



<b>Gastkommentar</b>	<i>Sabine Leutheusser-Schnarrenberger</i> : Zur Notwendigkeit kooperativen Grundrechtsschutzes im Bereich persönlicher Daten	1
<b>Aufsätze</b>	<i>Maximilian Hocke</i> : Die Lex Mercatoria in der europäischen Rechtsgeschichte	3
	<i>Anika Sonnenberg</i> : Europarechtswidrigkeit der tariflichen Altersgrenzen von Piloten – Besprechung der Entscheidung des EuGH vom 13. September 2011 – Rechtssache Prigge	9
	<i>Philipp Lassahn</i> : Vagheit im Recht – Recht und Sprache	14
	<i>Gesche Heidorn</i> : Grundrechtlicher Schutz vor mittelbarer Geschlechterdiskriminierung – Zur Binnensystematik des Art. 3 GG	20
	<i>Elias Bornemann</i> : Früheuthanasie – Entscheidungsträger und ihr rechtlicher Handlungsrahmen	25

## Redaktion der Ausgabe 1/2012

Corinna Coupette  
Niklas Dehio  
Christoph Fuchs  
Christopher Krois  
Andreas Lange  
Paolo Ramadori  
Christoph Schoppe  
Michael Schramm  
Daniel Schuppmann  
Torsten Spiegel  
Jan Sturm  
Philipp Tieben  
Malte Vollertsen  
Manuel Waldmann  
Kilian Wegner

## Korrespondierender Beirat

Professor Dr. Michael Fehling, Hamburg  
Professor Dr. Anne Röthel, Hamburg  
Professor Dr. Frank Saliger, Hamburg

# Bucerius Law Journal

April 2012 Heft 1/2012 Seiten 1 – 32

## Impressum

© Bucerius Law Journal e.V., Hamburg

Bucerius Law Journal  
c/o Bucerius Law School  
Jungiusstraße 6  
20355 Hamburg

ISSN 1864-371X

**Urheberrechte:** Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt; die Rechte hierfür liegen bei den jeweiligen Autoren oder dem Bucerius Law Journal. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Bucerius Law Journals genutzt oder verwertet werden. Erlaubt ist die Erstellung von digitalen Kopien, Ausdrucken und Fotokopien für den persönlichen, nichtgewerblichen Gebrauch.

**Manuskripte:** Das Bucerius Law Journal haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Eine Rücksendung erfolgt nur, wenn Rückporto beigelegt ist. Die Übersendung eines Manuskripts beinhaltet die Erklärung, dass der Beitrag nicht gleichzeitig anderweitig angeboten wird. Mit der Annahme zur Veröffentlichung durch das Bucerius Law Journal überträgt der Autor dem Verlag ein ausschließliches Nutzungs- und Verwertungsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen sind insbesondere auch das Recht zur Herstellung elektronischer Versionen und zur Speicherung in Datenbanken sowie das Recht zu deren Vervielfältigung und Verbreitung online oder offline ohne zusätzliche Vergütung. Nach Ablauf eines Jahres ab Veröffentlichung des Beitrages ist der Autor berechtigt, anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen.

**Erscheinungsweise:** Das Bucerius Law Journal (BLJ) erscheint dreimal jährlich.

**Covergestaltung:** gürtlerbachmann Werbung GmbH

Sabine Leutheusser-Schnarrenberger\*

## Zur Notwendigkeit kooperativen Grundrechtsschutzes im Bereich persönlicher Daten in Europa

Blickt man zu den Anfängen des Datenschutzes, als es beim Volkszählungs-Urteil Anfang der 80er Jahre noch darum ging, dass der Staat von Tür zu Tür ging, um Daten händisch abzufragen, so erscheint einem dies – aus heutiger Sicht – völlig anachronistisch. Heute hinterlässt jeder Smartphone-Benutzer täglich eine unvorstellbare Menge an Bewegungs- und Kommunikationsdaten. Doch der Unterschied liegt nicht nur in der größeren Menge der Daten: Früher waren es fast ausschließlich staatliche Stellen, die Daten erhoben, sammelten und auf Lochkarten übertrugen. Heute sind es aber gerade auch private Firmen wie Facebook oder Google, die umfangreiche Datenberge anlegen und in einer für die Nutzer kaum mehr überschaubaren Weise nutzen. Seit dem Grundstein des Datenschutzrechts, dem Volkszählungsurteil, hat eine gewaltige Entwicklung stattgefunden. Doch weder das Verkünden der Post-Privacy noch eine martialische Anti-Netz-Rhetorik liefern die richtigen Antworten auf diese technische und gesellschaftliche Entwicklung.

Den Versuch einer Antwort stellte Ende Januar die EU-Kommissarin Viviane Reding vor. Durch eine EU-Verordnung soll das Datenschutzrecht europaweit vollharmonisiert und damit für das digitale Zeitalter fit gemacht werden – Innovationen im Netz ermöglichen und den Schutz von Grundrechten gewährleisten.

In einem bemerkenswerten Beitrag in der Süddeutschen Zeitung vom 09. Januar 2012 äußerte der Bundesverfassungsrichter Prof. Dr. Johannes Masing die Befürchtung, die geplante EU-Datenschutzverordnung könne „grundstürzende“ Folgen für den Grundrechtsschutz haben. Im Lissabon-Urteil sprachen die Karlsruher Richter noch vom Vertrauen, welches dem Europäischen Gerichtshof beim Grundrechtsschutz entgegen gebracht werden müsse. War dies doch nur eine Floskel, wie die Befürchtung Masings nun vermuten lassen könnte?

Es wäre ein Leichtes, diese Äußerungen als ein Aufbegehren nationaler Verfassungsgerichtsbarkeit aufzufassen, die sich im

Sog fortschreitender europäischer Integration gegenüber dem Europäischen Gerichtshof mehr und mehr ins Abseits gedrängt fühlt. Eine solche Lesart würde dem Anliegen Masings nicht gerecht. Vor allem aber geht es nicht um nationale Befindlichkeiten. Denn es ist ein notwendiger und richtiger Weg, die Europäische Union als Grundrechteunion auszugestalten. Schlussendlich ist es entscheidend, dass der Schutz durch die nationalen Grundrechte, die Unionsgrundrechte und konventionsrechtliche Vereinbarungen gewährleistet wird, um das Ziel eines effektiven Grundrechtsschutzes zu erreichen.

Aber gerade an diesem Punkt erweist sich der von der Kommission eingeschlagene Weg als äußerst problematisch. Die Kompetenz zur Überprüfung der Grundrechtskonformität einer zukünftigen EU-Datenschutzverordnung wäre fortan allein beim Europäischen Gerichtshof angesiedelt. Prüfungsmaßstab wäre ausschließlich die europäische Grundrechtecharta, die nationalen Grundrechte würden verdrängt. Sicherlich ist diese Entwicklung kein Phänomen, das sich nur an den Plänen der Kommission zum Datenschutz festmachen lässt. Jedoch sind die Auswirkungen hier – ob des Querschnittscharakters und der hohen Grundrechtssensibilität des Datenschutzrechtes – von besonderer Qualität.

Unmittelbare Folge einer Vollharmonisierung wäre der Wegfall der Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht. Ein vergleichbarer, für die Grundrechtecharta geltender Rechtsbehelf zum Europäischen Gerichtshof existiert aber nicht. Die in Art. 263 Abs. 4 AEUV vorgesehene Klagemöglichkeit gegen „Rechtsakte mit Verordnungscharakter“ stellt nicht zuletzt deshalb keinen gleichwertigen Ersatz dar, weil sie an sehr enge Voraussetzungen geknüpft ist und auch der Europäische Gerichtshof zu der umstrittenen Frage, ob Verordnungen im Sinne des Art. 289 Abs. 3 AEUV hiervon überhaupt umfasst sind, bisher nicht explizit Stellung bezogen hat. Ein zeitnahe Beitritt der Europäischen Union zur EMRK könnte

\* Die Verfasserin ist Bundesjustizministerin der Justiz.

den Rechtsschutz verbessern. Doch auch der Weg der Individualbeschwerde vor dem EGMR kann die durch eine Vollharmonisierung aufgerissene Rechtsschutzlücke nicht schließen. Zu groß sind die Beurteilungsspielräume, die von den Richtern in Straßburg den Vertragsparteien regelmäßig eingeräumt werden; zu wenig ist die Verhältnismäßigkeitsprüfung mit der Kontrolldichte durch das Bundesverfassungsgericht vergleichbar. Schließlich gewährleistet die EMRK lediglich einen Mindeststandard für die 47 Mitgliedstaaten des Europarates, worauf auch Masing zu Recht hinweist. Ein ansatzweise gleichwertiger Ersatz zur Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht ist daher nicht in Sicht. Das stimmt bedenklich.

Problematisch ist ebenfalls, dass ein vollständiger Verzicht auf die nationalen Grundrechte der Mitgliedstaaten die inhaltliche Fortentwicklung des Datenschutzgrundrechts auf europäischer Ebene bremsen, ja sogar zu einer Absenkung des Schutzniveaus führen könnte. Bis die Europäische Union ihre endgültige Gestalt einer Grundrechteunion gefunden hat, bedarf die Schaffung hoher Grundrechtsstandards in einem Mehrebenensystem wie der Europäischen Union der Kooperation der Gerichte. Die Gerichte in der Europäischen Union müssen im Austausch miteinander stehen, sich gegenseitig inspirieren, ja auch – wenn nötig – Druck aufeinander ausüben. Manch diplomatischer Spannungen zum Trotz: Dem europäischen Grundrechtsschutz hat die Solange-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht geschadet – im Gegenteil.

Ein solcher grundrechtlicher Qualitätswettbewerb ist auch im Bereich der persönlichen Daten weiterhin nötig. Denn das Grundrecht auf Datenschutz in Art. 8 der Grundrechtecharta enthält durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs bisher lediglich erste Konturen; diese sind jedoch bislang nur fragmentarisch und es wird dauern, bis die Gewährleistungen des Unionsgrundrechts einen mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung vergleichbaren Grad der Ausdifferenzierung erlangt haben wird.

Die bisherigen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 8 Grundrechtecharta zeugen von den Verflechtungen der Ebenen, wenn sich die Richter in Luxemburg an EGMR-Entscheidungen orientieren oder Generalanwälte dogmatische Ansätze des Bundesverfassungsgerichts zur informationellen Selbstbestimmung auf Art. 8 Grundrechtecharta anwenden. Auch ist die Entwicklung der Unionsgrundrechte darauf angewiesen, dass nationale Gerichte im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV den nationalen grundrechtsdogmatischen *acquis* einfließen lassen. Aufgrund der Offenheit des textlichen Befunds in Art. 8 der Grundrechtecharta erscheint dies methodisch vertretbar, ja geradezu geboten.

Nur, immer neue technische Möglichkeiten erfordern immer neue verfassungsrechtliche Antworten. Wenn dem nationalen Grundrechtsschutz im Bereich der persönlichen Daten aber kein Anwendungsbereich mehr verbleibt, wie soll den nationalen (Verfassungs-)Gerichten dann auch in Zukunft eine solche Inspirationsfunktion zukommen? Durch eine Vollharmonisierung würde diese Quelle versiegen.

Das von der Kommission avisierte Zeitfenster von einem Jahr für die Verhandlungen des Verordnungsvorschlages ist ehrgeizig eng gesteckt. Zu eng. Gerade das Ziel einer EU-Datenschutzverordnung, das Grundrecht auf Datenschutz auf einem hohen Niveau zu gewährleisten, verlangt eine sorgfältige Auseinandersetzung mit den Folgen einer Vollharmonisierung für einen effektiven Grundrechtsschutz. Die Verpflichtung im Rat darauf hinzuwirken, dass der derzeit durch das Grundgesetz gewährleistete Grundrechtsschutz auch bei einer Regelung auf EU-Ebene mindestens gewahrt bleibt, ergibt sich aus Art. 1 Abs. 3 des Grundgesetzes. Vor diesem Hintergrund erscheint es notwendig, darauf hinzuwirken, dass dem nationalen Datenschutzgrundrecht ein Anwendungsbereich verbleibt. ■

Maximilian Hocke, Hamburg\*

## Die Lex Mercatoria in der europäischen Rechtsgeschichte

### A. Einleitung

„Geisterbegriff (...) sich in Nichts auflösend, wenn man ihn genauer betrachten will“<sup>1</sup> oder „eine der bedeutsamsten Entwicklungen der Nachkriegszeit“<sup>2</sup>, was ist die *lex mercatoria*? Anstatt der gegenwärtigen *lex mercatoria* auf den Grund zu gehen,<sup>3</sup> sollen in dieser Arbeit ihre Ursprünge aus einer historischen Perspektive untersucht werden: Existierte eine *lex mercatoria* in der europäischen Rechtsgeschichte als Geisterbegriff oder als bedeutsame Entwicklung? Und in welcher Weise ist dies für die gegenwärtige *lex mercatoria* von Bedeutung? Diese Fragen sollen in der folgenden Darstellung in drei Schritten beantwortet werden: Zunächst sollen Begriff und zu untersuchender Zeitraum der Darstellung abgegrenzt werden (B.). Daraufhin soll der Inhalt der historischen *lex mercatoria* anhand verschiedener sach- und prozessrechtlicher Institute erläutert werden (C.). Schließlich soll ihre Ablösung durch staatliches Recht beschrieben und dabei gefragt werden, ob die Existenz einer historischen *lex mercatoria* ein Argument für die Akzeptanz einer modernen sein kann (D.).

### B. Gegenstand der Darstellung

#### I. Begriff der *lex mercatoria*

Die *lex mercatoria* – auch *ius mercatorum*<sup>4</sup> oder *Law Merchant*<sup>5</sup> – beschreibt Rechtsvereinheitlichung im internationalen Handelsverkehr.<sup>6</sup> Dies geschieht auf zwei Arten: Erstens, durch vertragliche Abreden, Klauseln, Bräuche, Grundsätze und Gepflogenheiten<sup>7</sup>, die entweder Vorrang vor dispositivem Gesetzesrecht<sup>8</sup> haben oder, beispielsweise durch Art. 7 UN-Kaufrecht, der Auslegung von staatlichem Recht dienen.

Zweitens, durch internationale Übereinkommen, Modellgesetze und nationale Gesetze; z.B. das UN-Kaufrecht oder die UNIDROIT Principles of Commercial Contracts.<sup>9</sup> Während die Kaufleute die Regelungen der ersten Art unmittelbar selbst gestalten können, geschieht dies bei der zweiten Art durch staatliche und nicht-staatliche Institutionen. Jedoch hat der Handelsstand auf diese einen bedeutenden Einfluss.<sup>10</sup> Vielfach entspringen kodifizierte Regelungen sogar vorhergehenden Gepflogenheiten des Handelsstandes. Dieses Verhältnis soll im Mittelpunkt der folgenden Darstellung stehen.

#### C. Die historische *lex mercatoria*

##### I. Der Handelsstand in der europäischen Rechtsgeschichte

Ein Verständnis für seine Sonderregeln bedarf zunächst eines Verständnisses für die Situation des Handelsstandes. Dieser war bis in das 19. Jahrhundert hinein von den privatrechtlichen Rahmenbedingungen (1.), der Handelsentwicklung allgemein (2.) und wichtigen Institutionen, wie Stadtrechten, Märkten und Gilden (3.), bestimmt.

##### 1. Privatrechtliche Rahmenbedingungen

Im Mittelalter gab es in Mitteleuropa auf weltlichem Gebiet mündlich überliefertes, durch Dokumente lediglich abgebildetes Gewohnheitsrecht.<sup>11</sup> Während man diese Gewohnheiten in Nordfrankreich *coutumes* nannte,<sup>12</sup> wirkten in Südfrank-

reich und Italien die römischen Rechtstraditionen in stärkerem Maße fort.<sup>13</sup>

In England hat sich schon seit dem Hochmittelalter ein zentralisiertes System von Präzedenzfällen, das *common law*, entwickelt.<sup>14</sup> Zusätzlich wurde römisches Recht an den Universitäten Oxford und Cambridge unterrichtet.<sup>15</sup>

Dieser Unterricht geht auf die, seit dem 12. Jahrhundert von Bologna ausgehende, Rezeption des römischen Rechts in ganz Europa zurück. Glossatoren setzten sich mit den Digesten auseinander und erschlossen ein System des römischen Privatrechts.<sup>16</sup> In der mitteleuropäischen Rechtsprechung fand das römische Recht spätestens in der frühen Neuzeit Beachtung.<sup>17</sup> Die Rezeption führte schließlich zum Kodifikationsgedanken für das Privatrecht.<sup>18</sup> Dieser Kodifikationsgedanke wurde in Europa seit dem 15. Jahrhundert auch durch die systematische Erschließung des Gewohnheitsrechts, z.B. in Frankreich,<sup>19</sup> den Niederlanden<sup>20</sup> und Schweden<sup>21</sup> verfolgt.

### 2. Entwicklung des Handels

Normalerweise führte im Mittelalter einzig der Erwerb von Geldvermögen zum Aufstieg in die gesellschaftliche Oberschicht.<sup>22</sup> Deshalb bildete sich im Hoch- und Spätmittelalter

\* Der Autor ist Student an der Bucerius Law School, Hamburg.

<sup>1</sup> Herber, Internationales Handelsrecht (IHR) 2003, 1, 5.

<sup>2</sup> Schmitthoff, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (RabelsZ) 1946, 47-77.

<sup>3</sup> Wie bereits vielfach erfolgt, vgl. K. Schmidt in: Münchener Kommentar zum HGB<sup>3</sup> (MüKoHGB), Vorbem. zu § 1, Rn. 36 m.w.N.

<sup>4</sup> Bernard in: Cipolla/Borchardt (Hrsg.), *Europäische Wirtschaftsgeschichte*, Band I, 1983, S. 117, 202.

<sup>5</sup> Siehe für weitere fremdsprachliche Begriffe *Stein*, *Lex mercatoria – Realität und Theorie*, S. 2.

<sup>6</sup> Horn in: FS K. Schmidt, 2009, S. 705, 708.

<sup>7</sup> Hellwegein: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Band II, 2009, S. 1020 - 1025.

<sup>8</sup> Siehe zu den Grenzen des Vorrangs vertraglicher Abreden *Cziupka*, *Dispositives Vertragsrecht – Funktionsweise und Qualitätsmerkmale*, 2010, S. 34 ff.

<sup>9</sup> Siehe dazu, ob dieses vom Begriff erfasst ist Horn in: Berger (Hrsg.), *The Practice of Transnational Law*, 2001, 67, 68.

<sup>10</sup> So auch *Zumbansen*, *RabelsZ*, 2003, 637, 644 m.w.N.

<sup>11</sup> Eisenhardt, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 2004, Rn. 58.

<sup>12</sup> *Zweigert/Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*<sup>3</sup>, S. 76.

<sup>13</sup> Siehe zur russischen Rechtsgeschichte des Mittelalters *Küpper*, *Einführung in die Rechtsgeschichte Osteuropas*, 2005, S. 120 ff.

<sup>14</sup> Keenan, Smith & Keenan's *English Law*<sup>13</sup>, S. 5 f.

<sup>15</sup> Zimmermann, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (ZeuP), 1993, 4, 10 f. m.w.N.

<sup>16</sup> Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*<sup>2</sup>, 1993, S. 275.

<sup>17</sup> Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*<sup>2</sup>, 1967, S. 176.

<sup>18</sup> Auch für das Handelsrecht fand wohl eine solche Rezeption des römischen Rechts statt. Siehe Eisenhardt in: FS Raisch, 1995, S. 51 ff. m.w.N. A.A. Conrad, *Deutsche Rechtsgeschichte* Band II, S. 342. **Differenzierend Krause**, *Juristische Schulung* (JuS) 1970, 313, 321.

<sup>19</sup> *Zweigert/Kötz* (Fn. 12), S. 76.

<sup>20</sup> Dies geschah vor allem durch Hugo Grotius, vgl. Lesaffer, *European Legal History*, 2009, S. 361 f.

<sup>21</sup> In Schweden galt seit dem 14. Jahrhundert sogar ein, dem Gewohnheitsrecht entsprungenes, einheitliches Land- und Stadtrecht, siehe *Zweigert/Kötz* (Fn. 12), S.272.

<sup>22</sup> *Bader/Dilcher*, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 1999, S. 493 f.

ein eigener Stand von Kaufleuten heraus, der Handelsstand.<sup>23</sup> Wichtige Entwicklungen, wie die Verbesserung der Schifffahrt und der Infrastruktur, eine weiter verbreitete Alphabetisierung, der Wechselbrief<sup>24</sup> und die doppelte Buchführung beschleunigten die Entwicklung des Handelsstandes, vor allem in Norditalien.<sup>25</sup>

Die Entdeckung Amerikas führte im 16. Jahrhundert zu einer Verlagerung der Handelszentren vom Mittelmeer an den Atlantik. Italien trat im Welthandel in den Hintergrund.<sup>26</sup> Private Kaufleute verloren in der beginnenden Neuzeit an Einfluss. Stattdessen führte der Aufstieg des Territorialstaats zur Schaffung staatlicher Handelskompagnien, welche den Überseehandel bis in das 19. Jahrhundert kontrollierten.<sup>27</sup> Der innereuropäische und der asiatisch-europäische Handel wurden hingegen auch in der beginnenden Neuzeit von privaten Kaufleuten durchgeführt.

### 3. Städte, Märkte, Gilden und die Hanse

Alleine konnte ein Kaufmann keinen Handel betreiben. Nur durch die Plattform der Stadt konnte der Handel effektiv gestaltet werden. Städte boten den Kaufleuten mit ihren Messen und Märkten die Plattform für ihren Handel und beherbergten die Zusammenschlüsse von Kaufleuten, die Gilden. Stadt- und Marktrechte, sowie Gildensatzungen waren die Regeln, in die kaufmännisches Gewohnheitsrecht inkorporiert wurde. Deshalb sollen diese Institutionen erläutert werden.

Stadtrecht war das allgemeine, von ihr gesetzte Recht einer Stadt.<sup>28</sup> Die Fähigkeit zur autonomen Rechtssetzung der Stadt gründete sich auf das königliche Interesse am Schutz von Kaufleuten und Märkten.<sup>29</sup> Stadtrechte enthielten deshalb viele handelsrechtliche Regelungen, das sogenannte kaufmännische Stadtrecht.<sup>30</sup> Nun waren Stadtrechte nicht paralegal, sondern hoheitlich. Nichtsdestotrotz wurden die Stadtrechte erheblich vom Handelsstand beeinflusst,<sup>31</sup> die kaufmännischen Stadtrechte von „(...) seinen Bedürfnissen und seinen Überzeugungen (...) geschaffen.“<sup>32</sup> Erst durch die nationalstaatlichen Kodifikationen des 19. Jahrhunderts verloren die Stadtrechte schließlich ihre Bedeutung.<sup>33</sup>

In den Städten wurden die gewerblich erzeugten Waren auf Märkten und Messen vertrieben.<sup>34</sup> Dieser Warenvertrieb war ein wichtiger Anlass für die Herausbildung des Sonderrechts der Kaufleute.<sup>35</sup> Aus dem Bedürfnis heraus, dass sich die Kaufleute nicht auf jeder Messe auf neue Regeln einstellen wollten, erwuchs eine gewohnheitsrechtliche Einheit der Geschäftsabwicklung.<sup>36</sup> Doch reglementierte die Obrigkeit Märkte und Messen auch; z.B. hinsichtlich Öffnungszeiten, Zollabgaben und dem vorgeschriebenen Einsatz von Maklern.<sup>37</sup>

Um der Obrigkeit gegenüber ihre Interessen wirksam zu vertreten, schlossen sich Kaufleute zu Gilden<sup>38</sup> zusammen.<sup>39</sup> Diese waren durch ihre Gildestatute organisiert, welche auch besondere Streitschlichtungsmechanismen beinhalteten.<sup>40</sup> In den Gilden bündelte sich der erhebliche Einfluss, welcher den Kaufleuten in den spätmittelalterlichen Städten durch ihren Reichtum zuteil wurde.<sup>41</sup> Deshalb wurden die Gilden oft an der Verwaltung der Stadt beteiligt.<sup>42</sup> Durch den Einfluss der Gilden konnten die Kaufleute ihren Gewohnheitsregeln mehr Geltung verleihen.<sup>43</sup> In der Neuzeit verringerte sich schließlich die Bedeutung der Gilden, bis sie verschwanden. Ihre Ausläufer finden sich heutzutage aber noch in mitteleuropäi-

schen Genossenschaften, Sterbekassen und gesellschaftlichen Vereinigungen.<sup>44</sup>

Der bekannteste Zusammenschluss von Kaufleuten des Mittelalters war die Hanse. Sie regelte den Handel über große Teile des Nord- und Ostseeraums vom 12. Jahrhundert bis in die Neuzeit. Wichtige Hafenstädte, wie Bremen, Danzig, Hamburg, Lübeck, Riga, Stockholm und Visby, sowie Binnenstädte wie Braunschweig oder Köln waren Mitglieder. Als Handelsgemeinschaft konzipiert, wurde das Recht zum Bindeglied zwischen den Hansestädten.<sup>45</sup> Gewohnheitsrechte der Kaufleute wurden in vielen Hansestädten parallel rezipiert. Zusätzlich wurden auf den Hanserezessen, den Versammlungen der Hansestädte, seit 1365 gemeinsame seerechtliche Normen verabschiedet,<sup>46</sup> welche schließlich im Hansischen Seerecht von 1614 mündeten. Diese Normen entsprangen den Gewohnheiten des hanseatischen Handelsstandes, denn Rezessenteilnehmer waren nicht Adelige, sondern einflussreiche hanseatische Kaufleute und Reeder.<sup>47</sup>

## II. Sachrechtliche historische Sonderregeln des Handelsstandes

Obwohl sie europaweit Handel betrieben, bestanden für die Kaufleute seit dem Mittelalter, je nach Sachgebiet, entweder eine hohe Anzahl verschiedener, oder gar keine Regelungen.

<sup>23</sup> Meyer, Bonafides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition, 1994, S. 57.

<sup>24</sup> Siehe für ein Beispiel eines historischen Wechselbriefs *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte<sup>3</sup>, 1999, Rn. 812.

<sup>25</sup> *Kellenbenz*, Albers et al. (Hrsg.), Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft – Dritter Band, 1981, S. 762, 763 f.

<sup>26</sup> *Rehme* in: Ehrenberg (Hrsg.), Handbuch des gesamten Handelsrecht – Erster Band, 1913, S. 28, 178.

<sup>27</sup> *Kellenbenz* (Fn. 25), S. 762, 772 ff. Nur einzelnen autonom agierenden italienischen und oberdeutschen Kaufleuten gelang es, sich in das transatlantische Geschäft einzuschalten.

<sup>28</sup> *Thier* in: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (Fn. 7), S. 1434.

<sup>29</sup> *Thier* (Fn. 28), S. 1435 f.

<sup>30</sup> *Eisenhardt* (Fn. 11), Rn. 79.

<sup>31</sup> *Eichler*, Lex Mercatoria – das englische Marktrecht des Mittelalters, 2008, S. 20.

<sup>32</sup> *Mitchell*, An Essay on the Early History of the Law Merchant, New York 1904 (zitiert nach *Trakman*, Journal of Maritime Law and Commerce (JMLC), 12 (1980), 1, 5 f.).

<sup>33</sup> *Thier* (Fn. 28), S. 1434, 1437.

<sup>34</sup> Siehe für einen historischen Abriss der Entstehung von Märkten *Irsigler* in: *Dölmeyer/Mohnhaupt* (Hrsg.), Das Privileg im europäischen Vergleich – Band 2, 1999, S. 189, 191 ff.

<sup>35</sup> *Braudel*, Sozialgeschichte des 15.-18. Jahrhunderts, 1986, S. 79.

<sup>36</sup> *Kappus*, „Lex mercatoria“ in Europa und Wiener UN-Kaufrechtskonvention 1980, 1990, S. 35.

<sup>37</sup> *Bader/Dilcher* (Fn. 22), S. 533 f.

<sup>38</sup> Siehe für eine andere, übergreifende Verwendung dieses Begriffs für Handwerk, Gewerbe und Handel *Oexle*, Soziale Ordnungen im Selbstverständnis des Mittelalters, 1979, S. 203 ff.

<sup>39</sup> *Bader/Dilcher* (Fn. 22), S. 507.

<sup>40</sup> *Stradal* in: Erler et al. (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte – I. Band, 1971, S. 1687, 1690.

<sup>41</sup> *Eisenhardt* (Fn. 11), Rn. 31.

<sup>42</sup> *Stradal* (Fn. 40), S. 1687, 1691. Siehe zur Mitgliedschaft von Kaufleuten in der württembergischen Kommerziendeputation von 1775 *Walz* in: Das Privileg im europäischen Vergleich – Band 1 (Fn. 34), S. 419, 425.

<sup>43</sup> *Santarelli*, Mercanti e società mercanti<sup>2</sup>, 1992, S. 47.

<sup>44</sup> *Stradal* (Fn. 40), S. 1687, 1690.

<sup>45</sup> *Liebrecht* in: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (Fn. 7), S. 812.

<sup>46</sup> *Landwehr*, Das Seerecht der Hanse, 2003, S. 16 ff.

<sup>47</sup> *Wolf* in: Coing (Hrsg.), Handbuch der europäischen Privatrechtsgeschichte – Erster Band, 1973, S. 517, 543.

Dies war die ideale Ausgangsvoraussetzung dafür, dass der Handelsstand seine eigenen, überregional gültigen Regelungen entwarf und ihnen Geltung verschaffte.<sup>48</sup> So prägten sich seit dem Mittelalter auf Betreiben des Handelsstands hin die Handelsrechtsinstitute der Buchführung, der Marke, der Firma und des Handelsmaklers aus.<sup>49</sup>

Nachdem diese Arbeit die gestalterische Autonomie der Kaufleute in der europäischen Rechtsgeschichte aufgezeigt hat, sollen im Folgenden die Entwicklungen einzelner, durch den Handelsstand bestimmter Sachgebiete dargestellt werden.<sup>50</sup>

### 1. Handelskauf

Die wichtigste Regel im Handelsgeschäftsverkehr war seit dem Spätmittelalter das Verhalten nach Treu und Glauben.<sup>51</sup> Um zu gewährleisten, dass die hohen Gefahren und Ressourcenaufwendungen des überregionalen Handels nicht vergebens waren, musste Vertrauen zwischen den Kaufleuten gewährleistet werden. Begründet auf dem römischen Prinzip der *bonafides*, stellte Vertrauen deshalb eine gesamteuropäische Rechtstradition dar.<sup>52</sup>

Dieses Vertrauen fand einen noch stärkeren Ausdruck im Prinzip der Vertragserfüllung. Während das römische Recht einen durchsetzbaren Anspruch auf Vertragserfüllung nicht in allen Fällen gewährte,<sup>53</sup> waren Vereinbarungen unter Kaufleuten traditionell bindend. Kaufleute bestanden untereinander vielfach auf Vertragserfüllung, auch wenn staatliches Recht ihre Geltendmachung nicht zuließ.<sup>54</sup>

Den kaufmännischen Verkäufer trafen darüber hinaus nach Stadtrecht und Gildensatzungen Gewährleistungspflichten für seine Waren. Im Gegenzug hatte er das Recht zum Selbsthilfeverkauf im Falle des Annahmeverzugs. Schließlich trafen kaufmännische Käufer Rückgabepflichten.<sup>55</sup>

Andere etablierte, vom römischen Recht abweichende Regeln unter Kaufleuten umfassten den Gutglaubensschutz auch bei gestohlenen Gütern, den Eintritt von Rechtsnachfolgern beim Tod eines Geschäftspartners sowie das Recht des Verkäufers, im Transport befindliche Güter des Käufers nach dessen Pflichtverletzung aufzuhalten.<sup>56</sup>

### 2. Wechsel

Der Wechsel wird vielfach als universelles Rechtsinstitut bezeichnet.<sup>57</sup> Aufgekommen ist der Wechsel als Eigenwechsel in der Mitte des 12. Jahrhunderts als gestaltete Notariatsurkunde in Italien.<sup>58</sup> Der Wechsel hatte zum Inhalt, dass der Aussteller dem Versprechensempfänger versprach, ihm oder einem Dritten eine bestimmte Summe auszuführen. Diese Praxis erweiterte sich bis zum Ende des 16. Jahrhunderts durch die Praxis der Kaufleute dahingehend, dass der Aussteller in seinem Wechsel – „*Tratte*“ genannt – eine vierte Person anwies, die Summe auszuführen. Zahlte der Vierte nicht, so konnte beim Aussteller Regress genommen werden.<sup>59</sup> Der Wechsel breitet sich nach ganz Mitteleuropa aus.<sup>60</sup>

Ab dem 17. Jahrhundert entstand die Übertragbarkeit des Wechsels.<sup>61</sup> In der Form der *girata* wurde dem Versprechensempfänger in Italien die Übertragbarkeit an Order erlaubt.<sup>62</sup> Aus Angst vor „Missbrauch bei welchem man den Wechselbrief als solchen zum Zahlungsmittel erhebt“, wurde diese Gestaltungspraxis 1607 im Königreich Neapel durch notarielle Beurkundung des Indossaments und die unbedingte Haftung des Indossierenden stark eingeschränkt.<sup>64</sup>

Parallel dazu entwickelte sich in Frankreich die ähnlich gestaltete Übertragbarkeit von Wechseln durch *endossement*. Auch diese Praxis, insbesondere die Annahme von indossierten Wechseln und die Haftung des Indossierenden, wurden von Städten und vom Königreich zügig reglementiert.<sup>65</sup>

Ohne dass ein Einfluss des einen Wertpapiers auf das andere nachgewiesen ist, glichen *girata* und *endossement* sich in Form, Rechtsfolgen und ökonomischem Zweck der Erleichterung des Zahlungsverkehrs.<sup>66</sup> Ihre gemeinsame Gestaltungsart breitete sich nach Deutschland und England aus, wo dieses Rechtsinstitut ebenfalls reglementiert wurde.<sup>67</sup>

### 3. Seetransport

Das Seerecht gilt als ältestes Sonderrecht eines Verkehrsmittels.<sup>68</sup> Auf das antike Seerecht von Rhodos folgend,<sup>69</sup> bildeten sich seit dem Mittelalter gewohnheitsrechtliche Partikularrechte heraus, welche in Stadtrechten und den Satzungen von Seehandelsgilden festgehalten wurden.<sup>70</sup> Während in England der Court of Admiralty das kaufmännische Seegewohnheitsrecht anwendete,<sup>71</sup> erlangten auf dem europäischen Kontinent drei Gewohnheitsrechtsammlungen besondere Bedeutung: Der *consulato del mare* der Stadt Barcelona von 1340, die *Rôled'Oléron*<sup>72</sup> und das Seerecht von Visby.<sup>73</sup>

<sup>48</sup> *Trakman*, JMLC 12 (1980), 1, 6. Siehe bzgl. Osteuropa *Küpper* (Fn. 13), S. 122.

