
44 *Bora et al.* (Fn. 7), 320 f.
45 *Clemens Boehncke/Karlson Preuß/Doris Schweitzer,* Verortungen einer problematischen Konstellation, Mittelweg 36 2022, 3 (10).
46 *Kelsen*, (Fn. 5), 68.
47 *Bora* (Fn. 27), 291.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Vielmehr bedürfe es einer Übersetzung in die Sprache und Prüfungsschemata des Rechts.[48]

Zugleich kann eine soziologische, reflexive Linse Praktiken aufdecken, wie es Rechtsdogmatik selber nicht kann.[49] Dies gilt vor allem für die Positionierung der Rechtspraktiker:innen selbst. Denn erst in und durch die Anwendung entstehen die Rechtsnormen in der Rechtswirklichkeit.[50] Die Rechtssoziologie beinhaltet demnach eine Interdisziplinarität,[51] die „Sichterweiterungen innerhalb der allzu disziplinären Rechtsgelehrtheit"[52] anhand von Suchbewegungen und Methodenpluralismus[53] nach dem Unbekannten im Recht ermöglicht.[54]

3. Der methodische Ausgangspunkt

Das Vorhaben ist auf dieser Grenzlinie angesiedelt: Es beschäftigt sich mit normativen Begriffen und untersucht zudem das Selbstverständnis der Richter:innen, deren Deutungen, Verständnisse und geht qualitativ empirisch – suchend und reflexiv – vor.

Bezugnehmend auf die Möglichkeiten, die die Rechtssoziologie offeriert, muss allein aufgrund der unterschiedlichen Methoden kein unlösbarer Gegensatz zwischen Rechtsoziologie und -dogmatik hergestellt werden.[55] Denn die Komplexität von Sachverhalten des Rechts findet sich zumeist auch in den Vorgängen der Gesellschaft.[56] Dem folgend werden Forschungsprogramme methodisch interessant, die versuchen diese Komplexität miteinzubeziehen.[57] Ein Festhalten allein an den Unterschieden der Disziplinen verschließt sich dem Versuch der Erforschung von Komplexi-

48 *Susanne Karoline Paas*, Soziologie im freien Fall?, in: Mittelweg 36 2022, 39 (52 f.).
49 *Reza Banakar*, Reflections on the Methodological Issues of the Sociology of Law, Journal of Law and Society, 2000, 273 (284).
50 *Martin Morlok/Ralf Kolbel/Agnes Launhardt*, Recht als Soziale Praxis, Rechtstheorie 2000, 15 (18).
51 *Rosenstock/Singelnstein/Boulanger* (Fn. 19), 4: „[…] wie auch immer sie konkret verstanden wird […].
52 *Erhard Blankenburg,* Vom Nutzen der empirischen Rechtssoziologie, in: Dreier, Horst (Hrsg.), GS für Wenz, 2000, 31 (36).
53 *Raiser* (Fn. 1), 135.
54 *Rosenstock/Singelnstein/Boulanger* (Fn. 19), 7.
55 *Rosenstock/Singelnstein/Boulanger* (Fn. 19), 8.
56 *Lautmann* (Fn. 8), 28.
57 *Ingo Schulz-Schaeffer*, Rechtsdogmatik als Gegenstand der Rechtssoziologie, ZfRS, 2004, 141 (169).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

tät; derjenigen Komplexität, die anerkennt, dass das Recht von sozialen Phänomenen beeinflusst wird. Die Rechtssoziologie bringt mit ihrer disziplinären Verwobenheit bzw. aufgrund einer abwesenden strengen disziplinären Loyalität[58] die Freiheit, sich an den Grenzen der Disziplinen zu bewegen.[59] Die Herausforderung der Forschung an diesen Grenzen ist ihr Potential zugleich.

Die Geschlossenheit des Rechts ist damit letztlich nur ein Ideal,[60] an dessen Brüchigkeit eine Rechtssoziologie, die eine Interaktion anstrebt, anknüpfen kann.

Konstruktivistische Ansätze mit ihrer methodologischen Flexibilität, Offenheit und Neugierde für das Recht und seine Anwendung sind besonders geeignet für interdisziplinäre Vorhaben.[61] Ein Forschungsprogramm eben, das sich der Herausforderung an den Grenzen der Disziplinen annehmen kann: Die konstruktivistische Grounded Theory Method (GTM).

C. Das rechtssoziologische Vorhaben: Forschungsprozess und -design

Bei disziplinären Interaktionen wird im Forschungsprozess teilweise von einem „methodological anxiety syndrome" gesprochen.[62] Der kontroverse Kontext der Rechtssoziologie kann den Effekt der Unsicherheiten im interdisziplinären Forschungsverlauf verstärken. Dabei wäre es konstruktiver, Forschungsmethoden zu entmystifizieren und sich von Strenge zu lösen.[63] Die GTM, nicht lediglich als Methode, sondern als Forschungsstil begriffen, bietet mit ihrer Flexibilität[64] ausreichend Spielraum und zugleich eine

58 *Theodore Eisenberg*, The Origins, Nature, and Promise of Empirical Legal Studies, University of Illinois Law Review, 2011, 1713, (1732).

59 *Banakar* (Fn. 19), 38, 44 ff.; *Håkan Heydén*, Introduction, in: ders. /Cotterrell, Roger/Nelken, David/Schultz, Ulrike (Hrsg.), Combining the Legal and the Social in Sociology of Law, 2023, 3 (9).

60 *Peter Bergwall*, The Stepchild Controversy: Unfortunate Dichotomies in Socio-Legal Theory, in: Heydén/Cotterrell/Nelken (Fn. 59), 59 (61, 64).

61 *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Schmidt-Aßmann, Eberhardt/Hoffman-Riem, Wolfgang (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, 11 (30 f.).

62 *Patrick Schmidt/Simon Halliday*, Introduction: Beyond Methods, in: dies. (Hrsg.), Conducting Law and Society Research, 2009, 1 (2 f.).

63 *Schmidt/Halliday* (Fn. 62), 4.

64 *Strübing* (Fn. 32), 121 ff.; *Günter Mey/Katja Mruck*, Grounded-Theory-Methodologie, in dies. (Hrsg.), Grounded Theory Reader, 2. Aufl. 2007, 11 (11); *Kathy Charmaz*, Den Standpunkt verändern: Methoden der konstruktivistischen Grounded Theory,

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

strukturierte, analytische Vorgehensweise für ein rechtssoziologisches Vorhaben. Die Kombination wird bedeutend für ein Vorhaben, das neues Wissen darüber erzielen möchte, wie Akteur:innen Wirklichkeit interpretieren[65] und das zugleich nützlich für die Praxis sein will.[66]

I. Grounded Theory Method (GTM)

Die GTM wird vor allem bei empirischen Untersuchungen eingesetzt. Sie weist eine induktive Logik auf, bei der es nicht um das Testen einer Hypothese geht. Im Fokus steht die Entwicklung einer Theorie in Suchbewegungen, die den Kontakt zu den empirischen Daten nicht verliert.[67] Die GTM versucht, Aspekte des Positivismus (Entdeckung allgemeiner Regeln durch neutrale Beobachtung) und des Pragmatismus (reflexive Betrachtung der Wirklichkeit durch fluide Prozesse) zusammenzubringen.[68] Die GTM strebt an, eine gegenstandsbezogene Theorie zu entwickeln.[69] Es sollen Aspekte herausgearbeitet werden, die ein soziales Phänomen und ihre Bedingungen, Interaktionen, Konsequenzen spezifizieren können.[70]

Mit dem Ziel, das Selbstverständnis von Richter:innen in Bezug auf Neutralität und Objektivität zu untersuchen, begibt sich das Vorhaben auf ein Feld, das empirisch bislang wenig erforscht ist. Flexibilität und ein induktiver Ansatz erlauben einen direkteren Zugang zum Untersuchungsgegenstand. So können die Relevanzen der interviewten Personen in das Zentrum des Vorhabens rücken. Dies ist wesentlich, da maßgeblich von Interesse ist, wie Richter:innen die Rechtswirklichkeit wahrnehmen, aber eben auch wie sie diese durch ihr Wissen, ihre Denkmuster und ihr Selbstverständnis produzieren.

---

in: Mey, Günter/Mruck, Katja (Hrsg.), Grounded Theory Reader, 2. Aufl. 2007, 181 (190 f.).

65 *Roy Suddaby*, What Grounded Theory is Not, The Academy of Management Journal 2006, 633 (634).

66 *Charmaz* (Fn. 64), 181; *Strübing* (Fn. 32), 121 ff.

67 *Lisa Webley*, Qualitative Approaches to Empirical Legal Research, in: Cane, Peter/Kritzer, Herbert (Hrsg.), The Oxford Handbook of Empirical Legal Research, 2010, 926 (943).

68 *Charmaz* (Fn. 64), 182.

69 *Strübing* (Fn. 32), 142; *Webley* (Fn. 67), 943.

70 *Jörg Strübing*, Grounded Theory, 4. Aufl. 2021, 89.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Die konstruktivistische GTM

Die konstruktivistische GTM versteht Wissen als sozial hergestellt und versucht daher, die eigenen Standpunkte im Forschungsverlauf zu erkennen und zu reflektieren.[71] Zugleich sollen Perspektiven der Teilnehmer:innen unter Berücksichtigung existierender struktureller Bedingungen gesucht werden.[72] Sie will betrachten, wie Menschen (Rechts-)Wirklichkeit gestalten und zwar in Bezug auf das Implizite sowie das Explizite.[73] Die konstruktivistische GTM ermutigt die Forscherin, die Position der Teilnehmer:innen und soziale Situiertheit zu berücksichtigen. Methodologisch bedeutet dies eine stärkere Zuwendung zur interpretativen Sozialwissenschaft, die auf einer Mikroebene eine Analysetiefe erlaubt.[74] Es stellt sich daher nicht nur die Frage von Objektivität und Neutralität am Untersuchungsgegenstand selbst, sondern ebenso für die Forscherin als *weiße*, westdeutsche, nichtbehinderte, heterosexuelle Cis-Frau in sozioökonomisch privilegierter Lage. (Selbst-)Reflexive Perspektiven werden mit der konstruktivistischen GTM expliziter gemacht. Dies bedeutet, dass machtkritische Perspektiven und Subjektivitäten nicht außen vorgelassen, sondern als immanente Bestandteile aktiv in die Forschung eingebunden werden.

Neben dem Forschungsinteresse für Objektivität und Neutralität, fließen in das Vorhaben gesellschaftlich wirkungsvolle Ordnungsstrukturen ein, die ein enges, ggf. ambivalentes, Verhältnis zu Objektivität und Neutralität aufweisen können. Denn Ordnungsstrukturen finden sich auf allen gesellschaftlichen Ebenen wieder – eben als Strukturen, die Gesellschaft als Ganzes beschreiben.[75] Da Richter:innen „Menschen und nicht die Inkarnation des richtigen Rechts“[76] und Teil der Gesellschaft sind, sind sie gleichermaßen von gesellschaftlichen Strukturen betroffen.[77] Die Aspekte (Neutralität, Objektivität, wirkmächtige gesellschaftliche Verhältnisse) wer-

71 *Kathy Charmaz/Robert Thornberg/Elaine Keane*, Evolving Grounded Theory and Social Justice lnquiry, in: Denzin, Norman/Lincoln, Yvonna (Hrsg.), The SAGE Handbook of Qualitative Research, 5. Aufl. 2018, 411 (412, 418).

72 *Charmaz/Thornberg/Keane* (Fn. 71), 412.

73 *Charmaz* (Fn. 64), 195.

74 *Charmaz/Thornberg/Keane* (Fn. 71), 412.