<sup>49</sup> *Rehme* (Fn. 26), S. 28, 98 f.

<sup>50</sup> Man sollte jedoch beachten, dass der Handelsstand diese Sachgebiete mit einem praktischen, keinem systematischen Anspruch wie die Privatrechtswissenschaft, regelte. Denn privatrechtliches Denken ist im akademischen Unterricht verankert, hat eine autonome Terminologie für einen sozialtheoretischen Ordnungsplan und versteht sich deshalb nicht von sich selbst, sondern muss gelernt und eingeübt werden, siehe *Liebrecht* (Fn. 45), S. 1245, 1246. Ein solches Denken war dem Handelsstand fremd.

<sup>51</sup> *Powell*, Current Legal Problems (Curr. Leg. Prob.)38 (1956), 16, 17.

<sup>52</sup> *Meyer* (Fn. 23), S. 69.

<sup>53</sup> Vgl. *Zimmermann*, The Law of Obligations, 1996, S. 770 ff.

<sup>54</sup> *Trakman*, JMLC 12 (1980), 1, 7.

<sup>55</sup> *Goldschmidt*, Universalgeschichte des Handelsrechts<sup>3</sup>, 1891 (Neudruck von 1971), 316 f. m.w.N.

<sup>56</sup> *Berman/Kaufman*, HILJ 19 (1978), 221, 226.

<sup>57</sup> So *Rehme* (Fn. 26), S. 28, 94 f.

<sup>58</sup> Zum Verhältnis von Wechsel und Seedarlehen siehe *Goldschmidt* (Fn. 55), S. 415.

<sup>59</sup> *Schaps*, Zur Geschichte des Wechselindossaments, 1892, S. 9.

<sup>60</sup> *de Roover/Laubenberger*, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte – V. Band, 1179, 1180.

<sup>61</sup> Diese Übertragbarkeit sei „(...) ein „Zeugnis (...) der lebendigen Kraft des Gewohnheitsrechts, (...) Institute zu schaffen, (...) bis die Gesetzgebung sich veranlasst sieht die Regelung der Materie in die Hand zu nehmen (...)“ *Schaps* (Fn. 59), S. 87.

<sup>62</sup> *Schaps* (Fn. 59), S. 97.

<sup>63</sup> „E perchè col medesimo abuso si sogliono fare molte lettere di cambiopagabili al tale (...)“, Pragmatica III de litteriscambii vom 8. November 1607 Nr. 14, zitiert in: *Schaps* (Fn. 59), S. 88.

<sup>64</sup> *Schaps* (Fn. 59), S. 89.

<sup>65</sup> *Schaps* (Fn. 59), S. 123 ff.

<sup>66</sup> *Schaps* (Fn. 59), S. 86.

<sup>67</sup> *Schaps* (Fn. 59), S.145 f., 178 ff.

<sup>68</sup> *Schaps/Abraham*, Seerecht – Seehandelsrecht Erster Teil<sup>4</sup>, 1978, S. 5.

<sup>69</sup> Siehe dazu *Malynes*, Consuetudo, vel Lex Mercatoria – or the Ancient Law Merchant, 1622 (Nachdruck 1997), S. 120.

<sup>70</sup> *Rabe*, Seehandelsrecht – Fünftes Buch des Handelsgesetzbuches mit Nebenvorschriften und Internationalen Übereinkommen<sup>4</sup>, 2000, Einl. Rn. 25.

<sup>71</sup> *Zimmermann*, ZEuP 1993, 4, 31 f.

<sup>72</sup> Dazu allgemein *Shephard* in: Vito (Hrsg.), From Lex Mercatoria to Commercial Law, 2005, S. 207 ff.

<sup>73</sup> *Trakman*, JMLC 12 (1980), 1, 4.

Im europäischen Mittelmeerraum verdrängte der *consulato del mare* durch seine praktische Geltung seit 1370 viele der uneinheitlichen partikularen Stadtseerechte.<sup>74</sup> Eine ähnliche Geltung erlangte das Seerecht von Oléron im nordeuropäischen Küstenraum. Dieses fasste 24 Seegerichtsurteile zusammen, in denen Kaufleute mitentschieden.<sup>75</sup> Es bildete zugleich die Basis für das 1407 vom Hanse-Tag in Lübeck verabschiedete Seerecht von Visby, welches das geltende Seegewohnheitsrecht im Ostseeraum zusammenfasste.<sup>76</sup> Diesem folgte 1614 das Seerecht der Hanse nach.

Die Regelwerke enthielten für zentrale seerechtliche Institute ähnliche Regelungsergebnisse. Für verschuldete Schiffskollisionen findet sich in den romanischen Gebieten das wichtige Ergebnis der Haftung des Reeders für alle in Ausführung der Dienstverrichtung begangenen Schäden.<sup>77</sup> Dasselbe gilt nach dem Seerecht der Hanse von 1614. Dieses beinhaltete aber auch den Grundsatz, dass bei unverschuldeten Kollisionen beide Reeder den Schaden zu gleichen Teilen zu tragen hatten.<sup>78</sup>

Die große Haverie – der in einer Gefahrenlage auf Anordnung des Kapitäns zur Rettung von Schiff und Ladung diesen zugefügte Schaden<sup>79</sup> – stellt einen weiteren Regelungsschwerpunkt dar. Als universelles Prinzip hat es sich im deutschen Mittelalter durchgesetzt, dass solche Schäden auf alle betroffenen Kaufleute und Reeder aufzuteilen waren.<sup>80</sup> Dieselbe Regelung traf das auf dem Gesetz von Oléron aufbauende erste französische Seegesetz, die *ordonnance de la marine* von 1681 in Titel 7 Art. 2 f. Die exakte Haftungsverteilung konnte jedoch je nach Regelungsgebiet schwanken.<sup>81</sup>

#### 4. Versicherungen

Die moderne Prämienversicherung ist als Seeversicherung für den Warentransport mit Beginn des 14. Jahrhunderts in Italien entstanden.<sup>82</sup> Ihr Ursprung war kaufmännischer Erfindungsgeist.<sup>83</sup> Ihr Gedanke des Risikogeschäfts geht auf das Seedarlehen zurück.<sup>84</sup> Beim Seedarlehen gewährte der Darlehensgeber jemandem ein Darlehen, welches nur im Falle der erfolgreichen Seereise zurückzuzahlen war.

Auf die vertragsgestaltende Praxis der Kaufleute hin mussten sich staatliche Institutionen mit dem Aufkommen der Versicherung befassen: In Venedig wurde für Seeversicherungssachen die erste Zuständigkeit eines, aus Kaufleuten zusammengesetzten, Handelsmagistrats eingeführt.<sup>85</sup> Im 16. Jahrhundert wurden in Spanien von Seekonsulen Versicherungsregeln erlassen.<sup>86</sup> Erst 1588 wurde der erste Versicherungsvertrag in Hamburg mit 29 Versicherern nachgewiesen.<sup>87</sup> Als Versicherungsregeln galten in Hamburg die Bedingungen der Antwerpener Assekuranzbörse,<sup>88</sup> wiederum einer kaufmännischen Institution. Die Beschlüsse der vereinigten Versicherer Hamburgs ergänzten diese.<sup>89</sup> Erst ab dem 17. Jahrhundert gab es aufgrund der hohen finanziellen Risiken bei Versicherungen Regulierungsansätze deutscher und niederländischer Städte.<sup>90</sup> Somit waren in Norditalien, Spanien, den Niederlanden und Deutschland zunächst die von den Kaufleuten selbst geschaffenen Regeln maßgeblich.

#### 5. Ein kohärentes System?

Nach der Darstellung einzelner Rechtsinstitute stellt sich die Frage, ob sie über ganz Europa hinweg wirklich denselben Inhalt aufwiesen. Der vorsitzende Richter der King's Bench Division, Lord Mansfield, bejahte dies 1758 in Bezug auf den Seehandel.<sup>91</sup> Ein genauer Vergleich der verschiedenen Re-

geln seit dem europäischen Spätmittelalter erscheint indes schwierig. So fehlen hinsichtlich der Detailgestaltungen genügend Quellen, um eine abschließende Bewertung der Kohärenz der historischen *lex mercatoria* vorzunehmen. Vielfach wird davon ausgegangen, dass sich die Regeln für den Handelsstand über sprachliche und staatliche Grenzen hinweg glichen.<sup>92</sup> Aus den vorhergehenden Beschreibungen erscheint dies möglich. So finden sich in ganz Europa einheitliche Prinzipien, wie das Handeln nach Treu und Glauben,<sup>93</sup> die Gestaltung von Wechslern<sup>94</sup> und die Risikoverteilung bei Seetransporten.<sup>95</sup> Diese Prinzipien wurden vom Handelsstand geschaffen und vielfach von staatlichen Institutionen übernommen.

Diese Annahme wird durch Folgendes unterstützt: Der Handelsstand wies in Europa überall dasselbe Hauptinteresse auf – gewinnbringende Geschäftsabläufe. Wenn sich Interessen in einem Kulturkreis, als welcher das abendländische Europa an dieser Stelle gelten soll, gleichen, dann erscheint auch eine kohärente Regelungsausgestaltung wahrscheinlich.

### III. Verfahrensrechtliche historische Sonderregeln des Handelsstandes

#### 1. Besondere Gewährleistungen im staatlichen Gerichtsverfahren

Ascanio Baldasseroni schrieb 1814, dass für den Handel zu jeder Zeit Gerichte mit besonderer Handelskenntnis eingerichtet wurden.<sup>96</sup> Das umfassendste historische Beispiel dafür enthält wohl das *Little Red Book* der englischen Stadt Bristol unter der Überschrift *Incipit lex mercatoria, que, quando, ubi-interquos et des quibus sit*. Dieses Traktat enthält Eintragungen zu kaufmännischen stadtrechtlichen Regelungen von 1344 bis 1422.<sup>97</sup> Es soll seinem Sinn nach Markt-

<sup>74</sup> Goldschmidt (Fn. 55), S. 335 ff.

<sup>75</sup> Pohlmann in: Coing (Hrsg.), Handbuch der europäischen Privatrechtsgeschichte – Erster Band, 1973, S. 801, 808.

<sup>76</sup> Pohlmann (Fn. 75), S. 809.

<sup>77</sup> Goldschmidt (Fn. 55), S. 337 f.

<sup>78</sup> Landwehr (Fn. 46), S. 137.

<sup>79</sup> Azuni, Dizionario della giurisprudenza mercantile, 1834, S. 190.

<sup>80</sup> Landwehr, Die Haverei in den mittelalterlichen deutschen Seerechtsquellen, 1985, S. 24.

<sup>81</sup> Cordes in: From Lex Mercatoria to Commercial Law (Fn. 72), S. 53, 65.

<sup>82</sup> Goldschmidt, (Fn. 55), 358 f.

<sup>83</sup> Nehlsen-von Stryk, Die venezianische Seeversicherung im 15. Jahrhundert, 1986, S. 6.

<sup>84</sup> Goldschmidt, (Fn. 55), S. 362.

<sup>85</sup> Nehlsen-von Stryk (Fn. 83), S. 30.

<sup>86</sup> Bewes, The Romance of the Law Merchant, 1923, S. 66 f.

<sup>87</sup> Kiesselbach, Die Entwicklung der Seeversicherung in Hamburg, 1901, S. 15.

<sup>88</sup> Kiesselbach (Fn. 87), S. 15.

<sup>89</sup> Kiesselbach (Fn. 87), S. 124.

<sup>90</sup> Kiesselbach (Fn. 87), S. 131.

<sup>91</sup> Luke etl. al. v. Lyde (1759) 2 Burr. 882, 887 ff.

<sup>92</sup> Als Grund wird teilweise die gemeinsame Grundlage des Handelsrechts, das römische Recht, angeführt, siehe Rehme (Fn. 26.), S. 28, 91. Dabei sollte jedoch beachtet werden, dass sich Institute, wie das Wertpapier oder die Versicherung erst im Mittelalter herausbildeten, es dafür also keine gemeinsame römische Grundlage geben kann.

<sup>93</sup> Siehe oben, C.II.1.

<sup>94</sup> Siehe oben, C.II.2.

<sup>95</sup> Siehe oben, C.II.3 sowie C.II.4.

<sup>96</sup> Baldasseroni, Dizionario rioragionato di giurisprudenza marittima ed di commercio, 1814, S. 340.

<sup>97</sup> Eingehend zum Ganzen mit übersetztem Abdruck des Traktats Eichler (Fn. 31), S. 11 f.



recht sein. An seinem Beispiel sollen besondere Gewährleistungen für Kaufleute im spätmittelalterlichen Gerichtsverfahren dargestellt werden.

Zunächst sollte nach Kapitel XII jedes Urteil von den Kaufleuten des Marktes selbst gefunden werden. Dies war nicht unüblich in Europa. So erlaubten viele italienische Städte ihren Kaufleuten, ihre Richter selbst zu wählen, erstmals Mailand 1154.<sup>98</sup>

Das dann gewählte Verfahren sollte gemäß Kapitel II vor allem schneller als das eines normalen Gerichts sein. Dieser Grundsatz schien sich in ganz England auszubreiten, wurden den Kaufleuten doch schnellere und weitgehend mündliche Verfahren mit leichter Beweisaufnahme garantiert.<sup>99</sup> Auch im Bozner Meßgerichtsprivileg von 1635 war der Beschleunigungsgrundsatz das wichtigste Verfahrensziel.<sup>100</sup>

Ferner galt nach Kapitel II der absolute Grundsatz der Klägebeweislast. Überkommene Traditionen, wie Reinigungseide und Gottesurteile, wurden in den Stadtrechten in ganz Europa durch die Kaufleute abgelegt.<sup>101</sup>

Im Fokus des Bristol-Traktats stand schließlich die Vollstreckung. „Sogleich“ nach ihrer Verkündung sollte die Vollstreckung von Urteilen gemäß Kapitel XIII stattfinden. Der Marktherr sollte die Vollstreckung auch mit Gewalt durchführen und dabei durch zwölf Kaufleute begleitet werden können.

Kaufleuten wurde im Mittelalter damit zweierlei garantiert: Erstens erhielten sie grundsätzlich die Möglichkeit einer eigenen Gerichtsbarkeit mit Richtern aus den eigenen Reihen. Dadurch konnten die Kaufleute ihr Gewohnheitsrecht untereinander relativ selbstständig von adeligen, kirchlichen und kommunalen Institutionen ausüben.<sup>102</sup> Zweitens wurde den Kaufleuten Effektivität in Prozess und Vollstreckung garantiert.

## 2. Schiedsverfahren

Handelsschiedsverfahren heutiger Art haben ihren Ursprung in mittelalterlichen Marktgerichten sowie den Kaufmannsgilden.<sup>103</sup> Sie waren seit dem Mittelalter eine gängige Art der Streitbeilegung in England<sup>104</sup> und Frankreich.<sup>105</sup> Dies rührte daher, dass in vielen Gilden die Streitbeilegung durch Schiedsverfahren nicht nur gewährleistet, sondern sogar vorgeschrieben war. Strafbestrafungen bei Verstößen gegen den Vorrang des Schiedsverfahrens waren üblich und wurden von Gerichten für wirksam erklärt.<sup>106</sup> Wie Beweise für Schiedsverfahren seit dem 13. Jahrhundert in Bayern bestätigen,<sup>107</sup> gab es auch im deutschsprachigen Raum seit dem Spätmittelalter eine Schiedsverfahrenspraxis.<sup>108</sup>

Inwiefern das für die Schiedsgerichtsbarkeit heutzutage fundamentale Konzept der Parteiautonomie<sup>109</sup> schon im Mittelalter verwurzelt war, ist ungeklärt. Jedoch lässt sich von der Existenz der Schiedsgerichtsbarkeit darauf schließen, dass Kaufleute viele wichtige Streitigkeiten eigenständig lösen konnten. So konnten die kaufmännischen Parteien ihre Schiedsrichter aus ihren Reihen selbst wählen.<sup>110</sup> Die eigenständige Rechtsentwicklung des Handelsstandes in Europa wurde also durch die Schiedsgerichtsbarkeit unterstützt.

## D. Das Ende der historischen *lex mercatoria*

Das Ende der *lex mercatoria* des Spätmittelalters und der frühen Neuzeit wurde dadurch eingeleitet, dass sie zunächst von der sich etablierenden Handelsrechtswissenschaft systemati-

siert wurde (I.). Diese Handelsrechtswissenschaft legte den Grundstein für die Kodifizierung des erschlossenen Handelsrechts und damit auch für die Kodifizierung der *lex mercatoria* (II.). Schließlich soll darauf eingegangen werden, ob die Existenz von Sonderregeln des Handelsstandes in der Vergangenheit ein Argument für die Akzeptanz einer gegenwärtigen *lex mercatoria* sein kann (III.).

### I. Erfassung der *lex mercatoria* durch die Handelsrechtswissenschaft

Ausgehend von Benevenuto Straccas Werk „Tractatus de mercatura seu mercatorum“ (1553), entwickelte sich die Handelsrechtswissenschaft zu einer eigenständigen Disziplin.<sup>111</sup> Werke in Frankreich, Italien, Portugal und Spanien folgten seit dem 16. Jahrhundert.<sup>112</sup> In England veröffentlichte Gerard Malynes 1622 die erste englische Gesamtdarstellung des Handelsrechts, „Consuetudo, Vel Lex Mercatoria – or the Ancient Law Merchant“.

Dieser Titel bringt hervorragend zum Ausdruck, was die Handelsrechtswissenschaft als ihre Aufgabe sah: Nicht die Behandlung des Handelsstandes durch staatliche Institutionen sollte dargestellt werden, sondern insbesondere seine Behandlung durch sich selbst. Die Handelsrechtswissenschaft systematisierte damit Gestaltungen, Regelungsmechanismen und Institute, welche der Handelsstand, auch in Zusammenarbeit mit staatlichen Institutionen, selbst geschaffen hatte.<sup>113</sup> Sie erfasste die *lex mercatoria*.

### II. Integrierende Ablösung durch Kodifikationen

Gleichzeitig entwickelte sich seit Beginn der Neuzeit der Nationalstaat. Staaten wie Frankreich oder Spanien entwickelten nun eine starke Zentralmacht. Die Unabhängigkeit von Städten und Kaufmannsgilden ging erheblich zurück.<sup>114</sup> Dadurch entstand ein bisher unbekannter Rahmen für die Rechtsvereinheitlichung.

In England wurden seit dem 16. Jahrhundert durch die starke Zentralgewalt spezielle Handelsgesetze erlassen und die meisten Handelsstreitigkeiten den ordentlichen englischen Gerichten zugeteilt.<sup>115</sup> Dadurch verlor die *lex mercatoria* ihre

<sup>98</sup> Berman, Law and Revolution – The Formation of the Western Legal Tradition, 1983, S. 346.

<sup>99</sup> Zimmermann, ZEuP 1993, 4, 29 f. m.w.N.

<sup>100</sup> Kappus (Fn. 36), S. 38.

<sup>101</sup> Thier (Fn. 28), S. 1434, 1436.

<sup>102</sup> Berman (Fn. 98), S. 348.

<sup>103</sup> Wolaver, University of Pennsylvania Law Review (U. Pa. L. Rev) 83 (1934-1935), 132, 133.

<sup>104</sup> Siehe dazu im besonderen Malynes (Fn 69), S. 447.

<sup>105</sup> Born, International Commercial Arbitration, 2009, S. 28 f.

<sup>106</sup> Vgl. Vynior v. Wilde (1609) 8 Co. Rep. 80.

<sup>107</sup> Kobler, Das Schiedsgerichtswesen nach bayerischen Quellen des Mittelalters, 1967, S. 107 f.

<sup>108</sup> Siehe zur gesamten Geschichte der Schiedsgerichtsbarkeit in Deutschland Krause, Die geschichtliche Entwicklung des Schiedsgerichtswesens in Deutschland, 1930.

<sup>109</sup> Mertens in: Teubner (Hrsg.), Global Law Without a State, 1997, S. 31, 32.

<sup>110</sup> Malynes, (Fn 69), S. 447.

<sup>111</sup> Siehe für eine allgemeine Darstellung der handelsrechtlichen Literatur dieser Zeit Scherner in: Coing (Hrsg.), Handbuch der europäischen Privatrechtsgeschichte – Zweiter Band Erster Teilband, 1977, S. 797, 826 ff.

<sup>112</sup> Rehme (Fn. 26), S. 28, 180 f.

<sup>113</sup> Berman (Fn. 98), S. 348 ff.

<sup>114</sup> Rehme (Fn. 26), S. 28, 179.

<sup>115</sup> Zimmermann, ZEuP 1993, 4, 32.

besondere Stellung und wurde dem *common law* einverleibt.<sup>116</sup> Auch auf dem Kontinent wurde die *lex mercatoria* in das staatliche Recht eingeordnet: In Spanien durch die überregional gültige Handelsordnung von Bilbao von 1560,<sup>117</sup> in Frankreich durch die *ordonnance du commerce* von 1673 und in Deutschland durch umfassende Gesetze von Fürstentümern und Städten seit dem 17. Jahrhundert.<sup>118</sup> Schließlich hat sich mit dem Aufkommen des gelehrten Richtertums auf dem europäischen Kontinent ebenfalls durchgesetzt, dass Handelsgerichte auch mit juristisch ausgebildeten Richtern besetzt sein mussten.<sup>119</sup>

Die Gründe für den umfangreichen Erlass handelsrechtlicher Vorschriften in der Neuzeit sind wohl in Möglichkeit und Notwendigkeit des Eingreifens staatlicher Institutionen zu suchen: *Möglich* wurden den National- und Territorialstaaten die Rechtsvereinheitlichung durch ihre zunehmende Autorität. Durch die darüber hinausgehende Fortentwicklung der Rechtswissenschaft konnte man außerdem das Wissen für solche Vereinheitlichungen bündeln. *Notwendig* schienen Regelungen aus dem Bedürfnis heraus geworden, dass stets steigende Warenumsatzzahlen zu mehr potentiellen Konflikten führten. Schließlich passte auch die Kodifikation handelsrechtlicher Gebiete zur in ganz Europa einsetzenden<sup>120</sup> Kodifikationsbewegung.

Die resultierenden handelsrechtlichen Kodifikationen erfanden die Regelungen für den Handel aber nicht gänzlich neu, sondern integrierten vielmehr das Sonderrecht der Kaufleute.<sup>121</sup> Sie bauten entweder auf der Handelsrechts-wissenschaft oder den Partikularrechten, welche durch den Handelsstand zustande kamen, auf.<sup>122</sup> Ein Beispiel für die Integration der *lex mercatoria* durch letzteres Verfahren ist die französische *ordonnance de la marine* von 1681, welche maßgeblich das Seegesetz von Oléron zum Vorbild hatte.<sup>123</sup>

### III. Schlussfolgerungen für die Diskussion um eine gegenwärtige *lex mercatoria*

Ob es eine *lex mercatoria* in der Gegenwart gibt, ist äußerst umstritten.<sup>124</sup> Sie könnte Schiedsverfahrensregeln, internationale Übereinkommen, Modellgesetze und Handelsbräuche umfassen. Die Existenz der *lex mercatoria* in der Vergangenheit wird als Argument dafür herangezogen, dass man auch heutzutage von ihrer Existenz ausgehen sollte. Vor dem Hintergrund der vorhergehenden Beschreibungen soll die Validität dieses Arguments untersucht werden.

Möchte man argumentieren, dass auch heutzutage die *lex mercatoria* als autonome, kohärente Rechtsordnung akzeptiert werden sollte, weil es in der Vergangenheit ebenso war, so müsste man davon ausgehen, dass die Voraussetzungen ähnlich seien. Doch ist dem nicht so: Während sich die *lex mercatoria* heute bewusst von staatlichem Recht absetzt,<sup>125</sup> ist sie im Spätmittelalter im Wesentlichen entstanden, weil es kaum betreffendes staatliches Recht gab<sup>126</sup> und die Rechtsquellenlehre des Mittelalters pluralistisch war.<sup>127</sup> Die fehlende Anwendbarkeit staatlichen Rechts war damals also *Grund* und ist heute *Ziel* der *lex mercatoria*.

Auch war der Handelsstand in der europäische Rechtsgeschichte keinesfalls gänzlich autonom. Erstens standen auch in der Rechtsgeschichte seine Regeln nicht alleine dar. Ihnen wurde vielfach erst durch Stadtrecht und Gerichtsurteile durchsetzbare Geltung verschafft.<sup>128</sup> Zweitens wurde, sobald

Institute als besonders gefährlich erschienen, zügig zu staatlichen Regelungen gegriffen, so z.B. beim Wechselindossament.<sup>129</sup>

Schließlich muss beachtet werden, dass die Kaufleute ihr eigenes Recht seit dem Mittelalter vor allem deswegen entwickeln konnten, weil sie und ihre Gilden<sup>130</sup> Ständesprivilegien genossen,<sup>131</sup> insbesondere bei staatlichen Gerichtsverfahren.<sup>132</sup> Solche Privilegien sind der modernen, gleichbehandelnden Gesellschaft fremd.<sup>133</sup>

Die Rahmenumstände der historischen und der gegenwärtigen *lex mercatoria* sind also grundverschieden: Auf der historischen Seite eine partikuläre Gesellschaft, sowohl hinsichtlich Ständen als auch hinsichtlich Territorialzersplitterung; auf der gegenwärtigen Seite eine globalisierte Gesellschaft starker Nationalstaaten, gewachsenen internationalen Transaktionsrisiken und der Anschauung, dass Ungleichbehandlungen verschiedener Gruppen vermieden werden sollten.

### E. Zusammenfassung

Seit dem Mittelalter existierte eine historische *lex mercatoria*. Diese zeichnete sich durch vom Handelsstand selbst geschaffene Regeln und verfahrensrechtliche Sondergewährleistungen aus. Sie fand ihr Ende in den Kodifikationen der erstarkten Nationalstaaten. Diese sahen seit der Neuzeit die Möglichkeit und die Notwendigkeit einheitlicher Handelsregelungen. Zusätzlich hat sich die gesellschaftliche Struktur im Laufe der Geschichte stark verändert. Somit unterscheiden sich die Rahmenbedingungen von historischer und gegenwärtiger *lex mercatoria* signifikant. Ein Argumentationsnutzen für eine gegenwärtige *lex mercatoria* erscheint daher begrenzt.

Der konzeptionelle Unterschied zwischen historischer und gegenwärtiger *lex mercatoria* wird besonders deutlich, wenn man die Darstellung der historischen *lex mercatoria* im Ganzen betrachtet: Sie ist nicht nur eine Darstellung des Begriffs der *lex mercatoria*, sondern des Handelsrechts überhaupt. Die historischen Ursprünge des Handelsrechts sind vom Begriff der *lex mercatoria* nicht zu trennen. Die historische *lex mercatoria* mündete in das Handelsrecht. ■

<sup>116</sup> Rehme (Fn. 26), S. 28, 189, f.

<sup>117</sup> Siehe zur Rezeption der *lex mercatoria* im Spanischen Handelsrecht de Benito, *El derecho mercantil español en el siglo XVII*, 1934.

<sup>118</sup> Rehme (Fn. 26), S. 28, 181 ff., 198.

<sup>119</sup> Rosenberg in: Ehrenberg (Hrsg.), *Handbuch des gesamten Handelsrecht – Erster Band*, 1913, S. 449, 451.

<sup>120</sup> Schlesinger, *Comparative Law*<sup>6</sup>, 1998, S. 260 f.

<sup>121</sup> Schmitthoff, *RabelsZ* 1964, 47, 49.

<sup>122</sup> Schmitthoff, *Commercial Law in a Changing Economic Climate*<sup>2</sup>, 1981, S. 4 ff.

<sup>123</sup> Schaps/Abraham (Fn. 68), S. 6.

<sup>124</sup> K. Schmidt in: MüKoHGB, Vorbem zu § 1, Rn. 36 m.w.N.

<sup>125</sup> Schmitthoff, *RabelsZ* 1946, 47, 59.

<sup>126</sup> Berman (Fn. 98), S. 340; Santarelli (Fn. 43), S. 47.

<sup>127</sup> Hellwege (Fn. 7), S. 1020, 1021.

<sup>128</sup> So auch Donahue in: Vito (Hrsg.), *From Lex Mercatoria to Commercial Law*, 2005, S. 69, 114.

<sup>129</sup> Dazu C.II.2.

<sup>130</sup> Dazu C.I.3.

<sup>131</sup> Hellwege (Fn. 7), S. 1020, 1021.

<sup>132</sup> Dazu C.III.1.

<sup>133</sup> von Hein in: Rauscher, Art. 3 Rom I-VO Rn. 50.

Anika Sonnenberg, Hamburg \*

## Europarechtswidrigkeit der tariflichen Altersgrenzen von Piloten

### Besprechung der Entscheidung des EuGH vom 13. September 2011 – Rechtssache Prigge<sup>1</sup>

#### A. Einleitung

„Zwangsruhestand von Piloten gekippt“<sup>2</sup> konstatierte die Tagesschau plakativ, als der EuGH die tariflichen Altersgrenzen der *Deutschen Lufthansa AG* am 13. September 2011 für unionsrechtswidrig erklärte. Damit zwingt er die deutsche Arbeitsgerichtsbarkeit, welche die tariflichen Altersgrenzen der Piloten über Jahrzehnte hinweg für zulässig erachtet hatte,<sup>3</sup> zu einer Kehrtwende.

Diese Entscheidung soll im Zentrum des folgenden Beitrags stehen. Ausgehend von einer Analyse der Urteilsbegründung des EuGH werden dabei auch die Einordnung in die bisherige Entwicklung seiner Rechtsprechung sowie die Folgen der Entscheidung in den Blick genommen.

Zum besseren Verständnis der Urteilsgründe lohnt es sich in Bezug auf Altersgrenzen zunächst, die bisherige Rechtslage in den Blick zu nehmen: In Deutschland existiert keine allgemeine gesetzliche Altersgrenze für das Ausscheiden aus dem Arbeitsleben. Sozialrechtliche Altersrentenansprüche schaffen lediglich die tatsächlichen Voraussetzungen dafür.<sup>4</sup> Gleichwohl sind Altersgrenzen in der Praxis häufig anzutreffen, sei es in Individualarbeitsverträgen, Betriebsvereinbarungen oder wie hier in Tarifverträgen. Eine Altersgrenze beendet das Arbeitsverhältnis automatisch, sobald der Arbeitnehmer ein bestimmtes Lebensalter erreicht.<sup>5</sup>

#### B. Sachverhalt

Der EuGH hatte aufgrund einer Vorlage des BAG<sup>6</sup> über die Wirksamkeit der Altersgrenzen der *Deutschen Lufthansa AG* in § 19 des Manteltarifvertrages Nr. 5a (MTV Nr. 5a) zu entscheiden. Bei den drei Klägern handelte es sich um Flugzeugkapitäne, die in einem Musterverfahren u.a. feststellen lassen wollten, dass ihre Arbeitsverhältnisse nicht mit Vollendung ihres 60. Lebensjahres 2006 bzw. 2007 geendet hatten. Der für sie geltende § 19 MTV Nr. 5a für das Cockpitpersonal sah eine automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Vollendung des 55., spätestens jedoch mit Vollendung des 60. Lebensjahres vor.

Das Arbeitsgericht Frankfurt a. M. wies die Klage ab<sup>7</sup> und auch das Landesarbeitsgericht Hessen<sup>8</sup> wies die Berufung zurück. Die Kläger legten hiergegen Revision beim BAG ein.

Bislang hatte das BAG die Wirksamkeit tariflicher Altersgrenzen stets am Maßstab des TzBfG sowie des AGG überprüft. Sowohl die Normen des AGG als auch die des TzBfG dienen jedoch der Umsetzung europäischer Richtlinien, so dass in beiden Fällen eine unionsrechtskonforme Auslegung geboten ist.<sup>9</sup> Insbesondere sind auch Tarifverträge nicht vom Geltungsbereich des Unionsrechts ausgenommen.<sup>10</sup> Zwar ist es Aufgabe der nationalen Gerichte, die Verhältnismäßigkeit von Mittel und Ziel konkret zu prüfen;<sup>11</sup> den Maßstab für ihre Prüfung definiert jedoch der EuGH.<sup>12</sup> Dabei ist unbeachtlich, dass die vergleichsweise großzügigen Regelungen des § 14 I TzBfG bereits einen *sachlichen Grund* zur Wirksamkeit der Altersgrenze ausreichen lassen. Die betreffende Tarifnorm muss gleichwohl auch den strengen Anforderungen des Unionsrechts entsprechen.<sup>13</sup>

Das BAG setzte das Revisionsverfahren in seiner Entscheidung vom 17. Juni 2009 aus und legte dem EuGH die Frage vor, ob die tarifvertragliche Altersgrenze der Piloten mit Vollendung des 60. Lebensjahres mit Art. 2 V, Art. 4 I und Art. 6 I der dem AGG zugrunde liegenden Richtlinie 2000/78/EG<sup>14</sup> vereinbar ist.

#### C. Entscheidung des EuGH

Der EuGH verneinte die Vereinbarkeit und erklärte die tariflichen Altersgrenzen der *Deutschen Lufthansa AG* für unionsrechtswidrig.

##### I. Art. 21 I Grundrechte-Charta

Auf den ersten Blick überrascht, dass der EuGH sich für die Beurteilung der Altersgrenzen direkt auf die vom BAG erbetene Auslegung der sekundärrechtlichen Richtlinie 2000/78/EG fokussiert, anstatt zunächst auf die Vereinbarkeit der Tarifnormen mit dem europäischen Primärrecht einzugehen. So hätte er die Altersgrenze direkt an Art. 21 I der Grundrechte-Charta überprüfen können. Früher oft als *soft law* tituliert, bildet dieser seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. Dezember 2009 nunmehr verbindliches Primärrecht und steht nach Art. 6 I EU-Vertrag gleichrangig neben den Verträgen.<sup>15</sup>

Doch hat diese Fokussierung des EuGH einen einfachen Grund: Primär- und Sekundärrecht verlaufen in puncto Altersdiskriminierung weitgehend parallel. Dabei stellt sich die Rechtslage wie folgt dar: In Art. 21 I GrCh kommt das primärrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung als allgemei-

\* Die Autorin ist Studentin an der Bucerius Law School, Hamburg.

<sup>1</sup> Europäischer Gerichtshof (EuGH), Rs. C-447/09 – *Prigge*, Urt. v. 13.9.2011.

<sup>2</sup> <http://www.tagesschau.de/wirtschaft/piloten106.html>, zuletzt abgerufen am 20.3.2012.

<sup>3</sup> Vgl. etwa BAGE 88, 118; BAG, NZA 2004, 1352; *Boecken*, Wie sollte der Übergang vom Erwerbsleben in den Ruhestand rechtlich gestaltet werden? Gutachten B für den 62. Deutschen Juristentag, 1998, S. B 32 ff.; *Zwanziger*, in: Kittner/Zwanziger/Deinert (Hrsg.), Arbeitsrecht, Handbuch für die Praxis<sup>6</sup>, 2011, § 130 Rn. 15; *Müller-Glöge*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht<sup>12</sup>, 2012, § 14 TzBfGRn. 57.

<sup>4</sup> Vgl. *Mohr*, EuZA 2010, 371, 378.

<sup>5</sup> *Koch*, in: Schaub u.a., Arbeitsrechts-Handbuch<sup>14</sup>, 2011, § 40 Rn. 45.

<sup>6</sup> BAGE 131, 113-114.

<sup>7</sup> ArbG Frankfurt a.M., BB 2007, 1736.

<sup>8</sup> LAG Hessen, Urt. v. 15.10.2007, 17 Sa 809/07 (juris).

<sup>9</sup> EuGH, Rs. C-555/07 – *Kücükdeveci*, Slg. 2010, I-365416, Rn. 46 ff.; *Schlachter*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht<sup>12</sup>, 2012, Vorb. AGG Rn. 4; *Hromadka*, NJW 1994, 911.

<sup>10</sup> Schlussanträge des Generalanwalts *Villalón*, Rs. C-447/09 – *Prigge*, v. 19.5.2011, Rn. 45/46.

<sup>11</sup> EuGH, Rs. C-388/07 – *Age Concern England*, Slg. 2009, I-1569, Rn. 47/48.

<sup>12</sup> BAG, NZA 2009, 1355, 1363/1364.

<sup>13</sup> EuGH, Rs. C-447/09 – *Prigge*, Urt. v. 13.9.2011, Rn. 46.

<sup>14</sup> Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. EU Nr. L 303, S. 16; Artikel ohne Angabe sind im Folgenden solche der Richtlinie 2000/78/EG.

<sup>15</sup> EuGH, Rs. C-447/09 – *Prigge*, Urt. v. 13.9.2011, Rn. 38; EuGH, Rs. C-555/07 – *Kücükdeveci*, Slg. 2010, I-365416, Rn. 22; vgl. *Willemsen*, NZA 2011, 258.

ner Grundsatz des Unionsrechts zum Ausdruck.<sup>16</sup> Diesen Grundsatz hatte der EuGH im Urteil *Mangold*<sup>17</sup> herausgearbeitet.<sup>18</sup> Als Spezialfall des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes ist er über Art. 6 I EU-Vertrag und Art. 21 I GrCh als Teil des besonderen Diskriminierungsschutzes ausgestaltet.<sup>19</sup>

Es war jedoch länger unklar, ob dieser primärrechtliche Prüfungsansatz im Urteil *Palacios* wieder zurückgenommen wurde.<sup>20</sup> Der EuGH hatte seine Kontrolldichte darin deutlich eingeschränkt und anstelle der in *Mangold* angeordneten Verhältnismäßigkeitsprüfung eine einzelfallbezogene Plausibilitätskontrolle bzw. Willkürprüfung durchgeführt.<sup>21</sup> Anfang 2010 hat der EuGH dieser Diskussion ein Ende gesetzt und die Existenz des primärrechtlichen Diskriminierungsverbots in der Entscheidung *Kücükdeveci* bestätigt.<sup>22</sup>

Dieses Primärrechtsverbot der Altersdiskriminierung wird durch die Richtlinie 2000/78/EG für den Bereich Beschäftigung und Beruf sekundärrechtlich konkretisiert.<sup>23</sup> Dabei geht es in seinen konkreten Anforderungen nicht über die der Richtlinie hinaus, mit der Folge, dass jeder Verstoß gegen das Primärrechtsverbot zugleich ein Richtlinienverstoß ist.

Zugleich fungiert das Primärrechtsverbot als notwendiges Bindeglied, um dem EuGH eine Prüfung der Altersgrenze an den (subsumtionsfähigen) Vorschriften der Richtlinie zu ermöglichen.<sup>24</sup> Liegt nach der Richtlinie 2000/78/EG eine unzulässige Altersdiskriminierung vor, indiziert dies einen Verstoß gegen Art. 21 I GrCh, auch wenn nicht jeder Richtlinienverstoß generell primärrechtswidrig ist.<sup>25</sup>

## II. Sekundärrechtsakt Richtlinie 2000/78/EG

Wie angedeutet steht damit die Auslegung der Richtlinie 2000/78/EG im Zentrum der Entscheidung des EuGH.

### 1. Anwendbarkeit der Richtlinie 2000/78/EG

Unter Berufung auf Art. 16 I lit. b) stellt der EuGH einleitend fest, dass auch Tarifverträge die Vorgaben der Richtlinie beachten müssen.<sup>26</sup>

Grundsätzlich entfalten Richtlinien zwar keine unmittelbare Drittwirkung unter Privaten oder Tarifvertragsparteien.<sup>27</sup> Im Wege der richtlinienkonformen Auslegung wirken sie aber dennoch auf horizontale Verhältnisse ein.<sup>28</sup>

### 2. Vorliegen einer Diskriminierung nach der Richtlinie 2000/78/EG

Im Einklang mit der deutschen Rechtsprechung konstatiert der EuGH weiter, dass in der tariflichen Altersgrenze eine unmittelbare berufsbezogene Diskriminierung liegt, Art. 1, 2 I, II lit. a), 3 I lit. c) (entsprechen §§ 1, 3 I 1, 2 I Nr. 2, 7 II AGG).<sup>29</sup> Diese kann durch Art. 2 V, Art. 4 I oder Art. 6 I gerechtfertigt sein, deren Voraussetzungen er im Folgenden detailliert prüft.<sup>30</sup>

### 3. Rechtfertigung nach Art. 2 V Richtlinie 2000/78/EG

Zunächst ist anzumerken, dass es sich bei Art. 2 V systematisch – entgegen der von Wortlaut und Systematik nahegelegten Vermutung – nicht um eine Bereichsausnahme, sondern um einen Rechtfertigungsgrund handelt.<sup>31</sup> Er rechtfertigt Diskriminierungen zum Schutz der öffentlichen Sicherheit, Gesundheit und Rechte und Freiheiten anderer. Der EuGH führt hierbei vertiefend aus, dass der Unionsgesetzgeber mit dem Erlass von Art. 2 V dem Entstehen eines Spannungsfeldes zwischen dem Gleichbehandlungsgrundsatz auf der einen und

den für eine demokratische Gesellschaft notwendigen Prinzipien auf der anderen Seite vorbeugen bzw. vermittelnd habe eingreifen wollen.

Um zu eruieren, ob die tarifliche Altersgrenze nach Art. 2 V gerechtfertigt ist, prüft der EuGH nun, ob die Flugsicherheit zu den aufgeführten Zielen gehört und ob die fragliche Tarifnorm Art. 19 I MTV Nr. 5a eine *im einzelstaatlichen Recht vorgesehene Maßnahme* ist.

#### a) Flugsicherheit als Ziel i.S.d. Art. 2 V

Flugsicherheitserwägungen lassen sich, wie er ohne weiteres feststellt, unter den Schutz der öffentlichen Sicherheit subsumieren.<sup>32</sup> Maßnahmen, die auf die Vermeidung von Flugzeugunglücken gerichtet sind, verfolgen somit eines der in Art. 2 V genannten Ziele.

#### b) Tarifregelung als „im einzelstaatlichen Recht vorgesehene Maßnahme“

Problematischer ist hingegen, ob die Altersgrenze sich als eine *im einzelstaatlichen Recht vorgesehene Maßnahme* klassifizieren lässt.

Der Generalanwalt *Villalón* lehnt dies in seinen Schlussanträgen vom 19. Mai 2011<sup>33</sup> unter Verweis darauf ab, dass wichtige Entscheidungen der Ordnung, Sicherheit und Gesundheit eine *allein* dem Staat zugewiesene und der Parteidisposition entzogene Befugnis seien.

<sup>16</sup> EuGH, Rs. C-447/09 – *Prigge*, Urt. v. 13.9.2011, Rn. 38.

<sup>17</sup> EuGH, Rs. C-144/04 – *Mangold*, Urt. v. 22.11.2005.

<sup>18</sup> *Meinel/Heyn/Herms*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Arbeitsrechtlicher Kommentar<sup>2</sup>, 2010, § 10 Rn. 3; *Preis/Temming*, NZA 2010, 185, 198; *Annuß*, BB 2006, 325 ff.; *Preis*, NZA 2006, 401, 405; *Franzen*, EuZA 2008, 1, 9; *krit. Rieble/Zedler*, ZfA 2006, 273, 282; *Temming*, NZA 2007, 1193, 1194.

<sup>19</sup> *Schlachter*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht<sup>12</sup>, 2012, Vorb. AGG Rn. 4, § 1 AGG Rn. 14; *krit. Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston*, Rs. C-227/04 – *Lindorfer*, Slg. 2007, I-06767, Rn. 55 ff.; *Preis*, NZA 2006, 401, 406.

<sup>20</sup> BAGE 128, 148-150.

<sup>21</sup> EuGH, Rs. C-411/05 – *Palacios*, Slg. 2007, I-8531; bemerkenswert ist, dass 8 der 13 Richter an beiden Urteilen beteiligt waren, zumal Urteile, in denen der EuGH vorangegangene Positionen korrigiert, selten sind, vgl. EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91 – *Keck*, Slg. 1993, I-6097, Rn. 75; *Temming*, NZA 2007, 1193, 1193.

<sup>22</sup> EuGH, Rs. C-555/07 – *Kücükdeveci*, Slg. 2010, I-365416, Rn. 21; EuGH, Rs. C-447/09 – *Prigge*, Urt. v. 13.9.2011, Rn. 38.

<sup>23</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-144/04 – *Mangold*, Slg. 2005, I-9981; *Schlachter*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht<sup>12</sup>, 2012, Vorb. AGG Rn. 4; *Franzen*, EuZA 2010, 306, 314; *Rieble/Zedler*, ZfA 2006, 273, 280.

<sup>24</sup> *Willemsen*, NZA 2011, 258, 261.

<sup>25</sup> So auch *Krois*, EuZA 351, 354/355.

<sup>26</sup> EuGH, Rs. C-447/09 – *Prigge*, Urt. v. 13.9.2011, Rn. 49.

<sup>27</sup> EuGH, Rs. C-152/84 – *Marshall I*, Slg. 1986, I-723; BAGE 128, 134; ArbG Frankfurt a. M., BB 2007, 1736, 1737; *Schlachter*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht<sup>12</sup>, 2012, § 1 AGG Rn. 14; für Tarifvertragsparteien streitig, vgl. *Rieble/Zedler*, ZfA 2006, 273, 276.

<sup>28</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-212/04 – *Adeneler*, Slg. 2006, I-06057; *Hanau*, NZA 2010, 1, 4/5.

<sup>29</sup> EuGH, Rs. C-447/09 – *Prigge*, Urt. v. 13.9.2011, Rn. 45; *Rieble/Zedler*, ZfA 2006, 273, 297.

<sup>30</sup> *Groß*, Die Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung auf der Grundlage der Richtlinie 2000/78/EG, 2010, S. 114/115.

<sup>31</sup> Eingehend *Mohr*, EuZA 2010, 371, 374; *a.A. Lingscheid*, Antidiskriminierung im Arbeitsrecht – Neue Entwicklungen im Gemeinschaftsrecht auf Grund der Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG und ihre Einfügung in das deutsche Gleichbehandlungsrecht, 2004, S. 244.

<sup>32</sup> EuGH, Rs. C-447/09 – *Prigge*, Urt. v. 13.9.2011, Rn. 58.

<sup>33</sup> Schlussanträge des Generalanwalts *Villalón*, Rs. C-447/09 – *Prigge*, v. 19.5.2011, Rn. 53.

Zweifellos obliegt dem Staat diese Aufgabe. Gleichwohl leuchtet nicht ein, warum nicht *zusätzlich* auch Private Maßnahmen im Interesse der öffentlichen Sicherheit treffen können sollten, deren Standards im Einzelfall sogar über das vom öffentlichen Recht Geforderte hinausgehen.<sup>34</sup> Schließlich verlangt auch das Kriterium der Geeignetheit nur, dass die Maßnahme zur Erreichung des Ziels förderlich, nicht hingegen, dass sie dafür konstitutiv ist.

Demnach dürfte auch eine Tarifnorm die Ziele des Art. 2 V verfolgen. Allerdings deutet der Wortlaut („*im einzelstaatlichen Recht vorgesehene Maßnahme*“) darauf hin, dass die Maßnahme hier ausnahmsweise tatsächlich durch eine staatliche Obrigkeit getroffen werden muss. Anders als Art. 4 I und Art. 6 I regelt Art. 2 V nämlich gerade auch das rechtliche Instrumentarium. Dem kann eine von Sozialpartnern ausgehandelte Tarifnorm nicht genügen.<sup>35</sup>

Im Ergebnis ebenfalls eine Rechtfertigung über Art. 2 V verneinend, in der Begründung jedoch abweichend, entschied der EuGH, dass Tarifpartner zwar keine öffentlich-rechtlich verfassten Einrichtungen seien. Gleichwohl sei es den Mitgliedsstaaten unbenommen, den Tarifpartnern mittels hinreichend bestimmter Ermächtigungsvorschriften zu gestatten, Maßnahmen i.S.d. Art. 2 V zu treffen. Aus diesem Grund sei die Tarifnorm eine *im einzelstaatlichen Recht vorgesehene Maßnahme* i.S.d. Art. 2 V.<sup>36</sup>

### c) Verknüpfung zwischen Maßnahme und Ziel

Nichtsdestotrotz gelangt der EuGH im Folgenden – unter Bezugnahme auf die sogleich darzustellenden internationalen Regelwerke – zu dem Ergebnis, dass die Maßnahme nicht *notwendig* zum Erreichen des Ziels ist, mithin keine hinreichende Verknüpfung zwischen Maßnahme und Ziel vorliegt.<sup>37</sup> Eine Rechtfertigung nach Art. 2 V scheidet somit jedenfalls aus.

### d) Rechtfertigung nach Art. 4 I Richtlinie 2000/78/EG

Im Anschluss prüft der EuGH eine Rechtfertigung nach Art. 4 I (entspricht § 8 AGG). Danach stellt die Ungleichbehandlung wegen eines Merkmals, das im Zusammenhang mit einem der in Art. 1 genannten Diskriminierungsgründe steht, dann keine Diskriminierung dar, wenn das Merkmal eine *wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung* ist, sofern es einen *rechtmäßigen Zweck* verfolgt und eine *angemessene Anforderung* darstellt.<sup>38</sup>

#### aa) Rechtmäßiger Zweck

Rechtmäßiger Zweck der Altersgrenze ist die Gewährleistung der Flugsicherheit.<sup>39</sup>

#### bb) Ungleichbehandlung wegen eines Merkmals im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsgrund

Die Ungleichbehandlung müsste „wegen eines Merkmals, das im Zusammenhang mit einem der in Art. 1 genannten Diskriminierungsgründe steht“, erfolgt sein. Dieser Formulierung entnimmt der EuGH, dass es einer Differenzierung zwischen Diskriminierungsgrund und Merkmal bedarf: Das Merkmal, nicht der Grund, muss eine *wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung* darstellen.<sup>40</sup> Hier erfolge die Ungleichbehandlung wegen des Merkmals *Vorhandensein besonderer körperlicher Fähigkeiten*, welches im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsgrund *Alter* stehe.

*cc) „Wesentliche und entscheidende“ berufliche Anforderung*

Dem EuGH zufolge nehmen körperliche Fähigkeiten mit zunehmendem Alter ab. Körperliche Schwächen könnten speziell bei Piloten beträchtliche Konsequenzen mit sich bringen. Daraus schlussfolgert er zutreffend, dass das Merkmal *Vorhandensein besonderer körperlicher Fähigkeiten* eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung i.S.d. Art. 4 I ist.<sup>41</sup>

#### dd) Angemessene Anforderung

Des Weiteren untersucht der EuGH, ob die Tarifvertragsparteien durch ihren Beschluss, dass Verkehrspiloten ab Vollendung des 60. Lebensjahres körperlich nicht mehr zur Ausübung ihres Berufs fähig sind, angemessene Anforderungen aufstellen.

#### (1) Bestimmung des Prüfungsmaßstabs

Dabei widmet er sich zunächst dem Prüfungsmaßstab zur Beurteilung der Angemessenheit. Systematisch weist er dafür auf den 23. Erwägungsgrund der Richtlinie hin, dem zufolge die Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung nur unter „sehr begrenzten Bedingungen“ in Betracht kommen soll. Dies deute auf einen strengen Maßstab hin.<sup>42</sup>

Dem ist zuzustimmen. Gleichwohl lässt sich anmerken, dass die deutsche Rechtsprechung Altersgrenzen nach § 8 I AGG im Vergleich großzügiger und sogar ohne empirischen Beleg als gerechtfertigt angesehen hat.<sup>43</sup> Diese Großzügigkeit geht jedoch fehl: Aufgrund des Regel-Ausnahme-Verhältnisses von Diskriminierung und Rechtfertigung sowie mit Blick auf den Rechtsgedanken des § 22 AGG ist vielmehr eine gerontologische Untermauerung zu fordern.<sup>44</sup> Darüber hinaus wird das Diskriminierungsverbot völkerrechtlich durch Art. 14 EMRK gestützt, was ihm umso größeres Gewicht verleiht. Zwar mögen die physische und psychische Leistungsfähigkeit im jüngeren Alter allgemein besser, die Reflexe schneller sein. Diese relative Erkenntnis kann jedoch angesichts des strengen Maßstabs nicht ausreichen. Starre Altersgrenzen können nur gerechtfertigt sein, wenn ein über sie hinausgehendes Fortbestehen des Leistungsvermögens empi-

<sup>34</sup> Vgl. dazu im Kontext des AGG: LAG Hessen, Urt. v. 15.10.2007, 17 Sa 809/07 (juris); *Lingscheid*, Antidiskriminierung im Arbeitsrecht – Neue Entwicklungen im Gemeinschaftsrecht auf Grund der Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG und ihre Einfügung in das deutsche Gleichbehandlungsrecht, 2004, S. 243.

<sup>35</sup> So auch Schlussanträge des Generalanwalts *Villalón*, Rs. C-447/09 – *Prigge*, v. 19.5.2011, Rn. 51.

<sup>36</sup> EuGH, Rs. C-447/09 – *Prigge*, Urt. v. 13.9.2011, Rn. 59-61.

<sup>37</sup> EuGH, Rs. C-447/09 – *Prigge*, Urt. v. 13.9.2011, Rn. 63/64.

<sup>38</sup> EuGH, Rs. C-447/09 – *Prigge*, Urt. v. 13.9.2011, Rn. 65.

<sup>39</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-447/09 – *Prigge*, Urt. v. 13.9.2011, Rn. 68/69.; BAG, NZA 2009, 1355, 1365.

<sup>40</sup> EuGH, Rs. C-447/09 – *Prigge*, Urt. v. 13.9.2011, Rn. 66; EuGH, Rs. C-229/08 – *Wolf*, Slg. 2010, I-00001, Rn. 35/36.; Schlussanträge des Generalanwalts *Villalón*, Rs. C-447/09 – *Prigge*, v. 19.5.2011, Rn. 58/59.; *Mohr*, EuZA 2010, 371, 376.

<sup>41</sup> EuGH, Rs. C-447/09 – *Prigge*, Urt. v. 13.9.2011, Rn. 67.

<sup>42</sup> EuGH, Rs. C-447/09 – *Prigge*, Urt. v. 13.9.2011, Rn. 71; vgl. Merkmal der *unabdingbaren Voraussetzung* in Art. 2 III der Richtlinie 76/207/EWG; *Thüsing*, RdA 2001, 319, 323 ff.; zur Vergleichbarkeit beider Maßstäbe *Wiedemann/Thüsing*, NZA 2002, 1234, 1237.

<sup>43</sup> Vgl. etwa BAGE 131, 113.

<sup>44</sup> Ebenso *Meinel/Heyn/Herms*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Arbeitsrechtlicher Kommentar<sup>2</sup>, 2010, § 10 Rn. 80a; *Brors*, in: *Däubler/Bertzbach* (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Handkommentar<sup>2</sup>, 2008, § 10 Rn. 89.

risch nahezu ausgeschlossen werden kann.<sup>45</sup> Ohne einen zumindest abstrakten Beleg für ein Sicherheitsrisiko wäre die Altersgrenze mit Vollendung des 60. Lebensjahres willkürlich gesetzt.<sup>46</sup>

## (2) Angemessenheit

Der EuGH verneint die Verhältnismäßigkeit der Anforderungen und damit eine Rechtfertigung nach Art. 4 I in der für seine Judikate charakteristischen Kürze. Er stützt sich dabei primär auf vergleichbare nationale und internationale Regelungen:<sup>47</sup> Die internationale Empfehlung JAR-FCL 1.060a,<sup>48</sup> welche durch § 20 II LuftVZO und § 4 1. DV LuftPersV in deutsches Recht umgesetzt wurde, erlaubt Piloten unter bestimmten Auflagen eine Beschäftigung bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres.<sup>49</sup> Wenn dieser internationale Mindeststandard Piloten also bis 65 arbeiten lässt, kann ein früheres Ausscheiden aus dem Berufsleben dem EuGH zufolge nicht zwingend erforderlich sein.<sup>50</sup> Überdies lägen ihm keine Akten oder Erklärungen vor, aus denen sich ein gerontologischer Nachweis dafür ergibt, dass Piloten schon ab Vollendung des 60. Lebensjahres nicht mehr zur Führung eines Flugzeugs fähig sind.<sup>51</sup>

Dem ist beizupflichten. Aktuelle Studien<sup>52</sup> belegen zudem, dass ältere Piloten durch ihre Erfahrung in Notfällen oftmals souveräner reagieren. Dies deutet darauf hin, dass eine individuelle Leistungsüberprüfung, wie sie etwa nach §§ 24b, 24a II LuftVZO vorgesehen ist, den Sicherheitsanforderungen ebenso genügt. Verlieren Piloten ihre öffentlich-rechtlichen Lizenzen aufgrund der Leistungsüberprüfungen, so kann ihnen ohnehin personenbedingt gekündigt werden.<sup>53</sup>

## 4. Rechtfertigung nach Art. 6 I Richtlinie 2000/78/EG

Zuletzt prüft der EuGH eine Rechtfertigung der Altersgrenzen nach Art. 6 I (entspricht § 10 AGG). Dafür muss eine Ungleichbehandlung, welche sich als Entlassungsbedingung unter Art. 6 I 2 lit. a) fassen lässt, ein *legitimes Ziel* verfolgen und dabei *angemessen und erforderlich*, kurzum verhältnismäßig, sein. Die Tatsache, dass die Voraussetzungen des Art. 4 I nicht vorliegen, ist hierbei insoweit unbeachtlich, als der Maßstab des Art. 6 I großzügiger ist.<sup>54</sup>

Wie der EuGH hervorhebt, ist nicht jedes Ziel legitim i.S.v. Art. 6 I.<sup>55</sup> Daher stellt sich die Frage, ob sich die von den Tarifvertragsparteien angeführte Flugsicherheit – oder auch die vom Generalanwalt *Villalón* unterbreitete Tarifautonomie – unter diesen unbestimmten Rechtsbegriff fassen lässt.<sup>56</sup>

### a) Flugsicherheit

In der deutschen Jurisprudenz war lange umstritten, ob ein legitimes Ziel i.S.d. Art. 6 I sozialpolitischer Natur sein muss. Der EuGH hatte dies in jüngerer Zeit bejaht<sup>57</sup> und beruft sich nunmehr auf seine vorangegangenen Entscheidungen.<sup>58</sup> Die Gewährleistung der Flugsicherheit ist, wie er folgerichtig konstatiert, nicht sozialpolitischer Natur und qualifiziert sich damit nicht als legitimes Ziel.<sup>59</sup>

Seine Position verdient Zustimmung: Dem Wortlaut des Art. 6 I zufolge scheint grundsätzlich zwar jedes rechtmäßige Ziel in Betracht zu kommen. Auch ist die beispielhafte Aufzählung von Zielen „aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung“ wie das „insbesondere“ verdeutlicht, keinesfalls abschließend.<sup>60</sup> Dennoch ist auffällig, dass alle genannten Beispiele einen sozialpoliti-

schen Bezug gemein haben, welcher die Gruppe der legitimen Ziele qualitativ eingrenzt.<sup>61</sup> Auch die Tatsache, dass die Richtlinie neben Art. 6 I noch weitere Rechtfertigungstatbestände zur Verfügung stellt, deutet systematisch darauf hin, dass es zur Rechtfertigung nicht allein auf die Interessenabwägung ankommen kann. Art. 4 I liefe sonst weitgehend leer.

Auf weitere, etwa die Generationengerechtigkeit betreffende, arbeitsmarktpolitische Erwägungen haben die Tarifvertragsparteien sich vorliegend nicht berufen. Gleichwohl ist anzunehmen, dass solche arbeitsmarktpolitischen Erwägungen, wie sie der EuGH in seinen bisherigen Entscheidungen<sup>62</sup> größtenteils zugelassen hat, im Fall von Flugkapitänen eher eine untergeordnete Rolle spielen. Tatsächlich ist der Pilotenberuf aufgrund der hohen Anforderungen derart spezialisiert, dass auf dem Markt gegenwärtig Ressourcenknappheit herrscht.<sup>63</sup>

### b) Tarifautonomie

Bislang haben sich die deutschen Gerichte zur Rechtfertigung tariflicher Altersgrenzen allein auf Flugsicherheitsabwägungen gestützt. In seinen Schlussanträgen sprach sich Generalanwalt *Villalón* nun dafür aus, die *Wahrung der Tarifautonomie* zum legitimen Ziel i.S.v. Art. 6 I „aufzuwerten“ und die Altersgrenze an ihr zu messen.<sup>64</sup> Ob man ihm insoweit folgt, hängt letztlich davon ab, welche Rechtsqualität man der Tarifautonomie auf Unionsebene zuerkennt. Gegen eine Ein-

<sup>45</sup> Vgl. *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, Kommentar<sup>2</sup>, 2004, § 1 Rn. 620; *Löwisch/Caspers/Neumann*, Beschäftigung und demographischer Wandel, 2003, S. 48/49.

<sup>46</sup> Vgl. *Brors*, in: *Däubler/Bertzbach* (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Handkommentar<sup>2</sup>, 2008, § 10 Rn. 89.

<sup>47</sup> EuGH, Rs. C-447/09 – *Prigge*, Urt. v. 13.9.2011, Rn. 73-75.

<sup>48</sup> Unter deutscher Beteiligung erarbeitetes Regelwerk der *Joint-Aviation Authorities*, das im deutschen Hoheitsgebiet keine Anwendung findet, vgl. BAG, NZA 2009, 1355, 1359.

<sup>49</sup> Vgl. BGBl. 2008 I S. 1229; *Schmalenberg*, in: *Tschöpe* (Hrsg.), Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht<sup>7</sup>, 2011, I E Rn. 88.

<sup>50</sup> EuGH, Rs. C-447/09 – *Prigge*, Urt. v. 13.9.2011, Rn. 75; *Temming*, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben – Eine rechtsmethodische Analyse, 2008, S. 355.

<sup>51</sup> EuGH, Rs. C-447/09 – *Prigge*, Urt. v. 13.9.2011, Rn. 74.