75 *Eva Kocher,* (Fn. 13), 404; *Juliane Karakayali,* Kritische Rassismusforschung, in: Hunold, Danelia/Singelnstein, Tobias (Hrsg.), Rassismus in der Polizei, 2022, 15 (18).

76 *Klaus Louven*, Inhalt und Grenzen richterlicher Unabhängigkeit, DRiZ 1981, 299 (300).

77 Siehe u.a. *Mechthild Gomolla/Fran-Olaf Radtke,* Institutionelle Diskriminierung, 3. Aufl., 2009, 45; *Julia Geneuss*, Diskriminierungsschutz in der Strafrechtspflege,

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

den insbesondere erörterungswürdig in Fragen der (Un-)Gleichheit in unserer Gesellschaft und unserem Rechtssystem. Um zu beobachten und zu verstehen, inwiefern sich dies auf eine gelebte Neutralität/Objektivität der Richter:innen auswirkt, bietet sich die konstruktivistische GTM an. Mit der flexiblen, systematischen Herangehensweise und dem reflexiven Blick ist die konstruktivistische GTM ein Tool mit dem die impliziten Bedeutungen, Handlungen als auch die größeren sozialen Prozesse untersucht werden können. Sie lehnt u.a. die Annahme umfassender Objektivität ab, beachtet die jeweilige Positionierung der Forscherin und Teilnehmer:innen und fördert Reflexivität.[78]

III. Konkrete interdisziplinäre Interaktionsstellen

1. Normativ-dogmatische Einleitung

Zur Erläuterung des gemeinsamen Erkenntnisgegenstandes und der wechselseitigen Plausibilisierung der Bedeutungen der Begrifflichkeiten von Objektivität und Neutralität ist eine normative Erläuterung eingangs geboten. Die theoretische Einleitung eines methodenvielfältigen Ansatzes an den Grenzen der Disziplinen berücksichtigt bereits hier interdisziplinäre Aspekte. Dies dient dazu während der Datenerhebung und -analyse, in kontinuierliche Reflektionen zwischen den Disziplinen gehen zu können.[79]

2. Eckpunkte der konstruktivistischen GTM

Eine empirische Arbeit geht mit einer transparenten Erklärung der methodischen Entscheidungen einher, welche die Reflektion des eigenen methodischen Zugriffs auf das Feld miteinschließt. Denn gerade bei qualitativer empirischer Forschung ist die Forscherin Bestandteil des Forschungsprozesses.[80] Die Offenlegung der Positioniertheit ist nicht bloße Routine in der Verschriftlichung, sondern grundlegende Haltung für den gesamten

in: Mangold, Anna Katharina/Payandeh, Merhad (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, 1095 (1099).

78 *Kathy Charmaz*, Constructing Grounded Theory, 2006, 2.

79 *Susanne Baer*, Geschlechterstudien/Gender Studies, in: Kahler, Heike/Thiessen, Barbara/Weller, Ines (Hrsg.), Quer denken – Strukturen verändern, 2005, 143 (156).

80 Siehe dazu *Mark Fathi Massoud*, The price of positionality, Journal of Law and Society 2022, S64.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verlauf des Forschungsprozesses. Ohne jeden einzelnen Arbeitsschritt der GTM darzulegen, werden nun grundlegende Eckpunkte angesprochen, die besonders zweckmäßig für die Interaktionen der Disziplinen und ihrer Methoden sein könnten. Die GTM trennt nicht scharf zwischen der Datenerhebungs- und Datenauswertungsphase, sondern verläuft iterativ-zyklisch.[81] Dabei findet Berücksichtigung, dass die GTM kein rigides Regelwerk für ein analytisches Vorgehen vorsieht, sondern gewisse Freiheiten für den jeweiligen Forschungskontext und angemessene und individuelle Arbeitsprozesse anbietet.[82]

a) (Offenes) Kodieren

Die GTM zeichnet sich zu Beginn darin aus, dass sie offen an die erhobenen Daten herantritt, um zu verstehen, worum es in den einzelnen Abschnitten geht. Es werden Kodes erstellt, um die Daten in sinnhafte Segmente zu unterteilen. Das Kodieren extrahiert die Daten und sortiert sie. Mit den Kodes können Definitionen und Beschreibungen einhergehen, die im weiteren Forschungsverlauf hinterfragt werden oder sich festigen können. Kodieren kann so als Entwicklungsprozess von Konzepten in Auseinandersetzung mit den Daten aufgefasst werden.[83] Das Kodieren ist die zentrale Verbindung zwischen den erhobenen Daten und einer entstehenden Theorie, um die empirischen Daten zu verstehen.[84] Es werden verschiedene Phasen des Kodierens benannt, wobei es in der Regel mindestens zwei Phasen gibt. Eine anfängliche, in der das Kodieren eng an den Daten erfolgt. Dieser folgt eine fokussierte Phase, welche die Kodes weiter sortiert, synthetisiert und in Verbindung zueinander setzt.[85]

Die Offenheit während der Datenanalyse beinhaltet dadurch eine besondere Sensibilität für das Entwickeln datennaher Begriffe. Da diese in einem juristisch ausgerichteten Vorhaben auch normativ gedeutet werden können, können hier Verbindungen zwischen normativen und soziologischen Verständnissen gezogen werden. Schon dieser Schritt ist eine unmittelbare Interaktion. Der bloße Umstand einer qualitativ-empirischen Untersuchung schließt die „normative Strukturen von der empirischen Perspektive der

81 *Strübing* (Fn. 70), 31.
82 *Strübing* (Fn. 70), 14.
83 *Franz Breuer*, Reflexive Grounded Theory, 2009, 70 ff.
84 *Charmaz* (Fn. 78), 46.
85 *Charmaz* (Fn. 78), 46; siehe das Abbild bei *Breuer* (Fn. 83), 76.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Soziologie“ nicht aus.[86] Ein offenes Kodieren kann sich annähernd wie folgt vorgestellt werden:

> Ein erstes Interview wird gelesen, interessante Stellen markiert und immer wieder Fragen an das transkribierte Material gestellt. Die Daten sollen aufgebrochen und es soll versucht werden, zu verstehen, was passiert und von was die Rede ist. Hier kann man zunächst nah an den Text herangehen, an einzelne Wörter, Sätze, um sich sodann wieder vom Text zu distanzieren. So können eigene Annahmen reflektiert werden. Erste Kodes sind meist vielschichtige, interessante Begriffe, Themen, die z.B. von den interviewten Personen auffällig, widersprüchlich oder oft verwendet wurden. Diese werden dann mit einem Schlagwort o.ä. markiert.

b) Anfänge einer Theorienentwicklung

Mit dem Erstellen von Kodes verdeutlichen sich Themen und Schwerpunkte. Sodann werden die entdeckten Themen und ihre Kodes zwischen den Daten verglichen. Durch den Vergleich, die mögliche Kontrastierung und Abstrahierung wird eine Generalisierung möglich.[87] Bei den Gegenüberstellungen können Strukturen, Eigenheiten und Dynamiken der untersuchten Phänomene sichtbarer hervortreten.[88] Memos als Verschriftlichung dienen als Unterstützungsmittel zur Datenanalyse und Theorieentwicklung.[89] Für die Reflektion und eigene Auseinandersetzung mit den Analyseschritten werden Memos aus einer Position des Zweifels verfasst.[90] Die Theorienbildung der konstruktivistischen GTM zielt auf u.a. (1) die Konzeptualisierung des untersuchten Phänomens, um es in abstrakten Begriffen zu verstehen, (2) die Formulierung theoretischer Annahmen zur Tiefe, Macht und Bedeutung des Phänomens und (3) die Anerkennung der Subjektivität des Theoretisierens.[91] Hierbei muss nicht unbedingt eine „neue“ gegenstandbezogene Theorie entwickelt werden, sondern eine bestehende kann

86 *Thomas Raiser*, Über die Beziehung zwischen Rechtssoziologie und Rechtsdogmatik, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Mollnau, Karl/Rottleuthner, Hubert (Hrsg.), Rechtssoziologie in der DDR und BRD, 1990, 234 (241); *Schulz-Schaeffer* (Fn. 57), 149.
87 *Charmaz* (Fn. 78), 3 f.
88 *Breuer* (Fn. 83), 82.
89 *Charmaz/Thornberg/Keane* (Fn. 71), 418, 420.
90 *Strübing* (Fn. 70), 35 f.
91 *Charmaz* (Fn. 78), 127.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ebenso ausdifferenziert werden. Mit dem Schreiben der Memos können Ideen über die Kodes analysiert werden.[92] Der Moment des Anhaltens muss sich jedoch nicht nur auf die Kodes beziehen, sondern öffnet den Raum, Reflektionen und Verbindungen zwischen den Disziplinen konkret vorzunehmen. Hier können Verknüpfungen zwischen juristisch-dogmatischen Verständnissen und den Deutungen, die sich aus den empirischen Daten ergeben, herausgearbeitet und überdacht werden:

> Nach dem Lesen und ersten Analysieren der Interviews geht es vor allem darum, zu den markierten Begriffen und Textstellen zurückzukehren: zu prüfen, ob Begrifflichkeiten wiederkehren oder ob sich Kontraste ergeben. Dies ist verbunden mit der Suche nach Begründungen für Interpretationsansätze, die in den Memos verschriftlicht werden. Mit der Begründung, Verdichtung der Beschreibung und dem Vergleich können die Phänomene abstrakteren Kategorien zugeordnet werden.[93]

c) Einbeziehung struktureller Bedingungen

Die konstruktivistische GTM bietet mit ihrer Offenheit und prüfenden Haltung gegenüber einer (vermeintlich) objektiv zugänglichen Realität, die Gelegenheit für die Integration machtkritischer Methodologie. Diese beinhalten u.a. (1) die Hinterfragung der wissenschaftlichen Methode und der positivistischen Ideale von Objektivität und Neutralität, (2) die Reflexivität und ein kritisches Bewusstsein für Positionalität, Machtverhältnisse und Wissenspraktiken[94] sowie (3) die Sichtbarmachung und Ausleuchtung der toten Winkel der Wirkmächtigkeit, Bedingungen und Konsequenzen von gesellschaftlichen Phänomenen in rechtlichen Kontexten.[95] Diese Ansätze sind im Rahmen der Arbeit, die sich auch gesellschaftlich wirkmäch-

92 *Charmaz* (Fn. 78), 72.

93 So auch *Herbert Blumer*, Der Methodologische Standort des Symbolischen Interaktionismus, in: Arbeitsgruppe Bielefelder Soziologen (Hrsg.), Alltagswissen, Interaktion und Gesellschaftliche Wirklichkeit, 1973, 80 (127).

94 *Eleanor Whittingdale*, Becoming a feminist methodologist while researching sexual violence support services, Journal of Law and Society 2021, S10 (S12); *Jamel Donnor/Gloria Ladson-Billings*, Critical Race Theory and the Postracial Imaginary, in: Denzin, Norman/Lincoln, Yvonna (Hrsg.), The SAGE Handbook of Qualitative Research, 5. Aufl. 2018, 195 (202).