<sup>52</sup> Deutsches Ärzteblatt, „Kristallisierte Intelligenz“: Ältere Piloten im Flugsimulator besser, [www.aerzteblatt.de/nachrichten/27639/](http://www.aerzteblatt.de/nachrichten/27639/), Stand: 20.3.2012; unter Verweis auf: [www.neurology.org/content/68/9/648.abstract](http://www.neurology.org/content/68/9/648.abstract), Stand: 20.3.2012; vgl. ferner *Kömer*, NZA 2008, 497; *Boecken*, Wie sollte der Übergang vom Erwerbsleben in den Ruhestand rechtlich gestaltet werden? Gutachten B für den 62. Deutschen Juristentag, 1998, S. B 40, 54.

<sup>53</sup> *Zwanziger*, in: *Kittner/Zwanziger/Deinert* (Hrsg.), Arbeitsrecht, Handbuch für die Praxis<sup>6</sup>, 2011, § 130 Rn. 13.

<sup>54</sup> Vgl. *Mohr*, EuZA 2010, 371, 377.

<sup>55</sup> EuGH, Rs. C-447/09 – *Prigge*, Urt. v. 13.9.2011, Rn. 79 ff.

<sup>56</sup> v. *Hoff*, SAE 2009, 293, 300.

<sup>57</sup> EuGH, Rs. C-388/07 – *Age Concern England*, Slg. 2009, I-1569, Rn. 46; EuGH, Rs. C-88/08 – *Hütter*, Slg. 2009, I-5325, Rn. 41; vgl. BAGE 133, 265, 278.

<sup>58</sup> EuGH, Rs. C-447/09 – *Prigge*, Urt. v. 13.9.2011, Rn. 81.

<sup>59</sup> EuGH, Rs. C-447/09 – *Prigge*, Urt. v. 13.9.2011, Rn. 82; BAG, NZA 2009, 1355, 1363.

<sup>60</sup> Schlussanträge des Generalanwalts *Villalón*, Rs. C-447/09 – *Prigge*, v. 19.5.2011, Rn. 72.

<sup>61</sup> EuGH, Rs. C-447/09 – *Prigge*, Urt. v. 13.9.2011, Rn. 80.

<sup>62</sup> Vgl. nur EuGH, verb. Rs. C-250/09 und C-268/09 – *Georgiev*, Urt. v. 18.11.2010; EuGH, Rs. C-555/07 – *Küçükdeveci*, Slg. 2010, I-365416.

<sup>63</sup> FAZ: [www.faz.net/artikel/C30535/luftverkehr-die-chancen-der-piloten-steigen-30098617.html](http://www.faz.net/artikel/C30535/luftverkehr-die-chancen-der-piloten-steigen-30098617.html), Stand: 20.3.2012.

<sup>64</sup> Schlussanträge des Generalanwalts *Villalón*, Rs. C-447/09 – *Prigge*, v. 19.5.2011, Rn. 78-85.

ordnung als Ziel spricht, dass sie eher ein Prinzip darstellt, denn einen Selbstzweck. Zwar vermag sie den Prüfungsmaßstab zu beeinflussen; eine Klassifizierung als Ziel läuft jedoch Gefahr, zum Zirkelschluss zu werden.

Der EuGH hat sich den Ausführungen seines Generalanwalts in diesem Punkt jedenfalls – leider ohne sich argumentativ mit ihnen auseinanderzusetzen – nicht angeschlossen.

## D. Folgen der Entscheidung

### I. Konsequenzen für die tariflichen Altersgrenzen

Angesichts des Verstoßes der die Altersgrenzen festsetzenden Tarifnormen gegen das primärrechtliche Altersdiskriminierungsverbot aus Art. 21 I GrCh sind die nationalen Gerichte fortan verpflichtet, die Tarifnormen außer Anwendung zu lassen.<sup>65</sup> Gleiches ergibt sich aus § 7 II AGG, § 134 BGB.

Nicht vollständig geklärt ist allerdings, wie mit zeitlich zurückliegenden Diskriminierungen zu verfahren ist und wie mit der Beendigung derzeitiger bestehender Arbeitsverhältnisse umzugehen sein wird.<sup>66</sup> Aufgrund der im Arbeitsrecht üblichen – und im Interesse der Rechtssicherheit gebotenen – strengen Präklusionsfristen dürfte die weit überwiegende Zahl zurückliegender Fälle heute jedenfalls nicht mehr angreifbar sein. Einzig die Arbeitsverhältnisse der Kläger setzen sich bis zum (jeweiligen) Regelrenteneintrittsalter fort.

Für die künftige Regelung der Beendigung der Arbeitsverhältnisse der Piloten steht der Luftfahrtbranche eine Vielzahl an Optionen zur Verfügung. So könnte sie sich zum einen an der vom EuGH zitierten flexibleren Regelung der JAR-FCL 1.060a orientieren und den Einsatz älterer Piloten durch die Begleitung jüngerer Kollegen in Mehrpersonencockpits absichern.

Zum anderem ließen sich die bereits existierenden individuellen Tauglichkeitsuntersuchungen<sup>67</sup> ausbauen. Bereits jetzt verringert sich die Gültigkeitsdauer der Tauglichkeitszeugnisse der Piloten mit steigendem Alter.<sup>68</sup> Insofern ist eine auf Flugsicherheitsabwägungen gestützte, nach dem Lebensalter differenzierende Behandlung bereits im nationalen Recht verankert.

Zuletzt könnte man verstärkt ein freiwilliges Ausscheiden der Piloten forcieren.<sup>69</sup> Exemplarisch lassen sich solche auf Freiwilligkeit setzende Regelungen etwa im Vereinigten Königreich und in Frankreich finden: Im Vereinigten Königreich kann zwar ein (durch eine Altersrente abgesichertes) Ausscheiden vereinbart werden, der Arbeitnehmer kann jedoch seine weitere Beschäftigung verlangen.<sup>70</sup> Auch in Frankreich gilt seit Anfang 2010 ein flexibler Ansatz, der ein Ausscheiden vor Vollendung des 70. Lebensjahres mit Beteiligung des Arbeitnehmers erlaubt.<sup>71</sup>

### II. Einordnung der Entscheidung in die Rechtsprechungsentwicklung

In seiner Entscheidung hat sich der EuGH einmal mehr mit der Zulässigkeit von Altersgrenzen befasst. Fragen der Altersdiskriminierung haben auch die deutsche Judikatur in den vergangenen Jahren vielfach beschäftigt. So hat das BAG die tariflichen Höchstaltersgrenzen für die Einstellung von Piloten erst kürzlich für unwirksam erklärt.<sup>72</sup> Auf der anderen Seite wurden jedoch auch zahlreiche pauschale Altersgrenzen höchstrichterlich abgesegnet.<sup>73</sup>

Bemerkenswert an dieser neuen Entscheidung ist, dass der EuGH den weiten Ermessensspielraum, den er den Tarifver-

tragsparteien zuvor<sup>74</sup> zugestanden hatte, drastisch einschränkt: Soweit der Gesetzgeber eine Altersgrenze festsetzt, dürfen die Tarifvertragsparteien sie nicht durch eigene strengere Regelungen unterschreiten. Wie sich dies auf die deutsche Rechtsprechung, die den Tarifvertragsparteien im Rahmen des Art. 9 III GG von jeher einen weiten Spielraum zugesteht, auswirken wird, bleibt abzuwarten. Indem der EuGH bekräftigt hat, nur sozialpolitische Erwägungen als legitime Ziele i.S.d. Art. 6 I anzuerkennen, wird der bisherige Spielraum der Tarifvertragsparteien jedenfalls eingeschränkt.

Erklären lässt sich sein restriktiver Kurs mit rechtspolitischen Erwägungen: Da nicht beschäftigungs- und sozialpolitische Gesichtspunkte im Mittelpunkt der Entscheidung stehen, muss der EuGH weniger Rücksicht auf die Souveränität der Mitgliedstaaten zur autonomen Gestaltung ihrer Arbeitsmarkt- und Sozialpolitik nehmen. Insofern lässt sich die Entscheidung auch nicht pauschal auf andere Sachverhalte übertragen.<sup>75</sup>

Durch das Urteil vom 13. September 2011 wird die langjährige Rechtsprechung der deutschen Arbeitsgerichtsbarkeit zu den tariflichen Altersgrenzen von Piloten hinfällig. Insgesamt bleibt der EuGH dabei seinem Ziel treu, eine diskriminierungsfreie Arbeitswelt zu schaffen, in der das Alter möglichst keine Rolle spielt. Insofern überrascht seine Entscheidung letztlich nicht.

### III. Ausblick auf die Konsequenzen für die Rechtspraxis

In der Rechtspraxis wird man bei der künftigen Gestaltung und Nachbesserung von tariflichen Altersgrenzen verstärkt überprüfen müssen, welche gesetzlichen Vorgaben zum jeweiligen Regelungsgegenstand bestehen.

Ferner verdeutlicht das Urteil, dass der EuGH Altersgrenzen anhand der konkret von den Tarifvertragsparteien zugrunde gelegten Ziele untersucht.<sup>76</sup> Diese Ziele sollten daher bei Tarifabschluss sorgfältig dokumentiert werden, zumal die Unwirksamkeit von Tarifnormen oft eine starke Belastung für Unternehmen bedeuten kann. Entsprechendes gilt für Altersgrenzen in Betriebsvereinbarungen und Standardarbeitsverträgen.

Eine weitere Folge der Entscheidung betrifft die Charakterisierung des legitimen Ziels des Art. 6 I: Indem sich der EuGH erneut dafür ausgesprochen hat, nur sozialpolitische Erwägungen als legitime Ziele i.S.d. Art. 6 I anzuerkennen, wird die bisherige Rechtsprechung des BAG auch in anderen Bereichen in Frage gestellt. So kann bezweifelt werden, inwieweit sich eine nach Altersgruppen gestaffelte Sozialauswahl (§ 1 III 2 KSchG) nun rechtfertigen lässt. Bislang hatte das BAG sie auch akzeptiert, wenn sie allein dem (rein unternehmerischen) Ziel der Erhaltung der betrieblichen Alters-

<sup>65</sup> EuGH, verb. Rs. C-250/09 und C-268/09 – *Georgiev*, Urt. v. 18.11.2010, Rn. 73; EuGH, Rs. C-555/07 – *Kücükdeveci*, Slg. 2010, I-365416, Rn. 51.

<sup>66</sup> Vgl. *Körner*, NZA 2008, 497, 503.

<sup>67</sup> Vgl. dazu §§ 20 II, 24b, 24a II LuftVZO und § 4 I. DV LuftPersV.

<sup>68</sup> Vgl. § 24d II LuftVZO.

<sup>69</sup> So auch *Thüsing/Pöppers*, ZIP 2011, 1886, 1888.

<sup>70</sup> Section 47 Employment Equality (Age) Regulations 2006 No. 1031.

<sup>71</sup> Article L 1237-5 Code du travail.

<sup>72</sup> BAG, NZA 2011, 751.

<sup>73</sup> Vgl. etwa EuGH, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt*, Urt. v. 12.10.2010.

<sup>74</sup> Vgl. etwa EuGH, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt*, Urt. v. 12.10.2010.

<sup>75</sup> So auch *Thüsing/Pöppers*, ZIP 2011, 1886, 1887.

<sup>76</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-447/09 – *Prigge*, Urt. v. 13.9.2011, Rn. 51.

struktur dient.<sup>77</sup> Künftig wird man sich verstärkt auf andere Argumentationslinien wie etwa die Verteilung von Beschäftigungschancen stützen müssen.

### E. Fazit

Es bleibt festzuhalten: Die deutsche Rechtsprechung bot zur Frage der Rechtmäßigkeit tariflicher Altersgrenzen von Piloten bislang ein einheitliches Bild, welches durch unionsrechtliche Neuerungen nun ins Wanken geraten ist.

Der Argumentationslinie des BAG ließ sich von jeher entgegenen, dass das fortwährend zitierte Sicherheitsrisiko sich nicht auf gerontologische Beweise stützen lässt. Dies hat nun auch der EuGH bemängelt.<sup>78</sup> Pauschale und starre Altersgrenzen mögen das Dilemma der Luftfahrtbranche vereinfachen; sie sind aber – jedenfalls unterhalb des allgemeinen Renteneintrittsalters – angesichts des primärrechtlichen Verbots der

Altersdiskriminierung nicht haltbar.

Neben seiner rechtlichen Dimension weist die Frage der Altersgrenze für Piloten auch eine gesellschaftspolitische Kehrseite auf: Darf man ältere Arbeitnehmer pauschal als Sicherheitsrisiko stigmatisieren? In einer spektakulären Notlandung auf dem Hudson stellte Pilot *Chesley Sullenberger* jüngst eindrücklich unter Beweis, dass man auch mit 57 Jahren noch Wunder vollbringen kann.<sup>79</sup> Ein gewisses Restrisiko wird sich jedoch nie ausschließen lassen. Nur eines bleibt schlussendlich gewiss: Das letzte Wort in puncto Altersdiskriminierung hat der EuGH. ■

<sup>77</sup> Vgl. BAGE 128, 238.

<sup>78</sup> EuGH, Rs. C-447/09 – *Prigge*, Urt. v. 13.9.2011, Rn. 74.

<sup>79</sup> Sog. *Wunder vom Hudson*, vgl. *Gelinsky*, FAZ: [www.faz.net/artikel/S30176/notlandung-im-hudson-river-hoellisch-gut-30100394.html](http://www.faz.net/artikel/S30176/notlandung-im-hudson-river-hoellisch-gut-30100394.html), Stand: 20.3.2012.

Philipp Lassahn, Hamburg\*

## Vagheit im Recht – Recht und Sprache

### A. Einleitung

Sprache ist die notwendige Form des Rechts. Auch wenn man nicht bis zu der Behauptung gehen muss, Recht sei nichts anderes als Sprache, ist dennoch klar, dass Recht als soziales Ordnungssystem maßgeblich auf Verhaltenskoordination, folglich auf Kommunikation und Sprache angewiesen ist. Auf einen ersten Blick scheint also eine möglichst präzise Sprache erstrebenswert, um Rechte und Pflichten möglichst unzweifelhaft darstellen und den Normadressaten in seinen Handlungen anleiten zu können.

Spätestens seit der Arbeit *Wittgensteins* aber hat sich eine allgemein skeptische Grundhaltung über die Grenzen der Verbindlichkeit und Exaktheit von Sprache etabliert; die Illusion einer semantisch präzise darstellbaren Welt ist – sollte sie je existiert haben – längst zerfließen.<sup>1</sup> Sprache ist *per se* ungenau, Worte und Begriffe sind in aller Regel unbestimmt. Hierbei lässt sich Vagheit grob als die Grenzenlosigkeit von Begriffen skizzieren und stellt die regelmäßig problematischste Spielart sprachlicher Unbestimmtheit dar.<sup>2</sup>

In der Tat stellt die Erkenntnis solcher Unbestimmtheit den stets um einen präzisen Sprachgebrauch bemühten Juristen vor eine Herausforderung; der Umgang mit unklaren Begriffen ist nichts weniger als das tägliche Brot vieler (Revisions-)Gerichte und Rechtsstudenten.<sup>3</sup> Gerade weil Sprache eine höchst prominente Stellung im Rechtssystem einnimmt, verlangt ihm die Erkenntnis ihrer Unbestimmtheit – und vornehmlich ihrer Vagheit – eine Antwort ab.

Daher soll im Folgenden eine Untersuchung der Implikationen von Vagheit im Recht unternommen werden. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung und Weite des Themas ist die Untersuchung in zwei Teilbeiträge gegliedert. Im ersten Teil soll ausgehend von Begriffsbestimmung und Kategorisierung (B) beschrieben werden, wie sich Vagheit im Recht auswirkt (C). Im zweiten Teil (BLJ 2/2012) werden außerrechtliche Ansätze zur Erklärung von Vagheit dargestellt und in ihrer Übertragbarkeit auf rechtliche Folgefragen diskutiert (D). Darauf

aufbauend wird untersucht, wie sich der Umgang mit Vagheit im rechtlichen Entscheidungsprozess rechtsstaatlich legitimieren und schlüssig begreifen lässt (E). Im Anschluss wird eine Behandlung der Frage folgen, ob Vagheit im Recht ein eigenständiger Wert zukommt oder ob sie lediglich als ein in Kauf zu nehmendes Übel angesehen werden kann (F).

### B. Vagheit als sprachliches Phänomen

Zunächst ist also zu präzisieren, welche sprachlichen Erscheinungen mit dem Begriff Vagheit beschrieben werden sollen und in welcher Weise sich diese Erscheinungen systematisieren lassen.

#### I. Begriffsbestimmung und Abgrenzung

Begriffe können in mehrerlei Hinsicht unbestimmt sein. Unbestimmtheit kann verstanden werden als die Eigenschaft eines Begriffes, eine exakte Bedeutung nicht oder nicht ohne weiteres – erst recht nicht anhand des nackten Sprachzeichens – preiszugeben.<sup>4</sup> Sie lässt sich unterteilen in die Erscheinungsformen Generalität, Ambiguität, und Vagheit.

Generalität beschreibt die Eigenschaft eines Begriffes, als übergeordnete Kategorie fungieren zu können, sich mithin auf eine Vielzahl von Sacharten oder Situationen anwenden zu lassen. So kann etwa der Begriff „Buch“ Sachbücher, Romane, Kinderbücher usw. erfassen.<sup>5</sup>

Ambiguität meint dagegen die Eigenschaft eines Begriffes, verschiedene Bedeutungsvarianten in sich zu tragen, wobei die adäquate bzw. vom Sprecher intendierte Bedeutung sich

\* Der Autor ist Student an der Bucerius Law School, Hamburg.

<sup>1</sup> So entbehren selbst auf binär strukturierten Vorstellungen beruhende Konzepte wie etwa der Tod eines Menschen konsensfähiger Definitionen, s. etwa *Quante*, Zeitschrift für Philosophische Forschung 1995, 167 ff.

<sup>2</sup> Vgl. *Pinkal*, Vagheit und Ambiguität, S. 250, 264 ff.; *Solan*, Vagueness and Ambiguity, S. 73, 79 ff.

<sup>3</sup> *Poscher*, Ambiguity and Vagueness, S. 2.

<sup>4</sup> S. auch *Pinkal*, Vagheit und Ambiguität, S. 250, 251 f.

<sup>5</sup> Vgl. *Poscher*, Ambiguity and Vagueness, S. 6; *Sennet*, Ambiguity.



eine regelmäßig aus dem semantischen oder auch situativen Kontext ergibt.<sup>6</sup> So gibt bspw. für den Satz „Der Hahn ist in schlechter Verfassung“ erst die konkrete Sprechsituation Aufschluss darüber, ob vom Zustand eines männlichen Haushuhns, einer sanitären Armatur, oder gar der Auslösevorrichtung einer Schusswaffe die Rede ist.

Zur Bestimmung schließlich, wann ein Begriff als vage zu bezeichnen ist, finden sich unterschiedliche Formulierungen. So wird ein Begriff bisweilen dann als vage bezeichnet, wenn seine Extension ungenau ist, er also neben einem Kernbereich, der alle unzweifelhaften Anwendungen umfasst<sup>7</sup>, eine zwielichtige Struktur im Außenbereich aufweist.<sup>8</sup> Man könnte auch sagen, dass die Grenzen seiner Bedeutung unscharf sind. So lassen sich mit dem Begriff „heiß“ gewisse Erscheinungen unzweifelhaft beschreiben (etwa das aus einem ausbrechenden Vulkan austretende Magma) und unterfallen damit seinem Bedeutungskern; ebenso lassen sich Erscheinungen ersinnen, für welche die Subsumtion nicht ohne weiteres erfolgen kann (etwa in der Frage, ob der in einer Tasse enthaltene, nicht unmittelbar frisch aufgegossene, aber eben auch noch nicht merklich abgekühlte Tee „heiß“ sei). Diese Beschreibung dient freilich mehr als Illustration denn als handhabbares Kriterium und bedarf ihrerseits der Präzisierung.

Daher wird nach verbreiteter Ansicht ein Begriff dann als vage bezeichnet, wenn sich in seiner Anwendung absolute Grenzfälle ergeben können.<sup>9</sup> Grenzfälle sind Zweifelsfälle, in denen sich nicht abschließend feststellen lässt, ob ein Objekt dem Begriff zu subsumieren ist oder nicht.<sup>10</sup> „Grenzfall“ beschreibt also die Eigenschaft eines Objektes, nicht eindeutig dies- oder jenseits einer Bedeutungsgrenze zu liegen. In Betracht kommen hierbei allein absolute Grenzfälle, d.h. solche, in denen der Zweifel nicht auf einem Mangel an Informationen beruht<sup>11</sup> (andernfalls kann der Zweifel durch zusätzliche Recherche oder Reflexion behoben werden; es wird dann von lediglich relativen Grenzfällen gesprochen<sup>12</sup>). So kann eine bestimmte Flüssigkeit eine bestimmte Temperatur gerade in einem solchen Bereich haben, dass wir nicht in der Lage sind, die Flüssigkeit eindeutig als „heiß“ zu bezeichnen. Können auch alle zusätzlichen Informationen (etwa Temperaturangabe in naturwissenschaftlicher Maßeinheit, Siedepunkt der Flüssigkeit etc.) den Zweifel nicht beseitigen, so stellt die fragliche Flüssigkeitsmenge einen Grenzfall des Begriffes „heiß“ dar, ist mithin Symbol für dessen Vagheit.

Eine logische Darstellung des Grenzfallpotentials lässt sich über die Anfälligkeit eines Begriffes für das so genannte Sorites-Paradoxon<sup>13</sup> erreichen. Dieses Paradoxon nimmt eine beliebige unzweifelhaft wahre Prädikation als erste Prämisse (bspw. in der Aussage „Wasser mit einer Temperatur von 15°C ist nicht heiß“). Als zweite Prämisse bzw. Induktionsschritt wird sodann das linguistische Toleranzgebot herangezogen, mithin die Aussage getroffen, dass eine hinsichtlich der für die Prädikation relevanten Eigenschaften des Subjekts<sup>14</sup> minimale Abweichung nichts an der Wahrheit der Prädikation ändert („Wenn Wasser, das nicht heiß ist, um 0,1°C erwärmt wird, ist es nicht heiß“). Aus beiden – als unzweifelhaft wahr empfundenen – Prämissen ergibt sich bei Anwendung von Modus ponendo ponens bzw. Schnittregel („Wasser mit einer Temperatur von 15,1°C ist nicht heiß“ usw.) nach einiger Wiederholung des Syllogismus eine zweifellos falsche Aussage als Konklusion der Schlussfigur (im

Beispiel ergäbe sich bei Fortsetzung etwa die eindeutig unzutreffende Behauptung, dass auch auf 90°C erwärmtes Wasser nicht heiß sei). Entsprechend dem Toleranzprinzip lässt sich das Paradoxon nicht einfach auflösen, indem der Induktionsschritt unter die Bedingung des Nichtüberschreitens einer bestimmten Grenze gestellt wird (etwa „Wenn Wasser, das nicht heiß ist, um 0,1°C erwärmt wird, ist es nicht heiß – es sei denn, eine Temperatur von n °C wird überschritten“). Auch das Sorites-Paradoxon beruht damit auf der Unmöglichkeit, der Bedeutung eines Begriffes exakte Grenzen zu ziehen.<sup>15</sup>

Zusammenfassend lässt sich ein Begriff unter Heranziehung der soeben erläuterten drei Indikatoren dann als vage bezeichnen, wenn er einen klaren Bedeutungskern und einen unklaren Außenbereich hat, wenn sich in seiner Anwendung absolute Grenzfälle ergeben, oder wenn er anfällig für das Sorites-Paradoxon ist. Freilich beruhen alle Indikatoren auf der Unbestimmbarkeit scharfer Grenzen und lassen sich daher als lediglich unterschiedliche Darstellungen eines einheitlichen Kriteriums begreifen. Demnach ist Vagheit die Unbestimmbarkeit scharfer Grenzen für die Anwendung eines Begriffes.<sup>16</sup>

## II. Kategorisierung

Vagheit lässt sich anhand verschiedener Kriterien kategorisieren. So kann erstens danach gefragt werden, ob die konkret

<sup>6</sup> *Pinkal*, Vagheit und Ambiguität, S. 250 (263 f.); es lassen sich lexikalische und syntaktische Ambiguität unterscheiden (s. *Solan*, Vagueness and Ambiguity, S. 73 [73 f.]) und auch darüber hinaus weitere Kategorisierungen vornehmen (phonologische, orthographische, pragmatische Ambiguität usw.)

<sup>7</sup> Die Existenz eines solchen Kernbereiches muss freilich (erst recht in einer juristischen Untersuchung) vorausgesetzt werden.

<sup>8</sup> Im anglo-amerikanischen Raum hat sich hierfür der Begriff „penumbra“ etabliert, vgl. *Cardozo*, Judicial Process, S. 130; *Hart*, The Concept of Law, S. 131; vgl. auch *Pinkal*, Vagheit und Ambiguität, S. 250 (262).

<sup>9</sup> *Poscher*, Ambiguity and Vagueness, S. 3; *Weatherston*, Vagueness as Indeterminacy, S. 1 ff.; s. auch *Hart*, The Concept of Law, S. 123.

<sup>10</sup> *Pinkal*, Vagheit und Ambiguität, S. 250 (251).

<sup>11</sup> Solche Grenzfälle sind m.a.W. nachforschungsresistent, vgl. *Sorensen*, Vagueness.

<sup>12</sup> *Poscher*, Ambiguity and Vagueness, S. 3; *Sorensen*, Legal Theory 7, 387 (393 f.).

<sup>13</sup> Das Paradoxon hat seinen Namen von σοφείτης (sōphēitēs), da es traditionell anhand eines Sandhaufens illustriert wird; die Entwicklung wird Eubulides von Milet zugeschrieben, s. *Hyde*, Sorites Paradox; s. auch *Pinkal*, Vagheit und Ambiguität, S. 250 (266 ff.).

<sup>14</sup> Das Begriffspaar Subjekt/ Objekt wird im Folgenden nicht konsistent bzw. gegensätzlich verwendet.

<sup>15</sup> Vgl. *Sorensen*, Legal Theory 7, 387 (393 f.) mit dem Hinweis, dass relative Grenzfälle freilich nicht Sorites-anfällig sind.

<sup>16</sup> Hierin kann freilich keine präzise Definition, sondern vielmehr seinerseits lediglich eine Abstraktion der einzelnen Indikatoren gesehen werden. Als maßgebliches Kriterium scheint jedenfalls das Grenzfallpotential anerkannt zu sein (vgl. etwa *Endicott*, Vagueness in Law, S. 8, 31; *Poscher*, Ambiguity and Vagueness, S. 3; *Soames*, Vagueness and The Law, S. 3 f.; *Sorensen*, Vagueness). Zumeist ausgehend von der Erkenntnis, dass Vagheit in der Semantik ubiquitär ist, werden abweichende „Definitionen“ angeboten, die sich vornehmlich gegen das „klassische“ Kriterium des Grenzfallpotentials richten (s. etwa *Smith*, Vagueness and Degrees of Truth, S. 145 ff., der Vagheit dann annehmen will, wenn sich zum fraglichen Begriff zwei Aussagen finden lassen, die bei minimaler Änderung der relevanten Parameter einen „ähnlichen“ Wahrheitswert haben). Bei *Weatherston*, Vagueness as Indeterminacy, finden sich meines Erachtens überzeugende Argumente für die Ablehnung alternativer Ansätze (für eine Ablehnung des Vorschlags von *Smith* unter Verweis auf „Wahrheitssprünge“ vgl. *Weatherston*, a.a.O., S. 11 f.; zu beachten ist, dass *Smith* selbst anmerkt, seine „Definition“ erfasse nicht alle klassischen Fälle von Vagheit, s. *Vagueness and Degrees of Truth*, S. 158).

auftretende Vagheit die Frage der begrifflichen Extension oder der gegenständlichen Bezugnahme betrifft. Zweitens lässt sich nach den die Vagheit konkret bedingenden bzw. begründenden Faktoren fragen. Drittens schließlich ist zu überlegen, ob sich verschiedene Ebenen oder Ordnungen von Vagheit auseinanderhalten lassen.<sup>17</sup>

### 1. Klassifikatorische und individuatorische Vagheit

Vagheit kann einerseits auftreten, wenn es um das Zutreffen von Prädikationen geht (klassifikatorische Vagheit). Sie lässt sich dann in graduelle (oder quantitative) und kombinatorische (oder qualitative) Vagheit untergliedern.<sup>18</sup> Erstere wird angenommen, wenn der fragliche Begriff die Qualität eines Objekts derart beschreibt, dass das Zutreffen der Aussage an ein isoliertes Kriterium gebunden ist und sich dieses gleichsam auf einer kontinuierlichen Skala darstellen lässt.<sup>19</sup> Kombinatorische Vagheit hingegen ergibt sich immer dann, wenn nicht geklärt ist, welche Qualitäten für die Prädikation relevant sind bzw. wie genau sich die diesbezüglichen Wechselbeziehungen unterschiedlicher Qualitäten auf das Zutreffen der Aussage auswirken.<sup>20</sup> So mag für die Prädikation „ist groß“ in erster Linie das Volumen des Objekts maßgeblich sein; es lässt sich allerdings nicht mit Bestimmtheit sagen, welche Relevanz die Form, das Wechselspiel unterschiedlicher Ausdehnungsrichtungen etc. hat. Kombinatorische Vagheit wird vor allem bei der Einordnung von Objekten in Sachkategorien akut (etwa bei der Frage, ob ein Pinguin auch umgangssprachlich als Vogel zu bezeichnen ist) und spielt wegen der Vielschichtigkeit der meisten semantischen Konzepte wohl eine größere Rolle als graduelle Vagheit.

Andererseits kann sich Vagheit auch als Problem der körperlichen Abgrenzung von Sachen darstellen, zwischen denen sich eine scharfe Grenze nicht ausmachen lässt (individuatorische Vagheit).<sup>21</sup> So stellt sich in der Aussage „Das Wasser ist heiß“ auch das Problem der klaren Bestimmung des Subjekts. Wenn innerhalb einer großen Wassermasse nur eine Teilmenge eine Temperatur von 90°C hat, so ist die auf die Teilmenge bezogene Prädikation unzweifelhaft wahr und hinsichtlich der begrifflichen Extension ergibt sich im konkreten Fall kein Problem. Fraglich kann allerdings die Individuation der bezeichneten Teilmenge sein, d.h. bspw. die Abgrenzung von der umliegenden, kälteren Menge. In diesem Fall zeigt sich die Vagheit des Begriffes „das“ („diese Teilmenge des Wassers“). Freilich ist individuatorische Vagheit theoretisch ubiquitär und unbegrenzt, da sich die Teilchenforschung längst außerhalb menschlich wahrnehmbarer und damit semantisch erfassbarer Größenordnungen bewegt. Die Heisenberg'sche Unschärferelation und die Zergliederung der Welt in Quarks oder gar noch kleinere Einheiten legen daher grundsätzlich den Schluss nahe, dass Vagheit bereits im Sein verwurzelt ist; allerdings muss sich bei zielorientierter Herangehensweise daraus jedenfalls der Schluss ergeben, dass individuatorische Vagheit nur im Rahmen relevanter, d.h. wahrnehmbarer Maßstäbe, gleichsam in ihrer Makroebene, tauglichen Gegenstand der Untersuchung bilden kann.

### 2. Semantische und pragmatische Vagheit

Vagheit lässt sich zudem anhand der sie jeweils bedingenden Faktoren kategorisieren; es lässt sich mit anderen Worten nach den Quellen von Vagheit fragen. Einerseits kann sich Vagheit aus einem intrinsischen Mangel an Präzision des

Wortbedeutungskonzepts ergeben (semantische Vagheit). Andererseits kann sich die Vagheit auch erst aus den konkreten Umständen einer Aussage ergeben (pragmatische Vagheit).<sup>22</sup> Ein solcher Aussagekontext kann zwar ggf. zur Auflösung von Vagheit beitragen. So mag bei abstrakter Betrachtung unklar sein, ob ein Fernsehgerät als „Wertsache“ zu bezeichnen ist; in der Aussage „Wir müssen vor der Abreise unsere Wertsachen im Banksafe verstauen“ stellt das Gerät hingegen einen eindeutig nicht erfassten Fall dar. Ebenso können Kontextimplikationen auch zur Infragestellung einer vormals eindeutigen Zuordnung führen. So ist ein Geldschein abstrakt eindeutig als Wertsache zu bezeichnen; im Kontext des soeben präsentierten Beispiels allerdings sollen wohl kaum sämtliche Geldscheine vor der Urlaubsreise im Banksafe verstaut werden.