95 Siehe zur Tabuisierung *Cengiz Barskanmaz*, Eine interdisziplinäre Einordnung des verfassungsrechtlichen Begriffs, in: Froese, Judith/Thym, Daniel (Hrsg.), Grundgesetz und Rassismus, 2022, 99 (110) mit Fn. 52.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tigen Strukturen und Diskursen zuwendet, bedeutsam. Hinzutritt im Forschungsfeld des Rechts die Vorstellung eines vermeintlich objektiven und neutralen Rechts.[96] Spannend sind in diesem Kontext dogmatische Figuren wie die „verständige, objektive Dritte". Mit Hilfe dieser sollen unbestimmte Rechtsbegriffe ausgelegt werden. Wobei die Frage nahe liegt, wer oder was konkret hinter dieser Figur steht.[97] Gemeinsam fördern diese Perspektiven eine kritische Analyse. Dabei gewährleistet die GTM mit ihren Arbeitsschritten ausreichend Spielraum für die damit verbundenen Prozesse des Reflektierens, Sortierens und der Systematisierung für eine Theoriebildung.[98] Rekonstruktions- und Normänderungsfragen werden gefördert.[99] Mit den verschiedenen Phasen des Kodierens kann so zum einen dicht an das Datenmaterial herangetreten und die Daten können als Autorität ernstgenommen werden. Zum anderen erlaubt es, sich von den Daten zu distanzieren und diese zu kontextualisieren. Im Wechselspiel der Perspektiven kann versucht werden, die Begriffe Objektivität und Neutralität unter Bezugnahme der empirischen Daten zu reflektieren:

> Bei diesem Arbeitsschritt werden die strukturellen Bedingungen und Kontexte berücksichtigt, um die entdeckten Begriffe und abstrakten Konzepte zu erklären. Es werden Fragen relevant, wie etwa ein Konzept durch strukturelle, gesellschaftliche Bedingungen ermöglicht oder eben nicht ermöglich wird; z.B. inwiefern aus Erkenntnissen der feministischen Rechtskritik patriarchale Bedingungen in den Texten eine Rolle spielen, aber eben auch welche Rolle die eigene Positionalität der Forscherin im Interpretationsprozess einnimmt.

3. Rückkopplungsmomente

Die benannten Arbeitsschritte einer konstruktivistischen GTM zeigen, dass im Laufe des Forschungsprozesses Momente der Interaktionen der Disziplinen möglich sind.

Neben diesen Interaktionsmomenten können Analysekategorien, die im Forschungsverlauf herausgearbeitet worden sind, durch ihre konzentrierte

96 *Susanne Baer*, Objektiv-neutral-gerecht?, KritV 1994, 154 (159 f.); *Tarik Naguib*, Mit Recht gegen Rassismus, Movements 2021, 65 (74).

97 Dazu u.a. *Jutta Limbach*, Der verständige Rechtsgenosse, 1977, 89; *Kocher* (Fn. 75), 414; *Sué Gonzálz Hauck,* Weiße Deutungshoheit statt Objektivität, ZfRS 2022, 153 ff.

98 *Strübing* (Fn. 70), 39.

99 *Teubner* (Fn. 22), 210.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Form Eingang in das Verständnis dogmatisch-normativer Begriffe erhalten. Der interpretativ orientierte, konstruktivistische Ansatz bezieht sich vor allem auf das Wie und Warum Akteur:innen einem Thema Bedeutungen zuweisen. Diese Perspektive kann sodann gemeinsam mit den strukturellen Positionen, Bedeutungen und Beziehungen in eine Theorie einbezogen werden.[100] In diesem Sinne widmet sich eine Theorie mehr dem Verstehen als dem Erklären und priorisiert das Aufdecken von Mustern.[101] Wenn auch Grundlage das Subjektive der Akteur:innen ist, so geht es dennoch darum, diese Verständnisse bzw. Erfahrungen in generellere Annahmen zu überführen.[102] Die GTM zeichnet sich folglich durch eine systematische Verbindung zwischen empirischen Daten und (abstrakter) Theoriebildung unter Bezugnahme der strukturellen Bedingungen aus.[103] Diese Abstrahierung ermöglicht eine Integration in normativ-dogmatische Begriffe.

Vorliegend soll das Selbstverständnis der Richter:innen mit Blick auf die Prinzipien der Neutralität und Objektivität und gesellschaftliche Strukturen in ihren rechtstatsächlichen Dimensionen erfasst werden. Dieses Forschungsinteresse ergänzt sich mit einer konstruktivistischen Theorienbildung. Denn die ermittelten, analysierten Konzepte dürften sich als dicht beschriebene Begrifflichkeiten vielversprechend in eine Rechtsdogmatik übersetzen lassen.[104] Eine Theorienbildung kann nicht nur rein soziologisch verstanden werden, sondern disziplinübergreifend: Eben als inhaltlich dicht beschriebene Phänomene, die nicht in einer klassischen Sozialtheorie münden sollen, sondern mit ihrer umfassenden Analyse rechtsnormativ anschlussfähig sein können.

4. Rechtssoziologie und GTM: Gemeinsamer Standpunkt kontinuierlicher Suchbewegungen

Dem Forschungsstil der GTM und der Interaktion der Disziplinen sind gemeinsame Suchbewegungen inhärent. Mit der Offenheit der GTM können diese Suchbewegungen konstruktiv in ein methodisches Verständnis der Rechtssoziologie integriert werden: Suchbewegungen, die nichthierar-

100 *Charmaz* (Fn. 78), 130.
101 *Charmaz* (Fn. 78), 126.
102 *Suddaby* (Fn. 65), 635.
103 *Strübing* (Fn. 70), 82.
104 Siehe *Hoffmann-Riem* (Fn. 61), 61 f.: Er verwendet u.a. Brückendaten und Brückenbegriffe.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

chisch, sondern reflexiv erfolgen und auf den unterschiedlichen disziplinären Ebenen gemeinsame Erkenntnisse produzieren können. Zugleich können durch das strategische Vorgehen der GTM (Phasen der Kodierung, Vergleich und Schreiben der Memos, Entwicklung der Analysekategorien) die disziplinären Begrifflichkeiten und Perspektiven für einen gemeinsamen Bestand beibehalten werden.[105] Dabei ist maßgeblich, dass im Laufe eines Forschungsprozesses Komplexität vor Generalisierung stattfindet, Reflexivität vor Kausalität und Multiperspektivität statt hegemonialer Beobachtung.[106]

Bestärkend kann die GTM für eine rechtssoziologische Arbeit als eine Strategie des „freedom of research" und des Empowerments gesehen werden, die die Forscherin ermutigt, der eigenen „scientific intelligence" zu vertrauen."[107] Die Analysekategorien und übersetzten normativen Konzepte müssen mit der grundlegenden Flexibilität nicht als Endpunkte betrachtet werden, sondern als Ausgangspunkte für weitere Forschung – soziologische, dogmatisch-normative oder rechtssoziologische.[108]

D. Ausblicke

I. Mehrebenen im Forschungsprozess

Fügt man die beschriebenen Schnittstellen zusammen, so ergeben sich mehrere Ebenen,[109] auf denen die Methoden der Disziplinen im Rahmen der Rechtssoziologie interagieren können. Zwei Ebenen ergeben sich bereits durch die Einbindung normativ-dogmatischer Verständnisse bei der Datenerhebung und -analyse unter primärer Anwendung sozialwissenschaftlicher Methoden. Zum anderen wird eine weitere Ebene bei der Rückkopplung der Ergebnisse der Analysekategorien in die Rechtsdogmatik sichtbar:

(1) Qualitativ empirischer Fokus bei Datenerhebung und -analyse: Was ergibt sich aus und was passiert in den Daten? Welches (subjektive)

105 *Bora et al.* (Fn. 7), 322 f.
106 *Strübing* (Fn. 70), 127.
107 *Mey/Mruck* (Fn. 64), 44.
108 *Strübing* (Fn. 70), 11.
109 *Rosenstock/Singelnstein/Boulanger* (Fn. 19), 11 ff.: Die Autor:innen sprechen hier von Beobachtungsperspektiven 1. und 2. Ordnung. Teubner verweist auf zwei selbstständige Suchprozesse, *Teubner* (Fn. 22), 206 f.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Wissen, welche Verständnisse und Deutungsmuster werden sichtbar bzw. sind beobachtbar? Ob und wie konstruieren Richter:innen sich und ihre Rolle als „neutrale" und „objektive" Richter:innen? Inwiefern werden normativ-dogmatische Begriffe herangezogen?

(2) Theorienbildung: Welche Kontraste und Gemeinsamkeiten ergeben sich bei Vergleichen zwischen den Daten? Welche strukturellen Bedingungen spielen eine Rolle? Welche Aspekte, auch normative, lassen sich auf eine allgemeinere Ebene abstrahieren?

(3) Rechtssoziologische und -dogmatische Rückschlüsse: Einbindung der unter (1) und (2) gewonnenen Erkenntnisse in normative Verständnisse; vor allem für die Prinzipien der Objektivität und Neutralität, aber auch für grundrechtliche Fragestellungen.

Mit den verschiedenen Interaktionsschnittstellen kann erreicht werden, dass rechtssoziologische Vorhaben „intern als auch extern anschlussfähig" werden, da sie „sowohl dogmatisch Mehrwert im Recht als auch wissenschaftlich relevante Erkenntnis in der Soziologie erzeugen können."[110] Die Interaktionen im Rahmen der GTM kann dies konkret unterstützen.

II. Eine offene Rechtswissenschaft im theoretischen Diskurs der Disziplinen

Rechtdogmatik und Rechtssoziologie beschäftigen sich mit der Frage nach dem gemeinsamen Bestand und ihrer Beziehung zueinander seit jeher.[111] Für das beschriebene Vorhaben zeigte sich, dass dem Vorhaben die disziplinäre Auseinandersetzung mit den verschiedenen Perspektiven und Methoden immanent ist. Zugleich muss diese Auseinandersetzung nicht notwendigerweise als hinderlich betrachtet werden. Denn fasst man die Rechtssoziologie als genuin interdisziplinär auf, so lässt Flexibilität und eine methodische Vielfalt eine umfassendere Erforschung des Rechts zu. Eine offenere Forschung sollte Grundlage für ein breiteres Verständnis der Gesellschaft und ihrer rechtlichen Strukturen sein.[112] So können Rechtsdogmatik und Soziologie letztlich durch die Rechtssoziologie, mit ihren

110 *Bora* (Fn. 1), 263. Eller spricht von Netzwerken der Disziplinen; *Eller* (Fn. 38), 360.
111 *Bora et al.* (Fn. 7), 324.
112 So *Eller* (Fn. 38), 360.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fließenden Übergängen und innovativen Methoden,[113] komplementär verstanden werden.[114]

Eine methodische Offenheit stellt mithin eine forschungsangemessene Haltung dar,[115] die für die Erforschung des Rechts versucht, weitere Bestimmungsfaktoren auszuleuchten, die aus Perspektive der juristischen Methode im Dunkeln bleiben (sollen). Dabei soll eben nicht nur dekonstruiert, sondern ggf. dogmatische Figuren, Begriffe und Prinzipien weiterentwickelt werden.[116] Die vielfältige Methodenlandschaft der Rechtssoziologie, der damit einhergehende „messy research process"[117] und die dadurch ermöglichte komplexe Beschreibung der rechtlichen und sozialen Vorgänge, macht eine Abkehr von der zwar vermeintlichen und trotzdem destruktiv anmutenden Dichotomie erreichbarer.[118] Die Offenheit und Neugier für neue Sichtweisen, die den klassischen Bestand der Rechtswissenschaft erweitern können, wird durch ein Verständnis einer reflexiven, offenen und autonomeren Rechtssoziologie greifbarer.

113 *Rosenstock/Singelnstein/Boulanger* (Fn. 19), 19.

114 *Koen Van Aeken*, Law, Sociology and Anthropology, in: Taekema, Sanne/Van Klink, Bart (Hrsg.), Law and Method, 2011, 55 (81); *Reza Banakar*, On Socio-Legal Design, SSRN vom 02.10.2019, https://ssrn.com/abstract=3463028 (zuletzt abgerufen am: 07.08.2023), 2.

115 *Andreas Voßkuhle*, Wie betreibt man offene Rechtswissenschaft?, in: Brandt, Edmund et al. (Red.), Wolfgang Hoffmann-Riem, Offene Rechtswissenschaft, 2010, 153 (173).