Die Kategorisierung als semantische oder pragmatische Vagheit steckt zugleich den möglichen Rahmen der die Vagheit konkret bedingenden Faktoren ab; diese sind entweder semantischen oder pragmatischen Ursprungs. Eine Überschneidung wird freilich der Regelfall sein. So ist die Frage nach dem Zutreffen einer Prädikation zumeist größtenteils kontextabhängig<sup>23</sup>; gleichwohl spielt auch in solchen Fällen eine der konkreten lexikalischen Semantik inhärente Unbestimmtheit eine Rolle (bspw. hängt das Zutreffen der Bezeichnung einer Hundehütte als „groß“ überwiegend – aber eben nicht allein! – von der Relation zur räumlichen Ausdehnung und sonstigen Eigenschaften des Hundes ab). Zudem befördert Kontext in seiner Eigenschaft als weitere Quelle der Unbestimmtheit die grundsätzliche sprachliche Ubiquität von Vagheit.

### 3. Vagheit höherer Ordnung

Schließlich ist Vagheit nicht allein auf die Unbestimmtheit einiger weniger Begriffe beschränkt. Vagheit ist ubiquitär und damit auch selbst kein Konzept von perfekter Präzision.<sup>24</sup> So lassen sich Grenzfälle von Grenzfällen erdenken, in denen nicht zu bestimmen ist, ob das Objekt noch einen Grenzfall der Begriffsanwendung darstellt oder bereits einen klaren Fall

<sup>17</sup> Für eine Kategorisierung von durch Vagheit betroffenen Begriffen s. *Pinkal*, Vagheit und Ambiguität, S. 250 (262 ff.); neben den oben angeführten Kategorisierungen lässt sich außerdem eine Unterteilung in intensionale und extensionale Vagheit vornehmen (vgl. *Pinkal*, a.a.O., S. 250 (263)), die allerdings im hier interessierenden Kontext nicht weiter beleuchtet werden soll.

<sup>18</sup> *Pinkal*, Vagheit und Ambiguität, S. 250 (262); *Poscher*, Ambiguity and Vagueness, S. 8 f.; *Sorensen*, Legal Theory 7, 387 (394).

<sup>19</sup> *Poscher* nennt verschiedene Farbtöne als Beispiel (Ambiguity and Vagueness, S. 8). Ob sich hierbei tatsächlich von in engem Sinne gradueller bzw. rein quantitativer Vagheit sprechen lässt, kann indes nicht ohne Zweifel bleiben, da die bloß technische Darstellbarkeit als Kontinuum keine zwingenden Schlüsse auf die Struktur von Bedeutungszuschreibung erlaubt; so kann etwa – in Parallele zu *Weathersons* Gedanken der „Wahrheitssprünge“ (*Weatherson*, Vagueness as Indeterminacy, S. 12) – das Maß der Auswirkung eines Temperaturunterschiedes von 1°C auf die Wahrheit der Prädikation „ist heiß“ davon abhängen, an welcher Stelle der Skala er einsetzt (m.a.W. lässt sich nicht ausschließen, dass der prädikationsrelevante Unterschied zwischen 15°C und 16°C anders bewertet wird, als jener zwischen 38°C und 39°C).

<sup>20</sup> *Poscher*, Ambiguity and Vagueness, S. 8.

<sup>21</sup> *Poscher*, Ambiguity and Vagueness, S. 7 f.

<sup>22</sup> *Endicott*, Vagueness in Law, S. 50 ff.; *Poscher*, Ambiguity and Vagueness, S. 12 f.

<sup>23</sup> *Pinkal*, Vagheit und Ambiguität, S. 250 (251); grundsätzlich zum Verhältnis von semantischer und pragmatischer Vagheit s. auch *Endicott*, Vagueness in Law, S. 51.

<sup>24</sup> *Solan*, Vagueness and Ambiguity, S. 73 (83).

(auch der Begriff „klar“ ist in diesem Sinne vage). Eine solche Selbstanwendung der Grenzfallprobe lässt sich gedanklich *ad infinitum* fortführen, so dass Vagheit beliebig hoher Ordnungen denkbar scheint.<sup>25</sup>

### C. Rechtliche Implikationen von Vagheit

Recht hat den Zweck, eine Ordnung zu schaffen und das Verhalten der Normadressaten dementsprechend zu steuern, ihm zumindest einen Rahmen zu setzen.<sup>26</sup> Zur Verwirklichung dieser Steuerungsfunktion müssen Rechtsinhalte den Mitgliedern des zu ordnenden Sozialgefüges kommuniziert werden. Wie bereits angedeutet, stellt Sprache daher die notwendige Form und das zentrale Instrument des Rechts dar. Auf Grund der sprachlichen Ubiquität von Vagheit bricht diese notwendig in das Rechtssystem ein.

Freilich können auch im Rechtskontext allein absolute Grenzfälle für das eigentliche Vagheitsproblem relevant werden. Auslegungsschwierigkeiten, in denen nach einiger Diskussion oder Recherche Klarheit und Konsens herzustellen ist, bleiben außer Betracht.<sup>27</sup> Eine gute Illustration für den Kern der Problematik bietet der fiktive Fall, in dem ein Richter zu entscheiden hat, welche aus einer Reihe von einer Million rechtsgeschäftlichen Annahmeerklärungen, die jeweils im Abstand von einer Millisekunde auf einen rechtsgeschäftlichen Antrag unter Anwesenden, vgl. §§ 145 ff. BGB, folgen, noch als „sofort“ im Sinne von § 147 I 1 BGB anzusehen sind und damit einen Vertragsschluss zur Folge haben, und welche nicht. Es stellt sich also die Frage nach der exakten Grenzziehung im Ungewissen (denn ab einer ganz bestimmten Millisekundenanzahl muss der Richter den Vertragsschluss verneinen).<sup>28</sup>

### I. Auftreten von Vagheit im Recht

Die Vagheit der im Recht verwendeten Begriffe macht sich immer dann in besonderem Maße bemerkbar, wenn – wie so häufig – über die „Auslegung“ eines Gesetzes bzw. bestimmter darin enthaltener Begriffe gestritten wird. Das Herausarbeiten spezifisch juristischer Begriffsdefinitionen, die einen erheblichen Teil der Rechtsarbeit ausmacht, ist vornehmlich auf die grundsätzliche Ungeklärtheit semantischer Konzepte zurückzuführen. In der näheren Betrachtung kann zunächst danach gefragt werden, in welchen Spielarten Vagheit im Recht anzutreffen ist.

So spielt individuatorische Vagheit in Rechtsstreitigkeiten eine eher untergeordnete Rolle; gleichwohl ist es durchaus denkbar, dass einmal die Schwierigkeit der konkreten räumlichen Abgrenzung zweier Sachen im Mittelpunkt eines juristischen Disputs steht (so etwa bei der Frage, ob Überhang bereits auf das Nachbargrundstück reicht, s. § 910 I BGB). Häufiger hingegen stellen sich im Recht Probleme, die auf klassifikatorischer Vagheit beruhen, da im Zentrum der Rechtsanwendung regelmäßig die Qualifizierung konkreter Umstände durch rechtliche Begriffe steht. In erster Linie sind dies auf Grund der Vielschichtigkeit der meisten semantischen Konzepte Fragen kombinatorischer Vagheit (etwa bei der Klassifizierung eines Bleistift als gefährliches Werkzeug im Sinne von § 224 I Nr. 2 Var. 2 StGB<sup>29</sup> oder der Prüfung einer Verletzung des Verunstaltungsverbots nach § 12 I HBauO). Graduelle Vagheit wird wohl allenfalls im Rahmen von Folgefragen bei der Bearbeitung kombinatorischer Vagheit relevant (wenn etwa danach zu fragen ist, wie intensiv die Ver-

letzungen sein sollen, die der Einsatz eines gefährlichen Werkzeugs hervorrufen können muss).

An dieser Stelle drängt sich sodann die Frage auf, wie sich semantische und pragmatische Vagheit im Rechtskontext zueinander verhalten. Zunächst scheint offensichtlich, dass Recht als Ordnungs- und Steuerungsinstrument zuvorderst auf die Kommunikation von Intentionen angewiesen ist, die sprachliche Darstellung einer Rechtsnorm also in erster Linie lediglich als Vehikel für den zu transportierenden Inhalt fungiert. Diese Einsicht legt es für die Rechtsanwendung nahe, sich auf die Erforschung des von der Norm erlassenden Entität konkret intendierten Aussageinhalts zu fokussieren und lässt damit auf den ersten Blick Pragmatik als im Recht maßgebliche Quelle für Vagheit erscheinen. In der Tat ist es ein bei der Auslegung von Gesetzen durchaus üblicher Vorgang, dass dann, wenn Telos und Wortlaut einer Norm unterschiedliche Begriffsexensionen nahe legen, dem „Willen des Gesetzgebers“ der Vorrang eingeräumt wird. Daraus kann allerdings nicht gefolgert werden, dass semantische Vagheit im Recht keine Rolle spielt. Dies lässt sich damit belegen, dass selbst in Fällen, in denen der Telos einer Norm – bisweilen gar das adäquate Ergebnis – offenkundig ist, kein Konsens zwischen den Rechtsanwendern herrschen muss, sondern nichtsdestotrotz Streit über die Auslegung der Begriffe bestehen bleiben kann.<sup>30</sup> Diese Beobachtung ist zurückzuführen auf den Umstand, dass die Verwirklichung von Steuerungs- und Ordnungsfunktion neben der faktischen Durchsetzung der kommunizierten Inhalte vor allem auf Verständlichkeit der Normdarstellung und Vorhersehbarkeit der Normanwendung angewiesen ist. Aus diesem Grunde hat die Klarheit semantischer Strukturen im Recht Eigenwert. Sowohl Normadressat als auch Rechtsanwender können von Normen nur dann effizient angeleitet werden, wenn sie bei der Rezeption der Normdarstellung auf ein gefestigtes Dekodierungsrepertoire zurückgreifen können. Dieses Bedürfnis zeigt sich etwa dann plastisch, wenn im Rahmen von Wortlautargumenten auf den „natürlichen Sprachgebrauch“ als Auslegungshilfe zurückgegriffen wird.<sup>31</sup> Damit speist sich Vagheit im Recht sowohl aus pragmatischer als auch semantischer Quelle; sie stehen dabei in einem komplexen Geflecht wechselseitiger Beziehungen zueinander.

Ebenso kann sich Vagheit in Auslegungsstreitigkeiten bisweilen auch als Vagheit höherer Ordnung zeigen, wenn etwa darüber gestritten wird, ob eine bestimmte Konstellation überhaupt einen Grenzfall des anzuwendenden Rechtsbegriffes ausmacht.

<sup>25</sup> Hierin sieht etwa *Sorensen* (in *Legal Theory* 7, 387 (413)) einen Beleg dafür, dass Vagheit sich nicht (auch nicht als extreme) Ambiguität begreifen lasse, da letztere nicht in höherer Ordnung denkbar sei.

<sup>26</sup> *Endicott*, *The Value of Vagueness*, S. 27 (36); vgl. auch *Hayek*, *Arten der Ordnung*, S. 15 (26 f.); *ders.*, *Rechtsordnung als Handlungsordnung*, S. 35, (35 ff.).

<sup>27</sup> Vgl. *Poscher*, *Ambiguity and Vagueness*, S. 6 f.

<sup>28</sup> Der Fall ist dem „case of the million raves“ nachgebildet, s. *Endicott*, *Vagueness in Law*, S. 57 f.

<sup>29</sup> Vgl. etwa BGH NJW 2008, 2861 (2862 ff.); BGH NStZ 2002, 594 (594).

<sup>30</sup> Vgl. etwa die zivilrechtliche Diskussion um die bereicherungsrechtliche Behandlung von Wucherdarlehen. Während dort Einigkeit darüber herrscht, dass die Darlehenssumme wieder an den Wucherer zurückfließen soll, bemüht sich die Rechtspraxis zugleich nach Kräften darum, dieses Ergebnis dem Begriff „Leistung“ in § 817 S. 2 BGB zu subsumieren, s. BGH, NJW-RR 1994, 291 (293).

<sup>31</sup> Exemplarisch OLG Koblenz NStZ 1981, 445 (446); grundsätzlich zum Verhältnis von Telos und Wortlaut unter dem Aspekt von Vagheit vgl. *Solan*, *Vagueness and Ambiguity*, S. 73 (76 ff.).

Vagheit tritt also auch im Rechtskontext in all ihren Spielarten auf. Sie macht sich zunächst als Subsumtionsschwierigkeit bemerkbar, induziert auf diese Weise eine Infragestellung von Definitionen, und zeigt letztlich die grundsätzliche undefinierbarkeit (im Sinne von Unbegrenzbarkeit) von Begriffen auf.

## II. Vagheit als Quelle von Rechtsproblemen

Vagheit stellt sich *prima vista* vor allem als Problem für die Rechtssicherheit dar: Wenn sich einem Begriff keine feste Grenze ziehen lässt, so wird seine Anwendung ungewiss und unvorhersehbar. Mangelnde Präzision scheint geeignet, die Steuerungsfunktion des Rechts zu beeinträchtigen. Wenn der Rechtsunterworfenen nicht weiß, ob sein Verhalten einer gewissen Regelung unterfällt oder nicht, wie soll er dann seine Handlungen danach ausrichten?<sup>32</sup>

Im Einzelnen zeigen sich hierbei die problematisch erscheinenden Auswirkungen von Vagheit eindringlich erstens im Umgang mit dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot, welches das BVerfG Art. 20 III GG entnimmt<sup>33</sup> und die Nichtigerklärung solcher Rechtsnormen zur Folge hat, die zu „unbestimmt“, zumeist also zu vage sind. Es drängt sich eingedenk der Ubiquität von Vagheit freilich die – später noch zu behandelnde – Frage auf, wie vage eine Normdarstellung sein muss, um das rechtsstaatliche Gebot der Normenklarheit zu verletzen.<sup>34</sup>

Zweitens scheint Vagheit vor allem im Strafrecht eine große Rolle zu spielen, da Verurteilungen im Strafprozess nur auf Grundlage der *lex certa et scripta* zulässig sind, s. § 1 StGB, Art. 103 II GG, Art. 7 EMRK (*nullum crimen, nulla poena sine lege*<sup>35</sup>). Wie unter dem Brennglas müssen sich die rechtlichen Implikationen von Vagheit immer dann zeigen, wenn die Verurteilung von der Begriffsanwendung im Grenzfall abhängt. Im strafrechtlichen Kontext spielt auf Grundlage der verfassungsrechtlichen Wortlautgrenze freilich die semantische Vagheit eine übergeordnete Rolle, ganz im Gegensatz etwa zum Zivilrecht.<sup>36</sup>

Drittens impliziert die Grenzziehung im Ungewissen stets eine Gleichheitsproblematik. Wenn im Beispiel der Millionen Annahmen irgendeine Annahmeerklärungen als nicht mehr „sofort“ im Sinne von § 147 I 1 BGB angesehen wird, so lässt sich die Ungleichbehandlung mit der nur eine Millisekunde zuvor zugehenden Erklärung scheinbar nicht rechtfertigen, da eine Millisekunde keinen rechtsrelevanten Unterschied ausmachen kann.<sup>37</sup> Vagheit erfordert also auch vor dem Hintergrund von Art. 3 I GG eine Stellungnahme.

Viertens stellt sich die Frage, ob Vagheit zum Problem für die Gewaltenteilung werden könnte. Wenn schließlich der Gesetzgeber vage Begriffe verwendet, so delegiert er die Entscheidung an die auslegenden Gerichte. Im Lichte der sog. Wesentlichkeitstheorie<sup>38</sup> erscheint dies jedenfalls dann problematisch, wenn es um für die Grundrechtsverwirklichung wesentliche Fragen geht.

Fünftens lässt sich überlegen, ob die Bindung der öffentlichen Gewalt an Recht und Gesetz, Art. 20 III GG, nicht durch Vagheit in Zweifel zu ziehen ist. Wenn die Normdarstellung nicht mit absoluter Präzision möglich ist und sich Grenzfälle nicht vermeiden lassen, woran soll der Rechtsakteur dann im Grenzfall gebunden sein? Die Überlegung ließe sich noch weiter führen, indem die Frage gestellt wird, ob

vielleicht nicht nur Normdarstellungen, sondern auch Normvorstellungen als solche von Vagheit betroffen sind. Da schließlich auch der Normgeber einen Grenzfall weder sprachlich noch pragmatisch in zwingender Weise auflösen kann, ließe sich insofern von der Vagheit der Ideen als Vorstufe zur Vagheit der Sprache sprechen.<sup>39</sup>

Freilich wird der Rechtsanwender in den weitaus meisten Entscheidungssituationen nicht mit einem absoluten Grenzfall konfrontiert sein.<sup>40</sup> In aller Regel bewegt sich der Jurist vielmehr im Kernbereich von Begriffsbedeutungen. Neben dieser beruhigenden Einsicht birgt Recht allerdings auch ein ihm eigentümliches, in der Konfrontation mit Vagheit problematisches Moment. Wenn nämlich doch einmal ein Grenzfall zu qualifizieren ist, scheinen Justizgewährungsanspruch, vgl. Art. 19 IV GG<sup>41</sup>, und daraus folgender Entscheidungszwang unausweichlich ins Dilemma zu führen.<sup>42</sup> Während Linguisten und Philosophen Vagheit gelassen gegenüberstehen und sie nötigenfalls als bloßes Forschungsobjekt ansehen können, kann der Jurist mit dem semantischen Ernstfall auch im Tatsächlichen konfrontiert werden und ist daher auf praktisch brauchbare Überlegungen zur Verarbeitung von Vagheit angewiesen.

Die Überlegungen zu Normenklarheit, Wortlautgrenze, Gleichheit, Gewaltenteilung und Gesetzesbindung zeigen, dass sich Vagheit als ein der Rechtssicherheit scheinbar abträgliches Phänomen und – zumindest bei abstrakter Betrachtung – als Konzept erweist, das die Fähigkeit des Rechts zur Erfüllung der sein Wesen ausmachenden Ordnungsaufgabe in Frage stellt. Auch ist ein soziales System, das die Steuerung menschlichen Handelns zum Ziel hat, stets in der Pflicht, sich der theoretischen Grundlagen seiner Formen und Instrumente zu vergewissern. Der Hinweis darauf, dass der Zwang zur konkreten Entscheidung im Grenzfall eine Rarität darstellen wird, kann nicht von der theoretischen Auseinandersetzung mit Vagheit als rechtlichem Strukturproblem entbinden. Die Konfrontation mit Vagheit verlangt dem Rechtssystem damit in jedem Falle eine Antwort ab.

## III. Rechtsimmanente Instrumente zur Bewältigung von Vagheit

### 1. Auslegungsregeln

Die gewöhnliche Reaktion eines Juristen, der mit einem unbestimmten Begriff konfrontiert wird, besteht in der Anwendung der tradierten Auslegungsmethoden. Es liegt also der

<sup>32</sup> Vgl. *Solan*, *Vagueness and Ambiguity*, S. 73 (82).

<sup>33</sup> BVerfGE 100, 313 (359 f., 372); im anglo-amerikanischen Rechtskreis firmiert dieses Prinzip als „void-for-vagueness-doctrine“, wobei „vagueness“ in diesem Sinne freilich alle Arten von Unbestimmtheit umfasst, s. *Poscher*, *Ambiguity and Vagueness*, S. 2; *Sorensen*, *Legal Theory* 7, 387 (408).

<sup>34</sup> *S. Solan*, *Vagueness and Ambiguity*, S. 73 (83).

<sup>35</sup> S. hierzu *Lackner/Kühl*, § 1 Rn. 1.

<sup>36</sup> Vgl. *Solan*, *Vagueness and Ambiguity*, S. 73 (86).

<sup>37</sup> Vgl. *Endicott*, *Vagueness in Law*, S. 58, 129, 162 ff.

<sup>38</sup> Vgl. etwa BVerfGE 33, 303, (303, 345 f.); BVerfGE 34, 165, (165, 192 f.).

<sup>39</sup> Ähnlich *Sorensen*, *Legal Theory* 7, 387 (413).

<sup>40</sup> *Solan*, *Vagueness and Ambiguity*, S. 73 (81 f.); relative Grenzfälle, die eine Subsumtion erst nach eingehender Reflexion und ggf. Recherche ermöglichen, treten hingegen freilich nicht selten auf.

<sup>41</sup> S. auch BVerfGE 54, 277 (291).

<sup>42</sup> S. *Sorensen*, *Legal Theory* 7, 387 (391, 400 f.); vgl. auch den Ausdruck „Präziserungsverbot“ bei *Pinkal*, *Vagheit und Ambiguität*, S. 250 (265).

Gedanke nahe, dass diese dogmatischen Instrumente das nötige Rüstzeug an die Hand geben, um semantische Schluchten zu überwinden.

Indes ist es gerade eine definitorische Eigenschaft von Vagheit, dass sie sich nicht durch Auslegung beseitigen lässt. So ist auch gar keine Auslegungsregel denkbar, die zwingend zu einer rechtlich unterschiedlichen Bewertung zweier minimal abweichender Annahmeerklärungen führen könnte. Die Anwendung von Auslegungsmethoden kann vielmehr, wie jede Interpretation von Begriffen, zu mehr Unklarheit und damit zu mehr Vagheit führen.<sup>43</sup> Dies erhellt erst recht, wenn man an pragmatische Vagheit denkt. So lässt sich ggf. selbst der Wille des Gesetzgebers lediglich in vagen Begriffen formulieren oder ist nicht zu präzisieren, weil etwa der konkrete Fall nicht bedacht wurde. Wenngleich dieser Umstand den meisten Rechtsanwendern wohl kaum bewusst ist bzw. sich nicht in ihrer Argumentation bemerkbar macht<sup>44</sup>, so muss festgestellt werden, dass Vagheit schon begrifflich nicht im Wege der Auslegung beseitigt werden kann.

Das gleiche trifft auf nicht rein interpretative Entscheidungshilfen, wie etwa Folgenbetrachtungen<sup>45</sup> (bspw. in Form ökonomischer Analyse oder kriminalpolitischer Erwägungen) zu. Schließlich gilt für alle rechtlich zulässigen Instrumente, dass sie – sofern sie ein eindeutiges Ergebnis präjudizieren – das Vorliegen eines Grenzfalles *per definiti- onem* ausschließen.<sup>46</sup>

## 2. Beweislastregeln

Wenn Auslegungsregeln keine Abhilfe verschaffen, so könnte man eine entsprechende Anwendung von Beweislastvorschriften auf die Subsumtion erwägen. In einem Grenzfall könnte die rechtsrelevante Aussage stets dann als unwahr angesehen werden, wenn dies denjenigen benachteiligt, der hinsichtlich des vagen Tatbestandsmerkmals die Beweislast trägt. Ist also der Grenzfall einer „sofortigen“ Annahme im Sinne von § 147 I 1 BGB zu entscheiden, so könnte die Frage nach dem Vertragsschluss ganz einfach zu Ungunsten des sich hierauf berufenden Klägers entschieden werden.<sup>47</sup> In Konsequenz führte dieser Ansatz jedoch dazu, dass die für den Kläger günstige Entscheidung nur noch in absolut klaren Fällen möglich wäre. In Situationen von Vagheit höherer Ordnung nämlich, wenn also keine eindeutig als klarer oder als Grenzfall identifizierte Entscheidungssituation vorliegt, versagt der Mechanismus<sup>48</sup>. Selbst im Strafrecht kann der Grundsatz in dubio pro reo nicht dazu führen, dass lediglich in absolut klaren Fällen eine Verurteilung erfolgt.<sup>49</sup> Eine solche Herangehensweise würde richterliche Freiheit und damit den Richter selbst überflüssig machen. Das sich ergebende starre, unerträglich unfle-

xible System – Gesetzespositivismus *ad absurdum* – würde Einzelfallgerechtigkeit versperren und den Gesetzgeber vor eine unmögliche Aufgabe stellen.<sup>50</sup> Das Rechtssystem würde auf bloße Reaktion beschränkt. Aus diesem Grund stellen auch Beweislastregeln keine für eine befriedigende Bewältigung von Vagheit geeigneten Instrumente bereit.

Es fehlt damit an geeigneten rechtsimmanenten Abhilfen für die Probleme, welche Vagheit im Recht hervorruft.

## D. Ausblick

Dieser Befund kann natürlich nicht das Ende, sondern nur Zwischenergebnis der Untersuchung sein. Im weiteren Vorgehen bietet es sich zunächst an, solche Erklärungsansätze zu Rate zu ziehen, die außerhalb der Rechtswissenschaft zu einem besseren Verständnis von Vagheit entwickelt wurden. Schließlich beschäftigt das Phänomen Disziplinen wie Logik und Linguistik schon seit längerer Zeit. Einige ausgewählte Ansätze aus diesen Bereichen sollen im Folgenden vorgestellt und auf ihre Fruchtbarkeit für die Bewältigung rechtsspezifischer Vagheitsprobleme untersucht werden. Dies bildet den Gegenstand des zweiten Teils dieses Beitrags, der darüber hinaus noch der Frage nachgehen wird, ob sich der Umgang mit Vagheit rechtsstaatlich legitimieren lässt und ob der Vagheit im Recht vielleicht sogar ein eigenständiger Wert zukommt. Er erscheint in der folgenden Ausgabe (BLJ 2/2012). ■

<sup>43</sup> *Endicott*, *Vagueness in Law*, S. 181 f.; *ders.*, *The Value of Vagueness*, S. 27 (29); ein ähnlicher Gedanke findet sich bereits bei *Hart*, *The Concept of Law*, S. 123.

<sup>44</sup> Vgl. bspw. den zumeist nonchalanten Umgang mit § 242 BGB, etwa BGH, NJW 2011, 1499 (1500).

<sup>45</sup> S. hierzu und zu weiteren Entscheidungsfaktoren etwa *Hoffmann-Riem*, *Methoden*, S. 9 (31 ff., 38 ff.).

<sup>46</sup> Vgl. *Sorensen*, *Legal Theory* 7, 387 (393, 401); umgekehrt folgt hieraus, dass systemfremde Entscheidungshilfen (im Recht außerhalb bestimmter Vergabefragen etwa der Losentscheid) Vagheit schon definitorisch nicht beseitigen können, da ansonsten Grenzfälle gar nicht erst aufträten (der Zufall kann schließlich immer eine Entscheidung herbeiführen).

<sup>47</sup> Dass dies, wie *Endicott* meint (*Vagueness in Law*, S. 58 f.), zu zufälligen Ergebnissen führte, weil dann die Entscheidung davon abhinge, welche Vertragspartei sich in der Situation befindet, Klage erheben zu müssen, trifft jedenfalls im deutschen Recht nicht zu, da sich dieses Problem unabhängig von Vagheit stellt.

<sup>48</sup> Ähnlich *Sorensen*, *Legal Theory* 7, 387 (404).

<sup>49</sup> Der Grundsatz findet keine Anwendung auf Rechtsfragen, s. *Wessels/Beulke*, Rn. 804).

<sup>50</sup> Für die Notwendigkeit einer grundsätzlich flexiblen Handhabung auch BVerfG, NJW 1988, 477; vgl. auch die Klassifizierung eines Turnschuhs als gefährliches Werkzeug in BGH NStZ 1999, 616; zur anglo-amerikanischen „*rule of lenity*“ vgl. *Solan*, *Vagueness and Ambiguity*, S. 73 (77, 83 ff.).

---

# Keine Ausgabe mehr verpassen?

Einfach unter [www.law-journal.de](http://www.law-journal.de) eintragen und benachrichtigen lassen!

---

Gesche Heidorn, Hamburg\*

## Grundrechtlicher Schutz vor mittelbarer Geschlechterdiskriminierung

### Zur Binnensystematik des Art. 3 GG

#### A. Einleitung

Das Verbot der rechtlichen Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts ist in Art. 3 II und Art. 3 III des Grundgesetzes verankert.

Gesetze, die das Geschlecht ausdrücklich als Anknüpfungspunkt für nachteilige Rechtsfolgen verwenden und damit Frauen *unmittelbar* diskriminieren, sind heute weitestgehend beseitigt.<sup>1</sup> In den Fokus der Aufmerksamkeit tritt das Phänomen der *mittelbaren*<sup>2</sup> Diskriminierung: Der Begriff bezieht sich auf neutrale gesetzliche Regelungen, die sich faktisch überwiegend zum Nachteil von Frauen auswirken.<sup>3</sup> Durch gesellschaftliche Strukturen und die hieraus resultierenden unterschiedlichen Lebenssituationen der Geschlechter sind Frauen überproportional von bestimmten nachteilig wirkenden Rechtsnormen betroffen.<sup>4</sup>

Das zeigt sich am Beispiel der Teilzeitarbeit, an dem das Rechtsinstitut in der Rechtsprechung des EuGH entwickelt wurde:<sup>5</sup> Nachteilige Regelungen, die an Teilzeitbeschäftigung anknüpfen, wie beispielsweise der Ausschluss von Teilzeitbeschäftigten von Versorgungsleistungen (z.B. von der Betriebsrente)<sup>6</sup>, diskriminieren Frauen mittelbar, da in vielen Bereichen etwa 80% aller Teilzeitarbeitsstellen mit Frauen besetzt sind.<sup>7</sup>

Enthielte Art. 3 GG ein grundsätzliches Verbot solcher mittelbaren Diskriminierung, so wären mittelbar diskriminierende Gesetze verfassungswidrig, sofern die Anforderungen an eine Rechtfertigung nicht erfüllt wären.<sup>8</sup> Lässt sich das Verbot der mittelbaren Geschlechterdiskriminierung, das im Verfassungsrecht nicht ausdrücklich vorkommt<sup>9</sup>, aus den Gleichheitssätzen des Art. 3 GG ableiten? Und falls ja: Wie? Unter welchen Voraussetzungen kann eine mittelbare Geschlechterdiskriminierung gerechtfertigt sein? Diese Fragen sind Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Die übrigen Differenzierungsverbote des Art. 3 III GG bleiben bei der Darstellung außer Betracht, sodass sich der Begriff der mittelbaren Diskriminierung im Folgenden ausschließlich auf die mittelbare *Geschlechterdiskriminierung* bezieht.

#### B. Konstruktive Herleitung des Verbots – ein Überblick

In der Literatur werden im Wesentlichen drei unterschiedliche Möglichkeiten zur normativen Anknüpfung des Verbots mittelbarer Diskriminierung benannt:<sup>10</sup> Art. 3 I GG<sup>11</sup>, Art. 3 II GG<sup>12</sup> oder Art. 3 II und III GG<sup>13</sup>.

Befürworter einer Zuordnung zu Art. 3 II GG bzw. Art. 3 III GG verlangen, dass ausnahmsweise eine Rechtfertigung auch im Rahmen dieser sonst im Grundsatz absolut wirkenden Differenzierungsverbote möglich sein soll.<sup>14</sup>

Demgegenüber verweisen Vertreter einer Lösung über Art. 3 I GG auf die vom BVerfG entwickelte „neue Formel“: Die allgemein im Rahmen des Art. 3 I GG weite Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers verenge sich unter Einfluss der Wertungen des Art. 3 II und III GG, sodass mehr oder weniger strenge Anforderungen an eine Rechtfertigung gestellt werden könnten.<sup>15</sup>

Alle Autoren verlangen demnach eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, bei der die Intensität der mittelbar diskriminierenden

Wirkung mit etwaigen Rechtfertigungsgründen flexibel in Abwägung gebracht werden kann.

\* Die Autorin ist Studentin an der Bucerius Law School, Hamburg.

<sup>1</sup> Siehe nur *Traupe*, Mittelbare Diskriminierung teilzeitbeschäftigter Betriebsratsmitglieder, 2002, S. 19; *Sachs*, Grundrechtliche Gleichheit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts<sup>3</sup>, 2010, § 182 Rn. 99.