116 *Anna-Katharina Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, 12.

117 *Herbert Krizter,* Conclusion: "Research Is a Messy Business", in: Halliday, Simon/Schmidt, Patrick (Hrsg.), Conducting Law and Society Research, 2009, 264 (264 f.).

118 *Bergwall* (Fn. 60), 67.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Interaktionen des Verfassungsrechts mit Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft bei Be- und Entlastungen: ein Vergleich zwischen Raum und Zeit

Paula Rhein-Fischer

Das rechtswissenschaftliche Interesse am Phänomen der *Zeit* hat im 21. Jahrhundert stark zugenommen.[1] Während sich Disziplinen wie die Physik, Philosophie und Geschichte bereits im 19. Jahrhundert verstärkt der Zeit zuwandten,[2] blieb die die Rechtswissenschaft prägende Dimension zunächst der Raum: Die Aufmerksamkeit lag auf Territorialitätsfragen und räumlichen Anwendungsbereichen und Kompetenzen. Dies hat sich mit zahlreichen Beiträgen aus dem Bereich „law and temporality" in den letzten Jahren geändert.[3] Zum Teil ist bereits von einem „temporal turn" die Rede.[4]

Tatsächlich interagiert das Recht mit vielen Dimensionen der Zeit, indem es diese in sich aufnimmt und mediatisiert, also ihren Inhalt transformiert und eigene Dynamiken schafft. Dazu gehören die zeitlichen Dimensionen Geschwindigkeit, Beschleunigung und Verlangsamung, Kontinuität

1 Für zahlreiche hilfreiche Anmerkungen im Rahmen und im Nachgang der Tagung bedanke ich mich.

2 Für einen interdisziplinären geschichtlichen Überblick s. *Andreas Thier*, Time, Law and Legal History – Some Observations and Considerations, Rechtsgeschichte – Legal History 2017, 20 (21-26).

3 S. nur Beynon-Jones, Siân M. /Grabham, Emily (Hrsg.), Law and Time, 2019; *Emily Grabham*, Brewing Legal Times: Things, Form, and the Enactment of Law, 2016; Tanzil Chowdhury, Time Temporality and Legal Judgment, 2020; Polackova Van der Ploeg, Klara/Pasquet, Luca/Castellanos-Jankiewicz, León (Hrsg.), International Law and Time, 2022; auch davor war Zeit jedoch bereits Gegenstand rechtswissenschaftlicher Debatte, s. *Peter Häberle*, Zeit und Verfassung: Prolegomena zu einem „zeit-gerechten" Verfassungsverständnis, Zeitschrift für Politik 1974, 111-137; *ders.*, Zeit und Verfassungskultur, in: Peisl, Anton/Mohler, Armin (Hrsg.), Die Zeit, 1983, 289-344; *Gerhart Husserl*, Recht und Zeit: Fünf philosophische Essays, 1955; *Günther Winkler*, Zeit und Recht: Kritische Anmerkungen zur Zeitgebundenheit des Rechts und des Rechtsdenkens, 1995.

4 *Thier* (Fn. 2), 20.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und Unterbrechung.[5] Eine wichtige zeitliche Dimension für das Recht ist die Unterscheidung zwischen Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft. Diese Zeiträume überschneiden sich im Recht: Vom Standpunkt der Gegenwart aus gesehen wurde die Vielzahl der geltenden Rechtsnormen in der Vergangenheit geschaffen, die Gegenwart ringt um ihre Erweiterung, Abschaffung oder Modifikation, während die erlassenen Normen fast immer dafür bestimmt sind, in die Zukunft hineinzuwirken. Ähnliches gilt für gerichtliche Entscheidungen. *Johann Caspar Bluntschli* stellte schon 1878 deshalb zutreffend fest: „Die Wahrheit, dass das gegenwärtige Recht ein gewordenes und daher wesentlich aus der Vergangenheit zu erklären ist, bedarf der Ergänzung durch die andere Wahrheit, dass das gegenwärtige Recht zugleich ein werdendes und berufen ist, das fortschreitende Leben der Menschheit zu begleiten."[6] *Niklas Luhmann* zufolge ist es geradezu die gesellschaftliche Funktion des Rechts, eine unbekannte und unbestimmte Zukunft zu antizipieren,[7] sodass Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft im Recht miteinander verschmelzen.

Zu den wichtigsten Aspekten der Interaktionen des Verfassungsrechts mit Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft gehört die Frage, welche Maßgaben das Recht für die Verteilung von Be- und Entlastungen auf diese Zeiträume macht. Der vorliegende Beitrag unternimmt den Versuch, sich diesen Maßgaben durch einen Vergleich zwischen *den vorhandenen Regeln des Raumes* und *möglichen Regeln der Zeit* anzunähern. Er konzentriert sich dabei auf die Gesetzgebung und klammert Rechtsprechung und Gesetzesvollziehung aus. Konkret wird untersucht, inwieweit räumliche Normen über die staatliche Jurisdiktion sowie Grundsätze extraterritorialer Grundrechtsanwendung Aufschluss geben mögen über „extratemporale" Rechtssetzung – also solche, die nicht allein die Gegenwart betrifft, sondern auch in die Vergangenheit oder in die Zukunft wirkt. Die Gemeinsamkeit dieser beiden räumlichen Regelungsbereiche – Jurisdiktion und extraterritoriale Grundrechtsgeltung – liegt darin, dass sie die Lösung für Verteilungsprobleme *vorverlagern* in die Normsetzungskompetenz und An-

5 Vgl. ibid., 29-36; *Philipp Dann*, Temporality and Liberal Constitutionalism, in: Börzel, Tanja A./Gerschewski, Johannes/Zürn, Michael (Hrsg.), The Liberal Script at the Beginning of the 21st Century, 2023 (im Erscheinen).

6 *Johann Caspar Bluntschli*, Das moderne Völkerrecht der civilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt, 1878; zitiert nach *Jörg Menzel*, Internationales Öffentliches Recht, 2011, 460.

7 *Niklas Luhmann*, Law as a Social System (Soziale Systeme, Grundriß einer allgemeinen Theorie, übersetzt ins Englische von Klaus A. Ziegert), 2004, 147.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wendbarkeit der Grundrechte. Durch Normen wie Art. 1 EMRK oder Art. 2 Abs. 1 ICCPR, nach denen sich die Vertragsstaaten zur Einhaltung der jeweiligen Menschenrechte gegenüber den ihrer „jurisdiction" unterliegenden Personen verpflichten, werden beide Regelungsbereiche miteinander verzahnt.[8] Hinter dieser Untersuchung steht daher die Frage, ob sich Grenzen und Möglichkeiten extratemporaler Rechtssetzung, ähnlich wie bei extraterritorialer, schon aus jenen vor die Klammer gezogenen rechtlichen Erwägungen ergeben – und nicht erst aus anderen im zeitlichen Bereich traditionell erörterten Ansatzpunkten. Freilich sollen räumliche Normen nicht als solche auf extratemporale Rechtssetzung übertragen werden. Vielmehr begnügt sich dieser Beitrag mit der bescheideneren These, dass sich durch den Vergleich von Raum und Zeit bisher unerkannte Perspektiven auf die zeitliche Verteilung von Be- und Entlastungen eröffnen.

Der Begriff extratemporaler Rechtssetzung muss besonders im Hinblick auf in die Zukunft wirkende Regelungen konkretisiert werden. Denn wie erwähnt sind Rechtsnormen in aller Regel dazu bestimmt, zukünftige Sachverhalte zu regeln. Als extratemporale Rechtssetzung bezeichne ich primär Regelungen, die einzelne verstorbene oder zukünftige Menschen bzw. vergangene und zukünftige *Generationen* nachteilig betreffen, worunter ich die Gesamtheit der bereits verstorbenen bzw. noch nicht geborenen Menschen verstehe.[9] Die damit angesprochenen Regelungen sind vielgestaltig und reichen hinsichtlich der Zukunft vom Aufschub notwendiger CO_2-Einsparungen und dem Verbrauch lebenswichtiger Ressourcen über die Belastung mit Atomabfall bis hin zur Aufnahme von Schulden und Belastung der Sozialversicherungssysteme. Nicht-Regelungen können dabei ebenso belastend wirken wie positive Regelungen.[10] Hinsichtlich der Vergangenheit haftet eine echte vergangenheits*regelnde* Wirkung lediglich rückwirkenden Regelungen an. Die praktisch relevanten Fälle von Rückwirkung betreffen dabei noch lebende Personen; gleichwohl bleiben rückwirkende Regelungen, die

8 Gleichwohl genügt diesem Jurisdiktionsbegriff das faktische Vorliegen von Jurisdiktion, unabhängig von ihrer völkerrechtlichen Zulässigkeit, sodass völkerrechtliche Jurisdiktionsregeln und Geltung der Menschenrechte unterschiedliche Fragen bleiben.

9 Vgl. *Herwig Unnerstall*, Rechte zukünftiger Generationen, 1999, 34; zur Schwierigkeit der Abgrenzung verschiedener Generationenfolgen s.u. Fn. 25.

10 Vgl. bereits *Christian Lawrence*, Grundrechtsschutz, technischer Wandel und Generationenverantwortung, 1989, 181, 185 m.w.N.; *Ernst Benda*, Der soziale Rechtsstaat, in: Benda, Ernst/Hesse, Konrad Hesse/Mailhofer, Werner (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 1984, 550.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sich selbst auf verstorbene Menschen bzw. vergangene Generationen belastend auswirken denkbar, etwa die Erhöhung der Erbschaftssteuer nach dem Tod einer Person, die auch in das Erbrecht des Erblassers eingreifen dürfte. Fasst man den Begriff der „Auswirkung" auf die Vergangenheit weiter, fallen über vergangenheitsregelnde Normen hinaus etwa auch die Aufhebung postmortalen Persönlichkeitsschutzes oder sogenannte Erinnerungsgesetze darunter, also Normen, die wie der Tatbestand der Holocaustleugnung (§ 130 Abs. 3 StGB) eine bestimmte Art der Erinnerung an historische Ereignisse vorgeben.[11]

Eine gemeinsame Betrachtung extratemporaler Rechtssetzung bezüglich Vergangenheit und Zukunft ist freilich nur sinnvoll, wenn beide Phänomene ausreichende Ähnlichkeit besitzen. Zwar mögen zunächst die Unterschiede ins Auge springen: Während Regelungen, die sich auf zukünftige Generationen auswirken, von diesen Generationen noch erlebt werden, gleichzeitig auch regelmäßig von ihnen abänderbar sind nach dem Grundsatz *lex posterior derogat legi priori*, bekommen vergangene Generationen von den sie belastenden Regeln nichts mehr mit, ebenso wenig können sie noch daran rütteln. Zudem sind Regelungen zukünftiger Sachverhalte tatsächliche Unsicherheiten immanent: Die Zukunft lässt sich anders als die Vergangenheit nur mittels Wahrscheinlichkeiten prognostizieren. In bestimmten Fällen schlagen diese Unterschiede aber nicht durch. Bindet die betreffende Regel zukünftige Generationen nämlich irreversibel, weil sie – jedenfalls mit hoher Wahrscheinlichkeit – nicht korrigierbare faktische Zwänge schafft, ist diese Situation durchaus mit vergangenheitsbezogenen Regelungen vergleichbar. Besonders ähnlich sind solche die Zukunft bindenden normativen Entscheidungen den rückwirkenden Regelungen,[12] die die Rechtsposition Lebender nachträglich verschlechtern, wobei die Betroffenen wegen des Zeitablaufs keine Dispositionen mehr treffen können, um die Nachteile abzumildern. In beiden Fällen stellen gegenwärtige Entscheidungen die Betroffenen vor vollendete Tatsachen und nehmen ihnen den Entscheidungsspielraum, der ihnen bei einer aus ihrem eigenen Zeitraum stammenden Regelung verbliebe. Diese Situation ist Ausdruck des von

11 S. hierzu *Belavusau, Ulad /Glyszczinska-Grabias, Aleksandra* (Hrsg.) Law and Memory: Towards Legal Governance of History, 2017; *Maria Mälksoo*, Criminalizing Communism: Transnational Mnemopolitics in Europe, International Political Sociology 2014, 82-99.

12 Zu diesem Vergleichspaar *Gregor Kirchhof*, Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2009, 163.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Hartog beschriebenen Phänomens, dass sich „die Gegenwart in die Zukunft und Vergangenheit erstreckt"[13] und sie mit den Begriffen der Irreparabilität und Irreversibilität, Erbe und Schuld sowie ihrer doppelten Verschuldung gegenüber der Vergangenheit und Zukunft zur dominanten Dimension geworden ist.[14]

Nicht alle der genannten Beispiele sind tatsächlich *ir*reversibel im buchstäblichen Sinne – jedenfalls nicht, wenn man nicht die zu einem bestimmten Zeitpunkt getroffene Maßnahme bzw. Nichtmaßnahme (z.B. die unterlassene Einsparung von CO_2-Emissionen im Jahr 2023) zum einzigen Bezugspunkt macht, sondern auch mögliche kompensierende „Ersatzmaßnahmen" berücksichtigt. Der Aufnahme von Schulden kann etwa bei günstigen Bedingungen durch einen Schuldenschnitt, im schlimmsten Fall durch eine – wenn auch rechtswidrige – Zahlungseinstellung begegnet werden. Gleichwohl bleiben die Folgen solcher Rettungsmaßnahmen für künftige Generationen gravierend und schränken ihre Spielräume an anderen Stellen ein. Die Grenze zwischen der hier interessierenden extratemporalen Rechtssetzung und sonstigen, reversiblen Auswirkungen auf die Zukunft oder Vergangenheit ist also fließend, da es Wertungsfrage bleibt, welche Maßnahme noch als eine die Irreversibilität ausschließende Ersatzmaßnahme verstanden werden kann, und dies vom gewählten Bezugspunkt abhängt: Sieht man etwa das Problem fehlender klimawandelbekämpfender Maßnahmen erst in den Klimawandelfolgen, könnten selbst Anpassungsmaßnahmen noch als kompensierend angesehen werden.

Nach einem kursorischen Blick auf die bisherigen Herangehensweisen an das Problem der Verteilung von Be- und Entlastungen in der Zeit (A) wird untersucht, wie weit die hier interessierende Parallele zwischen Raum und Zeit trägt und wo sie an Grenzen stößt (B). Auf dieser Grundlage wird die Frage aufgeworfen, was sich aus den Regeln der räumlichen Jurisdiktion für eine mögliche „zeitliche Jurisdiktion" (C) sowie aus der extraterritorialen Grundrechtsgeltung für eine „extratemporale Grundrechtsgeltung" ableiten lässt (D). Dabei skizziert dieser Beitrag lediglich vorläufige Gedanken, will Thesen zur Diskussion stellen und Gedankenanstöße geben.

13 *François Hartog*, Regimes of Historicity, 2015, 201; vgl. auch *Thier* (Fn. 2), 25.
14 *Hartog* (Fn. 13), 201.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

A. Traditionelle Ansätze für die zeitliche Verteilung von Be- und Entlastungen

Die Verteilung von Be- und Entlastungen in der Zeit ist bereits vielfach unter anderen Blickwinkeln untersucht worden. Die dabei identifizierten Vorgaben haben unterschiedliche dogmatische Verankerungen gefunden, die hier nur schlagwortartig benannt werden können. Bemerkenswert ist, dass die wenigsten dieser Vorgaben am vorgelagerten Bereich der „Normsetzungskompetenz" ansetzen. Diskussionen um einen grundrechtlichen Schutz zukünftiger oder verstorbener Generationen bzw. Menschen hingegen überschneiden sich mit der unter IV. erörterten Frage der extratemporalen Anwendbarkeit von Grundrechten.

Was das Belasten der *Zukunft* betrifft, haben Teile der Literatur Grenzen aus grundrechtlichen Modellen zum Schutz künftiger Generationen abgeleitet. Die überwiegende Literatur verwirft so zwar die Idee, dass das Grundgesetz „Zukunftsgrundrechte" enthalte, also *gegenwärtige* Grundrechtspositionen künftiger Generationen schütze;[15] einige Stimmen treten jedoch für eine grundrechtliche Vorwirkung ein, nach der das Grundgesetz künftige Generationen vor den Verletzungen *künftiger* Rechte bewahre.[16] Ebenso soll das Grundgesetz *Michael Kleiber* zufolge die Voraussetzungen grundrechtlicher Freiheit schützen, sodass Grundrechte bereits verletzt seien, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen ihrer Ausübung nicht vorlägen.[17] Andere wollen speziell umweltbelastendes Handeln bereits aus dem Schutzbereich von Freiheitsrechten ausnehmen.[18] Das BVerfG hingegen hat in seinem Klimabeschluss zwar eine objektive Schutzpflicht des Gesetzgebers auch in Bezug auf künftige Generationen bejaht, ein subjektives Recht derselben jedoch mangels Grundrechtsberechtigung verneint.[19] Die von ihm anerkannte „eingriffsähnliche Vorwirkung" der zugelassenen CO_2-Jahresemissionsmengen betraf lediglich die bereits lebenden Beschwerdefüh-

15 *Michael Kleiber*, Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen, 2013, 294-296; *Lawrence* (Fn. 10), 183.

16 *Kleiber* (Fn. 15), 296-309.

17 *Kleiber* (Fn. 15), 309-320.

18 Vgl. *Appel*, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005, 103-107 m.w.N.

19 BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021, 1 BvR 2656/18 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2021:rs20210324.1bvr265618, Rn. 109, 146, BVerfGE 157, 30 – Klimabeschluss; etwas offener noch BVerfG, Urteil v. 24.02.1971 – 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, 173 (194) – Mephisto (Existenz einer „wenigstens potentiell oder zukünftig handlungsfähigen Person" für Art. 2 Abs. 1 GG unabdingbar).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rer.[20] Diese Auffassung entspricht der wohl herrschenden Meinung in der Literatur.[21]

Einen anderen Ansatzpunkt für rechtliche Grenzen gegenüber Belastungen der Zukunft bildet die „temporale Allgemeinheit des Gesetzes", die sich gegen eine Ungleichbehandlung in der Zeit wenden soll.[22] Sie diene der Nachhaltigkeit des Rechts und blicke in die Zukunft, wenn sie andauernde – also kontinuierliche und folgerichtig entwickelte – Regelungen fordere, schaue aber auch in die Vergangenheit, wenn sie der Rückwirkung entgegenstehe.[23]

Schließlich werden aus dem Demokratieprinzip folgende Grenzen für die Bindung zukünftiger Generationen diskutiert. Zwar ist man sich heute einig, dass eine gesellschaftsvertragliche Vision, nach der eine Verfassung ihre Kraft mit dem Ableben der vertragsschließenden Generation verliere,[24] daran scheitert, dass die sich überschneidenden Generationen nicht ohne Willkür voneinander abgegrenzt werden können.[25] Umstritten bleibt aber, inwieweit der aus dem Demokratieprinzip fließende elementare Grundsatz der Herrschaft auf Zeit verlangt, dass künftigen Generationen auch faktische Entscheidungsspielräume verbleiben müssen, und ob dies echte Regelungsverbote oder ein bloßes Abwägungs- und Rücksichtnahmegebot nach sich zieht.[26]

Im Vergleich zu zukunftsbindenden normativen Entscheidungen werden *vergangenheits*bindende Normen seltener als Verteilungsproblem in der Zeit begriffen. Die Grenzen des insoweit zentralen Phänomens rückwirkender Regelung werden nach wie vor überwiegend im Vertrauensschutz und dem damit verbundenen Prinzip der Rechtssicherheit als Ausprägungen

20 BVerfG, 24.3.2021, 1 BvR 2656/18 – Klimabeschluss, Rn. 187.

21 *Dietrich Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, 207-212; *Christian Calliess*, in: Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert (Hrsg.), GG, 99. EL September 2022, Art. 20a Rn. 83; *Klaus Ferdinand Gärditz*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 100. EL Januar 2023, Art. 20a GG Rn. 95; *Dieter Birnbacher,* Verantwortung für zukünftige Generationen, 1988, S. 98 ff; offenlassend *Appel* (Fn. 18), 118.

22 *Kirchhof* (Fn. 12), 163, 374.

23 Ibid.

24 So noch die Verfassungsrevisionstheorie von Thomas Jefferson, s. Bühler, Verfassungsrevision und Generationenproblem, 1949, 21 f.

25 *Paul Henseler*, Verfassungsrechtliche Aspekte zukunftsbelastender Parlamentsentscheidungen, AöV 1983, 489 (520 f.); *Lawrence* (Fn. 10), 180.

26 S. zum Ganzen *Lawrence* (Fn. 10), 183-186; *Benda* (Fn. 10), 546-551.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

des Rechtsstaatsprinzips gesehen.[27] Andere Ansatzpunkte sind etwa grundrechtsspezifische Grenzen,[28] die „Unverbrüchlichkeit des Gesetzes",[29] also das Wesen der gesetzgeberischen Entscheidung, die notwendig auf eine endgültige Bewertung des betroffenen konkreten Lebenssachverhalts gerichtet sein soll,[30] die bereits angesprochene Allgemeinheit des Gesetzes,[31] Treu und Glauben[32] sowie der Vorbehalt des Gesetzes und der Gleichheitssatz.[33] Nur wenige Stimmen argumentieren mit der „Zeitgebundenheit des Rechts" als solcher[34] und weisen damit in die hier beschrittene Richtung vorgelagerter Grenzen der Regelungskompetenz.

Andere vergangenheitsbezogene Regelungen wie die Aufhebung postmortalen Persönlichkeitsschutzes oder die vielgestaltigen Erinnerungsgesetze werden primär aus grundrechtlicher Perspektive problematisiert. Beim postmortalen Persönlichkeitsschutz geht es dabei um Grundrechte des Verstorbenen selbst, bei Erinnerungsgesetzen wie etwa Genozidleugnungstatbeständen[35] um Gleichheitsrechte verstorbener Opfer anderer Gräueltaten und ihrer Nachkommen sowie um Äußerungsrechte und die Wissenschaftsfreiheit heute Lebender.[36]

---

27 *Bodo Pieroth*, Rückwirkung und Übergangsrecht, 1984, 119 f. m.w.N.; so auch die Rechtsprechung des BVerfG, ibid., 51.

28 *Walter Frenz*, Grundrechtlicher Vertrauensschutz – nicht nur ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, EuR 2008, 468 (472-476); *Kyrill-A. Schwarz*, Rückwirkung von Gesetzen, JA 2013, 683 (684); für eine „Verfassungsnormorientierung" auch *Pieroth* (Fn. 27), 96 f., 230 ff.

29 *Friedrich Klein/Günther Barbey*, Bundesverfassungsgericht und Rückwirkung von Gesetzen, 1964, 67 f.

30 Ibid.

31 S.o. Fn. 23; Benjamin Constant, Le Moniteur Universel vom 1. Juni 1828, 755 Sp. 3, zitiert von Pieroth (Fn. 27), 109.

32 *Helmut Coing*, Grundsätzliches zur Rückwirkung von Gesetzen, BB 1954, 138 ff.

33 Für eine Kombination letzterer beiden *Nils Grosche*, Das allgemeine Rückwirkungsverbot – Ablösung vom Vertrauensschutz, Der Staat 2015, 309 (331-344).