<sup>2</sup> So der in der Literatur üblicherweise verwendete Begriff. Andere Autoren sprechen von „indirekter Diskriminierung“, vgl. *Slupik*, Die Entscheidung des Grundgesetzes für Parität im Geschlechterverhältnis, 1998, S. 100. *Wisskirchen* plädiert für die Bezeichnung „Diskriminierung aufgrund ungleicher Betroffenheit“, da durch diese dem Amerikanischen entlehnte Terminologie das Kernproblem besser erfasst werde (*Wisskirchen*, Mittelbare Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben, 1994, S. 23). Abzugrenzen ist die mittelbare von der verdeckten Diskriminierung. Sie liegt vor, wenn bei einer benachteiligenden Regelung lediglich andere Gründe als das Geschlecht vorgeschoben werden, tatsächlich aber wegen des Geschlechts diskriminiert wird. Die verdeckte Diskriminierung fällt unproblematisch in den Anwendungsbereich des Art. 3 III GG, *Hanau/Preis*, Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA) 1988, 177, 181; *Sachs* (Fn. 1), Rn. 31 ff.; *Sievers*, Die mittelbare Diskriminierung im Arbeitsrecht, 1997, S. 19. a.A. *Bieback*, Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (ZIAS) 1990, 1, 8.

<sup>3</sup> *Bieback*, ZIAS 1990, 1, 8.

<sup>4</sup> Vgl. nur *Engler*, Strukturelle Diskriminierung und substantielle Chancengleichheit, 2005, S. 2.

<sup>5</sup> Ausführlich hierzu *Hanau/Preis*, ZfA 1988, 177, 181-188.

<sup>6</sup> EuGH, verb. Rs. 170/84 – *Bilka*, Slg. 1986, 1607.

<sup>7</sup> So waren 2005 78,34% der teilzeitbeschäftigten Beamten und Richter Frauen, s. BVerfGE 121, 241, 257.

<sup>8</sup> Zur Frage, ob dies auch für Tarifverträge gilt, vgl. *Hanau/Preis*, ZfA 1988, 177, 179/180.

<sup>9</sup> Im Europarecht sowie innerstaatlich im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) ist das Verbot mittelbarer Geschlechterdiskriminierung dagegen normiert, siehe § 3 II AGG.

<sup>10</sup> Einen kurzen Überblick über die Positionen gibt *Görlitz*, Struktur und Bedeutung der Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung im System der Grundfreiheiten, 2005, S. 45-46.

<sup>11</sup> Dafür: *Traupe* (Fn. 1), S. 260 ff.; *Sachs*, Grenzen des Diskriminierungsverbots, 1987, S. 480 ff., sowie *Sachs* (Fn. 1), Rn. 96 ff.

<sup>12</sup> Dafür: *Engler* (Fn. 4), S. 121 ff.; *Schlachter*, Wege zur Gleichberechtigung, 1993, S. 79 ff.; *Bieback*, ZIAS 1990, 1, 26-30; *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 1991, S. 305 ff.; *Ebsen*, Recht der Arbeit (RdA) 1993, 11, 13-15; *Hanau/Preis*, ZfA 1988, 177, 186-189; *Welti*, JA 2004, 310 ff.; *Gubelt*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar<sup>5</sup>, 2003, Art. 3 Abs. 2 GG Rn. 86 ff.

<sup>13</sup> Dafür: *Fuchsloch*, Das Verbot der mittelbaren Geschlechterdiskriminierung, 1995, S. 133 ff.; *Slupik* (Fn. 2), S. 99 ff.; *Wisskirchen* (Fn. 2), S. 55 ff.

<sup>14</sup> Vgl. nur *Schlachter* (Fn. 12), S. 81; *Engler* (Fn. 4), S. 125 f.; *Pfarr*, NZA 1986, 585, 587; *Gubelt*, in: von Münch/Kunig (Fn. 12), Art. 3 Abs. 2 GG Rn. 91; *andere* nur *Kirsten*, RdA 1990, 282, 286.

<sup>15</sup> In diesem Sinne *Traupe* (Fn. 1), S. 351; *Sachs* (Fn. 11), S. 483 ff.; *Sachs* (Fn. 1), Rn. 32.

Auch wenn die verschiedenen Ansichten in der Praxis häufig zu ähnlichen Ergebnissen führen dürften<sup>16</sup>, ist die exakte verfassungsrechtliche Verortung dogmatisch relevant: Es geht um Kernfragen hinsichtlich des Regelungsgehalts der einzelnen Absätze des Art. 3 GG und ihr Verhältnis zueinander. Zudem führt eine Einordnung in die im Grundsatz absoluten Diskriminierungsverbote zu einem gegenüber dem einfachen Gleichheitssatz höheren Rechtfertigungsaufwand – eine mittelbar diskriminierende Regelung wäre nur ausnahmsweise zulässig.

### C. Die Rechtsprechung des BVerfG

In einem im Jahre 2008 ergangenen Beschluss zum Ruhegehalt für Teilzeitbeamte<sup>17</sup> erklärte das BVerfG erstmals eine parlamentsgesetzliche Regelung ausdrücklich wegen mittelbarer Diskriminierung für nichtig.<sup>18</sup> Das Verfassungsgericht entschied sich für eine Zuordnung zu Art. 3 III GG. Dieses Diskriminierungsverbot sei berührt, „wenn der vom Gesetzgeber gewählte, durch Art. 3 III GG nicht verbotene sachliche Anknüpfungspunkt in der gesellschaftlichen Wirklichkeit weitgehend nur für eine Gruppe zutrifft, oder die differenzierende Regelung sich weitgehend nur auf eine Gruppe im Sinne einer faktischen Benachteiligung auswirkt, deren Ungleichbehandlung nach Art. 3 III GG strikt verboten ist (mittelbare Diskriminierung).“<sup>19</sup>

Ob diese Zuordnung einer methodengerechten Auslegung des Grundgesetzes entspricht, ist Gegenstand der folgenden Ausführungen.

### D. Auslegung des Art. 3 III GG und Art. 3 II GG

#### I. Systematisches Verhältnis der Gleichheitssätze des Art. 3 GG

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 I GG verbietet, wesentlich Gleiches ungleich und Ungleiches gleich zu behandeln.<sup>20</sup>

Sämtliche Konstellationen mittelbarer Diskriminierung lassen sich als Eingriff in Art. 3 I GG fassen.<sup>21</sup> Dies sei am klassischen Beispiel der geringeren Versorgungsleistungsansprüche bei Teilzeitarbeit verdeutlicht: Der gemeinsame Oberbegriff (*tertium comparationis*) ist die Arbeitnehmereigenschaft. Die Teilzeitarbeit ist das Differenzierungskriterium, an welches die Ungleichbehandlung anknüpft. Wesentlich gleiches (Arbeitnehmer) wird also ungleich (unterschiedliche Versorgungsleistungsansprüche) behandelt.

Art. 3 II GG und Art. 3 III GG sind im Rahmen der durch sie geregelten Lebensbereiche Konkretisierungen des Art. 3 I GG.<sup>22</sup> Als spezielle Vorschriften gehen sie damit in ihrem Anwendungsbereich dem allgemeinen Gleichheitssatz vor.<sup>23</sup> Sollte also das Verbot der mittelbaren Diskriminierung in Art. 3 II GG bzw. Art. 3 III GG enthalten sein, wäre ein Rückgriff auf Art. 3 I GG versperrt.

#### II. Mittelbare Diskriminierung als Verstoß gegen Art. 3 III GG?

##### 1. Wortlaut

Art. 3 III GG verbietet eine *Benachteiligung* oder *Bevorzugung* wegen der in dieser Vorschrift genannten Merkmale. Das Geschlecht ist eines dieser Tabumerkmale. Da jede Auswirkung auf den Grundrechtsträger entweder als Bevorzugung oder Benachteiligung interpretiert werden kann, umfasst der Anwendungsbereich des Art. 3 GG jede Form der Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts.<sup>24</sup>

Für die Einordnung der mittelbaren Diskriminierung ist entscheidend, welche Beziehung zwischen den Unterscheidungsmerkmalen und einer gesetzlich angeordneten Differenzierung bestehen muss. Welche Bedeutung hat das Wort *wegen*?

Weitgehende Einigkeit in Rechtsprechung und Literatur herrscht zumindest darüber, dass es keiner Diskriminierungsabsicht bedarf. Art. 3 III GG greift vielmehr auch dann, wenn eine Regelung nicht auf eine Ungleichbehandlung abzielt, sondern andere Ziele verfolgt.<sup>25</sup>

Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch legt das Wort *wegen* aber einen *kausalen Zusammenhang* zwischen dem verpönten Merkmal und der Ungleichbehandlung als Mindestvoraussetzung nahe.<sup>26</sup>

Bei der mittelbaren Diskriminierung dient jedoch nicht das verpönte Merkmal „Geschlecht“, sondern ein *neutrales* Merkmal als Anknüpfungspunkt der gesetzlichen Regelung.<sup>27</sup> Das Rechtsinstitut setzt begriffsnotwendig voraus, dass Männer und Frauen durch die fragliche Norm rechtlich-formal gleichbehandelt werden (ansonsten hätten wir es mit einer unmittelbaren Diskriminierung zu tun): Untypische Frauen fallen bei der mittelbaren Diskriminierung aus dem Geltungsbereich der neutralen Regelung heraus; untypische Männer werden erfasst.<sup>28</sup>

Anders ausgedrückt: Bei mittelbar diskriminierenden Regelungen ist das Geschlecht keine notwendige Bedingung für die Rechtsfolge<sup>29</sup> – eine Benachteiligung z.B. hinsichtlich der Versorgungsansprüche kann, sofern sie in Teilzeit beschäftigt sind, auch Männer treffen!

Einige Autoren legen jedoch einen anderen, den Anwendungsbereich des Art. 3 III GG erweiternden Kausalitätsbegriff zugrunde:

So stellt *Fuchsloch* unter Verweis auf die Rechtsprechung des BAG und des EuGH auf das *soziale Geschlecht* bzw. die *Geschlechtsrolle*<sup>30</sup> ab. Es genüge demnach, wenn ein adäquat-kausaler Zusammenhang zwischen *Geschlechterrolle* und der Benachteiligung bestünde. Auch wenn gesellschaftliche Sachverhalte ursächlich für die stärkere Betroffenheit eines Geschlechts seien, könne damit eine Diskriminierung wegen des Geschlechts im Sinne des Art. 3 III GG bejaht werden. Ein ähnliches Konzept vertritt *Wisskirchen*, die darauf verweist, dass Geschlecht und Geschlechtsrolle „vielfach

<sup>16</sup> So zutreffend *Osterloh*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar<sup>5</sup>, 2009, Art. 3 Rn. 256.

<sup>17</sup> BVerfGE 121, 241.

<sup>18</sup> So in einer kritischen Besprechung *Sachs*, JuS 2008, 1014-1016.

<sup>19</sup> BVerfGE 121, 241.

<sup>20</sup> BVerfGE 1, 14, 52.

<sup>21</sup> Vgl. *Engler* (Fn. 4), S. 123.

<sup>22</sup> BVerfGE 3, 225; *Wisskirchen* (Fn. 2), S. 59.

<sup>23</sup> *Rüfner*, in: Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2011, Art. 3 Abs. 2 und 3 GG (2011) Rn. 544.

<sup>24</sup> *Sachs* (Fn. 1), Rn. 55.

<sup>25</sup> BVerfGE 85, 191, 206; 97, 35, 43; 114, 357, 364; vgl. auch *Sachs*, JuS 2008, 1014.

<sup>26</sup> Vgl. nur *Rüfner*, in: FS Friauf, 1996, S. 331, 332 f.; *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar<sup>2</sup>, 2004, Art. 3 GG Rn. 120.

<sup>27</sup> *Traupe* (Fn. 1), S. 290.

<sup>28</sup> *Wisskirchen* (Fn. 2), S. 57.

<sup>29</sup> *Dürig*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 3 Abs. 3 GG (Grundwerk) Rn. 151.

<sup>30</sup> *Fuchsloch* (Fn. 13), S. 140/141.

untrennbar miteinander verbunden<sup>31</sup> seien.

Allerdings wird zurecht darauf verwiesen, dass Art. 3 III GG eine abschließende Aufzählung der verpönten Merkmale enthält, zu der die Geschlechtsrolle gerade nicht gehört.<sup>32</sup> Für eine Gleichsetzung von *Geschlecht* und *Geschlechtsrolle* wird keine überzeugende Begründung genannt.

Festzuhalten ist, dass der Wortlaut *wegen* ein formales Anknüpfungsverbot nahelegt und damit gegen eine Einordnung der mittelbaren Diskriminierung in Art. 3 III GG spricht.

## 2. Historie

Art. 3 III GG wurde vor dem Hintergrund der Erfahrungen des Nationalsozialismus formuliert. Aus diesem Umstand wird teilweise auf einen weiten Anwendungsbereich der Vorschrift geschlossen.<sup>33</sup> Sie müsse dazu dienen, Umgehungen jeder Art von Diskriminierung zu begegnen, um der deutlichen Abkehr von der jüngeren Vergangenheit Ausdruck zu verleihen.<sup>34</sup> Dieses „Schutzbedarfsargument“ führt jedoch nicht weiter, da auch durch eine Zuordnung zu Art. 3 II GG ausreichender Schutz gewährleistet werden könnte.

## 3. Systematik und Telos

Der Zweck des Art. 3 III GG liegt darin, „jedem die rechtliche Möglichkeit zu erhalten oder (...) zu verschaffen, in Freiheit über die Austauschbarkeit der Merkmale des Art. 3 III GG (...) zu entscheiden.“<sup>35</sup> Angehörige von Gruppen, die in der Vergangenheit typischerweise Willkürakten ausgesetzt waren, sollen rechtlich gleichgestellt werden.<sup>36</sup>

Da es sich bei Art. 3 III GG um eine vom allgemeinen Prinzip abweichende Vorschrift handelt, ist grundsätzlich eine enge Auslegung geboten, die außerhalb der verpönten Merkmale liegenden Wertungen keinen Raum lässt.<sup>37</sup> Ihren Schutzzweck kann die Norm am effektivsten erfüllen, wenn sie als „zeitlos, objektiv, neutral und symmetrisch“<sup>38</sup> wirksames absolutes Diskriminierungsverbot interpretiert wird.

Nach überwiegender Auffassung ist eine Rechtfertigung einer unmittelbaren Diskriminierung demnach zwar nicht vollkommen unmöglich, bedarf aber einer Legitimation durch kollidierendes Verfassungsrecht.<sup>39</sup> Für das Merkmal des Geschlechts ist die Möglichkeit einer rechtlichen Differenzierung für den Fall anerkannt, dass diese „zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich“<sup>40</sup> ist.

„Aufweichungen“<sup>41</sup> vom absoluten Differenzierungsverbot müssen auf ein Minimum reduziert werden, um einen Verlust der Stringenz des Art. 3 III GG zu vermeiden.

Eine solche „Aufweichung“ wäre aber der bereits den Wortlaut des Art. 3 III GG stark strapazierende Einbezug der mittelbaren Diskriminierung:

Die Verortung des Rechtsinstituts in Art. 3 III GG bedeutete nämlich die Anerkennung einer an den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und damit an Sachgerechtigkeitsmaßstäben ausgerichteten Rechtfertigungsprüfung (s.o.) innerhalb dieses Absatzes. Eine abwägende Diskussion darüber, ob das Geschlecht Grund für eine Benachteiligung oder Bevorzugung sein kann, soll den Trägern öffentlicher Gewalt durch Art. 3 III GG aber gerade verboten sein.<sup>42</sup>

Die Aufweichungsgefahr wird verstärkt durch die Unsicherheiten bezüglich der tatbestandlichen Anforderungen an die

mittelbare Diskriminierung. Wie groß muss der betroffene Anteil überhaupt sein, damit wir von mittelbarer Diskriminierung sprechen? Der oben erwähnte Beschluss des BVerfG schafft diesbezüglich keine Klarheit: Danach müssen die Rechtsfolgen „weitgehend für eine Gruppe“<sup>43</sup> zutreffen, dann wiederum ist von „überwiegend(er)“<sup>44</sup> Betroffenheit die Rede.<sup>45</sup> Einigkeit herrscht lediglich darüber, dass ein Anteil von 75% ausreicht.<sup>46</sup>

Doch selbst wenn sich in der Rechtsprechung konkrete prozentuale Richtwerte herausbilden würden, bliebe das Problem, dass die unverhältnismäßig stärkere Betroffenheit nicht stets auf der Hand liegt.<sup>47</sup> Sie müsste stattdessen durch ein aufwendiges statistisches Verfahren konstatiert werden.<sup>48</sup> Die Einbeziehung einer solch konturenarmen Rechtsfigur in die Struktur des Art. 3 III GG würde folglich dessen Stringenz als absolutes Verbot in Frage stellen und damit den effektiven Schutz vor unmittelbarer Diskriminierung gefährden.

Die Befürworter verweisen auf den materiell-rechtlichen Schutzgehalt des Diskriminierungsverbots. Da mittelbare Diskriminierung mitunter sehr ähnliche Effekte für die Betroffenen habe, müsse sie von Art. 3 III GG erfasst sein.<sup>49</sup>

Es ist zutreffend, dass mittelbar diskriminierende Regelungen in manchen Fällen ähnlich nachteilige Wirkungen entfalten wie unmittelbar diskriminierende Regelungen. Dies spricht aber nicht zwingend für eine Zuordnung zu Art. 3 III GG, solange ein wirksamer Schutz durch Art. 3 II GG gewährleistet werden kann.

## III. Mittelbare Diskriminierung als Verstoß gegen Art. 3 II GG?

### 1. Verhältnis zwischen Art. 3 III und Art. 3 II GG

Ist für die mittelbare Diskriminierung Art. 3 III GG nach der hier vertretenen Auffassung nicht einschlägig, so kommt eine Verortung in Art. 3 II GG nur dann in Betracht, wenn diese Vorschrift nicht lediglich den Inhalt des Art. 3 III GG hinsichtlich des Merkmals Geschlecht wiederholt.<sup>50</sup> Es geht bei

<sup>31</sup> *Wisskirchen* (Fn. 2), S. 62, die Art. 3 III GG „im Lichte des Gleichberechtigungsgrundsatzes“ interpretiert und deshalb Art. 3 III GG eine gruppenbezogene Dimension zuspricht.

<sup>32</sup> *So Traupe* (Fn. 1), S. 291/292.

<sup>33</sup> *Engler* (Fn. 4), S. 126; *Fuchsloch* (Fn. 13), S. 142.

<sup>34</sup> *Fuchsloch* (Fn. 13), S. 142.

<sup>35</sup> *Dürig*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 29), Art. 3 Abs. 3 GG Rn. 142.

<sup>36</sup> *Sachs* (Fn. 1), Rn. 77.

<sup>37</sup> *Rüfner* (Fn. 26), S. 331, 334 f.; *Traupe* (Fn. 1), S. 266.

<sup>38</sup> *Sacksofsky* (Fn. 12), S. 339.

<sup>39</sup> *Bunke/Vofkuhle*, *Casebook Verfassungsrecht*<sup>5</sup>, 2008, S. 106; *BVerfGE* 114, 357, 364.

<sup>40</sup> *BVerfGE* 85, 191.

<sup>41</sup> *Ebsen*, *RdA* 1993, 11, 13.

<sup>42</sup> *Rüfner*, in: *Bonner Kommentar* (Fn. 23), Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 540; *Sachs* (Fn. 1), Rn. 77.

<sup>43</sup> *BVerfGE* 121, 241, 254.

<sup>44</sup> *BVerfGE*, 121, 241, 254.

<sup>45</sup> Als „irritierend“ bezeichnet auch *Sachs* die in dem Beschluss verwendete uneinheitliche Terminologie, s. *Sachs*, *JuS* 2008, 1014, 1015.

<sup>46</sup> *Kischel*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar*<sup>10</sup>, 2011, Art. 3 GG Rn. 165.

<sup>47</sup> *Pfarr*, *NZA* 1986, 585, 586.

<sup>48</sup> *Slupik* (Fn. 2), S. 99.

<sup>49</sup> Vgl. *Fuchsloch* (Fn. 13), S. 144.

<sup>50</sup> Würde man hingegen eine Verortung in Art. 3 III GG bejahen, so wäre die mittelbare Diskriminierung auch von Art. 3 II GG erfasst, es sei denn, man ginge von einem engeren Anwendungsbereich des Art. 3 II GG gegenüber Art. 3 III GG aus.



der Auslegung also darum, ob Art. 3 II GG einen eigenständigen Gehalt gegenüber Art. 3 III GG besitzt und ob dieses „Mehr“ das Verbot der mittelbaren Diskriminierung enthält.

## 2. Auslegung des Art. 3 II 1 GG

### a) Wortlaut

„Männer und Frauen sind *gleichberechtigt*“ – der Begriff *Gleichberechtigung* deutet vom Wortlaut zunächst darauf hin, dass es auch in Art. 3 II 1 GG lediglich um *rechtliche* Gleichheit, also die Herstellung gleicher rechtlicher Ausgangspositionen zwischen den Geschlechtern geht.<sup>51</sup>

Folglich wären auch nach Art. 3 III GG nur solche Regelungen verboten, bei denen die Geschlechtszugehörigkeit notwendige Bedingung für eine Benachteiligung ist.<sup>52</sup>

Eine Ausdehnung des Art. 3 II 1 GG auf das Problem der mittelbaren Diskriminierung ergibt sich indes, wenn man bei der Bestimmung der Kausalität keine merkmalsbezogene, sondern stattdessen eine gruppenbezogene Sichtweise einnimmt.<sup>53</sup> Die Diskriminierung liegt nach einer solchen gruppenbezogenen Interpretation des Gleichheitssatzes nicht in der Verwendung bestimmter Merkmale, sondern in den nachteiligen Auswirkungen einer Regel für eine bestimmte Gruppe.<sup>54</sup>

Für die Kausalität ergeben sich aus einer gruppenbezogenen Betrachtungsweise folgende Konsequenzen: Die überproportional stärkere Betroffenheit des weiblichen Geschlechts muss kausale Folge der gesetzlich neutralen Regelung sein. Bezogen auf das Beispiel Teilzeitarbeit: Eine für die Teilzeitarbeitskräfte nachteilige Regelung muss ursächlich für die überwiegende Benachteiligung von Frauen als Geschlechtsgruppe sein. Da die Gruppe, nicht die Frau als Individuum, als Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des Kausalzusammenhangs gewählt wird, spielt es keine Rolle, ob einzelne Frauen nicht unter die Regelung fallen.

Bereits im Wortlaut des Art. 3 II 1 GG finden sich Indizien dafür, dass Art. 3 II 1 GG nicht wie Art. 3 III GG eine im Sinne einer notwendigen Bedingung kausale Verknüpfung von Nachteil und Geschlecht verlangt, sondern eine gruppenbezogene Sichtweise zulässt.<sup>55</sup> So deutet die Verwendung des Plurals („Männer und Frauen“) auf eine kollektive Betrachtungsweise hin.<sup>56</sup> Außerdem werden nicht bestimmte Merkmale, sondern der angestrebte Zustand benannt, was auf eine Zukunftsorientierung und damit auf einen über ein reines Differenzierungsverbot hinausgehenden Gehalt verweist.<sup>57</sup>

Gegen diesen Ansatz wird vorgebracht, die Anerkennung des Art. 3 II 1 GG als „Gruppengrundrecht“ würde dem System der Grundrechte als Individualrechte zuwider laufen.<sup>58</sup> Zutreffend ist, dass die Grundrechte „von der Würde und Freiheit des einzelnen Menschen“ ausgehend „in erster Linie die Freiheitsphäre des Einzelnen gegen Eingriffe der staatlichen Gewalt schützen“<sup>59</sup> sollen, mithin Individualrechte sind.

Allerdings bedarf es für den dargelegten Kausalitätsbegriff überhaupt nicht der Konzeption eines Gruppengrundrechts. Es werden nicht einer Gruppe bestimmte Rechte eingeräumt. Stattdessen wird lediglich der Diskriminierungsbegriff aus der Perspektive einer Gruppe analysiert.<sup>60</sup>

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass der Wortlaut des Art. 3 II 1 GG bei Einnahme einer gruppenbezogenen Sichtweise die Einbeziehung des Verbots mittelbarer Diskriminierung zulässt.

### b) Systematik und Telos

Es gibt gewichtige systematische Argumente für einen eigenständigen Gehalt des Art. 3 II 1 GG und damit für die Ablehnung der sogenannten Identitätsthese.<sup>61</sup> Hätte Art. 3 II 1 GG keinen über Art. 3 III GG hinausgehenden Inhalt, so würde die Vorschrift leerlaufen.<sup>62</sup> Es ist aber eine systematische Grundregel, dass Grundrechtsvorschriften eigenständige Bedeutung zukommen muss. Mit der umfassenden Bindung der staatlichen Gewalt an die Grundrechte in Art. 1 III GG wäre die Bedeutungslosigkeit einer Grundrechtsnorm unvereinbar.<sup>63</sup>

Auch das BVerfG, das früher die Identitätsthese vertrat<sup>64</sup>, hat seine Rechtsprechung geändert und im Nachtarbeitsurteil<sup>65</sup> ausdrücklich einen über das bloße Differenzierungsgebot des Art. 3 III GG hinausgehenden eigenständigen Regelungsgehalt des Art. 3 II GG anerkannt, der darin besteht, „*daß er ein Gleichberechtigungsgebot aufstellt und dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt. Der Satz ‚Männer und Frauen sind gleichberechtigt‘ will nicht nur Rechtsnormen beseitigen, die Vor- oder Nachteile an Geschlechtsmerkmale anknüpfen, sondern für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchsetzen.*“<sup>66</sup>

Dieser Ansatz ist plausibel: Im Kern geht es im Rahmen des Art. 3 II GG neben dem Verbot der rechtlichen Diskriminierung um die Herstellung *faktischer* Gleichberechtigung.<sup>67</sup> Frauen sollen am politischen, wirtschaftlichen und sozialen Leben ebenso teilnehmen können wie Männer.<sup>68</sup> Erscheinungen „struktureller Diskriminierung“<sup>69</sup>, also die Prägung der Lebenschancen der Geschlechter durch ihre unterschiedliche soziale Ausgangsposition, müssen im Rahmen des Art. 3 II GG berücksichtigt werden.<sup>70</sup>

<sup>51</sup> Im Gegensatz zu den meisten Autoren diese „Identitätsthese“ vertretend *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Art. 3 Abs. 2 GG (1996) Rn. 59.

<sup>52</sup> *Traupe* (Fn. 1), S. 306/307.

<sup>53</sup> So *Sacksofsky* (Fn. 12), S. 305 ff., die in ihrer Dissertation den Gedanken einer gruppenbezogenen Sichtweise mit dem (umstrittenen!) Konzept eines in Art. 3 II GG verankerten „Dominierungsverbots“ entwickelte.

<sup>54</sup> *Sacksofsky* (Fn. 12), S. 312; *Wisskirchen* (Fn. 2), S. 59.

<sup>55</sup> Näher *Schlachter* (Fn. 12), S. 79.

<sup>56</sup> Vgl. nur *Sacksofsky* (Fn. 12), S. 319; *Engler* (Fn. 4), S. 127; *Sievers* (Fn. 2), S. 72.

<sup>57</sup> *Engler* (Fn. 4), S. 127; *Bieback*, ZIAS 1990, 1, 29.

<sup>58</sup> *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Fn. 51), Art. 3 Abs. 2 GG Rn. 68.

<sup>59</sup> BVerfGE 21, 362, 369.

<sup>60</sup> *Sacksofsky* (Fn. 12), S. 335; *Engler* (Fn. 4), S. 132.

<sup>61</sup> Siehe zu dieser *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Fn. 51), Art. 3 Abs. 2 GG Rn. 59.

<sup>62</sup> *Engler* (Fn. 4), S. 126.

<sup>63</sup> *Sievers* (Fn. 2), S. 73.

<sup>64</sup> Vgl. nur BVerfGE 15, 337, 345; 52, 369, 374; 57, 335, 345; 74, 163, 179.

<sup>65</sup> BVerfGE 85, 191, 206/207.

<sup>66</sup> BVerfG 85, 191, 206 f. – Bei der Nachtarbeitsentscheidung handelte es sich zwar um einen Fall unmittelbarer Diskriminierung; trotzdem lassen sich aus dem Urteil Konsequenzen für die Einordnung der mittelbaren Diskriminierung ziehen.

<sup>67</sup> Vgl. zur Anerkennung der faktischen Gleichberechtigung als dem zusätzlichen Regelungsgehalt des Art. 3 II GG gegenüber Art. 3 III GG *Ebsen*, RdA 1993, 11-15.

<sup>68</sup> Vgl. zu diesem Begriff der faktischen Gleichberechtigung Art. 1 des UN-Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW). Volltext unter: <http://www.igfm.de/UEbereinkommen-zur-Beseitigung-jeder-Form-von-Diskriminierung-de.149.0.html> (13.5.2011).

<sup>69</sup> Dieser Begriff wurde geprägt von *Benda*, Notwendigkeit und Möglichkeit positiver Aktionen zugunsten von Frauen im öffentlichen Dienst, 1986, S. 7.

<sup>70</sup> *Engler* (Fn. 4), S. 131.

Mittelbar diskriminierende Regelungen führen zur Entstehung zusätzlicher Nachteile für Frauen, beschneiden sie in ihren Entfaltungsmöglichkeiten und verschlechtern damit ihre politische, wirtschaftliche und soziale Position.<sup>71</sup> Um faktische Gleichberechtigung zu ermöglichen, müssen folglich Regelungen verboten sein, die sich überwiegend nachteilig auf Frauen auswirken,<sup>72</sup> sofern diese nicht hinreichend gerechtfertigt werden können.

Die von einigen Autoren<sup>73</sup> vertretene Annahme eines asymmetrischen, ausschließlich zugunsten von Frauen wirkenden Grundrechts, lässt sich hingegen durch die Auslegung nicht bestätigen.<sup>74</sup> Wegen der historischen und politischen Gegebenheiten wirkt der Diskriminierungsschutz zwar faktisch ausschließlich für Frauen. Sollten jedoch geschlechtsneutral formulierte Regelungen Männer im Ergebnis überwiegend nachteilig betreffen, so wären auch sie vom Gebot faktischer Gleichberechtigung des Art. 3 II 1 GG geschützt.<sup>75</sup>

Art. 3 II 1 GG enthält folglich einen abwehrrechtlichen Unterlassungsanspruch hinsichtlich mittelbar diskriminierender Maßnahmen und Gesetze, der von den Angehörigen des überproportional benachteiligten Geschlechts zum Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde gemacht werden kann.<sup>76</sup>

Adressaten des Verbots der mittelbaren Diskriminierung sind die in Art. 1 III GG genannten Staatsgewalten. Außerdem gelten die Grundsätze der mittelbaren Drittwirkung – die Gerichte müssen das verfassungsrechtliche Verbot mittelbarer Diskriminierung bei der Auslegung und Anwendung arbeits- oder sozialrechtlicher Normen berücksichtigen.<sup>77</sup>

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

Neben seiner abwehrrechtlichen Dimension besitzt Art. 3 II GG einen objektiv-rechtlichen Gehalt, der durch die Rechtsprechung bereits mit dem Nachtarbeitsurteil anerkannt und durch den mit der Grundgesetzreform von 1994 geschaffenen Art. 3 II 2 GG positiviert wurde.<sup>78</sup>

Es ist damit nicht nur die Kompetenz, sondern vielmehr die Verpflichtung des Staats, auf die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung hinzuwirken.<sup>79</sup> Die Beseitigung faktischer Diskriminierung wird zum Gebot des deutschen Verfassungsrechts.<sup>80</sup> Hieraus ergibt sich die verfassungsrechtliche Pflicht für die Staatsorgane, auch mittelbar diskriminierendem Verhalten von Privaten, also insbesondere Arbeitgebern, entgegenzuwirken.<sup>81</sup> Hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung entsprechender Regelungen besitzt der Gesetzgeber jedoch einen weiten Gestaltungsspielraum, weshalb eine gesetzgeberische Untätigkeit kaum jemals verfassungswidrig ist.<sup>82</sup>

### E. Rechtfertigung innerhalb des Art. 3 II 1 GG

Nachteilige Regelungen, die ein Geschlecht überproportional betreffen, sind durch das in Art. 3 II 1 GG enthaltene Diskriminierungsverbot „prima facie unzulässig“<sup>83</sup>.