34 *Gunter Kisker*, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, VVDStRL 32, 150 (183-185).

35 Neben § 130 Abs. 3 StGB zählt dazu insb. der im Dezember 2022 eingefügte § 130 Abs. 5 StGB eines allgemeinen Delikts der Leugnung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen gegen bestimmte Personengruppen, soweit die Leugnung geeignet ist, zu Hass oder Gewalt aufzustacheln.

36 S. *Paolo Lobba*, Testing the „Uniqueness": Denial of the Holocaust vs Denial of Other Crimes before the European Court of Human Rights, in: Belavusau/Glyszczinska-Grabias (Fn. 11), 109 (128); *Uladzislau Belavusau*, Memory Laws and Freedom of Speech, in: Koltay, András (Hrsg.), Comparative Perspectives on the Fundamental Freedom of Expression, 2015, 537-558; *Paula Rhein-Fischer*, The Legal Value of the Militant Democracy Concept in the ECtHR Case Law on Genocide Denial Bans, in: European Yearbook on Human Rights, 483 (487, 506 f).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

B. Vergleichbarkeit von Raum und Zeit

Die Parallele zwischen Raum und Zeit, genauer zwischen extraterritorialer und extratemporaler Rechtssetzung, liegt intuitiv auf der Hand: Eine gesetzlich angeordnete Verschiebung von Belastungen – etwa die Lagerung von Atomabfällen – vom eigenen auf fremdes Staatsgebiet hätte zur Folge, dass die Bevölkerung des regelnden Gesetzgebers von negativen Folgen verschont wird, dies jedoch auf Kosten einer fremden Bevölkerung, die den Gesetzgeber nicht legitimiert hat. Nichts anderes gilt für Maßnahmen, die Belastungen vollständig auf zukünftige oder vergangene Generationen verschieben – etwa ein 2023 erlassenes Verbot von CO_2-Emissionen von 2053 an mit dem Ziel, die aktuelle Generation vor Emissionseinsparungen zu bewahren. Auch hier wird die den Gesetzgeber legitimierende Bevölkerung der Gegenwart vor Nachteilen geschützt zulasten einer anderen, späteren Bevölkerung. Diese Konstellation wird nachfolgend als „ausschließlich fremdbelastend" bezeichnet. Eine ähnliche Parallele kann für die im Folgenden als „grenzüberschreitend" bezeichnete Situation gezogen werden, in der der Gesetzgeber zwar eine seine Sphäre negativ betreffende Regelung trifft, diese aber gleichzeitig auf eine fremde Bevölkerung negativ ausstrahlt. Vergleichen ließen sich hier z.B. die Lagerung von Atomabfällen an der eigenen Staatsgrenze, die im Hinblick auf Strahlung und Risiken das benachbarte Territorium mit in Anspruch nimmt, mit einer Regelung, nach der in der Gegenwart zwar CO_2-Emissionen reduziert werden müssen, die aber für die Zukunft weiteren erheblichen Einsparbedarf belässt.

Gleichwohl hat die Zeit-Raum-Parallele Grenzen. So verdeckt das bisherige unpräzise Abstellen auf die „Bevölkerung", dass bei territorialen Grenzübergriffen ein Völkerrechtssubjekt, nämlich der Nachbarstaat, betroffen wird; entsprechend kommt das Völkerrecht zur Anwendung. Bei zeitlichen Grenzübergriffen hingegen wird nicht nur kein Völkerrechtssubjekt, sondern überhaupt kein anderes (aktuales) Rechtssubjekt berührt: Weder ist ein anderer Staat betroffen – lediglich ein anderes personales Substrat desselben Staates –, noch besitzen die individuell betroffenen Menschen oder Generationen der Vergangenheit und Zukunft noch oder schon Rechtssubjektivität. Denn obwohl Verstorbene dem postmortalen Würdeschutz aus Art. 1 Abs. 1 GG unterliegen, wird überwiegend angenommen, dass dieser Schutz keine Folge einer Rechtssubjektivität, sondern bloßer Reflex der Würde bzw. des persönlichkeitsprägenden Lebensbildes des Verstorbenen

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ist.[37] Auch zukünftigen Menschen wird die aktuale Rechtssubjektivität abgesprochen, weil sie nicht individualisiert werden können, sich ihre Identität also nicht bestimmen lässt, was für die aktuale Rechtssubjektivität konstitutiv ist.[38] Sie sind lediglich potentielle Rechtsträger, d.h. ihre Rechtssubjektivität wird im Laufe der Zeit vorliegen.[39]

Weitere Unterschiede zwischen extraterritorialer und extratemporaler Rechtssetzung sind denkbar, etwa dass im Falle grenzüberschreitender Belastungen bei letzterer die eigene und die fremde Sphäre nie gleichzeitig, sondern erst nacheinander belastet werden, sodass es auch für politische Druckmittel gegen die belastende Regelung zu spät ist, wenn die betroffene Generation handlungsfähig wird und die Nachteile spürt.[40] Diese Unterschiede dürften für die rechtliche Bewertung aber weniger entscheidend sein.

Unter Berücksichtigung dieser Grenzen der Parallele zwischen Raum und Zeit kann nun der Blick auf die Frage gerichtet werden, welchen Aufschluss räumliche Grundsätze für extratemporale Rechtswirkung geben.

C. Zeitliche Jurisdiktionsgrenzen für den Gesetzgeber?

Eine erste Möglichkeit, vorgelagerte Maßgaben des Raumes auf die Zeit zu übertragen, liegt darin, nach dem Vorbild räumlicher Jurisdiktionsgrundsätze für die Legislative auch Regeln für eine zeitliche Jurisdiktion zu konstruieren. Die Rechtssetzungskompetenz eines Gesetzgebers wäre danach darauf begrenzt, Recht für diejenigen Personen zu schaffen, die seiner zeitlichen Jurisdiktion unterliegen – deren Grenzen sodann herauszuarbeiten wären. Der Begriff der „zeitlichen Jurisdiktion" oder *temporal jurisdiction* wird, soweit ersichtlich, bislang allein für gerichtliche Zuständigkeiten *ra-*

37 *Wolfram Höfling*, in: Sachs, Michael (Hrsg.), GG, 9. Aufl. 2021, Art. 1 Rn. 64; unklar *Philip Kunig*, in: von Münch, Ingo/ders. (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2012, Art. 1 Rn. 15 (zwar keine Rechtssubjektivität, aber Grundrechtssubjekt auf Zeit).

38 *Kleiber* (Fn. 15), 162-164.

39 Ibid., 168, demzufolge künftige *Individuen* bloß passive Potentialität besitzen, weil ihre Verwirklichung von externen Eingriffen abhängt, während künftige Kollektive (also Generationen) aktive Potentialität innehaben, weil sie aus sich heraus die Fähigkeit zu ihrer Realisierung besitzen, ibid., 171-175; letzteres soll für den subjektiv-rechtlichen Grundrechtsschutz genügen, ibid., 168-175; hierzu s.u. IV.

40 Die Unterscheidung zwischen Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft ist zudem zeitlich dynamisch, anders als die weitgehend statische Unterscheidung zwischen eigenem und nicht-eigenem Territorium.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tione temporis verwendet, also die Zeitperiode, in der sich ein Sachverhalt ereignet haben muss, damit das Gericht darüber urteilen darf.[41] Dies gilt auch für den Begriff der „extratemporalen Jurisdiktion", den *Daniel Bertram* jüngst im Zusammenhang mit gerichtlichen Entscheidungen über zukünftige Generationen betreffende Aspekte verwendet hat, wobei auch er Analogien vom Raum zur Zeit zieht.[42] Regeln einer gesetzgeberischen zeitlichen Jurisdiktion werden dagegen bislang kaum diskutiert.

Die Parallele zwischen räumlicher und zeitlicher Jurisdiktion begegnet dem Problem, dass das Recht der räumlichen Jurisdiktion selbst viele Graubereiche kennt. So ist bereits nicht eindeutig geklärt, ob es primär im Völker- oder im Staatsrecht zu verorten ist,[43] sowie ob die räumliche Jurisdiktion allein in der staatlichen Souveränität wurzelt, oder darüber hinaus im Demokratieprinzip, weil Menschen nur von dem Staat in Anspruch genommen werden dürfen, dessen Handeln sie legitimatorisch mittragen.[44] Ebenso wenig besteht Einigkeit über das Regel- und Ausnahmeverhältnis: ob es also Staaten grundsätzlich frei steht zu handeln und sie lediglich durch die Souveränität anderer Staaten begrenzt werden, oder ob sie zum Handeln grundsätzlich einen Kompetenztitel benötigen.[45]

Für die Parallele zur extratemporalen Rechtssetzung noch problematischer ist, dass auch der Inhalt räumlicher Jurisdiktionsregeln mit Unsicherheiten behaftet ist. Fest steht lediglich, dass die Gebietshoheit als eine der wichtigsten Ausprägungen staatlicher Souveränität[46] Staaten die ausschließliche Kompetenz verleiht, innerhalb ihres Territoriums Akte der Staatsge-

41 S. etwa Art. 8 ICTY Statut, Art. 7 ICTR Statut; William Schabas, The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Ruanda and Sierra Leone, Cambridge 2012, 132-138.

42 Extratemporal Jurisdiction: When Should Courts Address Harm to the Future?, Verfassungsblog, 15.8.2022, https://verfassungsblog.de/extratemporal-jurisdiction/ (zuletzt abgerufen am 13.9.2023); die Perspektive ist dort eine andere, da der Schutz zukünftiger Generationen gerade das *Vorliegen* gerichtlicher Jurisdiktion verlangen soll, und nicht – wie bei zukunftsbelastender Gesetzgebung – das Fehlen von Jurisdiktion.

43 Vgl. *Frederick Alexander Mann*, The Doctrine of Jurisdiction in International Law, Recueil des Cours 1964, 1 (23); *Jörg Menzel*, Internationales Öffentliches Recht, 2011, 231; die Regeln des internationalen Privatrechts wiederum müssen sich an den Jurisdiktionsregeln messen lassen, dazu *Mann* (s. o.), 54-62.

44 Für letzteres *Menzel* (Fn. 43), 297; zu Jurisdiktionsgrenzen unmittelbar aus anderen völkerrechtlichen Prinzipien, etwa dem Interventions- oder dem allgemeinen Missbrauchsverbot, s. *Mann* (Fn. 43), 49.

45 *Menzel* (Fn. 43), 223 f.