Wegen der im Vergleich zur unmittelbaren Diskriminierung regelmäßig geringeren Wirkungsweise lassen sich mittelbar diskriminierende Regelungen jedoch rechtfertigen. Die Rechtfertigungsprüfung richtet sich nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, wobei als „legitimer Zweck“ nicht ausschließlich Güter mit Verfassungsrang in Betracht kommen.<sup>84</sup> Andernfalls könnten bestimmte Lebenssachverhalte, welche für den Träger eines Merkmals typischerweise von Bedeutung sind, nicht mehr sinnvoll geregelt werden.<sup>85</sup>

## I. Legitimer Zweck und Geeignetheit

Durch Normen, die sich nachteilig auf Frauen auswirken, können vielfältige, prinzipiell aner kennenswerte Zwecke angestrebt werden. So verfolgt beispielsweise eine Benachteiligung von Teilzeitbeamten bei der Berechnung des Ruhegehaltssatzes den legitimen Zweck der Entlastung öffentlicher Haushalte.<sup>86</sup>

## II. Erforderlichkeit

Eine mittelbar diskriminierende Maßnahme ist dann nicht erforderlich, wenn eine potentielle Alternative existiert, die eine geringere Anzahl von Frauen benachteiligt oder aber zu einer Benachteiligung von geringerer Intensität führt. Hier wird dem Gesetzgeber also eine Argumentations- und Begründungslast auferlegt: Er muss darlegen, dass kein weniger benachteiligendes Mittel zur Verfügung steht und die nachteilige Wirkung nicht durch zumutbare Änderungen oder Ergänzungen beseitigt oder zumindest verringert werden kann.<sup>87</sup>

## III. Angemessenheit

Bei der Angemessenheit ist die bewirkte Beeinträchtigung mit dem durch die Regelung verfolgten Zweck in Abwägung zu bringen.<sup>88</sup>

Je stärker die Benachteiligung und die Betroffenheit eines Geschlechts durch eine mittelbar diskriminierende Regelung oder Maßnahme ist, desto gewichtiger müssen die rechtfertigenden Gründe sein.<sup>89</sup> Wird also besagte nachteilige Regelung für Teilzeitbeamte eingeführt, so steigen die Anforderungen mit der Höhe des betroffenen Frauenanteils und dem Ausmaß der erlittenen finanziellen Einbußen. Bezüglich der erwarteten Intensität bedarf es einer Zukunftsprognose. Wann genau also ein Verstoß gegen das Verbot der mittelbaren Diskriminierung der Prüfung standhält, lässt sich abstrakt nicht bestimmen. Hier bleibt es bei einer „offenen Wer-

<sup>71</sup> Vgl. *Ebsen*, Gleichberechtigung von Mann und Frau, in: *Benda/Maihofer/Vogel* (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*<sup>2</sup>, 1994, § 8, Rn. 47; *Ebsen*, RdA 1993, 11, 14.

<sup>72</sup> Vgl. *Sacksofsky* (Fn. 12), S. 372; *Wisskirchen* (Fn. 2), S. 60/61.

<sup>73</sup> So versteht *Sacksofsky* Art. 3 II GG als allein Frauen begünstigendes „Dominierungsverbot“ (*Sacksofsky* [Fn. 12], S. 305 ff.); *Wisskirchen* (Fn. 2), S. 63 spricht von einem „kollektiven Förderungsgebot“.

<sup>74</sup> Vgl. nur *Traupe* (Fn. 1), S. 315.

<sup>75</sup> *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*<sup>11</sup>, 2011, Art. 3 GG Rn. 87.

<sup>76</sup> Vgl. *Welti*, JA 2004, 310, 312; *Ebsen* (Fn. 71), Rn. 36.

<sup>77</sup> *Ebsen* (Fn. 71), Rn. 22.

<sup>78</sup> Näher zur Einführung des Art. 3 II 2 GG: Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, BT-Drs. 12/6000, S. 50 ff.; *Rüfner*, in: *Bonner Kommentar* (Fn. 23), Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 549; *Osterloh*, in: *Sachs* (Fn. 16), Art. 3 Rn. 262; *Welti*, JA 2004, 310.

<sup>79</sup> *Bieback*, ZIAS 1990, 1, 29.

<sup>80</sup> *Rüfner* (Fn. 26), S. 331, 340.

<sup>81</sup> *Ebsen* (Fn. 71), Rn. 36.

<sup>82</sup> Vgl. *Rüfner*, in: *Bonner Kommentar* (Fn. 23), Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 740; *Ebsen* (Fn. 71), Rn. 37 ff.

<sup>83</sup> *Schlachter* (Fn. 12), S. 81.

<sup>84</sup> Dies wird ansonsten bei Verstößen gegen Art. 3 II GG verlangt, vgl. *Ebsen* (Fn. 71), Rn. 23.

<sup>85</sup> *Sachs* (Fn. 11), S. 480 f.; ihm folgend *Traupe* (Fn. 1), S. 335.

<sup>86</sup> Vgl. BVerfGE 121, 241, 258.

<sup>87</sup> *Sacksofsky* (Fn. 12), S. 369/370.

<sup>88</sup> *Bumke/Voßkuhle* (Fn. 39), S. 97.

<sup>89</sup> *Hanau/Preis*, ZfA 1988, 177, 192; *Ebsen*, RdA 1993, 11, 14.

tung<sup>90</sup> bezüglich der Zulässigkeit einer bestimmten Regelung unter Einbeziehung aller konkreten Umstände.

Grundsätzlich gilt, dass wegen der Intensität der Grundrechtsverletzung „irgendein“ sachlicher Grund in der Regel nicht genügt.<sup>91</sup> Fiskalische Erwägungen dürften nur bei geringem Anteil an Betroffenen und geringer Intensität der Benachteiligung zur Rechtfertigung ausreichen. Demgegenüber sind zur Rechtfertigung Güter mit Verfassungsrang erforderlich, wenn die mittelbare Diskriminierung auf der Schwelle zur unmittelbaren Diskriminierung steht.

## F. Schluss

Die vorliegende Arbeit hat gezeigt, dass das Grundgesetz in Art. 3 II 1 GG ein Verbot der mittelbaren Geschlechterdiskriminierung enthält, das als subjektives Recht im Rahmen der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden kann. Eine Zuordnung zu Art. 3 III GG verbietet sich hingegen, da diese Vorschrift einen individuellen Kausalzusammenhang

zwischen Geschlecht und Benachteiligung fordert. Ausnahmen hiervon gefährden die Stringenz dieses Diskriminierungsverbots und sind deshalb zu vermeiden.

Gesetzliche Regelungen mit mittelbar diskriminierender Wirkung sind jedoch in vielen Lebensbereichen unerlässlich. Sie können deshalb nicht grundsätzlich verboten, sondern müssen einer Rechtfertigung nach den Maßgaben des Verhältnismäßigkeitsprinzips zugänglich sein.

Während diese Verhältnismäßigkeitsprüfung beim Merkmal des Geschlechts im Rahmen des Art. 3 II GG als *lex specialis* zu Art. 3 I GG stattfindet, ist sie für die anderen in Absatz 3 genannten Merkmale unter Anwendung der neuen Formel direkt über Art. 3 I GG vorzunehmen. Art. 3 III GG hingegen bietet als absolutes Differenzierungsverbot nach der hier vertretenen Konzeption keinen Schutz vor mittelbarer Diskriminierung.

<sup>90</sup> Ebsen, RdA 1993, 11, 15.

<sup>91</sup> Hanau/Preis, ZfA 1988, 177, 191.

Elias Bornemann, Hamburg\*

## Früheuthanasie

### Entscheidungssträger und ihr rechtlicher Handlungsrahmen

#### A. Einleitung

##### I. Einführungsfall

„Andrew Stinson wurde im Dezember 1976 in der 25. Schwangerschaftswoche mit einem Gewicht von 800 g geboren und sofort auf die Intensivstation der Klinik verlegt. ■ Da seine Lungen für eine spontane Eigenatmung nicht ausreichend entwickelt waren, schloss man ihn [...] an einen Respirator an. Im Laufe der folgenden Monate stellten sich zahlreiche schwere Komplikationen ein, die größtenteils iatrogen, also durch die Intensivbehandlung selbst verursacht waren. Die konzentrierten Sauerstoffgaben erzeugten eine ‚Retinopathianeonatorum‘ und damit ein allmähliches Erblinden des Kindes. Zahlreiche Infektionen traten auf, außerdem eine fortschreitende Demineralisierung und deshalb vielfaches Brechen der Knochen; ein Defekt der Lungenarterie führte zu mehreren Hirninfarkten. Allein die Infektionen machten verschiedene Operationen im Urogenitalbereich notwendig, am rechten Bein musste ein großer Teil des abgestorbenen und nekrotischen Muskelgewebes bis auf die Knochen abgeschält werden. Wiederkehrende Lungenentzündungen wurden mit Antibiotika bekämpft. Das Kind hatte außerdem einen schweren Herzfehler, Lungenblutungen, Mikrozephalie und andere Gehirnschäden. Andrew Stinson starb nach sechs Monaten auf der Intensivstation.“<sup>1</sup>

##### II. Die Problematik

Der gerade dargestellte Fall drängt eine Vielzahl an Fragen auf. Wie ist in derartigen Situationen zu handeln, was ist zu unterlassen? Wie weit gilt es zu erhalten, ab wann muss gehen gelassen werden? Bis zu welchem Punkt besteht die Pflicht ein – wenn auch kurzes – Leben zu ermöglichen, ab welcher Stelle darf ein Leiden nicht verlängert werden? Können gegenwärtige Schmerzzustände eine nicht auszuschlie-

ßende Rettungschance überwiegen? Letzten Endes: Was ist richtig, was ist falsch? Und was sind die Maßstäbe für diese Bewertung?

In dem konkreten Moment der Entscheidung prallen die Vorstellungen der betroffenen Ärzte, der Eltern, des Pflegepersonals, der Gerichte aufeinander. Hinzu kommen die externen Urteile von Juristen, Ethikkommissionen, Weltanschauungs- und Religionsgemeinschaften. Es gibt viel „Richtig“ und es gibt viel „Falsch“.

Aber zwischen den verschiedenen Meinungen liegt ein Neugeborenes, das sich nicht zu äußern vermag; das nicht Hoffnungen, Ängste, Bedürfnisse und Schmerzen mitteilen kann, um dessen Momente auf dieser Welt es aber geht., die es zu gestalten gilt.

Dass sich die verantwortlichen Personen im Moment des Entschlusses nicht auf klare, allgemeingültige moralische Richtlinien verlassen können und dass auch das Recht die Frage des Einzelfalls nicht beantworten kann, ist die Problematik dieses Themas.

Die Hilflosigkeit der Entscheidenden<sup>2</sup> im Angesicht der Hilflosigkeit des Kindes – sie ist die Problematik der Früheuthanasie.

##### III. Der juristische Handlungsrahmen

Dieser Hilflosigkeit kann (und muss) das Recht nach seinen Möglichkeiten begegnen. Zum Wohle des Kindes, aber eben auch gerade zum Wohle der Entscheidungssträger, darf an dieser existenziellen Stelle keine Rechtsunklarheit bestehen. Die

\* Der Autor ist Student an der Bucerius Law School.

<sup>1</sup> Übernommen von Merkel, JZ 1996, 1145, 1146.

<sup>2</sup> Im Verweis auf „Bestimmungsunsicherheiten“ Saliger, KritV 81 (1998), 118, 150.

Antwort auf die Frage der Strafbarkeit und die Kennzeichnung der Behandlungsentscheidung als „rechtlich gebilligtes Verhalten“ stellen eine nicht zu vernachlässigende Entlastung dar. Das Recht muss deswegen den Handlungsrahmen für die Entscheidung abstecken, also bestimmen, anhand welcher Anhaltspunkte entschieden werden muss und wer überhaupt zu entscheiden hat.

Weil es jedoch keine speziellen Regelungen für die Früheuthanasie gibt, muss danach gefragt werden, welche Prinzipien das Recht entwickeln kann oder welche bestehenden Maximen sich auf die Früheuthanasie übertragen lassen. Dabei könnten die mittlerweile sehr nuancierten Grundsätze der Sterbehilfe einen geeigneten Bezugspunkt darstellen. Leichtfertig gleichgesetzt sollten diese Themen aber nicht werden,<sup>3</sup> denn Rechtsprechung und Gesetzgebung hatten bei der Konzeption der Sterbehilfegrundsätze einen anderen Patienten (d.h. einen reiferen Menschen) und andere Krankheitsbilder vor Augen. Deshalb darf eine Übertragung erst nach näherer Prüfung und nur soweit tatsächlich möglich erfolgen. Zu diesem Zweck sollen im Folgenden der Begriff der Früheuthanasie ausgefüllt, die relevanten Grundsätze der Sterbehilfe dargestellt und die Übertragbarkeit untersucht werden.

## B. Früheuthanasie – eine Begriffsbestimmung

Früheuthanasie ist die Bezeichnung für die Beendigung bzw. das Unterlassen der lebenserhaltenden Behandlung bei Neugeborenen. Der persönliche Anwendungsbereich der Früheuthanasie wird in der Literatur vielfach unscharf bestimmt, tatsächlich erstreckt er sich auf zwei Fallgruppen von Neugeborenen. Zum einen erfasst ist die Gruppe der Frühgeborenen,<sup>4</sup> also Kinder, deren Entwicklung in der Schwangerschaft komplikationslos verlief, die jedoch erheblich zu früh geboren wurden. Ihre extreme Unreife geht einher mit erhöhter Mortalität oder Gefahr der Ausbildung einer schweren körperlichen oder geistigen Behinderung.<sup>5</sup> Die andere erfasste Gruppe ist die der sog. schwerstgeschädigten Neugeborenen, d.h. Kinder, die mit gravierenden Missbildungen oder anderen Krankheiten geboren werden.<sup>6</sup>

Auch sachlich hat die Früheuthanasie einen zweifachen Anwendungsbereich. Die für die rechtlich-ethische Diskussion weniger kontroverse Fallgruppe ist die der sterbenskranken Neugeborenen. Bei ihnen ist eine dauerhafte Lebenserhaltung ausgeschlossen, es geht alleine um die Frage, in welchem Umfang Maßnahmen zur Lebensverlängerung angewendet werden sollen. Damit stehen diese Sachverhalte der „herkömmlichen“ Sterbehilfe besonders nahe. Weiterhin diskutiert wird das Unterlassen von Lebensverlängerung bei Neugeborenen, die definitiv oder zumindest potentiell durch eine Behandlung längerfristig am Leben gehalten werden können. Umfasst sind zwei Konstellationen: Entweder hat der Sterbeprozess noch gar nicht begonnen, oder es erscheint möglich, den Sterbeprozess nicht nur aufzuhalten, sondern sogar dauerhaft zu unterbrechen.<sup>7</sup> Zu letzterer Gruppe gehört z.B. der eingangs dargestellte Fall, in dem der tödliche Verlauf der Erkrankung nicht mit letzter Sicherheit vorhergesagt werden konnte. Innerhalb dieser Gruppe umstritten ist die Behandlung von Neugeborenen, die zwar durch eine Behandlung gerettet werden können, aber den Rest ihres Lebens unter starken Schmerzen leiden oder zumindest mit erheblichen Einschränkungen umgehen müssten. Darüber hinaus wird die

Anwendung von Früheuthanasie bei Kindern in Erwägung gezogen, die in zweifacher Weise erkrankt sind: Zum einen tragen sie eine (i.d.R. genetische) Erkrankung in sich, die jedoch noch nicht ausgebrochen ist. Diese Kinder könnten bis zum Ausbruch, der einige Jahre in der Zukunft liegen kann, ein weitgehend unbelastetes Leben führen, würden dann aber einen langen Sterbeprozess erleiden.<sup>8</sup> Zum anderen weisen diese Kinder eine Krankheit auf, die verhältnismäßig leicht therapierbar ist, aber bei ungehindertem Krankheitsverlauf alsbald tödlich endet. Es wird gefragt, ob diese Kinder an den therapierbaren Erkrankungen sterben gelassen werden dürfen, um ihnen somit einen späteren, schmerzvolleren Tod zu ersparen.

## C. Die Sterbehilfe

### I. Sterbehilfe als Ausdruck des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Das „Recht auf Achtung und Nichtverletzung der Person sowohl in ihrem unmittelbaren Dasein als auch in ihren einzelnen Entscheidungsformen“<sup>9</sup> steht als sog. Allgemeines Persönlichkeitsrecht jedem Menschen zu. Es ist eine Konsequenz aus dem Respekt vor der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) und dem Selbstbestimmungsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG).<sup>10</sup> Durch eine medizinische Behandlung ist das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Patienten aufgrund der elementaren Stellung der körperlichen Integrität für die Persönlichkeit in besonderer Weise betroffen.<sup>11</sup>

Vor dem Hintergrund des radikalen medizinischen Fortschritts des letzten Jahrhunderts und der daraus entstandenen Möglichkeit den Todeszeitpunkt gar auf Jahre hinauszuzögern, zeichnete sich die Gefahr ab, dass aus dem verfassungsrechtlich garantierten Lebensrecht eine strafrechtlich aufgebürdete Lebenspflicht werden könnte.<sup>12</sup> Der 4. Strafsenat des BGH trat dieser Gefahr bereits 1957 entgegen und betonte, dass es zwar des Arztes „vornehmstes Recht und seine wesentlichste Pflicht [sei], den kranken Menschen nach Möglichkeit von seinen Leiden zu heilen. Dieses Recht und die Pflicht [finde] aber in dem grundsätzlich freien Selbstbestimmungsrecht des Menschen über seinen Körper ihre Grenze“.<sup>13</sup> In späteren Entscheidungen erklärte der BGH, dass es „keine Rechtsverpflichtung zur Erhaltung eines erlöschenden Lebens um jeden Preis“<sup>14</sup> gebe und dass „die Ausschöpfung

<sup>3</sup> Hanack, MedR 1985, 33, 34; Everschor, Probleme der Neugeborenenethanasie, 2001, S. 19 ff.

<sup>4</sup> Zur Terminologie siehe Glöckner, Ärztliche Handlungen bei extrem unreifen Frühgeborenen, 2007, S. 10 ff.

<sup>5</sup> Genzel-Boroviczény/Friese, DÄBl. 2006, A 1960, 1961.

<sup>6</sup> Darstellung der Terminologie und mit Hinweis darauf, dass in der Literatur vielfach nur die Gruppe der schwerstgeschädigten Neugeborenen im Fokus steht Glöckner (Fn. 4), S. 26 ff.

<sup>7</sup> Everschor (Fn. 3), S. 17/18.

<sup>8</sup> Für Beispiele und Diskussion siehe Hanack, MedR 1985, 33, 37; sowie Merkel, Früheuthanasie, 2001, S. 573 ff., der auf S. 576 in der Fn. 110 darauf hinweist, dass das von Hanack gewählte Beispiel der Zystinose nach dem heutigen Stand der Medizin kein passendes Beispiel mehr ist.

<sup>9</sup> Deutsch, AcP 192 (1992), 162.

<sup>10</sup> Deutsch, AcP 192 (1992) 162; interessanter Weise das Allgemeine Persönlichkeitsrecht alleine auf Art. 1 Abs. 1 GG stützend BGHZ 154, 205, 217; dazu Saliger, MedR 2004, 237.

<sup>11</sup> Deutsch, AcP 192 (1992), 162, 165.

<sup>12</sup> Dazu Merkel, JZ 1996, 1145, 1151.

<sup>13</sup> BGHSt 11, 111, 114.

<sup>14</sup> BGHSt 32, 367, 379; zur Widersprüchlichkeit innerhalb des Urteils Schmitt, JZ 1985, 365, 367/368.

intensivmedizinischer Technologie [...], wenn sie dem wirklichen oder anzunehmenden Patientenwillen widerspricht, rechtswidrig<sup>15</sup> sei. Dies solle auch gelten, wenn der Wille des Patienten aus Sicht der Ärzte oder Dritter unvernünftig erscheint.<sup>16</sup>

Somit stellte sich die Frage, wie das mit dem Patientenwillen verwobene Allgemeine Persönlichkeitsrecht einerseits und das strafrechtlich verankerte Tötungsverbot (§§ 211, 212, 213, 216, ggf. i.V.m. § 13 für Fälle des Unterlassens) andererseits in Einklang gebracht werden können. Die Formulierung einer Antwort wird seither unter der Überschrift der sog. (erlaubten) Sterbehilfe versucht.

## II. Die „Sterbehilfe durch Behandlungsunterlassung, -begrenzung oder -abbruch“<sup>17</sup>

Die Diskussion über die rechtliche Behandlung des Sterbenlassens eines Patienten bei noch bestehenden medizinischen Handlungsmöglichkeiten hat durch die Entscheidung des 2. BGH-Strafsenats vom 25.06.2010 Vereinheitlichung erfahren. Bedingt durch das *Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts* vom 29.07.2009 wich der BGH davon ab, die Zulässigkeit von Sterbehilfe daran zu bemessen, ob die Herbeiführung des Todes sich nach dem äußeren Erscheinungsbild als ein Tun oder Unterlassen darstellt.<sup>18</sup> Er fasst nun beide Fälle unter dem Begriff des Behandlungsabbruchs zusammen<sup>19</sup> und ordnet sie in das System „der Sterbehilfe durch Behandlungsunterlassung, -begrenzung oder -abbruch“ ein. Dogmatisch wird die Rechtfertigung dieser Formen der Sterbehilfe alleine anhand der Rechtsfigur der Einwilligung begründet. Dies überrascht, da zu den Voraussetzungen der Einwilligung die Dispositionsbefugnis über das in Frage stehende Rechtsgut gehört,<sup>20</sup> sich aber in dem Verbot der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) die Indisponibilität des Rechtsguts Leben manifestiert. Der BGH macht an dieser Stelle also eine Ausnahme vom Grundsatz der Unverfügbarkeit,<sup>21</sup> dies jedoch in Abhängigkeit vom Vorliegen strenger Bedingungen. So wird gefordert, dass der betroffene Patient lebensbedrohlich erkrankt ist und die abzubrechende bzw. nicht zu beginnende medizinische Maßnahme der Erhaltung oder Verlängerung des Lebens dient. Weiterhin muss die vom Sterbehelfer vorgenommene Handlung bzw. sein Unterlassen „objektiv und subjektiv unmittelbar“ auf die medizinische Maßnahme bezogen sein und darf nur dazu dienen, einen bereits angefangenen Krankheitsverlauf nicht weiter zu behindern.<sup>22</sup> In Anbetracht der Tatsache, dass der Entscheidung des BGH der Fall einer Wachkomapatientin (sog. „Apallikerin“) zugrunde lag, ist von einem weiten Verständnis des BGH hinsichtlich der Kriterien „lebensbedrohlich erkrankt“ und „angefangener Krankheitsverlauf“ auszugehen.

## III. Der äußerungsunfähige Patient und die Sterbehilfe

Die besondere Bedeutung des Patientenwillens führt unweigerlich zu der Frage, wie mit Menschen umzugehen ist, die im entscheidenden Moment nicht in der Lage sind, ihren Willen zu formulieren – ein Umstand, der auch für die Überlegungen zur Übertragbarkeit der Sterbehilfe Grundsätze auf Neugeborene von Interesse ist.

Für das Rechtsempfinden ist offensichtlich, dass die Achtung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht von dem zufälligen Zeitpunkt des Eintritts der Äußerungsunfähigkeit abhängen kann und darf.<sup>23</sup> Die Fragen nach der Bindungswirkung eines früheren Willens und nach alternativen Orientierungs-

punkten für die Behandlungsentscheidung waren daher für die Konzeption eines kohärenten Regelungssystems von besonderer Bedeutung. Eine grundlegende Klarstellung erfolgte durch das Urteil des ersten Strafsenats des BGH vom 13.09.1994, in welchem betont wurde, dass aufgrund des Selbstbestimmungsrechts des äußerungsunfähigen Patienten der Abbruch einer ärztlichen Maßnahme nicht nur erlaubt, sondern geboten ist, wenn der Patient mit dem Abbruch der Maßnahme mutmaßlich einverstanden ist. Dieser mutmaßliche Wille, an den aufgrund der Bedeutung des menschlichen Lebens strenge Anforderungen zu stellen seien,<sup>24</sup> solle durch sorgfältige Abwägung aller Umstände ermittelt werden. Zu diesen zählen „frühere mündliche und schriftliche Äußerungen des Kranken ebenso [...] wie seine religiöse Überzeugung, seine sonstigen persönlichen Wertvorstellungen, seine altersbedingte Lebenserwartung oder das Erleiden von Schmerzen“. Lässt sich jedoch nach diesen Kriterien ein mutmaßlicher Wille des Patienten nicht bestimmen, so „kann und muss auf Kriterien zurückgegriffen werden, die allgemeinen Wertvorstellungen entsprechen“.<sup>25</sup> Die Kompetenz zur Feststellung des Patientenwillens und der daran gerichteten Entscheidung über die Behandlung sprach das Gericht dem Betreuer zu, wobei dessen Einwilligung in die Sterbehilfe analog § 1904 BGB a.F.<sup>26</sup> der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedurfte. Der Wille des Patienten sollte demnach auch im Bereich der existenziellen Körperlichkeit durch den Betreuer festgestellt und die Richtigkeit mittels Feststellung durch das Gericht bestätigt werden.

Durch das *Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts* vom 29.07.2009 kodifizierte der Gesetzgeber Grundsätze zur Behandlungsentscheidung.<sup>27</sup> Mittels des neu eingefügten § 1901a Abs. 1 BGB wurde der zu früherem Zeitpunkt in Form einer Patientenverfügung zum Ausdruck gebrachte Wille als in der Entscheidungssituation unmittelbar verbindliche Ausformung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts anerkannt. Sofern jedoch der Wille des Patienten nicht auf diesem „direkten“ Wege zur Geltung kommt, obliegt es nach § 1901a Abs. 2 BGB dem Betreuer, anhand von Kriterien, die weitgehend identisch mit den bereits 1994 vom BGH aufgestellten Anhaltspunkten (s.o.), sind,<sup>28</sup> den mutmaßlichen Patienten

<sup>15</sup> BGHSt 37, 376, 378.

<sup>16</sup> BGHSt 11, 111, 113/114; Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), NK-StGB, Bd. 2 (§§ 148-358)<sup>3</sup>, 2010, Vor § 211, Rn. 106; Schneider, in: Joecks/Miebach, MK-StGB, Bd. 3 (§§ 185-262)<sup>1</sup>, 2003, Vor §§ 211 ff., Rn. 105.

<sup>17</sup> BGHSt 55, 191, 204.

<sup>18</sup> BGHSt 55, 191, 201/202.

<sup>19</sup> BGHSt 55, 191, 203; Fischer, Strafgesetzbuch<sup>59</sup>, 2012, Vor § 211, Rn. 62.

<sup>20</sup> Vgl. Roxin, Strafrecht AT, Bd. 1, 2006, § 13, Rn. 33 ff.

<sup>21</sup> Brunhöber, JuS 2011, 401, 404.

<sup>22</sup> BGHSt 55, 191, 204.

<sup>23</sup> Saliger, KritV 81 (1998), 118, 129.

<sup>24</sup> Krit. zu den „strengen Anforderungen“ Merkel, ZStW 107 (1995), 545, 559/560.

<sup>25</sup> BGHSt 40, 257, 262/263.

<sup>26</sup> Entspricht dem heutigen § 1904 I BGB. Die Analogie war notwendig, da § 1904 II BGB noch nicht bestand. Zum Meinungsstreit über die Analogie m.w.N. siehe Saliger, MedR 1994, 237, 238.

<sup>27</sup> Siehe hierzu auch Neumann, in: NK-StGB (Fn. 16), Vor § 211, Rn. 134; Fischer (Fn. 19), Vor § 211, Rn. 45; Kühl, in: Lackner/Kühl, Kommentar zum StGB<sup>27</sup>, 2011, Vor § 211, Rn. 8.

<sup>28</sup> Obwohl nicht in den Gesetzestext aufgenommen, soll auch das Kriterium der altersbedingten Lebenserwartung beachtet werden; der Anknüpfungspunkt des Schmerzempfindens wurde als untauglich verworfen. Siehe dazu Diederichsen, in: Palandt (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch<sup>71</sup>, 2012, § 1901a, Rn. 27.

willen zu ermitteln. Dies soll in Zusammenwirkung mit dem behandelnden Arzt (vgl. § 1901b Abs. 1 BGB) und – sofern möglich – nach Anhörung von Angehörigen des Patienten (vgl. § 1901b Abs. 2 BGB) erfolgen. Den Fall, dass sich auf diesem Wege der mutmaßliche Patientenwille nicht bestimmen lässt, ließ der Gesetzgeber hingegen unregelt. Ein Rückgriff auf „allgemeine Wertvorstellungen“, wie es der BGH für möglich hielt, ist weder vorgesehen noch explizit ausgeschlossen. § 1904 Abs. 2 BGB bestimmt darüber hinaus, dass der Betreuer auch für Entscheidungen über Abbruch oder Unterbleiben einer solchen Maßnahme zuständig ist, in deren Konsequenz der Patient stirbt. Jedoch bedarf diese Entscheidung der Genehmigung des Betreuungsgerichts.

Dabei gilt zu beachten, dass die Nichtbeachtung des (zivilrechtlichen) betreuungsgerichtlichen Genehmigungserfordernisses nicht mit strafrechtlichen Konsequenzen verbunden ist. Solange in Einklang mit dem (wie auch immer bestimmten) Patientenwillen gehandelt wird, sind strafrechtliche Sanktionen weder für den Arzt noch für den Betreuer vorgesehen.<sup>29</sup>

## D. Übertragbarkeit der Sterbehilfegrundsätze auf die Früheuthanasie

### I. Rechtfertigung im Bereich der Früheuthanasie

#### 1. Einleitung

Zentrale Frage im Hinblick darauf, inwiefern für die Früheuthanasie auf die eben dargestellten Grundsätze der Sterbehilfe (sowie deren dogmatische Begründung der Straflosigkeit) zurückgegriffen werden kann, ist, ob die der Sterbehilfe zugrunde liegende Idee der unbedingten Achtung des Patientenwillens auch für Neugeborene anwendbar ist. Der BGH wurde bereits dafür kritisiert, dass er die Behandlungsentscheidung bei Patienten, die ihr Bewusstsein nie wieder erlangen werden, von deren mutmaßlichen Willen abhängig machen wollte.<sup>30</sup> Unter diesem Gesichtspunkt ist die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung bei einem Neugeborenen, welches nicht nur einen künftigen Willen nicht bilden können wird, sondern auch keinen vergangenen oder gegenwärtigen Willen hat, noch viel fraglicher.<sup>31</sup>

#### 2. Die insgesamt ablehnende Position: Unmöglichkeit der Rechtfertigung

Die extreme Reaktion auf die Unfähigkeit des Neugeborenen zur wirksamen Einwilligung ist die vollständige Untersagung von Sterbehilfe im Bereich der Psychiatrie und der Pädiatrie. Wo keine eigenverantwortliche Einwilligung des Patienten in die Einleitung bzw. das Unterlassen der fraglichen Maßnahme angenommen werden kann, sei die Behandlungsentscheidung eine von Dritten gefällte Entscheidung, die letztlich eine externe Bewertung des Lebenswerts darstelle. Hierbei handle es sich nicht mehr um Sterbehilfe, sondern um „Vernichtung lebensunwerten Lebens“.<sup>32</sup>

Da diese Meinung sich durch ihren besonders konsequenten Lebensschutz auszeichnet, muss sie mit aller Entschlossenheit die Lebenserhaltung von Neugeborenen selbst im extremsten Schmerzleiden fordern. Der Schutz des Neugeborenen vor einem Urteil von außen führt in Kombination mit der Äußerungsunfähigkeit des Kindes zu einer Pflicht zu leben, wo einwilligungsfähige Patienten im Wege der Sterbehilfe längst gehen gelassen werden. Hier scheinen nicht mehr die Interessen des individuellen Kindes im Fokus zu stehen,

vielmehr wird sein Wohlergehen einem kollektiven Prinzip geopfert. Aus diesem Grund hat die Ansicht im Rahmen der Debatte über die Früheuthanasie nie besonders weitreichende Bedeutung erlangt.

### 3. Die rechtfertigenden Positionen: § 34 StGB und Einwilligung

#### a) Die Notwendigkeit einer eindeutigen Positionierung

Die heute bestehenden Rechtfertigungsmodelle der Früheuthanasie sind auf den Rechtfertigenden Notstand nach § 34 StGB begründet oder verweisen auf den Willen des Kindes, also die Rechtfertigung durch Einwilligung, wie es der BGH im Fall der Sterbehilfe tut. Eine weitergehende Diskussion und endgültige Entscheidung zwischen diesen beiden Varianten mag zunächst als rein akademische Spielerei angesehen werden, denn das Ergebnis ist dasselbe: Wegen gerechtfertigtem Handeln keine Strafbarkeit.<sup>33</sup> Welcher Rechtfertigungsgrund dabei zur Anwendung kommen soll, kann also eigentlich dahinstehen. Es lassen sich nicht einmal wesentliche Ungleichheiten für den Prozess der Entscheidungsfindung finden – worin weichen eine Feststellung des Willens des Neugeborenen mithilfe von „allgemeinen Wertvorstellungen“ und die „objektive Abwägung (subjektiver) Lebens- und Sterbensinteressen“<sup>34</sup> des Notstands voneinander ab?

Dennoch ist eine eindeutige Positionierung an dieser Stelle erforderlich. Zum einen ist eine dogmatisch kohärente Begründung in einem Rechtsstaat unentbehrlich – vor allem in solch existenziellen Fragen. Zum anderen kann es für den Entscheidungsträger einen moralischen Unterschied machen, auf welchen Rechtfertigungsgrund er sich berufen darf – dass es gegenüber dem Strafrichter egal ist, welcher Rechtfertigungsgrund gegeben ist, heißt nicht, dass auch die Rechtfertigungswirkung der beiden Gründe gegenüber sich selbst wie auch gegenüber der Gesellschaft dieselbe ist.

#### b) Streitdarstellung und Stellungnahme

Die Anhänger der Notstandslösung begründen ihre Ablehnung gegenüber der Ermittlung des Willens des Kindes damit, dass die Einwilligungsunfähigkeit von Neugeborenen rechtlich wie medizinisch anerkannt sei. Der auf dieser Aussage aufbauende Vorwurf ist, dass das Neugeborene zwar keinen tatsächlichen Anteil an der Entscheidungsfindung habe, sein fingierter Wille aber dazu verwendet werde, eine ausschließlich durch Dritte gefällte Entscheidung zu legitimieren.<sup>35</sup>

Dennoch sollte die Rechtfertigung auf dem Willen des Kindes basieren, genau wie auch die Sterbehilfe sich am Willen

<sup>29</sup> Zur alten Rechtslage *Saliger*, KritV 81 (1998), 118, 139 ff.; *Coeppicus*, NJW 1998, 3381, 3393; eine dogmatische Begründung des Ergebnisses im Hinblick auf § 34 StGB findet sich bei *Merkel* (Fn. 8), S. 164/165.

<sup>30</sup> So *Merkel*, ZStW 107 (1995), 545, 563 ff.; *Rönnau*, JA 1996, 108, 111.

<sup>31</sup> *Merkel*, ZStW 107 (1995), 545, 563/564; *Schmitt*, JZ 1979, 462, 464; *ders.*, JZ 1985, 365, 369; *Schneider*, in: MK-StGB (Fn. 16), Vor §§ 211 ff., Rn. 93.

<sup>32</sup> So, sich „der Härte dieses Standpunkts [...] bewusst“, *Schmitt*, JZ 1979, 462, 464; seinen Standpunkt nicht erneut in gleicher Deutlichkeit formulierend, aber i.E. weiterhin daran festhaltend, *ders.*, JZ 1985, 365, 369.

<sup>33</sup> Die Ähnlichkeiten betonend *Glöckner* (Fn. 4), S. 93; *NK-Neumann*, Vor § 211, Rn. 125.

<sup>34</sup> So *Merkel* (Fn. 8), S. 532.

<sup>35</sup> Für eine ausführliche Darstellung der Argumentation m.w.N. *Merkel*, Früheuthanasie, S. 528 ff.; *ders.*, ZStW 107 (1995), 545, 564; ähnlich *Eser*, in: FS Narr, 1988, S. 47, 54.

des Patienten orientiert. Zunächst ist das Erklärungsmodell des Rechtfertigenden Notstands dogmatisch nicht unproblematisch, da sich das von § 34 StGB geforderte wesentliche Überwiegen des zu schützenden Interesses bei einer Abwägung zuungunsten des bedeutenden Rechtsguts Leben<sup>36</sup> schwer begründen lässt.<sup>37</sup>

Darüber hinaus ergeben sich die eben formulierten Vorbehalte der Gegenseite aus dem Fehlverständnis einer Identität von Einwilligungsunfähigkeit und Willenlosigkeit, oder sie ergeben sich aus der inkorrekten Annahme, der Wille des Kindes selbst solle die rechtfertigende Einwilligung darstellen. Es ist der Gegenansicht zuzustimmen, dass ein Neugeborenes intellektuell unvermögend ist, unter Einbeziehung des physischen und seelischen Empfindens einen konkreten, bewussten Behandlungswunsch zu bilden. Das heißt aber nicht, dass ein Neugeborenes – und zwar auch ein extrem unreifes oder schwerstgeschädigtes – nicht zumindest über einen natürlichen Willen verfügt.<sup>38</sup> Für dessen Existenz spricht in juristischer Hinsicht die Annahme unseres Rechtssystems, dass in jedem noch so jungen Menschen die Selbstbestimmungsfähigkeit veranlagt ist.<sup>39</sup> In medizinischer Hinsicht wird diese Annahme dadurch bestätigt, dass ein Neugeborenes nicht bloß ein Körper, sondern – je nach Entwicklungsstand und Krankheitsbild mehr oder weniger ausgeprägt – zu Wahrnehmung und Reaktion fähig ist.<sup>40</sup> Aus dem Verhalten des Kindes lässt sich ablesen, welche Arten von Berührungen genossen und welche als störend empfunden werden. Es lässt sich erkennen, welcher Zustand extreme Schmerzen hervorruft, und welche Maßnahmen als Linderung empfunden werden. Dies sind, ohne Frage, äußerst simple Äußerungsformen, aber es kann dennoch nicht bestritten werden, dass hinter diesen Reaktionen ein menschlicher Wunsch steht. Es ist richtig, dass in diesem Entwicklungsstadium eine kindliche Einwilligung „reine Fiktion“<sup>41</sup> wäre; der kindliche Wille ist es nicht.

Im Rahmen der Früheuthanasie geht es aber nicht um eine direkte Einwilligung des Kindes selbst, wie sie bei Erwachsenen durch einen persönlich oder mithilfe einer Patientenverfügung geäußerten Behandlungswunsch erfolgt. Nicht das Kind willigt in die Sterbehilfe ein, sondern die rechtfertigende Einwilligung ist die eines (noch zu bestimmenden) „Vertreters“, ausgerichtet am Willen des Kindes. Der 12. Zivilsenat des BGH formulierte dies im Hinblick auf einen (erwachsenen) Patienten mit apallischem Syndrom: „Mit der Bestellung des Betreuers ist die rechtliche Handlungsfähigkeit des Betroffenen wiederhergestellt; Arzt und Pflegepersonal können deshalb nicht mehr unmittelbar auf den Willen des einwilligungsunfähigen Patienten ‚durchgreifen‘“<sup>42</sup> – nichts anderes hat für ein Kind zu gelten.

Darauf aufbauend ergibt sich notwendigerweise folgender Prozessablauf: Zunächst muss eine Person für die „Vertreterrolle“ bestimmt werden. Dieser Person obliegt es dann, den Willen des Kindes zu bestimmen, im Einklang damit über die fragliche Sterbehilfemaßnahme zu entscheiden und gegebenenfalls die rechtfertigende Einwilligung zu erteilen.

### c) Die Bestimmung des Kindeswillens

Fraglich bleibt, auf welche Weise der Wille des Kindes zu bestimmen ist. Akzeptiert man, dass auch ein Neugeborenes einen natürlichen Willen hat, der Grundlage einer vertretenden Einwilligung sein kann, erscheint es nur konsequent, die

Willensbestimmung parallel zu den Grundsätzen der Sterbehilfe beim äußerungsunfähigen Patienten verlaufen zu lassen.

Dabei können die in § 1901a Abs. 2 S. 3 BGB kodifizierten Anhaltspunkte für einen mutmaßlichen Willen nicht verwendet werden, da das Neugeborene weder frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen, noch ethische oder religiöse Überzeugungen oder persönliche Wertvorstellungen aufzuweisen hat. Stattdessen gilt es, zunächst die Reaktionen des Kindes als Ausdruck seines Willens zu beachten. Wie stark lässt sich in der Körpersprache und dem Krankheitsverlauf des Kindes der Wunsch nach Erlösung von den Leiden ablesen, haben die Schmerzen ein unerträgliches Maß erreicht? Wenn hierin Äußerungen des Kindes gesehen werden, so wird dem Neugeborenen ermöglicht, einen höchst individuellen Beitrag zur Entscheidungsfindung zu erbringen.

Weil die Reaktionen des Kindes nur sehr einfach und undifferenziert bleiben können, muss auf die vom BGH entwickelten „allgemeinen Wertvorstellungen“ zurückgegriffen werden. Auch hier taucht die bereits zuvor angeklungene Kritik an diesem Institut auf: Es handele sich bei den „allgemeinen Wertvorstellungen“ um eine verkappte objektive Interessenabwägung, wie sie eigentlich im Rahmen des Rechtfertigenden Notstands vorgenommen wird.<sup>43</sup> Was die Allgemeinheit denkt, könne nicht individuelles Erleben, eine Entscheidung, die auf die Meinung der Masse schaut, könne nicht nah beim Kind getroffen sein. Eine solche Entscheidung sei nicht Selbstbestimmung, sondern Fremdbestimmung.<sup>44</sup>

Dieser Kritik ist solange zuzustimmen, wie auf die Allgemeinheit geblickt wird, nur um ein Urteil zu finden, welches konsensfähig ist – in diesem Fall wird in der Tat nicht mehr die Selbstbestimmung des Kindes durchgesetzt, sondern es wird der Gesellschaft gestattet, anhand ihrer Vorstellungen über das Leben des Kindes zu entscheiden. Etwas völlig anderes ergibt sich hingegen, wenn unter der Orientierung an allgemeinen Wertvorstellungen eine Art „soziologische Untersuchung“ darüber verstanden wird, wie die Mehrheit der Patienten ihre individuelle Behandlungsentscheidung treffen würde, um anschließend die gewonnenen Erkenntnisse als Entscheidungshilfe zu verwenden. Dies wäre ein Schluss *a maiore ad minus*, mit dem die Entscheidung wieder ganz nah beim Kind wäre. Durch den Blick auf die Mehrheit der Patienten kann erschlossen werden, was der wahrscheinliche Wille des individuellen Kindes ist. Treffend formuliert Glöckner hierzu: „Objektive Kriterien sollen daher ausnahmsweise dann in die Mutmaßung [über den individuellen Kindeswillen] einfließen, sofern die Zuweisung allgemeiner

<sup>36</sup> Zum Leben als „vitaler Basis der Menschenwürde und [...] Voraussetzung aller anderen Grundrechte“ BVerfGE 39, 1, 42; Vgl. auch Fink, JURA 2000, 210.

<sup>37</sup> Neumann, in: NK-StGB (Fn. 16), Vor § 211, Rn. 125; für eine Gegenargumentation siehe Merkel (Fn. 8), S. 532 ff.; ders., ZStW 107 (1995), 545, 571/572.

<sup>38</sup> So auch Glöckner (Fn. 4), S. 87.

<sup>39</sup> Vgl. Fink, JURA 2000, 210, 213; unter prinzipieller Betonung für Einwilligungsunfähige Nagel, Die ärztliche Behandlung Neugeborener, 2006, S. 78; auf den BGH rekurrend Coeppecus, NJW 1998, 3381, 3382.

<sup>40</sup> Für Beispiele siehe Loewenich, MedR 1985, 30.

<sup>41</sup> Eser (Fn. 38), S. 54. Fehlerhaft bezieht Glöckner (Fn. 4), S. 89, Esers Wertung auf den Willen und nicht, wie Eser es wörtlich tut, auf die Einwilligung des Kindes.

<sup>42</sup> BGHZ 154, 205, 211; ähnlich Deutsch, AcP 192 (1992), 162, 175.

<sup>43</sup> Merkel, ZStW 107 (1995), 545, 563 ff.; Rönnau, JA 1996, 108, 111.

<sup>44</sup> So etwa Laber, MedR 1990, 182, 185.

und als vernünftig anerkannter Vorstellungen an einen Patienten eindeutig und verbreitet ist und daher eine überragende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass diese mit denen des Patienten übereinstimmen. Allein dann entfällt das Verdikt einer Fremdbestimmung und es lässt sich stattdessen von Fremdverantwortung reden“.<sup>45</sup>

Damit drängt sich eine letzte Frage auf: Darf eine Entscheidung über Leben und Sterben an einem wahrscheinlichen Willen festgemacht werden oder sollte nicht vielmehr, zum Schutz des Lebens, der Wille mit letzter Sicherheit festgestellt worden sein? Dieser Frage ist zum einen zu entgegnen, dass auch im Bereich der Sterbehilfe anhand von Wahrscheinlichkeiten entschieden werden muss. So haben Rechtsprechung und Gesetzgebung mit der Anerkennung des mutmaßlichen Willens bestätigt, dass die Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts eine Orientierung an Wahrscheinlichkeitswerten rechtfertigt. Darüber hinaus würden mit dem Erfordernis, den Patientenwillen mit letzter Sicherheit festgestellt zu haben, an den Sterbehelfer höhere Anforderungen bzgl. seiner Entscheidungsfindung gestellt werden, als dies bei dem ggf. über ihn entscheidenden Strafrichter der Fall wäre<sup>46</sup> – der Wertungswiderspruch ist offensichtlich.

#### d) Entgegnungen

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen ist denjenigen, die Sterbehilfe bei Neugeborenen prinzipiell ablehnen, zu entgegnen, dass es sich bei Früheuthanasie nicht um willkürliche Lebensdisposition, nicht um eine Entscheidung *über* das Kind, sondern um eine Entscheidung *für* das Kind handelt. Das Kind wird nicht zum Objekt degradiert, vielmehr wird es in seiner Stellung als Subjekt gerade bestätigt.

Die Vertreter der Lösung über den Rechtfertigenden Notstand sind darauf hinzuweisen, dass nicht auf einer entfernten objektiven Ebene, sondern ganz nah beim Kind entschieden wird. Dies bringt die Rechtfertigung durch Einwilligung schlichtweg besser zum Ausdruck.<sup>47</sup> Und auch die Befürchtung, dass durch das Abstellen auf den Kindeswillen die von den Entscheidenden zu tragende Begründungslast unzulässig herabgesetzt werde,<sup>48</sup> wird nicht bestätigt. Vielmehr wird erst in dem Eingeständnis, dass es sich um ein Wahrscheinlichkeitsurteil handelt, die zu tragende Last in ihrer ganzen Schwere erkannt.

## II. Die Verantwortlichkeit für Willensbestimmung und Einwilligung

### 1. Einleitung

Zu beantworten bleibt damit die Frage, wem im Fall der Früheuthanasie die Ermittlung des Kindeswillens und die daraufhin erfolgende Behandlungsentscheidung obliegt. Hier sind die dargestellten Regelungen des Betreuerrechts der Sterbehilfe beim einwilligungsunfähigen Patienten nicht direkt übertragbar, denn es gelten andere zivilrechtliche Grundsätze. Während für Volljährige die Grundsätze der rechtlichen Betreuung nach den §§ 1896 ff. BGB inklusive der bereits erläuterten Bestimmungen zur Willensermittlung gelten, ist die Vertretung von Minderjährigen im Rahmen der Elterlichen Sorge in den §§ 1626 ff. BGB speziell geregelt. Jedoch enthält dieser Abschnitt keine Bestimmungen dazu, wie bei Sterbehilfe-Fällen vorzugehen ist. Es existiert keine klare gesetzliche Aussage, ob die elterliche Sorge auch die Erteilung der rechtfertigenden Einwilligung in Sterbehilfe

umfasst. Als Entscheidungsträger lassen sich daher verschiedene Institutionen und Personen denken – sei es ein unabhängiges Gremium wie z.B. eine sog. „Ethikkommission“ oder das Familiengericht, die Eltern oder aber der behandelnde Arzt (ggf. in Zusammenarbeit mit seinem Team). Während in der juristischen Debatte die beiden Erstgenannten eher als Kontrollinstanzen eingestuft werden, finden sich für die beiden Letztgenannten jeweils eine Vielzahl an Vertretern.

### 2. Arzt- oder Elternkompetenz?

Lange Zeit überwog die Befürwortung der Entscheiderposition des behandelnden Arztes deutlich.<sup>49</sup> Bedeutendstes Argument dafür war und ist, dass der Arzt aufgrund der Nähe zum Kind im Rahmen der Behandlung und durch seine fachliche Ausbildung am besten die Interessen des Kindes beurteilen kann. Darüber hinaus wird dem Arzt eine neutralere Willensbestimmung und Entscheidung als den Eltern zugetraut. So wird vermutet, dass Eltern zum einen dazu neigen könnten, das Neugeborene wegen ihres Kinderwunsches unter allen Umständen, entgegen seinem Wohl, am Leben zu halten. Zum anderen könnten sie, vor dem Hintergrund des Wunsches nach einem gesunden Kind und aus Angst vor persönlicher Belastung durch die Pflege eines behinderten Kindes, ein durchaus lebensfähiges und –williges Kind sterben lassen wollen.<sup>50</sup> Hier ist das Vertrauen gegenüber den Ärzten, welchen das Bundesverfassungsgericht eine Stellung als Personen, „denen der Staat kraft ihrer besonderen Pflichtenstellung vertrauen darf“<sup>51</sup> zuschreibt, größer als gegenüber den Eltern. Zwar gestehen manche Autoren den Eltern ein Widerspruchsrecht zu<sup>52</sup> – dies ist aber eine inkonsequente Lösung, egal ob man eine Rechtfertigung über Einwilligung oder § 34 StGB annimmt. Denn ist der mutmaßliche Wille des Kindes oder, nach anderer Ansicht, das wesentliche Überwiegen seines Erlösungs- über sein Lebensinteresse festgestellt, so muss auch in diesem Sinne entschieden werden – niemand, und erst Recht nicht die Eltern, darf sich dem entgegenstellen.<sup>53</sup>

Anfangs vereinzelt,<sup>54</sup> heute verstärkt<sup>55</sup> werden dennoch die Eltern als Entscheidungsträger in Erwägung gezogen. Zwar sei der Gegenansicht darin zuzustimmen, dass der Arzt aufgrund seines Informationsstandes besser befähigt ist, den Willen des Kindes zu ergründen. Im Regelfall werde es dem Arzt aber möglich sein, die Eltern mit allen für die Entscheidungsfindung benötigten Informationen zu versorgen.<sup>56</sup> Das stärkste Argument zugunsten der Elternentscheidung ist das

<sup>45</sup> Glöckner (Fn. 4), S. 95.

<sup>46</sup> Vgl. m.w.N. Saliger, MedR 2004, 237, 241.

<sup>47</sup> Neumann, in: NK-StGB (Fn. 16), Vor § 211, Rn. 125.

<sup>48</sup> So Merkel (Fn. 8), S. 531. Diesen Gedankengang wird bereits zu früherem Zeitpunkt angedeutet bei ders., ZStW 107 (1995), 545, 559.

<sup>49</sup> Ulsenheimer, MedR 1994, 424, 428; Kaufmann, JZ 1982, 481, 486; von Medizinerseite Loeneich, MedR 1985, 30, 33; Laber, MedR 1990, 182, 186, lehnt jedenfalls Elternkompetenz ab.

<sup>50</sup> Saliger, KritV 81 (1998), 118, 151; Laber, MedR 1990, 182, 186; für eine weitergehende Darstellung der Argumentation Everschor (Fn. 3), S. 23/24.

<sup>51</sup> Vgl. BVerfGE 88, 203, 274.

<sup>52</sup> So z.B. Ulsenheimer, MedR 1994, 425, 428.

<sup>53</sup> Hierauf für § 34 StGB zurecht hinweisend Merkel (Fn. 8), S. 607.

<sup>54</sup> Hanack, MedR 1985, 33, 38; Eser (Fn. 38), S. 54.

<sup>55</sup> Lipp, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp (Hrsg.), *Arztrecht*<sup>6</sup>, 2009, Rechtsfragen der Transplantation, Transfusion, Sektion und der Intensivmedizin, Rn. 166; Glöckner (Fn. 4), S. 107; Nagel (Fn. 42), S. 85; nicht für ein Neugeborenes, aber einen Minderjährigen OLG Hamm NJW 2007, 2704, 2705.

<sup>56</sup> So auch Nagel (Fn. 42), S. 86.



in Art. 6 Abs. 2 GG veranlagte und einfachgesetzlich durch die §§ 1626 ff. BGB ausgestaltete Elternrecht, welches auch die Entscheidung über die Behandlung des Kindes umfasst.<sup>57</sup>

Unklar ist jedoch, ob das Elternrecht, das zur Ausgestaltung des Lebensweges des Kindes dient, automatisch auch die Entscheidungskompetenz über den Sterbensweg des Kindes umfasst. Hat der (Verfassungs-) Gesetzgeber den Eltern tatsächlich eine so weitreichende Befugnis zusprechen wollen? Diese Frage lässt sich eindeutig mit folgendem Hinweis beantworten: Es wäre paradox, wenn man den Eltern bei zentralen Lebensentscheidungen für das Kind, wie etwa der Wahl der Schule, der religiösen Erziehung<sup>58</sup> und medizinischen Behandlungen, einen Vertrauensvorschuss gibt, sie jedoch bei der existenziellen Entscheidung der Sterbehilfe unter einen Generalverdacht stellte. Es ist nicht verständlich, warum die Rechtsordnung mit Art. 6 Abs. 2 GG, §§ 1626 ff. BGB bei allgemeinen Lebensfragen davon ausgehen sollte, die Eltern würden im Sinne des Kindes entscheiden können, seien dazu aber bei daseinsbetreffenden Entscheidungen jedenfalls außerstande. Darüber hinaus ist das Lebensrecht wie auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Kindes dem Erziehungsrecht der Eltern keineswegs schutzlos unterstellt - § 1666 BGB verleiht dem Familiengericht die Kompetenz, bei Gefährdung des Kindeswohls Maßnahmen zum Schutz des Kindes zu treffen. Warum die Gegenansicht diesen Weg nicht mitgehen will, sondern lieber die Behandlungsentscheidung weg von den verfassungsrechtlich legitimierten Eltern hinzu den allenfalls durch ihren Stand herausgestellten Ärzten verlagern will, ist nicht verständlich.

### 3. Der Prozess der Willensbestimmung und Einwilligung

Dennoch muss sichergestellt werden, dass die – freilich nicht unbegründete – Befürchtung der Vertreter der Arztkompetenz Wirklichkeit wird und sachfremde Erwägungen der Eltern in die Bestimmung des Kindeswillens mit einfließen. Dafür bietet der § 1666 BGB eine erste Grundlage. Scheint die Behandlungsentscheidung der Eltern nicht mit dem Kindeswillen übereinzustimmen, so obliegt es dem behandelnden Arzt als Beschützergaranten, diese Bedrohung des Kindeswohls dem Familiengericht anzuzeigen. Das Gericht kann im Folgenden alle notwendigen Untersuchungen anstellen und die Entscheidung der Eltern entweder bestätigen oder verwerfen. Damit wird letztlich eine Systematik geschaffen, welche der des § 1904 Abs. 2, Abs. 4 BGB entspricht: Stimmen Arzt und Vertreter darin überein, dass die Sterbehilfemaßnahme dem Willen des Patienten entspricht, so ist die Einwilligung des Vertreters wirksam. Sind sie sich hingegen nicht einig, so bedarf es einer gerichtlichen Überprüfung.

Diese Lösung greift jedoch immer noch zu kurz: Gerade bei der Früheuthanasie besteht nicht nur im Fall des Dissenses zwischen Arzt und Entscheidungsträger ein Bedürfnis nach gerichtlicher Kontrolle und Bestätigung.<sup>59</sup> Dies resultiert zum einen aus den bereits oft genannten Schwierigkeiten der Willensbestimmung des Neugeborenen – im Interesse des Kindes ist eine möglichst extensive Überprüfung geboten. Zum anderen entsteht dieses Bedürfnis aus der besonderen rechtlichen und moralischen Wirkung eines gerichtlichen Urteils zugunsten der Entscheidungsträger. Rechtlich verschafft ein vor Vollzug der Behandlungsentscheidung gefälltes Urteil Sicherheit, dass nicht zu einem späteren Zeitpunkt strafrechtliche Konsequenzen folgen. In moralischer Hinsicht kann die

Bestätigung durch ein Gericht helfen, die Richtigkeit der getroffenen Entscheidung gegenüber sich selbst zu bezeugen und gegenüber der Gesellschaft zu erklären.

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen ergibt sich folgendes Idealbild des Entscheidungsfindungsprozesses: Einzig und allein in absoluten Notfallsituationen, in denen keine Zeit zur Informationsvermittlung an die Eltern verbleibt, hat der behandelnde Arzt aufgrund seiner Nähe zum Kind und seiner Fachkenntnis das Recht und die Pflicht die Behandlungsentscheidung im Sinne des Kindes zu treffen. In allen anderen Fällen liegt es an den Eltern, den mutmaßlichen Willen ihres Kindes zu bestimmen und demgemäß die rechtfertigende Einwilligung auszusprechen oder zu verweigern. Sofern die Dringlichkeit der Entscheidungsfindung es zulässt, ist die Elternentscheidung durch das Familiengericht zu bestätigen oder zu verwerfen.

## E. Zusammenfassung, Konsequenzen und Abschluss

### I. Zusammenfassung

Somit lassen sich die gewonnenen Erkenntnisse folgendermaßen zusammenfassen: Im Rahmen der Früheuthanasie ist weitgehend wie bei der regulären Sterbehilfe zu verfahren. In Bezug auf Neugeborene ist nichts erlaubt, was nicht auch gegenüber einem erwachsenen Patienten rechtmäßig ist, und es ist alles geboten, was ebenso in der Behandlung eines Erwachsenen verlangt wird. Grundlage und Leitlinie ist der mutmaßliche Wille des Kindes, wobei die Feststellung desselben Recht und Pflicht der Eltern ist – ihnen obliegt es auch, anschließend und entsprechend die rechtfertigende Einwilligung auszusprechen oder zu verweigern. Um die Entscheidung der Eltern zu kontrollieren und ggf. zu bestätigen, steht (bisher ausschließlich) im Fall des Dissenses zwischen Arzt und Eltern die Überprüfung durch das Familiengericht gem. § 1666 BGB zur Verfügung.

### II. Konsequenzen

Möchte man diesem System Folge leisten, so ergeben sich drei Konsequenzen für die Rechtswissenschaft und auch die Medizin: Erstens sollte, wie bereits ausgeführt, die familiengerichtliche Überprüfung und Ratifizierung zum festen Bestandteil des Entscheidungsfindungsprozesses gemacht werden.

Zweitens bedarf es weiterer und vor allem einheitlicher Formulierung von Entscheidungshilfen. Zwar ist die Behandlungsentscheidung immer auf den individuellen Kindeswillen zu stützen, jedoch leisten die „allgemeinen Wertvorstellungen“, wie beschrieben wurde, einen wesentlichen Beitrag zur Willensbestimmung. Es muss daher ausgearbeitet werden, was in den verschiedenen denkbaren Situationen die „allgemeinen Wertvorstellungen“ sind. Ein erster Versuch wurde 1986 mit den sog. *Einbecker Empfehlungen*<sup>60</sup> unternommen und in den letzten Jahren wurden durch die juristische und medizinische Literatur weitere Beiträge erbracht. Besonders hilfreich für alle Beteiligten wäre aber eine einheitliche Formulierung von Entscheidungshilfen durch ein breit aufge-

<sup>57</sup> Diederichsen, in: Palandt (Fn. 31), § 1626, Rn. 10.

<sup>58</sup> Vgl. § 1 Gesetz über die Religiöse Kindererziehung.

<sup>59</sup> So auch Saliger, KritV 81 (1998), 118, 150.

<sup>60</sup> Abgedruckt in MedR 1986, 281/282.; die revidierte Fassung von 1992 findet sich in MedR 1992, 206/207.

stelltes Gremium von juristischen und medizinischen Repräsentanten, diesmal nicht nur im Rang einer Empfehlung, sondern einer Leitlinie.<sup>64</sup>

Drittens, über das Feld der Früheuthanasie hinausgehend, wird eine Hinterfragung des jetzigen Abtreibungsrechts, insbesondere der sog. Spätabtreibung, und des Beginns des absoluten Lebensschutzes erforderlich. Durch die dargestellten Regelungen zur Früheuthanasie wird dem Neugeborenen – und zwar selbst dem überlebensunfähigen weil unterentwickelten Neugeborenen – das absolute Höchstmaß an Subjektqualität zugesprochen. Vor diesem Hintergrund ist es schwer zu erklären, wieso ein noch ungeborenes Kind, das aufgrund seines Entwicklungsstandes außerhalb des Mutterleibes (jedenfalls vorübergehend) überlebensfähig wäre, nicht den selben Schutz erfährt wie ein gleich entwickeltes, aber bereits geborenes Kind, sondern im Rahmen des sogenannten „Fetozids“ straflos getötet werden darf. Polemisch formuliert ließe sich fragen, wie es sich rechtfertigen lässt, dass bei einem zumindest vorübergehend selbständig überlebensfähigen Fötus das einzige, was zwischen ihm und der Anerkennung als vollwertiges Subjekt steht, die Bauchdecke der Mutter ist. Somit wäre eine Vorverlagerung des Beginns des absoluten Lebensschutzes jedenfalls auf den Zeitpunkt, ab dem das Kind zumindest vorübergehend unabhängig von der Mutter überleben kann, nur konsequent.<sup>61</sup>

### III. Abschluss

Bei der Formulierung juristischer Regelungen sollte immer der Eingangsfall im Blick behalten werden. Dieser wurde gewählt, um die Tiefe der Unsicherheiten und Schwierigkeiten zu verdeutlichen. Rechtswissenschaft und Medizin kön-

nen zwar versuchen, Entscheidungshilfen zu formulieren und ein schlüssiges System zu formen, in dessen Rahmen sich bewegt werden darf. Innerhalb dieses Systems kann den Eltern aber nie vorgegeben werden, welche Behandlungsentcheidung mit Sicherheit richtig ist. Im Fall Andrew Stinson sprachen die extremen Krankheits- und Schmerzzustände gegen eine Lebens- und Leidensverlängerung. Ihnen gegenüber stand die anfängliche Unsicherheit über den tatsächlich letalen Ausgang des Krankheitsverlaufes, für die Behandlung sprach also die Hoffnung auf ein späteres Leben.

Wie würde das Kind seinen Wunsch formulieren, wenn es könnte?<sup>62</sup> – so die entscheidende Frage, die letztlich ein Wahrscheinlichkeitsurteil ist und bei der die Chance, falsch zu liegen, immer zu hoch ist. Den Eltern ist wahrlich unerträglich viel zugemutet mit einer, wie *Merkel* treffend formuliert, „Aufgabe einer Entscheidungsethik der Unsicherheit, der Zweideutigkeiten und des Umgangs mit einer manchmal unvermeidlichen moralischen Schuld“.<sup>63</sup>

Um die erdrückende Last des Zweifels an der Richtigkeit der Entscheidung zu lindern, bedarf es auf weltlicher Seite der Bestätigung durch Ärzte und Gerichte. Auf transzendentaler Seite bedarf es eines gnädigen Gottes.<sup>64</sup> ■

<sup>61</sup> So auch, unter Formulierung ähnlicher Gedankengänge, *Gropp*, GA 2000, 1, 10 ff.; auch *Merkel*, JZ 1996, 1145, 1152 hält das Entstehen des für ihn maßgeblichen „Lebensinteresses“ schon deutlich vor der Geburt für möglich, führt den Gedankengang aber nicht im Hinblick auf (Spät-)Abtreibungen weiter.

<sup>62</sup> Eine Frage, die sich vor dem Hintergrund der hier gemachten Ausführungen ganz anders darstellt als bei *Merkel*, ZStW 107 (1995), 545, 565.

<sup>63</sup> *Merkel*, JZ 1996, 1145, 1155.

<sup>64</sup> Zum Gedankengang vertiefend *Bonhoeffer*, Ethik<sup>3</sup>, 2010, S. 275 ff.