46 *Alfred Verdross/Bruno Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, § 1039.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

walt zu setzen.[47] Damit geht das grundsätzliche Verbot für jeden sonstigen Staat einher, in fremdem Hoheitsgebiet ohne Erlaubnis tätig zu werden.[48] Dies dürfte nicht nur Exekutiv-, sondern auch Legislativakte umfassen, auch wenn die Völkerrechtspraxis hier uneinheitlich ist, wie insbesondere an extraterritorialen Sanktionen deutlich wird. Unschärfen ergeben sich aber daraus, dass Staaten neben der Gebietshoheit auch Personalhoheit besitzen, die es ihnen gestattet, Regelungen gegenüber ihren Staatsangehörigen auch außerhalb des eigenen Staatsgebietes zu treffen. Selbst wenn über viele Umgangsroutinen mittlerweile Konsens besteht,[49] können sich daraus Jurisdiktionskonflikte ergeben, die sich nicht pauschal auflösen lassen. Vielmehr muss sowohl der Heimatstaat die Gebietshoheit des Aufenthaltsstaates achten als auch der Aufenthaltsstaat die Personalhoheit des Heimatsstaates.[50] Teilen der Literatur und Praxis zufolge soll es hier auf eine ausreichende Nähebeziehung des regelnden Staates zum Sachverhalt ankommen,[51] andere fordern eine umfassende Abwägung der Interessen des eigenen und fremden Staates.[52] Dabei geht es nicht darum, welcher Staat exklusive Jurisdiktion hat, sondern ob der regelnde Staat überhaupt eine hinreichende Nähebeziehung bzw. ein hinreichend gewichtiges Interesse besitzt.[53]

Überdies wird bei grenzüberschreitendem Handeln – das also trotz Inlandsbezugs in das Ausland hineinwirkt – nicht einheitlich beantwortet, ob überhaupt ein (im Grundsatz verbotenes) Auslandshandeln vorliegt.[54] Immerhin gehen Teile der umweltvölkerrechtlichen Literatur für grenzüberschreitende Umweltbelastungen davon aus, dass die staatliche Souveränität – und damit die eigene Jurisdiktion – an der eigenen Staatsgrenze ende, weil dort die Souveränität anderer Staaten beginne, sodass grenzüberschrei-

47 *Gilbert Gornig*, Territoriale Souveränität und Gebietshoheit als Begriffe des Völkerrechts, in: ders./Horn, Hans-Detlef (Hrsg.), Territoriale Souveränität und Gebietshoheit, 2016, 35 (63); zur Gebietshoheit differenzierter *Hans-Detlef Horn*, Der Staat und „sein Gebiet": eine durch Rechtsgrenzen gesicherte Schicksalsgemeinschaft, in: Gornig/ders. (s.o.), 21 (28).

48 PCIJ, Urteil vom 7.9.1927, Recueil des Arrêts, 18 f. – Lotus; *Menzel* (Fn. 43), 305, 313; zu beiden Ausprägungen dieses Territorialitätsprinzips *Mann* (Fn. 43), 26 ff.

49 *Horn* (Fn. 47), 29.

50 *Menzel* (Fn. 43), 309 f.; *Mann* (Fn. 43), 50.

51 *Mann* (Fn. 43), 49; vgl. Menzel (Fn. 43), 328 m.w.N.

52 S. *Joachim Bertele*, Souveränität und Verfahrensrecht, S. 119-129; *Mann* (Fn. 43), 46 m.w.N.; *Menzel* (Fn. 43), 328 m.w.N.

53 *Mann* (Fn. 43), 46.

54 Vgl. *Menzel* (Fn. 43), 315.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tende Umweltbelastungen grundsätzlich nicht von der Jurisdiktion gedeckt seien. Dieses Prinzip sei mit der zunehmenden Industrialisierung, die Beeinträchtigungen fremden Territoriums unvermeidbar mache, lediglich durchbrochen worden. Deshalb sei weiterhin statt nach Einschränkungen der Handlungsfreiheit nach Gestattungen grenzüberschreitender Emissionen zu suchen.[55]

Trotz der vorhandenen Unschärfen bieten die vorstehenden Grundsätze einen interessanten Fundus an Regeln, die sich auch zur Lösung von Konflikten bei extratemporaler Rechtssetzung eignen würden. Dazu gehört der Grundsatz, dass der Gesetzgeber für ausschließlich in den Bereich einer fremden Jurisdiktion fallende Regelungen unzuständig ist. Der aktuelle Gesetzgeber könnte danach keine Norm erlassen, die ausschließlich die Vergangenheit oder Zukunft belastet; „ausschließlich fremdbelastende" Normen wären also tabu. Jurisdiktionskonflikte, die sich wie im räumlichen Bereich aus der parallelen Existenz verschiedener Hoheiten ergeben (Gebiets- und Personalhoheit), existierten im zeitlichen Bereich zwar nicht, da sich das personale Substrat eines Staates nicht in „fremde Zeiträume" bewegen kann. Die für räumliche Jurisdiktionskonflikte ersonnenen Lösungen – das Erfordernis einer besonderen Nähebeziehung oder einer umfassenden Interessenabwägung – ließen sich bei extratemporaler Rechtssetzung aber für grenzüberschreitende Belastungen fruchtbar machen (die ja nur einen speziellen Jurisdiktionskonflikt darstellen), so man diese, ähnlich wie im Umweltvölkerrecht, für rechtfertigungsbedürftig hielte. Demnach wäre ein Gesetzgeber nur befugt, einen Sachverhalt zu regeln, der vergangene oder zukünftige Generationen mitbetrifft, wenn ein besonderes Näheverhältnis zur Gegenwart besteht – etwa weil gegenwärtige Rechte und Pflichten davon abhängen – bzw. weil die Interessen der aktuellen Generation die der vergangenen bzw. künftigen Generationen überwiegen. Das Kriterium des Näheverhältnisses wiese dabei die Schwäche auf, dass es die Intensität der Belastungen fremder Generationen nicht berücksichtigte. Zudem ließe es die Grenze zu ausschließlich fremdbelastenden Normen verschwimmen: Selbst das erwähnte 2023 erlassene CO_2-Emissionsverbot vom Jahr 2053 an ließe sich als Kehrseite zum Recht auf weitere Emissionen in der Gegenwart ansehen und so selbst hier ein Näheverhältnis konstruieren. Insofern scheint eine Interessenabwägung vorzugswürdig.

55 *Astrid Epiney*, Das „Verbot erheblicher grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen" als konkretisierungsfähige Grundnorm?, AdV 1995, 309 (320-322).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Die Eignung dieser Kriterien für extratemporale Rechtssetzung sagt allerdings noch nichts darüber aus, ob das geltende Recht tatsächlich solche Grenzen temporaler Jurisdiktion kennt. Diese Frage kann hier nicht abschließend geklärt, sondern lediglich einige Wegmarkierungen abgesteckt werden.

Führt man Jurisdiktion primär auf die staatliche Souveränität zurück – wobei es im zeitlichen Bereich allein um die „nach innen" gerichtete, staatsrechtliche Souveränität gehen kann[56] – erlangt die oben aufgeworfene Frage Bedeutung, ob Jurisdiktionsregeln grundsätzlich Handlungsfreiheit gewähren und nur durch fremde Souveränität begrenzt werden oder umgekehrt stets einen Kompetenztitel voraussetzen. Denn im ersteren Fall gäbe es im Bereich zeitlicher Jurisdiktion mangels aktualem Rechtssubjekt (noch) kein Recht vergangener und zukünftiger Generationen, das dem Handeln des gegenwärtigen Gesetzgebers Grenzen ziehen könnte.[57] Temporale Jurisdiktion wäre demnach unbegrenzt, ja der Begriff insgesamt nutzlos. Etwas anderes gälte allein, wenn man die „aktive Potentialität" künftiger Generationen – also die Fähigkeit, ihre Existenz aus sich heraus zu realisieren – für ausreichend hielte, um ein künftiges subjektives Recht zu begründen, das es schon in der Gegenwart zu schützen gälte.[58] Geht man hingegen vom Grundsatz aus, dass die Regeln der Jurisdiktion einen positiven Kompetenztitel für ein Handeln verlangen, liegt jedenfalls nicht auf der Hand, warum die gegenwärtige staatliche Souveränität auch Belastungen vergangener und künftiger Generationen gestatten sollte. Temporale Jurisdiktion könnte danach ein Bollwerk gegen temporal-grenzüberschreitende Regelungen darstellen.

Grenzen vermag temporale Jurisdiktion extratemporaler Rechtssetzung im Grundsatz auch dann zu setzen, wenn man Jurisdiktionsregeln aus dem Demokratieprinzip ableitet. Denn wie bereits angedeutet,[59] dürfte das Demokratieprinzip – jedenfalls in begrenztem Umfang – die Handlungsfähigkeit gegenwärtiger Parlamente auch unabhängig von subjektiven Rechten vergangener oder zukünftiger Generationen beschränken. So hat das

56 Zur Unterscheidung von und Verschränkung mit dem völkerrechtlichen, „nach außen gerichteten" Souveränitätsbegriff *Peter Häberle*, Zur gegenwärtigen Diskussion um das Problem der Souveränität, AöR 1967, 259 (266, 269).

57 Überdies ist fraglich, ob eine Generation überhaupt als Träger von Souveränität angesehen werden kann, zur Debatte über den Träger *Häberle* (Fn. 56), 266 m.w.N.

58 So *Kleiber* für den Grundrechtsschutz künftiger Generationen, s.o. Fn. 39 sowie s.u. IV.

59 S.o. I.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

BVerfG anerkannt, dass, wenngleich die Abwägung demokratischer Entscheidungsspielräume der Gegenwart und Zukunft in erster Linie Sache des Gesetzgebers ist, das BVerfG sicherzustellen hat, „dass der demokratische Prozess offen bleibt, aufgrund anderer Mehrheitsentscheidungen rechtliche Umwertungen erfolgen können […] und eine irreversible rechtliche Präjudizierung künftiger Generationen vermieden wird".[60] So beschränkt diese Wirkung auch sein mag, lässt dies es möglich erscheinen, dass im Demokratieprinzip wurzelnde Grundsätze temporaler Jurisdiktion dem gegenwärtigen Gesetzgeber für Regelungen vergangener und künftiger Sachverhalte Schranken auferlegen.[61]

Vorstehende Überlegungen zeigen: Es lohnt sich, über die Rechtsfigur einer zeitlichen Jurisdiktion weiter nachzudenken, da sie unabhängig von ihrer dogmatischen Grundlage der Rechtssetzungskompetenz des gegenwärtigen Gesetzgebers Grenzen zu ziehen vermag. Zu klären bleibt insbesondere, wo genau diese Grenzen verlaufen und ob Kriterien der räumlichen Jurisdiktion wie ein Näheerfordernis oder eine Interessenabwägung mit der geltenden Rechtslage in Einklang gebracht werden können.

D. Extratemporale Grundrechtsgeltung

Eine andere Möglichkeit, Belastungen vergangener oder zukünftiger Generationen bzw. Menschen zu begrenzen, kann sich aus der extratemporalen Anwendung von Grundrechten ergeben, also ihrer Anwendung auf Sachverhalte, die diese nicht-gegenwärtigen Personengruppen jedenfalls mitbetreffen. Obwohl die Frage der Grundrechtsgeltung für vergangene oder künftige Generationen bereits diskutiert wird,[62] werden Überlegungen,

60 BVerfG, Urteil vom 12.9.2012, 2 BvR 1390/12 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2012:rs20120912.2bvr139, BVerfGE 132, 195 (246 f., Rn. 124) – ESM-Vertrag und Fiskalpakt; vgl. auch ibid., 242 Rn. 112 (Demokratieprinzip verbiete jedenfalls evidente Überschreitung äußerster Grenzen) sowie BVerfG, Urteil vom 7.9.2011, 2 BvR 987/10 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2011:rs20110907.2bvr098710, BVerfGE 129, 124 (170) – EFS (verfassungsrechtliche Bindung der Parlamente sei notwendig, um langfristig die demokratische Gestaltungsfähigkeit für das Gemeinwesen zu erhalten).

61 Dafür, dass künftige Generationen nicht völlig festgelegt werden dürfen, s. auch *Kleiber* (Fn. 15), 291 f.; zu intertemporalen Problemen des Demokratieprinzips wie der fehlenden gegenwärtigen Repräsentation künftiger Generationen, s. *Appel* (Fn. 16), 86.

62 S.o. I., Fn. 15-21 und begleitender Text.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hierbei Grundsätze der extraterritorialen Grundrechtsgeltung fruchtbar zu machen, bislang nur ganz vereinzelt angestellt.[63]

Ähnlich wie die räumliche Jurisdiktion sind auch Reichweite und Inhalt extraterritorialer Grundrechtsgeltung noch nicht abschließend geklärt. Überwiegend nehmen Rechtsprechung und Literatur an, dass Art. 1 Abs. 3 GG die Grundrechtsbindung der deutschen Staatsgewalten nicht auf das Staatsgebiet beschränkt, sondern eine umfassende Bindung auch im Ausland begründet, wenn eine deutsche Staatsgewalt dort auf Grundrechtssubstanz einwirkt.[64] Die Grundrechtsbindung beschränkt sich dabei nicht auf eine objektivrechtliche Verpflichtung, sondern korrespondiert mit einer Grundrechtsberechtigung.[65] Hauptargumente für diese Sicht sind nach ihren Vertretern der uneingeschränkte Wortlaut des Art. 1 Abs. 3 GG, seine Entstehungsgeschichte und die Einbindung Deutschlands in die internationale Staatengemeinschaft, insbesondere die EMRK, für die der EGMR in vielen Fällen auf Grundlage des Kriteriums der effektiven Kontrolle eine Auslandsgeltung angenommen habe.[66] Allerdings können deutsche Grundrechte im Ausland eine andere Schutzwirkung als im Inland entfalten. Das BVerfG hat insoweit Unterschiede beim persönlichen und sachlichen Schutzbereich, aber auch im Hinblick auf verschiedene Grundrechtsdimensionen – Grundrechte als Abwehrrechte, als Leistungsrechte, als verfassungsrechtliche Wertentscheidungen oder als Grundlage von Schutzpflichten – für möglich gehalten.[67] Insbesondere die Schutzpflichtdimension hat das BVerfG bei Auslandssachverhalten mit einem Fragezeichen versehen und festgestellt, dass jedenfalls ein geringerer Schutzstandard gälte, weil dem deutschen Staat im Ausland nicht dieselben Schutzmöglichkeiten wie im Inland zur Verfügung stünden.[68]

63 So *Bridget Lewis*, The Rights of Future Generations within the Post-Paris Climate Regime, Transnational Environmental Law, 2018, 69 (79 f.) für Menschenrechte.

64 BVerfG, Urteil vom 19.5.2020, 1 BvR 2835/17, ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200519.1bvr283, BVerfGE 154, 152 (215 f, Rn. 88 f) – BND-Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung); BVerfG, 24.3.2021, 1 BvR 2656/18 u.a., Rn. 175 – Klimabeschluss; *Matthias Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 21), Art. 1 Abs. 3, Rn. 82; *Christian Hillgruber*, in: Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), BeckOK GG, 55. Aufl. 15.5.2023, Art. 1 Rn. 76.

65 BVerfG, 19.5.2020, 1 BvR 2835/17, Rn. 92, BND-Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung.

66 Ibid., Rn. 89-103.

67 Ibid., Rn. 104; BVerfG, 24.3.2021, 1 BvR 2656/18 u.a., Rn. 175 – Klimabeschluss.

68 BVerfG, 24.3.2021, 1 BvR 2656/18 u.a., Rn. 175-178 – Klimabeschluss.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Fragt man nach der Übertragung dieser Grundsätze auf eine potentielle extratemporale Grundrechtsgeltung, liegt ein wesentlicher Unterschied darin, dass letztere in einem ersten Schritt die Hürde überwinden muss, dass vergangene und künftige Generationen wie festgestellt keine Rechtssubjekte darstellen. Lässt man allerdings wie *Kleiber* – und anders als das BVerfG – für das Vorliegen eines subjektiven Rechts die aktive Potentialität künftiger Generationen genügen,[69] lässt sich diese Hürde nehmen. Hierfür spricht, dass auch ungeborenes Leben sowie Träger des postmortalen Persönlichkeitsrechts subjektive Rechte genießen, ohne Rechtssubjekte zu sein.[70] Die Beschränkung auf *aktiv* potentiale Entitäten, die ihre Realisierung anders als passiv potentiale Entitäten aus sich heraus verwirklichen, ohne dass es wesentlicher Einwirkungen von außen bedarf, verhindert zudem einen uferlosen Begriff der Potentialität.[71]

In einem zweiten Schritt mag man auch eine Auslegung des Art. 1 Abs. 3 GG für möglich halten, nach der die Grundrechtsbindung des Gesetzgebers keinen Halt vor vergangenen und zukünftigen Generationen macht. Denn der Wortlaut enthält auch insoweit keine Beschränkung, Art. 20a GG spricht immerhin explizit von der staatlichen „Verantwortung für die künftigen Generationen" und auch gute teleologische Gründe lassen sich für diese Interpretation anführen. Dies gilt gerade vor dem Hintergrund extraterritorialer Grundrechtsgeltung: So spricht die Einbeziehung von Individuen im Ausland in den Schutz der Grundrechte dafür, dass es hierfür weder eines Gewaltverhältnisses noch eines legitimatorischen Zusammenhangs zwischen den Schutzsubjekten und den Staatsorganen bedarf. Anders als im Rahmen der EMRK ist für die Geltung deutscher Grundrechte nach dem BVerfG nicht einmal eine effektive Kontrolle deutscher Staatsgewalt erforderlich; es genügt, dass sich die Staatsgewalt grundrechtsbeeinträchtigend auf das Schutzsubjekt auswirkt. Wenn überdies auch die fehlende Rechtssubjektivität vergangener und zukünftiger Generationen kein relevantes Hindernis darstellt, ist nicht ersichtlich, warum diese, wenn sie von deutscher Staatsgewalt berührt werden, nicht einen ähnlichen Schutz genießen sollten wie Rechtssubjekte im Ausland.[72]

Auch in der *Ausgestaltung* eines etwaigen Grundrechtsschutzes vergangener und zukünftiger Generationen sind Parallelen zum extraterritorialen

69 *Kleiber* (Fn. 15), 168-175, s.o. Text zu Fn. 58.

70 Ibid., 168.

71 Ibid., 172; zur Uferlosigkeit mit leicht modifizierten Eingrenzungsvorschlägen s. auch *Joel Feinberg*, Die Rechte der Tiere und zukünftiger Generationen, in: Birnbacher, Dieter (Hrsg.), Ökologie und Ethik, Stuttgart 1980, 140 (174-177).

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Grundrechtsschutz greifbar. Denn auch bei extratemporaler Grundrechtsgeltung liegt es nahe, dass gegenüber der Grundrechtsgeltung in der Gegenwart Schutzbereiche zu modifizieren sind und sich Unterschiede bei den Grundrechtsdimensionen ergeben: Da der gegenwärtige Staat in seinen Möglichkeiten zum Schutz vergangener und zukünftiger Generationen begrenzt ist, dürfte das Niveau von Schutzpflichten jedenfalls abzusenken sein. Unterschiede dürften sich auch bei Leistungsrechten abzeichnen.

E. Fazit

Die Interaktionen des Verfassungsrechts mit Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft sind zu komplex und noch zu unterbeleuchtet für gesicherte Antworten. Der Beitrag beschränkt sich daher auf vorläufige Überlegungen, die Inspiration für weiteres Nachdenken geben sollen.

Meine These lautet, dass sich durch den Vergleich von Raum und Zeit bisher unerkannte Perspektiven auf die Verteilung von Be- und Entlastungen in der Zeit eröffnen. Dabei sollten Belastungen der Zukunft, soweit sie irreversibel sind (wie z.B. notwendige CO_2-Einsparungen), und der Vergangenheit (etwa in Form von Rückwirkung) im Ausgangspunkt zusammen gedacht werden. Denn in beiden Fällen „extratemporaler Rechtssetzung" stellt eine Regelung der Gegenwart die Betroffenen dieser Zeiträume vor vollendete Tatsachen, um die Gegenwart zu schonen. Eine gemeinsame Betrachtung von Zukunft und Vergangenheit macht überdies größere Zusammenhänge sichtbar: Dazu gehört die hier aufgezeigte Vergleichbarkeit von Raum und Zeit. Was daraus folgen kann, illustrieren die zwei untersuchten vorgelagerten Grenzen extratemporaler Rechtssetzung: Zum einen erscheint es lohnenswert, dem Gedanken einer „zeitlichen Jurisdiktion" weiter nachzugehen, die den Gesetzgeber in seiner Rechtssetzungskompetenz begrenzt. Einige Grundsätze der räumlichen Jurisdiktion eigneten sich dabei auch für das zeitliche Pendant. Gleichwohl harrt die genaue Definition zeitlicher Jurisdiktionsregeln noch der Klärung. Zum anderen offenbart die extraterritoriale Grundrechtsgeltung interessante Ansatzpunkte für die bereits begonnene Diskussion über „extratemporale Grundrechtsgeltung", also eine Grundrechtsgeltung für vergangene und zukünftige Ge-

72 So i. Erg. auch *Lewis* für Menschenrechte, wobei sie für den Raum wie für die Zeit das Kriterium der effektiven Kontrolle durch eine bloße Betroffenheit von der Maßnahme ersetzt, s.o. Fn. 63.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nerationen bzw. Menschen. Denkbar ist etwa, einige Argumente für die grundsätzliche Bindung deutscher Staatsgewalt an Grundrechte auch im Ausland auf extratemporale Grundrechtsgeltung zu übertragen. Parallelen dürften sich zudem mit Blick auf die Erkenntnis ergeben, dass Schutzbereiche und Grundrechtsdimensionen im räumlichen und zeitlichen „Inland" gegenüber dem „Ausland" variieren können.

Gleichwohl bleiben noch viele Aspekte zu klären, etwa die von den Maßstäben positiver Regelungen wohl abweichende Maßstäbe an extratemporales gesetzgeberisches *Unterlassen* mit irreversiblen Folgen für Zukunft oder Vergangenheit. Zu lösen bleiben auch Abgrenzungsprobleme: Problematische extratemporale Gesetze, die der Zukunft durch ihre jedenfalls faktische Irreversibilität Entscheidungsspielraum nehmen, sind vom Normalfall zukunftsgerichteter Gesetze abzugrenzen. „Ausschließlich fremdbelastende" Normen, die von der zeitlichen Jurisdiktion nicht gedeckt sein dürften, müssen von bloß „übergreifenden" Normen unterschieden werden, die zwar einen gegenwärtigen Sachverhalt zum Gegenstand haben, aber Vergangenheit oder Zukunft mitregeln; letztere wiederum von weitgehend unproblematischen Normen, die Vergangenheit und Zukunft nur reflexartig mitbetreffen. Auch dies hat die Zeit mit dem Raum gemein, dürfte die Grenze zwischen räumlich ausschließlich fremdbelastenden, übergreifenden und bloß reflexartig das Ausland betreffenden Normen doch ebenfalls fließend sein.

Insofern wäre es falsch anzunehmen, dass die Zeit den Raum als die Rechtswissenschaft prägende Dimension abgelöst hat. Weiteren Erkenntnisgewinn versprechen vielmehr ihr Zusammenspiel und ihre Gegenüberstellung.

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Liste der Förder:innen

Die Tagung wäre nicht möglich gewesen ohne die Unterstützung unserer Förderer:innen. Ganz herzlich bedanken wir uns bei:

Allen & Overy LLP
Becker Büttner Held PartG mbB
Berliner Wissenschafts-Verlag
C.F. Müller GmbH
Chatham Partners PartG mbB
Claussen-Simon-Stiftung
Dolde Mayen & Partner Rechtsanwälte PartG mbB
Dombert Rechtsanwälte PartG mbB
Duncker & Humblot GmbH
Verlag Franz Vahlen GmbH und Verlag C.H. Beck oHG
W. Kohlhammer GmbH
Ute Bolz-Fischer, Law & Voice – Stimmbildung für Juristen
Katharina Boele-Woelki
Mohr Siebeck GmbH & Co. KG
Mörhle Happ Luther PartmbB
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Peter Lang Group AG
R&P Legal
Rittershaus Rechtsanwälte PartmbB

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748942733 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY