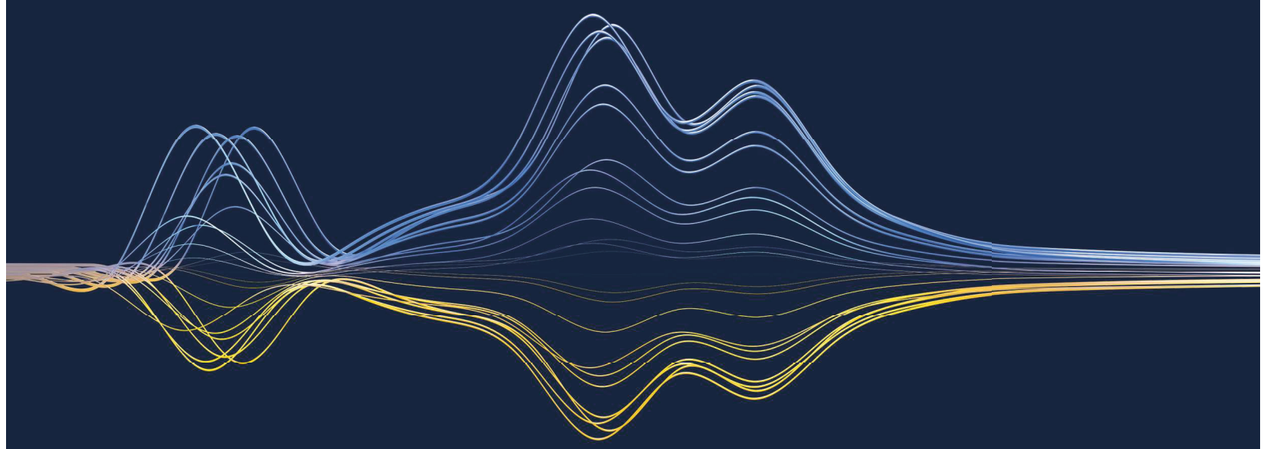
Share our Vision
Shape your Future



Let's reach new heights and achieve more together.

Bewerben Sie sich bei DLA Piper für eine Wissenschaftliche Mitarbeit, das Referendariat oder als Associate (m/w/d)!

Frankfurt · Hamburg · Köln · München
250+ Anwältinnen und Anwälte in Deutschland
dlapipercareers.de

DLA PIPER

dlapiper.com

DLA Piper is a global law firm operating through various separate and distinct entities. Further details of these entities can be found at dlapiper.com. Lawyer Advertising. Copyright © 2021 DLA Piper. All rights reserved.

ISSN 1864-371X

Bucerius Law Journal

Februar 2023
Heft 01/23
Seiten 1–52

Editorial	RA Dr. Julian B. Hageböke	Zur Digitalisierung der (juristischen) Bildung - ein Revolutionsaufruf	1
Rede	BM Dr. Marco Buschmann MdB	Konflikt und Urteilskraft	6
Int. Privatrecht	Christoph Timm	Die Rechtskraft ausländischer Schiedssprüche - Analyse des kollisionsrechtlichen Status quo	9
	Hannah Güntner	Das nach der Rom II-VO anwendbare Recht auf Klimaklagen, insbesondere die Auswirkungen ausländischer Genehmigungen im Deliktsstatut	16
Arbeitsrecht	Anna Schneeberg	Die Zulässigkeit einer Kündigung wegen Whistleblowings	23
Kapitalmarktrecht	Simon Bekele	Die geplante ICO-Regulierung durch den MiCAR-E	30
Grundlagen des Rechts	Friedrich Muche	Im Prinzip Interpretation: Die Prinzipientheorie der Grundrechte aus verfassungsinterpretatorischer Perpektive	34
Strafrecht	Antonia Michel	Absprachen im Strafbefehlsverfahren	41
	Clemens Alexander Jungfer	Das Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit: Eine Bewertung unter verfassungsrechtlichen und rechtspolitischen Gesichtspunkten	47

in cooperation with
DLA PIPER

Bucerius Law Journal · Februar 2023 · Heft 01/2023 · Seiten 1–52
www.law-journal.de

BLJ

Redaktion der Ausgabe 01/2023

Alicia Albrecht
Benedikt Bartylla
Johanna Becker (Redaktionsleitung)
Simon Bösken
Emmanuel Buhl (Redaktionsleitung)
Annika Diemke (Ressortleiterin)
Dr. Ben Fuhrmann
Hannah Güntner
Fabian Hagemeister
Sarah Heidner
Leonard Jaritz
Philipp Kehl
Julius Ohletz
Cora Pfeiffer
Christoph Rathert (Ressortleiter)
Maximilian Roth (Redaktionsleitung)
Christoph Ruholl (Chefredakteur)
Svenja Schwartz (Ressortleiterin)
Maximilian Tränkner (IT)
Niklas Wilde

Impressum

© Bucerius Law Journal e.V., Hamburg

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

www.law-journal.de

ISSN 1864-371X

Erscheinungsweise

Das Bucerius Law Journal (BLJ) erscheint zweimal jährlich in einer Auflage von jeweils 500 Exemplaren.

Umschlaggestaltung

Christoph Ruholl

Urheberrechte

Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt; die Rechte hierfür liegen bei den jeweiligen Autorinnen und Autoren und 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 beigefügt 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.

Call for Papers

EINSENDEN VON BEITRÄGEN

Wir nehmen laufend Beitragsvorschläge für die kommenden Ausgaben entgegen. Das Bucerius Law Journal ist offen für Einsendungen von Wissenschaftlern und Praktikern, möchte aber vor allem auch Studierenden deutschlandweit eine Plattform zur Veröffentlichung wissenschaftlicher Beiträge bieten. In jeder Ausgabe werden daher vorwiegend studentische Aufsätze veröffentlicht.

Bitte senden Sie Beiträge als Word-Datei an **info@law-journal.de**. Ein Beitrag sollte 35.000 Zeichen (inklusive Fußnoten und Leerzeichen) nicht übersteigen. Die Zitierweise von Fundstellen sollte ferner den Vorgaben unseres Zitierleitfadens entsprechen.

Die Zweitveröffentlichung eines schon an anderer Stelle veröffentlichten Beitrages im Bucerius Law Journal kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht. Bitte weisen Sie bei Einsendung eines Beitrages darauf hin, ob Ihr Beitrag schon einmal veröffentlicht wurde bzw. ob Sie den Beitrag zur Zeit auch einer anderen juristischen Zeitschrift zur Veröffentlichung angeboten haben.

Nach Einsendung Ihres Beitrages wird dieser durch zwei Redakteure gelesen. Diese entscheiden, ob der Beitrag für eine Veröffentlichung im Bucerius Law Journal in Betracht kommt. Ist dies der Fall, bieten wir Ihnen die Veröffentlichung in einer der nächsten Ausgaben zu den in unserem Autorenvertrag niedergelegten Bedingungen an.

Bitte beachten Sie: Da wir uns am Konzept US-amerikanischer Law Journals orientieren, in denen die Redaktion eine aktive Rolle bei der Auswahl passender Beiträge übernimmt, unterziehen wir die eingesandten Beiträge auch einer kritischen inhaltlichen Prüfung. Sollten wir Ihnen eine Veröffentlichung anbieten, werden wir Ihnen daher ggf. auch Kürzungs- und Verbesserungsvorschläge unterbreiten. Änderungen werden aber – selbstverständlich – nur in Absprache mit Ihnen bzw. von Ihnen selbst vorgenommen.

VERÖFFENTLICHEN STUDENTISCHER SEMINARARBEITEN

Im Bucerius Law Journal veröffentlichen Studierende regelmäßig auch wissenschaftliche Beiträge, die besipielsweise aus besonders gelungenen Seminararbeiten hervorgegangen sind und vorher in eine veröffentlichungsfähige Version umgearbeitet wurden.

Wenn Du selbst eine besonders gelungene Arbeit geschrieben hast und diese veröffentlichen möchtest, dann schicke sie bitte an **info@law-journal.de**.

Zwei Redakteure werden Deine Arbeit lesen und prüfen, ob man diese in einen Aufsatz umarbeiten kann. Ist dies der Fall, machen wir Dir einen entsprechenden Umarbeitungsvorschlag und bieten Dir die Veröffentlichung in einer der nächsten Ausgaben an. Bei der Umarbeitung wirst Du von uns mit Rat und Tat unterstützt.

Bitte beachte: Wir bewerten die Veröffentlichungsfähigkeit einer Seminararbeit nicht vorrangig nach deren Benotung. Eine mit 16 Punkten benotete Seminararbeit kann also zum Beispiel zwar handwerklich herausragend, thematisch aber uninteressant sein, während eine „nur“ mit 10 Punkten benotete Arbeit trotz handwerklicher Fehler dennoch sehr innovative und daher veröffentlichungswürdige Gedanken enthalten kann. Im Zweifel solltest Du uns Deine Arbeit einfach schicken – wir klären dann gemeinsam, ob sie veröffentlichungsfähige Elemente enthält.

Bucerius Law Journal

Redaktion dieser Ausgabe: Alicia Albrecht, Benedikt Bartylla, Johanna Becker (Stellvertretende Vorsitzende), Simon Bösken, Emanuel Buhl (Stellvertretender Vorsitzender und Schatzmeister), Annika Diemke (Ressortleiterin Öffentliches Recht), Ben Fuhrmann, Hannah Güntner, Fabian Hagemeister, Sarah Heidner, Leonard Jaritz, Philipp Kehl, Julius Ohletz, Cora Pfeiffer, Christoph Rathert (Ressortleiter Zivilrecht), Maximilian Roth, Christoph Ruholl (Vorsitzender), Svenja Schwartz (Ressortleiterin Strafrecht), Maximilian Tränkner (IT), Niklas Wilde

Heft 01/2023
Seiten 01-52
Februar 2023

RA Dr. iur. Julian B. Hageböke, B. Sc. (Univ. Passau)*

Zur Digitalisierung der (juristischen) Bildung – ein Revolutionsaufruf

„Nichts ist so geeignet, unser Denken nach allen Richtungen mit einem Schlage von den beengenden Fesseln der Schablonen zu befreien, wie eine revolutionäre Periode."
(Rosa Luxemburg[1])

A. Einleitung

Hinter mir liegt das Erste Juristische Staatsexamen, ein Bachelorstudiengang in Business Administration & Economics, eine Promotion im Fachbereich Rechtswissenschaften und das Zweite Juristische Staatsexamen. In den letzten knapp neun Jahren habe ich somit einen guten Einblick in unser juristisches Bildungssystem erlangt, das ich zudem mit einem Bachelorstudiengang vergleichen kann.

Seit der Examensvorbereitung auf das Erste Juristische Staatsexamen stellt sich mir immer wieder die Frage, ob das System der juristischen Lehre noch zeitgemäß ist. Trotz dessen ich in beiden Staatsexamina überdurchschnittliche Ergebnisse erzielen konnte, komme ich zum Ergebnis, dass das System veraltet ist, abgeschafft und von Grund auf erneuert werden muss.

Die Überschrift ruft zur (freilich friedlichen) Revolution auf. Eine Reform reicht nicht aus, weil ihr Denkverbote immanent sind; schließlich wird bei dieser am bestehenden System nichts geändert, sondern es werden lediglich Anpassungen getroffen. Das ist in den meisten Fällen ausreichend, weil bestehende Systeme in aller Regel durchdacht, ausgereift und bewährt sind. Das gilt für die juristische Ausbildung aber schon lange nicht mehr. Lassen Sie uns die (juristische) Bildung deshalb auf Grundlage eines weißen Blatt Papiers neu denken.

Die derzeitigen Überlegungen, etwa einen verbindlichen Bachelor of Laws in das Studium zu integrieren, das Examen am Computer schreiben zu lassen oder den Schwerpunkt abzuschaffen, reichen bei Weitem nicht aus. Es werden hierdurch lediglich Symptome und nicht das eigentlich krankhafte System bekämpft.

B. Probleme der Lehre an Universitäten (und Schulen)

„Der Bildungsföderalismus muss weg!"

Diese Auffassung wird bezogen auf die schulische Bildung keineswegs mehr nur von zentralistischen Hardlinern vertreten. So sprachen sich im ifo Bildungsbarometer 2020 fast 90 Prozent der Befragten für einheitliche Lehrpläne in der gymnasialen Oberstufe und für gleichlautende Abiturprüfungen aus. 60 Prozent befürworteten sogar den Vorschlag, dass bildungspolitische Entscheidungen grundsätzlich vom Bund getroffen werden.[2]

In Anbetracht dieser Stimmungslage überrascht es umso mehr, dass die Schwächen der Bildungs-Kleinstaaterei in der juristischen Ausbildung bisher nur Wenige zu öffentlicher Empörung getrieben haben. So sind doch die Probleme, die das Nebeneinander von 15 (im Ersten Juristischen Staatsexamen) bzw. 13 (im Zweiten Juristischen Staatsexamen) Justizprüfungsämtern[3] verursachen, keineswegs geringer als jene, die die Kultusminister und ihre Ministerien hervorrufen. Das fängt schon beim Wechsel des Studienorts an und hört gewiss nicht beim unterschiedlichen Ansehen der Staatsexamina auf. Beste Grüße bei dieser Gelegenheit von einem in Bayern (Erst-)Examinierten an die – so behaupten manche verallgemeinernd – zweit- bis drittklassigen juristischen Nordlichter.

Spätestens diese Aussage sollte nun auch dem letzten Bildungsföderalismus-Fanatiker aufstoßen. Im Kampf um die beste Bildung konkurrieren nicht die Universität Freiburg mit der Universität Heidelberg und auch nicht Bayern mit Schleswig-Holstein, sondern Deutschland mit Estland[4] und dem Rest der Welt. Das beste innerdeutsche System muss

---

* Der Autor *Hageböke* ist Rechtsanwalt am Hamburger Standort der Kanzlei BRL Boege Rohde Luebbehuesen und zudem Lehrbeauftragter der Bucerius Law School. Ein herzlicher Dank gilt meinem Kollegen Herrn Stud. iur. Nikolaos Massuras (Bucerius Law School) für seine hilfreiche Unterstützung.

1 Je nach politischer Ideologie ist ihr nicht in allen Äußerungen – vielleicht sogar nur in dieser – zuzustimmen.

2 https://tinyurl.com/55f57f9r, Abruf am 03.12.2022.

3 https://de.wikipedia.org/wiki/Landesjustizprüfungsamt, Abruf am 03.12.2022.

4 https://tinyurl.com/4p98mntc, Abruf am 03.12.2022.

für ganz Deutschland gelten und dann punktuell angepasst werden.

Viel eklatanter aber ist die Ineffizienz unseres gegenwärtigen Systems. *Andreas Schleicher*, OECD-Bildungskoordinator, zeigte anhand der Pisa-Studie auf, dass nicht die Bildungsausgaben für eine gute Bildung entscheidend sind, sondern vielmehr, wie man das Geld ausgibt. Das ist – außer für unsere Bildungspolitiker – eine Binsenweisheit! Schauen Sie vergleichend in die Fußballwelt: Manchester City ist der einzige Verein, dessen Kader über eine Milliarde Euro wert ist[5] und sie haben trotzdem noch nie die Champions League gewonnen.

Die Ineffizienz besteht in zweifacher Hinsicht: zum einen in der Wissensvermittlung und zum anderen im Einsatz des Lehrpersonals. So gibt es etwa 850 ordentliche Professoren[6] an über 40 juristischen Fakultäten in Deutschland.[7] An allen juristischen Fakultäten heißt es dann im Herbst (und teilweise auch im Frühling) ganz nach dem Klassiker Dinner for One: „Same procedure as every year."

Trotz manch lokaler Unterschiede unterrichten an nahezu jeder juristischen Fakultät ein Professor die Erstsemester im Allgemeinen Teil des BGB, ein weiterer im Verfassungsrecht und mancherorts ein anderer im Allgemeinen Teil des Strafrechts. Im zweiten, dritten und den weiteren Semestern geht es ähnlich weiter.[8] Ich verrate vermutlich kein Geheimnis, dass nicht jeder Professor ein begnadeter Didaktiker und Redner ist. Hinzu kommt, dass Professoren unterschiedliche Lehrstile haben und ihre Zuhörer unterschiedliche Lehrmethoden bevorzugen. So kann es durchaus vorkommen, dass etwa der Lehrstil des Strafrechts-Professors aus Hamburg am besten zum Lernstil des Studenten in Münster passt, während der Lehrstil des Münsteraner Professors am besten zum Lernstil des Freiburger Studenten passt. Aktuell beschäftigen also viele Fakultäten eine Vielzahl an hochqualifizierten Professoren damit, fast parallel dieselben Sachen zu erklären, während die Hälfte ihres Publikums eigentlich in einem anderen Hörsaal besser aufgehoben wäre. Eine fast schon skurrile Situation!

Bei genauem Hinsehen offenbaren sich mithin zwei immense Schwachstellen in unserem gegenwärtigen Bildungssystem: für die Studenten hängt die Qualität der Lehre vom Zufall des lehrenden Professors ab und die Lehrenden verschwenden ihre Zeit damit, immer wieder dasselbe zu unterrichten.

In jedem anderen Bereich wird versucht, repetitive Aufgaben auf Maschinen und zur Not auf weniger gut qualifiziertes Personal zu übertragen. An den Fließbändern deutscher Automobilfabriken steht wohl kaum dauerhaft die internationale Ingenieur-Elite. In unserem Bildungssystem hingegen erledigen nach wie vor die Crème de la Crème der Juristen die Fließbandarbeit. Das lässt sich am Beispiel des Zivilrechts hervorragend veranschaulichen: Große Teile des BGB haben sich seit vielen Jahren kaum verändert. So sind sogar eine Vielzahl an Vorschriften im BGB heute noch in der Fassung, wie sie in dem Jahr 1900 in Kraft getreten sind. Nun zu behaupten, Professoren erzählen auf diesen Gebieten seit über 120 Jahren dasselbe ginge zwar zu weit, weil sich Dogmatik und Rechtsprechung weiterentwickelt haben. Trotzdem wird wohl keiner ernsthaft behaupten, die Entwicklungen etwa im Minderjährigenrecht seien so rapide, dass jedes Jahr eine neu konzipierte Vorlesung nötig sei.

Angesichts dieser Probleme drängt sich die Frage auf, womit die politische Trägheit zu erklären ist, die das krankende Bildungssystem am Leben hält. Die Antwort ist so offensichtlich wie ernüchternd. Die „Verlierer" von Bildungsreformen sind zuvörderst die Bürokraten in den Landesministerien sowie die Parteien auf Landesebene, die weniger Parteisoldaten mit Posten ausstatten könnten und damit insgesamt weniger Macht hätten. Dass diese die Revolution nicht inbrünstig anführen, liegt auf der Hand. Schlimmer ist aber, dass sie die Veränderungen wegen des Zustimmungsvorbehalts des Bundesrats verhindern können.[9]

Hinzukommt in der Juristerei noch ein weiteres Phänomen, nämlich das fast schon neurotische Festhalten am omnipräsenten Mantra in Behördenmanier: „Das haben wir schon immer so gemacht." Die Lehre des Rechts ist so alt wie das Recht selbst. Während sich aber das Recht über einige Jahrtausende hinweg modernisiert (nicht zu verwechseln mit: verbessert) hat – denken Sie in jüngster Zeit nur an die vielen harmonisierenden Verordnungen und Richtlinien des europäischen Gesetzgebers – gilt dies für die Rechtslehre nicht. Dass das heutige juristische Ausbildungssystem noch auf dem preußischen Gesetz über die juristischen Prüfungen und die Vorbereitung zum höheren Justizdienst aus dem Jahr 1869 beruht[10], dürfte nicht nur Menschen mit leichtem Hang zum Progressivismus verwundern. Überspitzt könnte man behaupten, dass der Weggang von Tafel und Tageslichtprojektor hin zu Beamer und PowerPoint-Präsentation die größte Entwicklung der Rechtslehre ist; nicht einmal so weit ist schon jeder Professor.

C. Lösung

„*Alles was digitalisiert werden kann, wird digitalisiert.*"
(*Carly Fiorina*, CEO von Hewlett-Packard im Jahr 2009)

Die Lösung vieler unserer Bildungsprobleme – ob solche in der Oberstufe oder in der Erwachsenenbildung – liegt in der Digitalisierung. Veranschaulichen möchte ich das anhand der Rechtslehre.
Die Digitalisierung der Rechtslehre ist nicht neu. Müsste ich ein paar Namen nennen, fallen mir aus meiner Zeit als Student *Horst Eidenmüller* mit seinem Podcast zum Sachenrecht, *Stephan Lorenz* mit seinem Podcast zum Grundkurs Zivilrecht, und nicht zuletzt *Martin Fries* mit seinen unzähligen (zivilrechtlichen) Video-Vorlesungen auf YouTube ein. Unbenommen sind die Genannten und all Nichtgenannte, die sich der Digitalisierung der Rechtslehre

[5] https://www.transfermarkt.de/spieler-statistik/wertvollstemannschaften/marktwertetop, Abruf am 03.12.2022.
[6] https://tinyurl.com/bdcpfnrt, Abruf am 03.12.2022.
[7] https://www.lto.de/karriere/jura-studium/unis, Abruf am 03.12.2022.
[8] Eine Ausnahme besteht etwa für die Vorlesungen zu den Landesrechten. Hier gleichen sich die Systeme nur innerhalb des Bundeslandes.
[9] Um dem Bund die Gesetzgebungskompetenz im Bereich der Bildung zu verleihen, müsste Art. 73 oder 74 GG geändert werden. Dafür sind gemäß Art. 79 Abs. 2 GG zwei Drittel der Stimmen des Bundesrates erforderlich.
[10] *Nossek*, BRJ 2016, 31 ff.

verbürgt haben, wahre Pioniere. Sie waren es, die mit der Machete den Weg durch einen bis dahin unergründeten Dschungel skizziert haben. Durch die Nutzungszahlen haben sie der juristischen Ausbildungswelt gezeigt, dass digitale Lehre mehr als nur eine Daseinsberechtigung hat. Das dürfte nicht zuletzt an dem bereits beschriebenen Phänomen der Fehlallokation von Professoren und Studenten liegen.

Pionierarbeiten ist allerdings immanent, dass die Produkte noch in Kinderschuhen stecken. Obwohl allesamt fachlich und didaktisch hervorragend sind, sind die optischen und auditiven Gestaltungen nicht gerade oscarverdächtig. Es ist nun die Aufgabe der Nachzügler den Trampelpfad schrittweise in eine Autobahn auszubauen. Die Pioniere haben einen guten Schritt in der Evolution von analoger zu digitaler Lehre geleistet. Das reicht jedoch nicht! Es braucht eine Revolution, keine Evolution. Das sollte in den letzten drei Jahren Corona-Pandemie jedem klar geworden sein. Dabei verstehe ich Revolution als einen grundlegenden sowie nachhaltigen strukturellen Wandel des Systems, der (hoffentlich) abrupt und in relativ kurzer Zeit erfolgt.

Im Folgenden möchte ich Ihnen gerne meine Vorstellungen darstellen. Freilich sind diese nicht von heute auf morgen umsetzbar und es handelt sich dabei lediglich um eine Vision.

Statt eines Professors pro Fach pro Fakultät werden die repetitiven Teile der Vorlesung nur noch von fünf Professoren pro Fach gemacht. Dies geschieht jedoch nicht in Form einer klassischen Vorlesung oder eines mit überschaubarem Budget hergestellten Podcasts, sondern als hochwertig produzierter „Wissensblockbuster“ mit Animationen, guter Kamera- und Tonqualität, Einspielern, interaktiven Einblendungen und Querverbindungen (*crosslinks*) zu anderen Videos, am besten auch aus anderen Wissenschaftsdisziplinen (Psychologie, Medizin, Betriebswirtschaftslehre etc.). Diese „Wissensblockbuster“ sind auf einer einzigen (hoch-)schul- und länderübergreifenden Plattform allen Deutschen frei und kostenlos zugänglich. Schließlich sind es auch alle Steuerzahler, die das Bildungssystem im Wesentlichen tragen. Es ist – ganz nebenbei – unerklärlich, aus welchen Gründen aktuell die meisten Kursunterlagen öffentlicher Hochschulen nur im eigenen Intranet abrufbar sind. Beim öffentlich-rechtlichen Rundfunk ist es selbstverständlich, dass jeder Zugriff hat, weil dieser auch von der Allgemeinheit bezahlt wird. Für Lerninhalte kann nichts anderes gelten. Was aus Steuergeld bezahlt wird, muss auch dem Steuerzahler zugänglich sein.

Dies hätte den Vorteil, dass allen Mitbürgern jegliche Art von schulischer und akademischer Bildung zugänglich gemacht werden würde. So würde auch das interdisziplinäre Verständnis gefördert und akademisches Wissen für Nichtakademiker geöffnet werden. Ist dann innerhalb eines Fachgebiets ein Wissensblockbuster (oder eine Stelle) subjektiv unverständlich, besteht ohne Weiteres die Möglichkeit, sich von einem der vier anderen Dozenten das Thema erklären zu lassen.

Vor allem aber entlastet dieses Modell das Lehrpersonal massiv. Dieses könnte bei den Präsenzveranstaltungen das Wissen der Videos voraussetzen und sich auf punktuelle Vertiefung und das Beantworten von Fragen konzentrieren. Wird beispielsweise in eine neue Rechtsmaterie eingetaucht, wurde bisher ein erheblicher Teil der Vorlesungszeit damit verbracht, die einschlägigen Normen vorzulesen und in ihrer Grobstruktur durchzusprechen. Wird dieser Teil auf Wissensblockbuster ausgelagert, könnten sich die Studenten einerseits besser und in ihrem eigenen Tempo auf die Materie vorbereiten und andererseits würde die Fließbandarbeit von einigen wenigen gemacht werden. Wir sollten doch als Steuerzahler ein Interesse daran haben, dass die durch uns finanzierte Bildung effizient ist. Des Weiteren wird diese Aufgabe auch der Stellung des Professors gerecht. Professoren sind die gut (aber nicht gut genug) bezahlte Speerspitze unseres Bildungssystems. Es ist nicht ihre (Lehr-)Aufgabe, Erwachsenen das beizubringen, was sich – sehr überspitzt ausgedrückt – jeder mit einem Hauch an geistigen Fähigkeiten in fünf Minuten bei Google zusammensuchen kann, sondern vielmehr Missverständnisse auszuräumen, in die Tiefe zu gehen, den geistigen Horizont zu erweitern und die Grenzen des eigenen Intellekts zu ergründen und bestenfalls auszuweiten.

Skeptiker würden jetzt vermutlich einwenden, dass eine professionelle Videoproduktion das Letzte sei, was die Bildungsbudgets aktuell hergeben. Doch das ist Quatsch! Wir haben bei Weitem genug Geld, um alles zu finanzieren, was wir (richtiger: die Politiker) wollen. Infolge der Invasion Russlands in die Ukraine tauchten aus dem Nichts innerhalb von knapp 3,5 Monaten 100 Milliarden Euro für eine – so behauptet es jedenfalls die Bundesregierung – „leistungsstarke Bundeswehr“[11] auf. Abgesehen von all der in diesem Zusammenhang möglichen Kritik an dieser und den vergangenen Bundesregierungen zeigt dies doch, dass Staatsfinanzierungen immer eine Frage der Prioritäten sind.

Im Jahr 2020 haben deutsche Hochschulen fast fünf Milliarden Euro für die Fächer Rechtswissenschaft und Wirtschafts- und Sozialwissenschaften ausgegeben,[12] und dafür bestenfalls mittelmäßige Lehre hervorgebracht. Insgesamt betrugen die Bildungskosten 64 Milliarden Euro.[13] Dieses Geld reicht bei Weitem aus, um auch wirklich herausragende Lehre zu produzieren. Erinnern Sie sich an die Worte von *Andreas Schleicher*!

Schauen Sie bei Gelegenheit doch mal auf der Website *masterclass.com* vorbei. Etwa in dieser Art könnte ich mir eine solche Online-Plattform vorstellen. Klar ist jedenfalls, dass eine solche Website in „Apple-Manier“ an Benutzerfreundlichkeit nicht zu überbieten sein darf. Die Zeiten von staatlichen „Windows XP-Websites“ muss endlich vorbei sein. Die besagte Plattform *Masterclass* hat seit ihrer Gründung 2015 rund 500 Millionen Euro[14] an Risikokapital erhalten. Das ist nicht einmal ein Prozent des jährlichen Budgets für Hochschulen in Deutschland!

---

[11] https://tinyurl.com/2z38v8bc, Abruf am 03.12.2022.

[12] Statistisches Bundesamt: Fachserie 11, Reihe 4.5, „Finanzen der Hochschulen“, S. 21.

[13] Statistisches Bundesamt: Fachserie 11, Reihe 4.5, „Finanzen der Hochschulen“, S. 10.

[14] https://tinyurl.com/3fas7tpz, Abruf am 03.12.2022.

Dass meine Vorstellungen nicht absurd sind, zeigen etwa die Videos der Bucerius Law School zum Allgemeinen Verwaltungsrecht[15]: gutes Mikrofon, kein „Parallelvideo" vom Dozenten und eine übersichtliche Darstellung. Zwar gibt es auch hier noch Optimierungspotentiale hin zu einem Wissensblockbuster. Ein Beispiel guter digitaler Lehre ist es aber gleichwohl.

Ich stelle mir die Videos wie eine Loseblattsammlung vor. So kann durch punktuelle Aktualisierungen die ganze Videoreihe mit überschaubarem Aufwand aktuell gehalten werden. Videos zu Rechtsprechungen sollten nicht Teil der Videos sein, sondern können an einer entsprechenden Stelle (vielleicht am streitigen Tatbestandsmerkmal) verlinkt werden. So können auch andere Dozenten *content* liefern. Als Beispiel für solche Videos könnte die von mir ehemals mitherausgegebene „Aktuelle Rechtsprechung in 200 Sekunden"[16] herangezogen werden. Freilich müssten auch diese Videos auf das Niveau eines Wissensblockbusters angehoben werden.

Zudem würde ich zur Förderung der Interaktivität nach bestimmten Abschnitten Testfragen in die Videos einbauen. Hier können die Videos von *Kämmerer* zum Staatsorganisationsrecht als gute Beispiele genannt werden.[17]

D. Vorteile dieses Ansatzes

Ausgangspunkt meiner Überlegungen ist nicht allein meine juristische Ausbildung und ihre Schwächen, sondern auch mein Unmut über die Vergabepraxis der Universitäten über ihre Studienplätze. Mit diesem Ansatz löst man im Vorbeigehen dieses Problem gleich mit.

Die meisten Universitäten nutzen – zumindest partiell – das *numerus-clausus*-Verfahren (Abiturnote). Der Aussagegehalt des Abiturs über die Eignung für einen Studiengang ist meines Erachtens jedoch recht überschaubar. Ich habe beispielsweise an der Universität Passau, bei der sich lediglich für den Studiengang Rechtswissenschaften eingeschrieben werden muss, die Erfahrung gemacht, dass auch aus solchen Kommilitonen, die nur eine durchschnittliche oder unterdurchschnittliche Hochschulzulassung vorweisen können, hervorragende Rechtswissenschaftler werden können. Andere, die sich mit einer überdurchschnittlichen Hochschulzulassung einschrieben, haben währenddessen nicht einmal die Zwischenprüfung bestanden.

Aus dieser Erfahrung heraus plädiere ich dafür, dass grundsätzlich allen die Möglichkeit offenstehen muss, den gewünschten Studienplatz anzutreten. Im Konflikt steht das freilich mit den zur Verfügung stehenden Kapazitäten der jeweiligen Universität. Dieses Spannungsfeld lässt sich heute durch die Möglichkeiten der Digitalisierung relativ simpel lösen: Online-Vorlesungen im ersten Semester/Jahr, anschließend wird aus den geschriebenen fachspezifischen Klausuren ein Ranking erstellt, nach der im Rahmen der zur Verfügung stehenden Kapazitäten die „endgültigen" Studienplätze vergeben werden. Freilich wird hiermit nur das Kapazitätsproblem auf einen späteren Zeitpunkt verlagert. Der Vorteil besteht aber darin, dass nicht mehr auf die Abiturnote abgestellt wird. Die Abiturnote sagt nämlich nach eigener Erfahrung nur überschaubar etwas darüber aus, ob eine Person etwa ein (nur aus akademischer Sicht) guter Arzt, Jurist oder Psychologe wird. Sollen doch alle anfangen dürfen ein bestimmtes Fach (auch Medizin in Deutschland) zu studieren. Ich wäre gespannt, wie viele Nicht-1,0-Abiturienten den – wie man im Golf sagt – *cut* schaffen würden.

In den Bereichen, in denen wegen den Kapazitäten ein überwiegend digitales Semester/Jahr stattfindet, darf dies aber nicht mit der Einschränkung von gerade zu Beginn des Studiums wichtigen Sozialkontakten zu den Kommilitonen einhergehen. Hier sind entsprechende Veranstaltungen von den Fakultäten anzubieten.

E. Fazit

Macht man sich frei von jeglichen gedanklichen Zwängen und denkt gesellschaftliche Probleme neu, würden wir ohne Berücksichtigung der Umsetzungsproblematiken mit ziemlicher Sicherheit in einer besseren Welt leben. Nun können und sollten wir nicht im Stile Neros das alte System niederbrennen, ein neues System implementieren und all die vom Altsystem Betroffenen in die Röhre schauen lassen – stellen Sie sich das nur mit unserem überschaubar guten Rentensystem vor. Es geht allerdings auch nicht, dass Umsetzungsprobleme Ideen und Visionen gedanklich einzwängen. Richtig wäre doch ein gedanklicher Zweischritt: Zunächst wird ganz im Stile eines Revolutionärs überlegt, was aus der historischen Erfahrung heraus aber ohne Berücksichtigung jeglicher Umsetzungsprobleme sinnvoll ist. Erst danach stellt sich die Frage der Umsetzbarkeit.

Nach der Lektüre dieses Beitrags dürften wir uns einig sein, dass sich in der deutschen Bildungslandschaft etwas ändern muss – dringend! Es kann nicht sein, dass ein Land wie Deutschland, deren Quelle des Wohlstands allein in der Bildung besteht, in Bildungsfragen so rückständig ist. Leider hat dieses Thema keinerlei Priorität, weder in der Politik noch unter unseren Mitbürgern. Nach meiner Wahrnehmung spielte die Bildungspolitik bei den letzten Koalitionsverhandlungen bestenfalls eine untergeordnete Rolle, es interessierte sich kein Toppolitiker ernsthaft für diese Position und mehr als jeder fünfte Bundesbürger gab bei einer Umfrage an, auch drei Monate nach Amtsantritt des Kabinetts unsere Bildungsministerin nicht zu kennen.[18] Sollte Ihnen der Name nun auch nicht einfallen, spricht das vermutlich weniger gegen Sie als gegen unsere Ministerin. Bildung sollte nach meinem Dafürhalten zur Chefsache werden und Frau Stark-Watzinger (so heißt unsere Bildungsministerin) durch einen umsetzungswilligen Visionär ersetzt werden.

[15] https://youtu.be/04h4nPGxqT0, Abruf am 03.12.2022

[16] https://youtu.be/QIQK8v0kGBo, Abruf am 03.12.2022.

[17] https://youtu.be/MjFg5IAmIkU (Die besagten Funktionen sind allerdings nur beim Abspielen auf playposit.com nutzbar), Abruf am 03.12.2022.

[18] https://tinyurl.com/bdercnwb, Abruf 03.12.2022.

Ich strebe eine Revolution unseres Bildungssystems an. Aus meiner Sicht liegt die Lösung vieler unserer Bildungsprobleme in der Digitalisierung. Doch bevor in einem zweiten Schritt eine kostenfreie und für jedermann zugängliche Bildungsplattform in Apple-Manier aufgebaut wird, müssen zunächst die Entscheidungen in einem Haus gebündelt werden; dazu ist der Bildungsföderalismus abzuschaffen. Auf die digitale Plattform sollten jegliche Bildungs-Fließbandarbeiten ausgelagert werden. Das kommt allen zu Gute: den Studenten, den Professoren und den Steuerzahlern. Dafür braucht es freilich schnelles und konsequentes politisches Handeln, clevere Köpfe und den Mut, in Bildungsfragen keinen Stein auf dem anderen zu lassen.

Bundesminister der Justiz Dr. Marco Buschmann MdB*

Konflikt und Urteilskraft

Sehr geehrte Studentinnen und Studenten!

Sie beginnen heute einen Abschnitt in Ihrem Leben, der mit einer gar nicht so geringen Wahrscheinlichkeit zu einem der schönsten in Ihrem Leben werden kann! Für mich ist er das geworden – das Jurastudium.

Obwohl ich in Bonn studiert habe, hörte ich damals schon viel über die Bucerius Law School; denn Handels- und Gesellschaftsrecht hörte ich bei Ihrem Ehrenpräsidenten Karsten Schmidt, der das Projekt im Hörsaal mit den leuchtendsten Worten umschrieben hat.

Für Ihr Studium gilt: Sie lernen neue Menschen kennen, Sie lernen neue Ideen kennen. Und: Sie werden auch sich selbst neu kennenlernen – und im besten Falle weit über sich hinauswachsen.

Sie dürfen das Studium des Rechts an einer der interessantesten Hochschulen des Landes und in einer der charaktervollsten und bedeutendsten Städte des Landes aufnehmen. Das ist beneidenswert. Das ist ein Privileg.

Ich will Ihnen dafür heute einige Gedanken mit auf den Weg geben, die ich unter die Überschrift „Konflikt und Urteilskraft“ stelle.

*

Die Begriffe sollen andeuten, dass das Fach, das Sie studieren werden, eines ist, das sich nicht durch besonders harmonische Verhältnisse auszeichnet. Im Gegenteil: Sie studieren die streng rationale Bewältigung von Konflikten. Ohne Konflikte bräuchte man keine Juristen. Ihre Berufung wird sein, Konflikte mit dem Verstand statt mit der Faust zu lösen.

Ihre Berufung wird es sein, den Konflikt nicht wie einen Teufel zu verdammen, sondern ihn als *conditio humana* zu akzeptieren. Ihre Berufung wird sein, dem Konflikt sein destruktives und spalterisches Potential zu nehmen und ihn einer akzeptablen Lösung zuzuführen. Und mehr noch: Ihr Beruf wird sein, den Konflikt als Antriebsenergie für den Fortschritt dieser Gesellschaft zu nutzen.

Ihre Berufung ist eine unverzichtbare Säule dessen, was wir Zivilisation nennen.

Denn auch für das Recht gilt, was der große, aus Hamburg stammende Soziologe Ralf Dahrendorf für liberale Ordnungen immer zurückgewiesen hat. Ihr Ziel könne nicht und dürfe nicht die „utopische Synthese“ aller Verschiedenheit sein. Vielmehr komme es für eine menschliche, liberale, entwicklungsfähige Gesellschaft immer darauf an, die Widersprüche der Normen und Interessen in Spielregeln zugleich zu bewältigen und zu erhalten.

Eine wunderbare Formulierung: die Widersprüche der Normen und Interessen in Spielregeln zugleich zu bewältigen und zu erhalten. Nur dann gibt es Fortschritt. Wir streben keine konfuzianische Harmonie nach chinesischem Vorbild an. Denn die ist das Ende der Individualität – und damit auch von Freiheit nach unserem westlichen Verständnis.

Liberale Ordnungen machen Konflikt fruchtbar! Aber sie haben eben auch immer Konflikte, weil Menschen verschieden sind und weil sie frei sind.

Für das Recht ist das augenscheinlich: Recht in Westeuropa wird gerade durch Konflikt geboren, in kontradiktorischen Verfahren, in Verhandlungen, die als Disput mit Rede und Gegenrede angelegt sind. Recht ist immer auch Streit, daher heißt das, was wir vor Gericht tun, einen Rechtsstreit zu führen.

Selbst zwischen Gerichten sind Dinge streitig; und auch auf europäischer Ebene – gerade haben wir den 70. Geburtstag des Europäischen Gerichtshofs gefeiert – sehen wir das Streitgespräch der Gerichte, zwischen eben dem Europäischen Gerichtshof und den Verfassungsgerichten der Mitgliedsstaaten. Über die Frage, ob die Europäischen Gemeinschaften, als die Vorgängerorganisationen der Europäischen Union, Grundrechte kennen, ist lange gestritten worden.

Aber auch das trägt Früchte; in diesem Fall die Entdeckung der Grundrechte der Bürgerinnen und Bürger der Europäischen Union, die der Europäische Gerichtshof schützt. Sie werden sich vielleicht damit beschäftigen. Ich war davon so fasziniert, dass ich darüber meine Dissertation geschrieben habe. Das zeigt: Der Streit kann die edelsten Früchte tragen.

So wird gutes Recht fortentwickelt. So wie es kein Ende der Geschichte gibt, gibt es auch kein Ende der Rechtsgeschichte!

Wenn Sie nun in den kommenden Jahren den Umgang mit dem Recht studieren, dann erlernen Sie keine bloße Technik und dann studieren Sie keine politisch-moralisch indifferente Wissenschaft, die immer zu eindeutigen Ergebnissen führt wie bei einer Rechenaufgabe.

In Deutschland wissen wir durch schlimmste Lektionen der Geschichte, dass das nicht sein darf. Denn nur das zu sein, Rechtstechniker, so haben sich Juristen nach 1945 gerechtfertigt, die zu Mittätern im Unrechtsstaat der Nazis geworden waren. Sie sind einen anderen Weg gegangen als der Namensgeber Ihrer Hochschule. Sie seien bloß „Techniker des Rechts“ gewesen, nüchtern, sachlich und streng

* Bei dem Beitrag handelt es sich um den Festvortrag von Herrn Bundesminister Dr. Buschmann anlässlich der Immatrikulationsfeier für die neuen Studentinnen und Studenten der Bucerius Law School am 23. September 2022 in Hamburg. Gekürzt wurden hier lediglich die Anreden zu Beginn.

logisch die Regeln anwendend, der Ordnung verpflichtet.

Eine wichtige Konsequenz daraus hat unser Staat erst mit Beginn dieses Jahres gezogen. An der einschlägigen Stelle des Deutschen Richtergesetzes heißt es seit dem 1. Januar: „Die Vermittlung der [juristischen] Pflichtfächer erfolgt auch in Auseinandersetzung mit dem nationalsozialistischen Unrecht und dem Unrecht der SED-Diktatur."

Dabei geht es nicht um die Einübung moralischer Selbstgewissheit und Überlegenheit, die ja sehr leicht zu haben sind. Nötig ist vielmehr, was der mutige Jurist Fritz Bauer, ohne den es die Frankfurter Auschwitzprozesse in den 60er Jahren nicht gegeben hätte, einmal als die wesentliche Aufgabe des juristischen Studiums bezeichnet hat: Ich zitiere ihn: „Der Jurist, den wir heute brauchen, muss unsicher gemacht werden. [...] Die innere Unsicherheit, die Problematik seines Kampfes um das Recht muss ihm an der Universität beigebracht werden. Das heißt, er muss weg gebracht werden von den Mathematikaufgaben, die wir ihm stellen – A tut dieses, B tut jenes und was geschieht nun mit C. Er muss hineingestellt werden in die ganzen Schwierigkeiten unserer Zeit."

Auf dieser Grundlage, also, wenn man so will, auf unsicherem Boden, muss das juristische Berufsethos gebildet werden.

Worum es für Sie in den kommenden Jahren geht, ist eben juristische Bildung – denn Bildung fängt mit Unsicherheit und Zweifel an, mit der Wahrnehmung von Problemen, nicht mit Wissen und Gewissheiten.

Sie werden sich hoffentlich oft an Ihren Deutschunterricht erinnern, an den Faust und sein berühmtes Wort: Da steh ich nun, ich armer Tor, und bin so klug als wie zuvor. Denn die produktive Bearbeitung äußerer Konflikte ist nicht möglich ohne inneren Konflikt. Wer nicht einen Augenblick bereit ist anzunehmen, dass man selbst im Unrecht und der andere im Recht sein könnte, wird kein neues oder gar rechtlich überlegenes Argument finden, das zur streng rationalen Lösung des Konflikts beiträgt.

Bildung, auch Charakterbildung, den Sinn für Pluralität und Uneindeutigkeit zu schärfen – und auf diesem Feld der Uneindeutigkeit die Urteilskraft zu üben im immer neuen Bemühen um zeitweise Befriedung durch Recht: Das ist Inhalt und Ziel dieses Studiums.

Die Urteilskraft, zumal die juristische, bewährt sich auf dem weiten Feld der legitimen Vielfalt, der Positionen, die aus bestimmten Blickwinkeln sehr oft alle ihr gutes Recht haben. Es geht deshalb auch darum, dass Sie Spaß an dieser gesellschaftlichen und politischen Wirklichkeit und ihrer Vielfalt haben.

Diese Urteilskraft, die Sie üben werden, braucht Erfahrung, Unterscheidungsvermögen – und dann ein Moment von Kreativität. Denn das Besondere immer anderer menschlicher Gemengelagen der konkreten Sachverhalte und das stets auslegungsbedürftige Allgemeine der Rechtssätze müssen immer neu zusammengebracht werden in einer sich ständig verändernden Welt.

Bleiben Sie offen im Geiste. Bleiben Sie neugierig. Denn was in der Gesellschaft für eine akzeptable Lösung von Konflikten gehalten wird, ist ständig im Wandel. Dass es einen absoluten Punkt eines Optimums für das Wahre, Schöne und Gute und ich möchte sagen das Rechte gibt, ist eine Illusion. Der Nobelpreisträger Amartya Sen hat diese – ökonomisch gesprochen – Präferenzstabilität für ein Symptom „rationaler Dummköpfe" gehalten. Seien Sie exzellente Juristen und keine rationalen Dummköpfe!

*

Ich glaube, aus all diesen Gründen – der Konfliktstruktur des Rechts und des kreativen Umgangs mit Vielfalt – sind angehende Juristinnen und Juristen besonders in der Lage, und deshalb auch aufgerufen, einem bestimmten hoch problematischen Trend unserer Zeit gegenzusteuern. Und das ist das zweite, worauf ich heute hinauswill.

Mir scheint, wir haben es gerade mit zwei miteinander zusammenhängenden und unsere politische Kultur gefährdenden gesellschaftlichen Kommunikationsproblemen zu tun:

Erstens mit einer sich immer weiter steigernden Unduldsamkeit anderen Positionen und Haltungen gegenüber. Jeder glaubt, uneingeschränkt Recht zu haben, und immer wütender wird das Unverständnis darüber, dass es nicht immer so läuft, wie man selbst es für richtig hält – ob in Bezug auf Migration, Klima oder Corona. Und die jeweilige Gegenseite wird mit immer größeren moralischen Keulen traktiert. Der Mangel an innerem Konflikt, von dem ich sprach, eskaliert den äußeren Konflikt.

Oder man hakt die Anderen gleich ganz ab. Der Anteil derer in diesem Land, die sich gerne mit Andersdenkenden austauschen, geht nach Umfragen seit Jahren zurück. Zuletzt ermittelte das Allensbach-Institut noch 37 Prozent, die das gern tun. Täuscht der Eindruck, oder schwindet nicht die Einsicht, dass es überhaupt mehr legitime Meinungen geben kann als nur die eigene?

Die Zumutungen, die eine Ordnung der Freiheit für uns alle immer auch bereithält, sind wir offenbar immer weniger bereit hinzunehmen.

Was um sich greift, ist eine – verzeihen Sie das Wortungetüm – Ambiguitäts-Intoleranz. Es mangelt zunehmend an der Fähigkeit, Unsicherheiten und mehrdeutige Situationen zu ertragen. Stattdessen zieht man sich in „safe spaces" und die eigene „bubble" zurück.

Was wir zweitens beobachten, ist eine zunehmende Zersplitterung unserer Gesellschaft in immer mehr Gruppen von Benachteiligung oder Herkunft – und eine damit einhergehende wachsende Empfindlichkeit gegenüber Worten und Taten, in denen man Spuren von unzulässigen kulturellen Übernahmen, von Nicht-Anerkennung oder Schlimmerem wahrnimmt. Ob es um die Übersetzung von Gedichten, die Aneignung bestimmter Frisuren oder die Verwendung

bestimmter Worte geht – auch ohne, wohlgemerkt, dass sie mit der Absicht zu verletzen ausgesprochen wurden.

Hinzu kommt die nämliche Empfindlichkeit und Unduldsamkeit auch gegenüber kulturellen Produkten früherer Zeiten – deren Verständlichkeit aus ihrer Zeit heraus immer weniger beachtet, immer weniger ins Gesamtbild hineingenommen wird. Weigerungen, sich mit bestimmten Werken etwa des literarischen Kanons zu befassen, weil man sich dabei unwohl fühle, sind längst nichts Ungewöhnliches mehr.

Beide gesellschaftlichen Kommunikationsprobleme nun blühen – diese Beobachtung ist nicht neu – gerade an Universitäten, wenn auch bis vor kurzem noch überwiegend an amerikanischen und britischen, aber nach dem Zeugnis nicht weniger Hochschullehrer auch zunehmend hierzulande.

Deshalb ist es so wichtig, dass Sie, die neuen Studentinnen und Studenten, in sich und miteinander Gegenkräfte entwickeln gegen diese Gefährdung liberaler Demokratie, Gegenkräfte der Liberalität: andere Standpunkte verstehen, aushalten, respektieren wollen, bis zur Grenze wiederum des Illiberalen natürlich nur; der Vergangenheit zugestehen, anders gewesen zu sein als wir heute; weniger mit Empfindlichkeit kommunizieren und mehr mit Analyse und Argument.

Der britische Historiker Timothy Garton Ash hat das vor einiger Zeit „robuste Liberalität“, „robuste Zivilität“ genannt und zu solcher aufgerufen.

Erkennen Sie, das wäre mein Appell, dass Empfindlichkeit auch ihre kommunikative Schattenseite hat. Natürlich ist sie ein Motor von Zivilität und Humanität; aber sie kann auch schaden, sie kann Austausch, Entwicklung, lehrreichen Perspektivenwechsel hemmen, sie kann abschotten von allem, was uns irritieren und damit auch weiterbringen könnte. Empfindlichkeit darf nicht in Scheuklappendenken münden.

Heute ist überall viel von „Resilienz“ die Rede. Es wäre wichtig, dass wir emotional resilienter werden, dass wir nicht bei jeder Verstimmung, jedem Unwohlsein glauben, dass da jetzt jemand kommen müsse – zum Beispiel der Staat –, um Abhilfe zu schaffen.

Das bedeutet andersherum auch: Wenn man eine Meinung äußert, die dann stark kritisiert wird, muss man auch das abkönnen. Die Meinungsfreiheit ist nicht in Gefahr, wenn viele anderer Meinung sind. Die Meinungsfreiheit ist nicht in Gefahr, wenn die Mehrheit anderer Meinung ist. Und die Meinungsfreiheit ist auch nicht in Gefahr, wenn man der einzige mit einer bestimmten Meinung ist.

Der Preis der Freiheit ist immer auch die Disharmonie. Konflikte sind die Kehrseite der Vielfalt.

Für den souveränen Umgang mit Pluralität als Folge von Freiheit ist etwas nötig, das man auch Demut und Selbstrelativierung nennen könnte: sich selbst vom Hochsitz des Besserwissers nehmen; unterstellen, dass der andere nicht rundheraus böswillig und destruktiv ist, sondern auch einen Punkt hat, der Beachtung verdient. Üben Sie das, was man in den Geisteswissenschaften das „hermeneutische Wohlwollen“ genannt hat, die Maxime: Lese und höre den anderen stets so, dass du das bestmögliche Gemeinte herausholst!

Wer könnte solche Offenheit und Liberalität, für die ich hier plädiere, eher und besser in sich und miteinander ausbilden als Sie, als privilegierte Studentinnen und Studenten der Rechte an dieser außergewöhnlichen Hochschule!

Das ist etwas, das Sie der Gesellschaft zurückgeben können: Dass Sie in Ihrem Tun und in Ihrem Reden mit dazu beitragen, dass wir bei aller Diversität, bei aller Verschiedenheit als Gesellschaft nicht auseinanderfallen. Dass wir nicht den gemeinsamen Boden verlieren, auf dem wir politisch zusammenleben. Dass wir nicht in voneinander sich abschottende Gruppen zerfallen; sondern einander zugewandt bleiben im streitenden Gespräch.

Hören Sie anderen Positionen zu! Haben Sie keine Angst, von Meinungen, die Sie nicht teilen, sozusagen kontaminiert zu werden. Machen Sie die Mode nicht mit, alles Mögliche „toxisch“ zu finden und zu nennen!

Natürlich: Bleiben Sie sensibel für die tatsächliche Gleichheit der Rechte und der Freiheit, die unser Grundgesetz allen verspricht; aber seien Sie auch sensibel für die Gefährdungen unseres kommunikativen Miteinanders in der liberalen Demokratie, die ich versucht habe zu schildern.

Werfen Sie sich in die Vielfalt der Wirklichkeit, in die Gemengelagen des Menschlichen! Sie haben die Chance, hier im Getümmel der Meinungen und Haltungen den respektvollen Kampf um die Sache zu lernen, den begrenzten Streit auf gemeinsamem Boden. Nur der bringt uns weiter.

Herzlichen Dank und ein wunderbares Studium Ihnen hier an der Bucerius Law School in Hamburg!

Christoph Timm*

Die Rechtskraft ausländischer Schiedssprüche – Analyse des kollisionsrechtlichen Status quo

Im Streit befindliche Parteien, die ein Schiedsverfahren einleiten, möchten ihre Rechte und Pflichten *endgültig* geklärt wissen. Das prozessuale Pendant dieser Parteierwartung ist die Rechtskraft des Schiedsspruchs (*res iudicata*). Sie stellt sicher, dass der zwischen den Parteien ergangene Schiedsspruch Beachtung in einem nachfolgenden Gerichtsprozess findet.

Die Rechtskraft ist ein international anerkanntes[1] Rechtsinstitut, das ursprünglich für Urteile entwickelt wurde. Der Rechtskraft werden gemeinhin zwei grundlegende Wirkungen zuerkannt.[2] Erstens besagt der Grundsatz des *ne bis in idem*, dass über denselben Streitgegenstand nicht neu verhandelt und entschieden werden darf (Präklusionswirkung).[3] Zweitens ist der Richter eines Folgeverfahrens an eine rechtskräftige Entscheidung gebunden, soweit sie für den zweiten Rechtsstreit präjudiziell ist (Bindungswirkung).[4]

Obgleich die Rechtskraft von Schiedssprüchen mit ihren Wirkungen dem Grunde nach in den meisten Rechtsordnungen anerkannt ist, gibt es im internationalen Vergleich erhebliche Unterschiede bezüglich ihres Umfangs.[5] Denn die Rechtskraft von Schiedssprüchen leitet sich jeweils aus national-autonomen Grundsätzen zur Rechtskraft von Urteilen ab, die teilweise stark variieren.[6]

A. Problemaufriss

Zwei Szenarien sind denkbar, in denen die Endgültigkeit des Schiedsspruchs vor staatlichen Gerichten durch die Parteien in Frage gestellt wird. Erstens ist es möglich, dass eine Partei den Schiedsspruch schlichtweg nicht befolgt und den Streitgegenstand des Schiedsverfahrens bei einem staatlichen Gericht anhängig macht. In diesem Fall wird die Präklusionswirkung des rechtskräftigen Schiedsspruchs relevant. Zweitens kann die vom Schiedsspruch festgesetzte Rechtsfolge in einem späteren staatlichen Gerichtsverfahren, für das die Rechtsfolge präjudiziell ist, in Zweifel gezogen werden. Hier stellt sich die Frage nach der Bindungswirkung des rechtskräftigen Schiedsspruchs.

Problematisch gestalten sich beide Szenarien, wenn Schiedsort[7] und Folgegericht in unterschiedlichen Staaten liegen. Wird der ausländische[8] Schiedsspruch etwa vor einem staatlichen Gericht eingewendet[9], so hat das Gericht die Rechtskraftwirkungen zu prüfen. Da ausdrückliche Parteivereinbarungen über die Rechtskraft und ihre Wirkungen praktisch nicht vorkommen,[10] steht das Folgegericht vor der Frage, ob es bei der Prüfung inländische oder ausländische Rechtskraftgrundsätze heranzieht. Oftmals unterscheidet sich die Reichweite der Rechtskraftwirkungen in den in Betracht kommenden Rechtsordnungen. Die Bestimmung des auf die Rechtskraft anwendbaren Rechts ist mithin für das mit dem Schiedsspruch befasste Folgegericht regelmäßig von Relevanz.

B. Qualifikation und anwendbares Recht

Die Bestimmung des anwendbaren Rechts beginnt nach der kollisionsrechtlichen Methode mit der Qualifikation.[11] Die Funktion[12] der Rechtskraft liegt darin, das rechtliche Gehör einer Partei in einem nachfolgenden Verfahren einzuschränken (Regelung *ad ordinem litis*).[13] Die Entscheidung, einem Schiedsspruch die Rechtskraft zuzuerkennen oder zu versagen, ist daher eine prozessuale.[14] Die Rechtskraft ist mithin verfahrensrechtlich zu qualifizieren und damit dem Verfahrensstatut zu entnehmen. Ein deutsches Gericht wendet nach dem *lex fori*-Prinzip stets sein eigenes Verfahrensrecht an.[15]

C. Anwendung der *lex fori*

I. Regelung der Rechtskraft von Schiedssprüchen durch die ZPO?

Gemäß § 1025 Abs. 4 ZPO gelten für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche die §§ 1061-1065 ZPO. Als einschlägige Vorschrift für Rechtskraftwirkungen kommt nur § 1061 Abs. 1 S. 1 ZPO in Betracht, in dem das UNÜ für entsprechend anwendbar erklärt wird. Dem UNÜ sind nach allgemeiner Auffassung allerdings keine Regelungen zu Rechtskraftwirkungen

---

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

1 So für Urteile *Velden*, Finality in Litigation, 2017, S. 2; *Germelmann*, Die Rechtskraft von Gerichtsentscheidungen in der Europäischen Union, 2009, S. 1; *R. Stürner*, in: FS Schütze, 1999, S. 913; für Schiedssprüche *Born*, International Commercial Arbitration[3], 2021, S. 4107 f. m.w.N.

2 *Hanotiau*, Complex Arbitrations: Multi-party, Multi-contract, Multi-issue[2], 2020, Rn. 1010.

3 *Gottwald*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1[6], 2020, § 322 Rn. 40.

4 *Gottwald*, in: MüKoZPO (Fn. 3), § 322 Rn. 52.

5 *Born* (Fn. 1), S. 4107.

6 Vgl. *Buchwitz*, Schiedsverfahrensrecht, 2019, S. 213; *Andrews*, Andrews on Civil Processes, Court Proceedings, Arbitration & Mediation[2], 2019, S. 1093.

7 I.S.v. § 1043 Abs. 1 Alt. 1 ZPO.

8 Ein Schiedsspruch ist aus deutscher Sicht ausländisch, wenn der Schiedsort außerhalb Deutschlands liegt, vgl. § 1025 Abs. 1, 2 ZPO.

9 Nach h.M. ist die Rechtskraft eines Schiedsspruches nur auf Parteieinrede hin vom Gericht zu beachten, *Schlosser*, in: Bork/H. Roth (Hrsg.), Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 10[23], 2014, § 1055 Rn. 8 m.w.N.; BT-Drs. 13/5274, S. 57; **a.A.** etwa *Geimer*, in: Zöller (Begr.), Zivilprozessordnung, Kommentar[34], 2022, § 1055 Rn. 8.

10 *Bermann*, Recueil des Cours 381 (2015), 40, 358.

11 Vgl. *Hoffmann/Thorn*, Internationales Privatrecht[9], 2007, § 4 Rn. 5.

12 Zur funktionellen Qualifikation *Hoffmann/Thorn* (Fn. 11), § 6 Rn. 27-30.

13 Vgl. *Pika*, Third-Party Effects of Arbitral Awards, 2019, Rn. 175; *Hoffmann/Thorn* (Fn. 11), § 3 Rn. 9.

14 *Bermann*, Recueil des Cours 381 (2015), 40, 360.

15 *Hoffmann/Thorn* (Fn. 11), § 3 Rn. 5.

zu entnehmen.[16] Vielmehr überlässt es das UNÜ seinen Vertragsstaaten, wie ihre Gerichte mit der Rechtskraft eines ausländischen Schiedsspruchs umzugehen haben. § 1055 ZPO ist aufgrund seiner systematischen Stellung ausschließlich auf die Rechtskraftwirkungen inländischer Schiedssprüche anwendbar, vgl. § 1025 Abs. 1, 2, 4 ZPO.[17]

In der ZPO finden sich mithin keine ausdrücklichen Regelungen zu den Rechtskraftwirkungen ausländischer Schiedssprüche. Die deutsche Lehre behilft sich, indem sie die für ausländische Urteile geltenden Rechtskraftgrundsätze auf Schiedssprüche anwendet.[18] Vorbehaltlich etwaig vorrangiger Vorschriften[19] wären die Rechtskraftwirkungen ausländischer Schiedssprüche demnach grundsätzlich in Anlehnung an § 328 ZPO zu beurteilen.[20] Doch im Rahmen von § 328 ZPO herrscht Uneinigkeit hinsichtlich der Rechtskraftwirkungen ausländischer Urteile.[21] Das hat dazu geführt, dass sich der bei der Urteilsanerkennung bestehende Meinungsstreit auf Schiedssprüche übertragen[22] hat: Einige Autoren wollen die Rechtskraft von Schiedssprüchen nach der Wirkungserstreckungslehre bestimmen, andere ziehen die Gleichstellungslehre vor.

II. Wirkungserstreckungslehre

Nach der herrschenden[23] Wirkungserstreckungslehre sollen sich die Rechtskraftwirkungen ausländischer Schiedssprüche nach dem Recht des Staates, in dem das Schiedsgericht seinen Sitz hatte (Recht des Schiedsortes bzw. *lex loci arbitri*), bestimmen. Dazu seien die Wirkungen, die ein Schiedsspruch nach dem (ausländischen) Recht des Schiedsortes entfaltet, im Zuge der Anerkennung auf das Inland zu erstrecken.

Erstreckt werden damit insbesondere auch Rechtskraftwirkungen, die über das deutsche Rechtskraftverständnis hinaus gehen. Vereinzelte Anhänger der Wirkungserstreckungslehre wollen diesen Umstand indes vermeiden. Ihnen zufolge dürfen die Rechtskraftwirkungen ausländischer Schiedssprüche nicht weiter reichen als das deutsche Rechtskraftverständnis zulässt (sog. Kumulationstheorie).[24]

III. Gleichstellungslehre

Der Wirkungserstreckungslehre widersprechen die Vertreter der Gleichstellungslehre.[25] Nach ihnen seien die Rechtskraftwirkungen ausländischer Schiedssprüche durch die Gleichstellung mit inländischen (deutschen) Schiedssprüchen zu bestimmen. In Anlehnung an § 1055 ZPO habe demnach auch ein ausländischer Schiedsspruch die Wirkungen eines rechtskräftigen Urteils.[26] Die Rechtskraftwirkungen sollen mithin nicht vom Recht des Schiedsortes auf das Inland erstreckt, sondern originär nach der *lex fori* bestimmt werden.

D. Dogmatische Analyse der Wirkungserstreckungslehre

I. Schiedsgerichtsbarkeit und staatliche Gerichtsbarkeit: Vergleichbare Einbettung in Rechtsordnung?

1. Jurisdiktionelles Verständnis von der Schiedsgerichtsbarkeit

Genauso wie sich Urteile einem Ursprungsstaat zuordnen lassen, werden größtenteils auch Schiedssprüche mithilfe des Schiedsortes einem bestimmten Staat (dem „Ursprungsstaat“[27]) zugeordnet. Dieser territorialen Lokalisierung des Ursprungs von Schiedssprüchen liegt ein jurisdiktionelles Verständnis der Schiedsgerichtsbarkeit zu Grunde.

Das jurisdiktionelle Verständnis nimmt an, dass Schiedssprüche als Rechtsprechungsakt in das Recht und Gerichtssystem des Staates integriert sind, in dem das Schiedsgericht seinen Sitz hat (Schiedsort).[28] Daher sei die Schiedsgerichtsbarkeit genauso wie die staatliche Gerichtsbarkeit in die nationale Rechtsordnung eingebettet; der ausländische Schiedsspruch sei genauso wie das ausländische Urteil ein Rechtsprechungsakt seines „Ursprungsstaates“.[29] Diese Gleichsetzung von Schiedsgerichtsbarkeit und staatlicher Gerichtsbarkeit hat zur Folge, dass die herrschende Meinung ausländische Schiedssprüche im Hinblick auf die Anerkennung genauso wie ausländische Urteile behandelt und die tradierten Grundsätze schlicht überträgt: Die Rechtskraftwirkungen seien in beiden Fällen nach dem Recht des Ursprungsstaates (Recht des Schiedsortes bzw. Urteilsstaates) zu beurteilen und auf das Inland zu erstrecken.[30] Notwendige Voraussetzung für die Integration des Schiedsspruchs in das Gerichtssystem eines Staates und die daraus gefolgerte Gleichbehandlung mit staatlichen Urteilen ist aber in jedem Fall, dass der Schiedsspruch *einem bestimmten Staat* (dem „Ursprungsstaat“) zugeordnet werden kann.[31]

---

16 Siehe nur *Scherer*, in: Wolff (Hrsg.), New York Convention, Article-by-Article Commentary[2], 2019, Art. III Rn. 9.

17 *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht[8], 2020, Rn. 3890.; *Münch*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 3[6], 2022, § 1055 Rn. 18; *Voit*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), Zivilprozessordnung, Kommentar[19], 2022, § 1055 Rn. 2; **a.A.** *Klement*, Rechtskraft des Schiedsspruchs, 2018, S. 207; *Bosch*, Rechtskraft und Rechtshängigkeit im Schiedsverfahren, 1991, S. 161.

18 Ausdrücklich die Parallele zu Urteilen ziehen *Geimer*, in: Zöller (Fn. 9), § 1061 Rn. 16; *ders.* (Fn. 17), Rn. 3879; *Adolphsen*, in: MüKoZPO (Fn. 17), Anh. § 1061 Art. 3 UNÜ Rn. 2; *Schlosser*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit[2], 1989, Rn. 904; *M. Stürner*, in: FS Schütze, 2015, S. 579, 581; *Haas*, Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer und internationaler Schiedssprüche, 1991, S. 128.

19 Insb. Art. 36 Brüssel Ia-VO, bei dem nach h.M. von der Wirkungserstreckungslehre auszugehen ist, *Gottwald*, in: MüKoZPO (Fn. 17), Art. 36 Brüssel Ia-VO Rn. 12 f. m.w.N.

20 *Klement* (Fn. 17), S. 200; *Geimer* (Fn. 17), Rn. 3879.

21 Herrschend ist im Rahmen von § 328 ZPO die Wirkungserstreckungslehre, *Gottwald*, in: MüKoZPO (Fn. 3), § 328 Rn. 3-6 m.w.N.

22 *Klement* (Fn. 17), S. 201; *Schlosser* (Fn. 18), Rn. 904. Die schlichte Übertragung wird auch besonders durch die im Grunde unveränderte Terminologie deutlich, vgl. *Solomon*, Die Verbindlichkeit von Schiedssprüchen in der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2007, S. 315.

23 *Münch*, in: MüKoZPO (Fn. 17), § 1055 Rn. 18 m.w.N.

24 *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht[8], 2021, Rn. 1534; *Geimer* (Fn. 17), Rn. 3890.

25 *Bosch* (Fn. 17), S. 155; *Klement* (Fn. 17), S. 207; *M. Stürner* (Fn. 18), S. 579, 590; *Loritz*, ZZP 105 (1992), 1, 11.

26 Vgl. *Münch*, in: MüKoZPO (Fn. 17), § 1055 Rn. 18 m.w.N.

27 Mit dem Ursprungsstaat eines Schiedsspruchs ist gemeinhin und auch hier immer der Staat gemeint, in dem der Schiedsort liegt. Die Anführungszeichen sollen betonen, dass ein Schiedsspruch – wie zu zeigen ist – tatsächlich keinem Staat entspringt.

28 *Solomon* (Fn. 22), S. 312; vgl. auch *Hoffmann*, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 1970, S. 36 f.

29 Vgl. *Solomon* (Fn. 22), S. 315.

30 Die Wirkungserstreckungslehre ist sowohl bei der Anerkennung ausländischer Urteile als auch Schiedssprüche herrschend, vgl. Nachweise in Fn. 21, 23.

31 Vgl. *Solomon* (Fn. 22), S. 316.

Das jurisdiktionelle Verständnis vernachlässigt indes die vertragliche Grundlage der Schiedsgerichtsbarkeit. Die Funktion der Schiedsgerichtsbarkeit liegt in der endgültigen Entscheidung eines Rechtsstreits. Ein nationaler Gesetzgeber *kann* einem Schiedsspruch daher die aus der endgültigen Entscheidung eines Rechtsstreits fließenden Wirkungen zuerkennen, wie sie das Urteil eines staatlichen Gerichts entfaltet (insbesondere Rechtskraftwirkungen).[32] *Insofern* mag man die Schiedsgerichtsbarkeit als jurisdiktionelles Institut ansehen.

Aus der Funktion der Schiedsgerichtsbarkeit folgt aber nicht, dass sie in einer der staatlichen Gerichtsbarkeit vergleichbaren Weise in eine bestimmte nationale Rechtsordnung eingebettet ist. Die Schiedsgerichtsbarkeit tritt vielmehr als System *privater* Streitentscheidung[33] neben die staatliche Gerichtsbarkeit. Entscheidender Unterschied ist dabei, dass das Schiedsgericht keine hoheitliche Tätigkeit ausübt.[34] Anders als bei Urteilen beruhen die Legitimation des Schiedsgerichts zur Streitentscheidung und die Verbindlichkeit des Schiedsspruchs nicht auf der Hoheitsgewalt eines bestimmten Staates, sondern auf der privaten Schiedsvereinbarung der Parteien.[35]

Erkennt ein Staat eine Streitentscheidung durch ein dort ansässiges Schiedsgericht an, so tut er dies nicht, weil die Schiedsgerichtsbarkeit in derselben Weise wie die staatliche Gerichtsbarkeit in seine nationale Rechtsordnung eingebettet und mit entsprechenden hoheitlichen Befugnissen ausgestattet ist. Er erkennt den inländischen Schiedsspruch an, weil er den Parteien zuvor per Gesetz die Möglichkeit eingeräumt hat, einen alternativen Streitentscheidungsmechanismus privat zu vereinbaren.[36]

2. Zuordnung von Schiedssprüchen zu einem „Ursprungsstaat"

Aus dem Vorgesagten wird deutlich, dass ein Schiedsspruch keinem bestimmten Staat zugeordnet werden kann. Denn wenn die Schiedsgerichtsbarkeit nicht in einer der staatlichen Gerichtsbarkeit vergleichbaren Weise in eine bestimmte nationale Rechtsordnung eingebettet und mit entsprechenden hoheitlichen Befugnissen ausgestattet ist, lässt sich – anders als bei staatlichen Gerichten – auch kein bestimmter Staat ermitteln, dessen hoheitliche Befugnisse durch das Schiedsgericht ausgeübt worden sein könnten.[37] Konsequenterweise lassen sich Schiedssprüche – anders als Urteile – keinem bestimmten Staat zuordnen.[38]

Es ist daher erst recht verfehlt, den Staat, in dem der Schiedsort liegt, als Ursprungsstaat des Schiedsspruchs zu deklarieren. Auch für den angeblichen Ursprungsstaat ist der Schiedsspruch eine *fremde* Entscheidung.[39] Denn mangels hoheitlicher Befugnisse des Schiedsgerichts fehlt einem Schiedsspruch als privatem Rechtsprechungsakt – anders als einem Urteil – auch in seinem „Ursprungsstaat" die hoheitliche Verbindlichkeit. Ein Schiedsspruch bedarf sowohl in seinem „Ursprungsstaat" als auch in jedem anderen Staat zunächst der Anerkennung, um Entscheidungswirkungen zu entfalten.[40]

Im Gegensatz zu Urteilen gibt es bei Schiedssprüchen mithin keinen Ursprungsstaat im eigentlichen Sinne. Ein Schiedsspruch entspringt *keinem* Staat; er bedarf vielmehr in *jedem* Staat gleichermaßen einer Überführung in die nationale Rechtsordnung.[41]

3. Schlussfolgerung

Nach alledem fehlt es der Übertragung der Wirkungserstreckungslehre von Urteilen auf Schiedssprüche schon an dogmatischem Substrat: Ein Schiedsspruch lässt sich *keinem* Staat zuordnen. Er ist nicht in derselben Weise wie ein staatliches Urteil in das Gerichtssystem eines bestimmten (Ursprungs-)Staates integriert, auf dessen Recht im Rahmen der Wirkungserstreckungslehre abgestellt werden könnte.

II. Verbindung zwischen Schiedsspruch und Recht des Schiedsortes

1. Delokalisierung von Schiedssprüchen

Obschon es dem herrschenden Ansatz, die Wirkungserstreckungslehre von Urteilen auf Schiedssprüche zu übertragen an dogmatischem Substrat fehlt, könnten andere dogmatische Erwägungen für die Wirkungserstreckungstheorie streiten. Wesentlicher Inhalt der Wirkungserstreckungslehre ist, dass sich die Rechtskraftwirkungen ausländischer Schiedssprüche stets nach dem Recht des Schiedsortes bestimmen sollen. Die Maßgeblichkeit des Rechts des Schiedsortes wäre – im Anschluss an die klassische kollisionsrechtliche Dogmatik – zu begrüßen, wenn Schiedssprüche regelmäßig die engste Verbindung zum Recht des Schiedsortes aufwiesen.[42]

Antworten auf die Frage, ob Schiedssprüche regelmäßig die engste Verbindung zum Recht des Schiedsortes aufweisen, liefert die Lehre zur Delokalisierung von Schiedsverfahren (Delokalisierungslehre). Ihr geht es im Wesentlichen um die Bedeutung des Schiedsortes und des dort geltenden Rechts in internationalen Schiedsverfahren.[43]

---

[32] *Solomon* (Fn. 22), S. 329; *Hellwig*, System des deutschen Zivilprozeßrechts, Teil 2, 1912, S. 123. Einige Rechtsordnungen messen dem Schiedsspruch lediglich schuldrechtliche Wirkung bei; bekanntestes Beispiel ist der italienische *lodo di arbitrato irrituale*.

[33] *Bruns*, ZZP 70 (1957), 7, 20: „Schiedsgerichtsbarkeit [...] ist Handeln von Privaten für Private".

[34] *Hoffmann* (Fn. 28), S. 37; *Neuner*, RabelsZ 3 (1929), 37, 55.

[35] *Geimer* (Fn. 17), Rn. 3700; *Hoffmann* (Fn. 28), S. 37; *Schlosser* (Fn. 18), Rn. 787.

[36] *Solomon* (Fn. 22), S. 328. Vgl. auch *Geimer* (Fn. 17), Rn. 3700; *Neuner*, RabelsZ 3 (1929), 37, 39.

[37] *Solomon* (Fn. 22), S. 324; *Neuner*, RabelsZ 3 (1929), 37, 45.

[38] *Herrmann*, in: Berg (Hrsg.), Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, 1999, S. 15, 19: „*while judgments* [...] *emanate from State power, arbitral awards are the products of* '*private hotel room justice*'".

[39] *Klement* (Fn. 17), S. 128 f.; *Lühmann*, Die Rechtskraft des Schiedsspruchs im deutschen und US-amerikanischen Recht, 2014, S. 280.

[40] *Solomon* (Fn. 22), S. 326; *G. Roth*, Der Vorbehalt des Orde Public gegenüber fremden gerichtlichen Entscheidungen, 1967, S. 133.

[41] Das sticht in der deutschen Literatur bisweilen nicht klar genug hervor, was daran liegen könnte, dass die Anerkennung inländischer Schiedssprüche gem. § 1055 ZPO ohne Weiteres *ipso iure* erfolgt („antizipiertes Legalanerkenntnis"), vgl. *Münch*, in: MüKoZPO (Fn. 17), § 1055 Rn. 8, 18.

[42] Zum kollisionsrechtlichen Prinzip der engsten Verbindung *Kropholler*, Internationales Privatrecht[6], 2006, S. 25 f.

[43] *Böckstiegel*, in: FS Oppenhoff, 1985, S. 1, 2.

Der Delokalisierungslehre liegt die grundsätzliche Auffassung zu Grunde, dass die zwischen Schiedsspruch und Schiedsort bestehende Verbindung die Anwendung des Rechts des Schiedsortes oftmals nicht rechtfertigen könne.[44] Denn in der Praxis seien Praktikabilitätserwägungen bei der Wahl des Schiedsortes prädominant.[45] Der Schiedsort werde weniger wegen des dort geltenden Schiedsverfahrensrechts gewählt, sondern eher, weil es sich z.B. um einen Ort handelt, der für alle Beteiligten leicht zu erreichen ist oder um einen Ort, an dem die gemeinsame Sprache der Parteien gesprochen wird.[46] Umgekehrt ist denkbar, dass ein rein fiktiver Schiedsort gewählt wird, der keinen Bezug zu dem Ort hat, an dem das Schiedsverfahren tatsächlich durchgeführt wird.[47]

Das Entscheidende für die weitere Untersuchung ist, dass die Delokalisierungslehre verdeutlicht, wann der Schiedsspruch *nicht* am engsten mit dem Recht des Schiedsortes verbunden ist. Denn ein delokalisierter Schiedsspruch ist dadurch charakterisiert, dass für sein Zustandekommen ein anderes als das am Schiedsort geltende Recht maßgeblich war. Daraus lässt sich folgender Zusammenhang schließen: Liegt ein delokalisierter Schiedsspruch vor, so besteht die engste Verbindung *nicht* zum Recht des Schiedsortes, weil für sein Zustandekommen ein anderes als das am Schiedsort geltende Recht maßgeblich ist.

Im Folgenden soll zunächst näher untersucht werden, wann und in welcher Form delokalisierte Schiedssprüche auftreten, um anschließend Schlüsse für die dogmatische Analyse der Wirkungserstreckungslehre zu ziehen.

2. Bestimmung des Schiedsverfahrensrechts durch die Parteien

Die Parteien können das Zustandekommen von Schiedssprüchen über die Bestimmung des Schiedsverfahrensrechts[48] maßgeblich beeinflussen. Dabei können sie insbesondere ein vom Recht des Schiedsort abweichendes Schiedsverfahrensrecht vereinbaren. Dies lässt sich am deutschen Recht veranschaulichen:

Die Parteien können, wenn der Schiedsort in Deutschland liegt, das Schiedsverfahrensrecht vorbehaltlich zwingender Vorschriften[49] abweichend vom deutschen Recht bestimmen (§ 1042 Abs. 3 ZPO). Sie können die Geltung eines ausländischen Verfahrensrechts im Ganzen festlegen[50] oder auf eine institutionelle Schiedsordnung verweisen.[51] Nur in den *vereinzelten* zwingenden Vorschriften des deutschen Schiedsrechts findet die Parteiautonomie ihre Grenzen.[52] Das deutsche Recht des Schiedsortes behält zwar kraft seiner vereinzelten zwingenden Regeln eine (untergeordnete) Bedeutung beim Zustandekommen des Schiedsspruchs. Es tritt aber im Vergleich zum vereinbarten Schiedsverfahrensrecht, das sämtliche dispositive Regeln ersetzt, in den Hintergrund.[53] Im Ergebnis ist der Schiedsspruch dann als delokalisiert zu betrachten: Er entspringt einem Schiedsverfahren, dessen Regeln sich maßgeblich nach einem anderen als dem am Schiedsort geltenden Recht richten.

Da das deutsche Schiedsrecht auf dem *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* (UNCITRAL-MG) beruht, gelten die vorstehenden Ausführungen entsprechend für die Staaten, die das UNCITRAL-MG in vergleichbarer Weise in nationales Recht umgesetzt haben.[54]

3. „Anationale" Schiedssprüche

Ein besonderes Phänomen, das in der Delokalisierungslehre auftaucht, sind die sog. anationalen Schiedssprüche. Als „anational" werden gemeinhin Schiedssprüche bezeichnet, die allein im Parteiwillen oder einer überstaatlichen Rechtsordnung wurzeln sollen.[55] Der Begriff der „Anationalität" wird antonym zur „Nationalität" des Schiedsspruchs verwendet, um die fehlende kollisionsrechtliche Verknüpfung des Schiedsspruchs mit nationalem Recht zu betonen.[56]

Bei „anationalen" Schiedssprüchen geht es also nicht mehr bloß um die Frage nach der Bestimmung des Schiedsverfahrensrechts durch die Parteien, die zwar vom Recht des Schiedsorts abweicht, aber innerhalb der Gestaltungsspielräume nationaler Rechtsordnungen erfolgt. Es geht um die darüberhinausgehende Entbindung des Schiedsverfahrens von *jeglichem* nationalen Recht.[57] Ein „anationaler" Schiedsspruch ist mithin eine weiter reichende Spezialform des delokalisierten Schiedsspruches.

Das Phänomen des „anationalen" Schiedsspruchs bleibt indes ein theoretisches. Der Ansatz, dass sich die Verbindlichkeit eines Schiedsspruches ausschließlich aus dem Parteiwillen oder einer überstaatlichen Rechtsordnung ergeben soll, wird im Ergebnis durchweg abgelehnt.[58] Der zentrale Einwand gegen die Existenz „anationaler" Schiedssprüche ist, dass sich die *rechtliche* Durchsetzbarkeit eines Schiedsspruchs allein aus einer bestimmten Rechtsordnung ergeben kann.[59] Denn spätestens, wenn die Vollstreckung eines Schiedsspruchs begehrt wird oder er in einem Prozess vor Gericht eingewendet wird, kommen die jeweiligen nationalen Anerkennungs- bzw. Vollstreckungsvorschriften zum Tragen.

---

44 Vgl. dazu grundlegend *Paulsson*, 32 Int'l & Comp. L.Q. 53 (1983), 53 ff.; *Park*, 32 Int'l & Comp. L.Q. 21 (1983), 24 ff.

45 *Read*, 10 Am. Rev. Int'l Arb. 177 (1999), 185.

46 *Böckstiegel* (Fn. 43), S. 1, 2.

47 Zur Vereinbarung eines fiktiven Schiedsortes *Voit*, in: Musielak/Voit (Fn. 17), § 1043 Rn. 4; *Solomon* (Fn. 22), S. 425 f.

48 Mit dem Schiedsverfahrensrecht sind hier nicht die gesamten Regeln eines nationalen Schiedsrechts (etwa das gesamte 10. Buch der ZPO), sondern immer nur diejenigen nationalen Vorschriften, die das Verfahren vor dem Schiedsgericht regeln (vgl. § 1042 ZPO), gemeint.

49 Die Parteien treffen daher keine kollisionsrechtliche, sondern nur eine materiellrechtliche Verweisung, *Geimer*, in: Zöller (Fn. 9), § 1025 Rn. 5.

50 *Geimer*, in: Zöller (Fn. 9), § 1025 Rn. 4; BT-Drs. 13/5274, S. 47.

51 Ein in Deutschland ansässiges Schiedsgericht kann etwa zur Anwendung englischen Verfahrensrechts und damit z.B. zur Beweisaufnahme nach englischem Recht, einschließlich *cross examination*, verpflichtet werden, *Geimer*, in: Zöller (Fn. 9), § 1025 Rn. 5.

52 *Münch*, in: MüKoZPO (Fn. 17), § 1042 Rn. 88.

53 *Böckstiegel* (Fn. 43), 1, 5.

54 Siehe insb. Art. 19 Abs. 1 UNCITRAL-MG.

55 *Solomon* (Fn. 22), S. 449, 453 m.w.N.

56 *Rensmann*, Anationale Schiedssprüche, 1997, S. 33.

57 *Solomon* (Fn. 22), S. 450.

58 *Solomon* (Fn. 22), S. 451 m.w.N.

59 *Solomon* (Fn. 22), S. 451-468; *Rensmann* (Fn. 56), S. 88-92.

Gleichwohl liefert die Theorie zu „anationalen" Schiedssprüchen einen Beitrag zur Untersuchung von delokalisierten Schiedssprüchen. Die Diskussion um „anationale" Schiedssprüche taucht insbesondere mit Blick auf das französische Recht auf.[60] Das französische Recht gewährt nämlich im Gegensatz zum deutschen Recht (und auch zum UNCITRAL-MG) besonders umfangreiche Parteiautonomie: Liegt der Schiedsort in Frankreich, können die Parteien das Schiedsverfahrensrecht losgelöst von *jeglicher* nationalen Rechtsordnung bestimmen; sie sind nicht einmal zwingenden Regeln des französischen Rechts unterworfen.[61]

Das französische Recht eröffnet den Parteien mithin die Möglichkeit, das Schiedsverfahrensrecht gänzlich von nationalem Recht und seinen zwingenden Regeln zu entbinden. Im Ergebnis liegt in einem solchen Fall eine umfassende Delokalisierung des Schiedsspruchs vor: Der Schiedsspruch entspringt einem Schiedsverfahren, dessen Regeln „anational ausgestaltet" sind, also keinerlei Bezug zum Recht des Schiedsortes aufweisen.

4. Schlussfolgerung

Festzuhalten ist, dass zahlreiche nationale Rechtsordnungen – insbesondere die, die das UNCITRAL-MG umgesetzt haben – den Parteien in verschiedenem Ausmaß ermöglichen, das Schiedsverfahren vom Recht des Schiedsortes zu lösen. Dadurch können delokalisierte Schiedssprüche entstehen, denen stets gemein ist, dass ihr Zustandekommen maßgeblich nach einem anderem als dem am Schiedsort geltenden Recht beurteilt wurde. Delokalisierte Schiedssprüche sind keine Seltenheit. Denn *in praxi* richtet sich das Schiedsverfahrensrecht häufig[62] nach institutionellen Schiedsordnungen, die zumeist alle wesentlichen Verfahrensfragen ausführlich regeln und – soweit möglich – nicht dem Recht des Schiedsortes überlassen.[63]

Nun wird auch deutlich, dass die Wirkungserstreckungslehre dem kollisionsrechtlichen Prinzip der engsten Verbindung[64] zuwider läuft: Denn wenn delokalisierte Schiedssprüche *häufig* auftreten, dann ist auch *häufig* die Verbindung zwischen Schiedssprüchen und dem Recht des Schiedsortes nicht „am engsten". Daraus folgt umgekehrt, dass schwerlich begründet werden kann, dass Schiedssprüche *regelmäßig* die engste Verbindung zum Recht des Schiedsortes aufweisen. Jedenfalls ist keine solche Regelmäßigkeit zu konstatieren, die es rechtfertigen würde, die Bestimmung der Rechtskraftwirkungen von Schiedssprüchen *stets* dem Recht des Schiedsortes zu unterwerfen. Genau dies verlangt aber die Wirkungserstreckungslehre bei ausländischen Schiedssprüchen. Sie vermag mithin vor dem Hintergrund des Prinzips der engsten Verbindung nicht zu überzeugen.

[60] Vgl. dazu *Solomon* (Fn. 22), S. 449 m.w.N.
[61] *Lörcher*, Das internationale Handelsschiedsverfahren in Frankreich, 1997, S. 12-14.
[62] *Buchwitz* (Fn. 6), S. 213.
[63] *Böckstiegel* (Fn. 43), 1, 2; *Cordero-Moss*, Recueil des Cours 372 (2014), 129, 153.
[64] Vgl. Fn. 42.

III. Widerspruch zum UNÜ

1. Erstreckung bestehender Rechtskraftwirkungen

Die Wirkungserstreckungslehre postuliert die Erstreckung von Entscheidungswirkungen aus dem Ursprungsstaat auf das Inland. Die Wirkungserstreckung gelingt aber nur dann, wenn bereits Entscheidungswirkungen im Ursprungsstaat vorliegen, die in einem zweiten Schritt auf das Inland erstreckt werden können. Eine Wirkung kann logischerweise immer nur dann auf Etwas erstreckt werden, wenn sie bereits existiert.[65] Bei ausländischen Urteilen ist dies unproblematisch; jedenfalls nach Eintritt der formellen Rechtskraft entfaltet das Urteil unmittelbar Rechtskraftwirkungen im Ursprungsstaat.[66] Ein Schiedsspruch bedarf dagegen zunächst der Anerkennung in seinem „Ursprungsstaat", damit er dort Rechtskraftwirkungen zeitigen kann.[67]

2. „Doppelanerkennung"

Hinter der Wirkungserstreckungslehre bei Schiedssprüchen verbirgt sich mithin ein Mechanismus der „Doppelanerkennung"[68]: Zuerst muss der Schiedsspruch in seinem „Ursprungsstaat" anerkannt werden, damit er überhaupt Rechtskraftwirkungen entfaltet. Erst dann kann die Erstreckung der Rechtskraftwirkungen auf das Inland erfolgen.[69] Die vorgelagerte Anerkennung im „Ursprungsstaat" ist selbst dann notwendig, wenn die Parteien von vornherein kein Interesse an der Wirksamkeit des Schiedsspruches am Schiedsort haben. Die Anerkennung ist dann reine Formalie und dient einzig dem Zweck, die Wirkungserstreckung zu ermöglichen.[70]

3. Schlussfolgerung

Nach Art. V Abs. 1 lit. e) UNÜ kann die Anerkennung eines ausländischen Schiedsspruches versagt werden, wenn er noch nicht verbindlich geworden ist. Mit der Verbindlichkeit im Sinne von Art. V Abs. 1 lit. e) UNÜ ist aber lediglich der Eintritt des Zeitpunkts gemeint, an dem der Schiedsspruch erlassen wird und die Parteien aufgrund ihrer Schiedsvereinbarung *schuldrechtlich* an ihn gebunden werden.[71] Mithin ist nicht erforderlich, dass der Schiedsspruch in seinem „Ursprungsstaat" anerkannt wurde und dort Rechtskraftwirkungen zeitigt.[72] Anders gewendet: Die Pflicht zur Anerkennung eines ausländischen Schiedsspruchs kann nach Art. III i.V.m. Art. V Abs. 1 lit. e) UNÜ schon eintreten, bevor der Schiedsspruch in seinem „Ursprungsstaat" anerkannt wurde und dort Rechtskraftwirkungen zeitigt. Die Wirkungserstreckungslehre hingegen setzt eine vorausgehende Anerkennung im „Ursprungsstaat" denklogisch voraus, denn Rechtskraftwirkungen können nur dann erstreckt werden, wenn sie bereits im „Ursprungsstaat" bestehen. Die

[65] Zurecht krit. daher *Solomon* (Fn. 22), S. 327 f.; *Bosch* (Fn. 17), S. 155.
[66] *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht[18], 2018, § 150 Rn. 2 f.
[67] Vgl. oben D. I. 2.
[68] *Klement* (Fn. 17), S. 204 f.
[69] Vgl. *Adolphsen*, in: MüKoZPO (Fn. 17), Anh. § 1061 Art. 3 UNÜ Rn. 2.
[70] *Klement* (Fn. 17), S. 204.
[71] *Schlosser* (Fn. 18), Rn. 787; *Klement* (Fn. 17), S. 193-195, 206; ähnlich *Solomon* (Fn. 22), S. 371 f., 374.
[72] *Solomon* (Fn. 22), S. 371, 374; *Klement* (Fn. 17), S. 193; *Lühmann* (Fn. 39), S. 320.

Wirkungserstreckungslehre steht mithin im dogmatischen Widerspruch zum UNÜ.

IV. Fazit

Durch die Analyse der Wirkungserstreckungslehre konnten drei dogmatische Mängel herausgearbeitet werden: Erstens beruht die Wirkungserstreckungslehre auf einem abzulehnenden jurisdiktionellen Verständnis der Schiedsgerichtsbarkeit, wodurch unberechtigterweise eine Zuordnung von Schiedssprüchen zu einem „Ursprungsstaat" vorgenommen wird. Zweitens sind Schiedssprüche häufig nicht eng mit dem Recht des Schiedsortes, das die Wirkungserstreckungslehre für maßgeblich erklärt, verbunden. Drittens steht die Wirkungserstreckungslehre im Widerspruch zum UNÜ.

E. Dogmatische Analyse der Gleichstellungslehre

I. Differenzierung zwischen inländischen und ausländischen Schiedssprüchen

Wie bereits gezeigt, lassen sich Schiedssprüche – anders als Urteile – keinem bestimmten Staat zuordnen.[73] Ein Schiedsspruch ist nämlich ein privater Rechtsprechungsakt, der *a priori* für *keinen* Staat eine hoheitlich verbindliche Entscheidung darstellt. Damit entfällt auch die Notwendigkeit der Differenzierung zwischen in- und ausländischen Schiedssprüchen, wie sie bei Urteilen vorgenommen wird.[74] Denn sowohl in- als auch ausländischer Schiedsspruch sind ein für den staatlichen Richter gleichermaßen „fremdes gerichtliches Erkenntnis"[75], das in jedem Fall der Anerkennung bedarf, um Rechtskraftwirkungen zu entfalten.[76]

Insofern ist es auch nicht zwingend notwendig, die Rechtskraftwirkungen in- und ausländischer Schiedssprüche auf unterschiedliche Weise zu bestimmen. Vielmehr stellt sich bei in- und ausländischen Schiedssprüchen gleichermaßen die grundsätzliche Frage, *ob* und *inwieweit* dem aufgrund einer privaten Vereinbarung ergangenen Schiedsspruch Rechtskraftwirkungen beigegeben werden sollen.[77]

II. Schlussfolgerung

Die Frage, *ob* inländischen und ausländischen Schiedssprüchen dem Grunde nach Rechtskraftwirkungen beigegeben werden sollen, beantwortet die deutsche Rechtsordnung mit § 1055 ZPO und § 1061 ZPO positiv: Sowohl in- als auch ausländische Schiedssprüche können in einem späteren Prozess beachtlich werden – sie sind mithin im Hinblick auf das „ob" bereits gleichgestellt.[78]

Die Frage, *inwieweit* inländischen und ausländischen Schiedssprüchen Rechtskraftwirkungen beigegeben werden sollen, beantwortet indes nur der § 1055 ZPO für inländische Schiedssprüche; der § 1061 ZPO liefert keine Antwort für ausländische Schiedssprüche.[79] Wenn aber – wie gezeigt – keine zwingende Notwendigkeit besteht, zwischen in- und ausländischen Schiedssprüchen zu differenzieren, ist es dogmatisch schlüssig, auch im Hinblick auf das „inwieweit" eine Gleichstellung vorzunehmen.[80] Genau dies tut die Gleichstellungslehre, indem sie das „inwieweit" bei sowohl in- als auch ausländischen Schiedssprüchen dem § 1055 ZPO entnimmt.

III. Fazit

Die Gleichstellungslehre vermag, anders als die Wirkungserstreckungslehre, in dogmatischer Hinsicht zu überzeugen. Unter der Prämisse, dass eine Differenzierung zwischen in- und ausländischen Schiedssprüchen nicht notwendig ist, kann sie dogmatisch schlüssig hergeleitet werden.

F. Praktische Beurteilung beider Lehren

I. Praktische Erwägungen im Kollisionsrecht

Praktische Erwägungen sind in kollisionsrechtlicher Hinsicht von gewichtiger[81] Bedeutung, denn sie indizieren zentrale Interessen, die für oder gegen die Maßgeblichkeit eines bestimmten Rechts in der Praxis sprechen.[82] Die Vorzugswürdigkeit der Wirkungserstreckungs- bzw. der Gleichstellungslehre kann sich mithin nicht allein aus den vorstehenden dogmatischen Erwägungen ergeben, sondern muss auch praktische Erwägungen mit einbeziehen. Auf Letztere wird im Folgenden eingegangen.

II. Entscheidungseinklang

1. Internationaler Entscheidungseinklang

Die Vertreter der herrschenden Wirkungserstreckungslehre berufen sich zuvörderst auf das Anerkennungsmandat des Art. III UNÜ. Das dahinterstehende Interesse am internationalen Entscheidungseinklang habe „eindeutigen Vorrang"[83] und werde nur durch die Beachtung ausländischer Rechtskraftwirkungen hinreichend befriedigt.[84] Der internationale Entscheidungseinklang ist das „formale Ideal" des internationalen Privatrechts: Eine Entscheidung soll unabhängig vom Prozessort gleich ausfallen.[85]

Den internationalen Entscheidungseinklang fördert die Wirkungserstreckungslehre, da sie ein anerkennendes Gericht dazu anhält, die Rechtskraftwirkungen des Schiedsspruchs nach dem Recht des Schiedsortes zu bestimmen und auf das Inland zu erstrecken. Dadurch fällt die Beurteilung der Rechtskraftwirkungen durch ein Gericht am Schiedsort und ein Gericht im Anerkennungsstaat immer gleich aus.

Die Gleichstellungslehre hingegen läuft dem internationalen Entscheidungseinklang zuwider. Denn ihr zufolge sind

[73] Siehe oben D. I.
[74] Das befürworten auch *Schwab*/*Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, Kommentar[7], 2005, Kap. 30 Rn. 1.
[75] *G. Roth* (Fn. 40), S. 133.
[76] *Solomon* (Fn. 22), S. 325 f.; *Lühmann* (Fn. 39), S. 280.
[77] *Solomon* (Fn. 22), S. 326; *G. Roth* (Fn. 40), S. 133.
[78] *Klement* (Fn. 17), S. 208.
[79] Siehe oben C. I.
[80] Zutreffend daher *Klement* (Fn. 17), S. 207-209.
[81] *Briggs*, Private International Law in English Courts, 2014, Rn. 1.16: „*Pragmatism makes a powerful, if unstated, contribution to the force that drives* [...] *private international law*".
[82] Vgl. zur Bedeutung von Interessen im Kollisionsrecht *Kropholler* (Fn. 42), S. 31 ff.
[83] *Schlosser*, in: Stein/Jonas (Fn. 9), Anh. § 1061 Rn. 123.
[84] *Adolphsen*, in: MüKoZPO (Fn. 17), Anh. § 1061 Art. 3 UNÜ Rn. 2.
[85] *Kropholler* (Fn. 42), S. 36.

die Rechtskraftwirkungen originär nach der *lex fori* zu bestimmen. Dadurch kann die Beurteilung von Rechtskraftwirkungen im Prozess am Schiedsort und im Prozess im Anerkennungsstaat divergieren.

2. Nationaler Entscheidungseinklang

Der Antagonist des internationalen Entscheidungseinklangs ist der nationale Entscheidungseinklang.[86] Ihm zufolge sollen Entscheidungen innerhalb desselben nationalen Gerichtssystems stets gleich ausfallen. Legt man den nationalen statt den internationalen Entscheidungseinklang als Beurteilungsmaßstab an, so kehrt sich die Beurteilung der Lehren um. Denn nur die Gleichstellungslehre kann gewährleisten, dass die Beurteilung der Rechtskraftwirkungen von Schiedssprüchen innerhalb desselben nationalen Gerichtssystems stets gleich ausfällt, indem sie die *lex fori* für maßgeblich erklärt.[87] Demgegenüber führt die Wirkungserstreckungslehre dazu, dass Gerichte innerhalb eines Staates die Rechtskraftwirkungen von Fall zu Fall unterschiedlich beurteilen, da sie nicht auf ihre *lex fori*, sondern auf das jeweilige Recht des Schiedsortes zurückgreifen sollen.

3. Vorrang des internationalen Entscheidungseinklangs

Gewährte man dem nationalen Entscheidungseinklang Vorrang, würde das Ansehen der Schiedsgerichtsbarkeit und das Vertrauen in die internationale Unverbrüchlichkeit von Schiedssprüchen leiden.[88] Denn wenn das zentrale prozessuale Instrument zur Sicherung der endgültigen Streitbeilegung – die Rechtskraft – der jeweils eigenständigen Beurteilung durch das anerkennende Gericht nach seiner *lex fori* unterläge, dann würde die praktische Geeignetheit und Attraktivität der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit als *gleichwertige* Alternative zum staatlichen Gerichtsverfahren erheblich beeinträchtigt werden. Würde man bei Schiedssprüchen nämlich nicht ebenfalls die ausländischen Rechtskraftwirkungen auf das Inland erstrecken, wären Schiedssprüche praktisch nicht in derselben Weise wie Urteile geeignet, eine endgültige Streitbeilegung grenzüberschreitend zu gewährleisten.

Mithin ist die Wirkungserstreckungslehre vorzuziehen. Sie fördert im Gegensatz zur Gleichstellungslehre den internationalen Entscheidungseinklang in der Praxis, der bei der Anerkennung ausländischer Schiedssprüche Vorrang gegenüber dem nationalen Entscheidungseinklang genießt.[89]

III. Vorhersehbarkeit

Die Parteien werden im Laufe des Schiedsverfahrens meist nicht wissen, ob sie zu einem späteren Zeitpunkt einen Folgeprozess vor einem staatlichen Gericht führen werden, in dem der Schiedsspruch relevant wird.[90] Die Gleichstellungslehre hat den Nachteil, dass ihr zufolge dem Schiedsspruch in jedem Staat unterschiedliche Rechtskraftwirkungen beigelegt werden können.[91] Das macht es für die Parteien kaum vorhersehbar, in welchem Umfang die streitbeendenden Rechtskraftwirkungen des Schiedsspruchs im nachfolgenden Gerichtsverfahren berücksichtigt werden.[92]

Die Wirkungserstreckungslehre gewährt hingegen bessere Vorhersehbarkeit für die Parteien in der Praxis, da sie bezüglich der Rechtskraftwirkungen stets auf das Recht des Schiedsortes abstellt. Die Rechtskraftwirkungen eines Schiedsspruchs unterliegen dadurch allerorts der gleichen, vorhersehbaren Beurteilung. Daher ist die Wirkungserstreckungslehre auch unter diesem Gesichtspunkt in praktischer Hinsicht vorzugswürdig.

IV. Fazit

Die praktischen Erwägungen sprechen eindeutig für die Wirkungserstreckungslehre. Sie fördert den internationalen Entscheidungseinklang in der Praxis und bietet den Parteien bei Durchführung eines Schiedsverfahrens Vorhersehbarkeit bezüglich der Rechtskraftwirkungen, die in potenziellen Folgeverfahren die Endgültigkeit des Rechtsstreits absichert.

G. Ausblick

Nach derzeitigem kollisionsrechtlichem Stand stehen einem deutschen Gericht grundsätzlich zwei Optionen offen, wie es die Rechtskraftwirkungen ausländischer Schiedssprüche bestimmen kann. Es kann entweder auf das Recht des Schiedsortes (Wirkungserstreckungslehre) oder die *lex fori* (Gleichstellungslehre) zurückgreifen. Wie herausgearbeitet werden konnte, führen die dogmatische und die praktische Beurteilung beider Lehren zu entgegengesetzten Ergebnissen. Der kollisionsrechtliche Status quo liefert mithin keine in sowohl praktischer als auch dogmatischer Hinsicht befriedigende Antwort auf die Frage, welches Recht für die Bestimmung der Rechtskraftwirkungen ausländischer Schiedssprüche maßgeblich sein soll.

Die praktischen Erwägungen spiegeln zentrale Interessen wider, die in der Schiedspraxis bestehen: die Vorhersehbarkeit und die internationale Einheitlichkeit der Beurteilung hinsichtlich der streitbeendigenden Rechtskraftwirkungen. Eine geeignete Alternative könnte daher darin liegen, die Rechtskraft akzessorisch an das Schiedsverfahrensstatut anzuknüpfen. Eine solche akzessorische Anknüpfung hätte den Vorzug, dass sie den sachlichen Konnex zwischen der konkreten Ausgestaltung des Schiedsverfahrens im Einzelfall und dem Schiedsspruch als Verfahrensprodukt wahrt. Dies wäre auch im Sinne der Parteien. Denn wenn sie die Regeln des Schiedsverfahrens und damit das Zustandekommen des Schiedsspruchs selbst bestimmen, werden sie auch erwarten, dass sich die streitbeendigenden Rechtskraftwirkungen nach ebendiesen Regeln richten. Greift ein später mit dem Schiedsspruch befasstes Gericht dagegen auf das Recht des Schiedsortes oder seine *lex fori* zurück, könnten die Parteien durch die Inkongruenzen zwischen dem von ihnen geführten Schiedsverfahren und der streitbeendigenden Wirkung des Schiedsspruchs überrascht werden.

---

[86] Vgl. *Kropholler* (Fn. 42), S. 36.
[87] *Bermann*, Recueil des Cours 381 (2015), 40, 369 f.
[88] In anderem Zusammenhang *Kropholler* (Fn. 42), S. 37.
[89] So auch *Adolphsen*, in: MüKoZPO (Fn. 17), Anh. § 1061 Art. 3 UNÜ Rn. 2.
[90] *Klement* (Fn. 17), S. 293.
[91] So für Urteile *Kropholler* (Fn. 42), S. 679.
[92] *Klement* (Fn. 17), S. 293.

Hannah Güntner*

Das nach der Rom II-VO anwendbare Recht auf Klimaklagen, insbesondere die Auswirkungen ausländischer Genehmigungen im Deliktsstatut

A. Einleitung

Das Urteil der Rechtbank den Haag,[1] in dem erstmals ein *Carbon Major* zur Emissionsreduktion verurteilt wurde, hat das Internationale Privatrecht verstärkt in den Fokus der Diskussion um internationale Klimahaftung gerückt. Das Gericht vergegenwärtigte die Frage, wie mit einer möglichen Haftung des Schädigers nach weltweit jeder Rechtsordnung umzugehen ist,[2] die Art. 7 Rom II-VO[3] unter dem Ubiquitätsprinzip ermöglicht. Diese Arbeit versucht, darauf eine Antwort zu finden.

B. Deliktsstatut bei Klimaschäden

I. Zielsetzung der Anknüpfung in Art. 7

Telos des Art. 7 ist die kollisionsrechtliche Absicherung des in Art. 191 II 1 AEUV verankerten materiell-rechtlichen Ziels eines hohen Umweltschutzniveaus, vgl. ErwG 25.[4] Durch ein strenges Verursacherprinzip (*polluter-pays-principle*)[5] soll der Schädiger angehalten werden, sein Handeln an möglichst hohen Standards zu orientieren.[6]

Dieses Ziel bestimmte auch die gesetzgeberische Entscheidung für das, den Geschädigten begünstigende, Ubiquitätsprinzip, das ihm ausnahmsweise ein Wahlrecht zwischen Erfolgs- und Handlungsortsrecht eröffnet.[7] Über das Wahlrecht kann der Schädiger nach potenziell weltweit jedem Recht in Haftung genommen werden. Er muss folglich unabhängig seiner Niederlassung damit rechnen, dem strengsten Haftungsregime unterworfen zu werden. Dies erschwert Emittenten das Ausnutzen von Unterschieden in der Schutzintensität verschiedener Umweltrechtsregime durch kluge Standortwahl[8] (*Law-Shopping*[9]).

II. Sachlicher Anwendungsbereich

1. Definition des Begriffs „Umweltschädigung"

a) Definition der Umweltschädigung

Einer der, den sachlichen Anwendungsbereich eröffnenden Verletzungserfolge, ist der Eintritt einer „Umweltschädigung", Art. 7 Alt. 1,[10] deren Definition allerdings Schwierigkeiten bereitet.[11]

Erste Konkretisierung bietet ErwG 24, der einen Umweltschaden abschließend[12] als „eine nachteilige Veränderung einer natürlichen Ressource, wie Wasser, Boden oder Luft, eine Beeinträchtigung einer Funktion, die eine natürliche Ressource zum Nutzen einer anderen natürlichen Ressource oder der Öffentlichkeit erfüllt, oder eine Beeinträchtigung der Variabilität unter lebenden Organismen" definiert. Da sich daraus aber nicht ergibt, wann eine solche nachteilige Veränderung oder Beeinträchtigung vorliegt, wird der inhaltlich ähnliche und fast wortlautgleiche Art. 2 UHRL hinzugezogen.

Allerdings ist bei dessen Übertragung Vorsicht geboten. Denn während es sich bei der Rom II-VO um privatrechtliches Kollisionsrecht handelt, ist die UHRL dem materiellen öffentlichen Recht zuzuordnen. Eine wortlautgetreue Anwendung würde gem. Art. 2 Nr. 1 lit. a) UHRL etwa bedeuten, dass Schäden durch genehmigte Tätigkeiten bereits begrifflich vom Anwendungsbereich des Art. 7 ausgenommen würden. Auf kollisionsrechtlicher Ebene wäre dieser generelle Haftungsausschluss aber ein systematischer Fehler, denn die Entscheidung, welche Wirkung einer Genehmigung zukommt, obliegt dem erst durch die Rom II-VO bestimmten materiellen Recht.

b) Klimawandel als Umweltschädigung?

Ob der Klimawandel eine Umweltschädigung darstellt, ist unklar. Konkret geht es um die Frage, ob die Anreicherung von Treibhausgasen in der Atmosphäre eine „nachteilige Veränderung einer natürlichen Ressource" darstellt. Dass die Erhöhung des Treibhausgasanteils in der Atmosphäre deren Zusammensetzung *verändert*, ist messbar.[13] Auch, dass in dieser Veränderung eine Kausalkette mit beachtlichen Folgen zwingend angelegt ist, ist heute Allgemeinwissen, sodass die Klimaerwärmung selbst und nicht erst deren Auswirkungen *nachteilig* ist.[14] Zwar wird die Atmosphäre als Ressource nicht explizit aufgelistet,[15] da ErwG 24 sowie Art. 2 UHRL aber nicht abschließend sind,[16] wäre es indes möglich, sie als ungeschriebene Ressource aufzunehmen. Dafür herangezogen werden kann, dass laut ErwG 24 auch die „Funktion, die eine natürliche Ressource zum Nutzen einer anderen natürlichen Ressource […] erfüllt" für Art. 7 bedeutsam ist. Denn die Anreicherung von Treibhausgasen beeinträchtigt die Funktion, die die Atmosphäre für die

---

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

1 Rechtbank den Haag, Urteil v. 26.5.2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339.

2 Vgl. *Kieninger*, IPRax 2022, 1 (1 f.).

3 Sofern nicht anders bezeichnet, sind alle Normen oder ErwG solche der Rom II-VO.

4 KOM (2003) 427 endg., S. 21; NK-BGB/*von Plehwe*, Art. 7 Rn. 1.

5 KOM (2003) 427 endg., S. 22; *Lehmann/Eichel*, RabelsZ 83 (2019), 77 (85).

6 BeckOGK/*Huber,* Art. 7 Rn. 5; MüKoBGB/*Junker,* Art. 7 Rn. 4.

7 BeckOGK/*Huber*, Art. 7 Rn. 4; kritisch: *Wagner*, IPRax 2008, 1 (9).

8 Vgl. MüKoBGB/*Junker*, Art. 7 Rn. 2; *Matthes*, GPR 2011, 146 (149).

9 KOM (2003) 427 endg., S. 21; *Matthes*, GPR 2011, 146 (148 f.).

10 *Zeidler*, S. 256.

11 Richtlinie 2004/35/EG (UHRL).

12 BeckOGK/*Huber*, Art. 7 Rom II-VO Rn. 11; *Zeidler*, S. 257.

13 Kahl/Weller/*Weller/Nasse/Nasse*, S. 393; *Zeidler*, S. 261.

14 *Zeidler*, S. 261 f.; a.A.: *Kieninger*, IPRax 2022, 1 (6); *König/Tetzlaff*, RIW 2022, 25 (30).

15 *Lehmann/Eichel*, RabelsZ 83 (2019), 77 (94); *Zeidler*, S. 261 f.

16 NK-BGB/*von Plehwe*, Art. 7 Rn. 7.

Funktionsfähigkeit von beispielsweise Boden oder Wasser übernimmt.[17] Um diese Auswirkungen zu erfassen, sollte auch die Atmosphäre eine natürliche Ressource i.S.d Art. 7 darstellen,[18] sodass im Ergebnis auch der Klimawandel umweltschädlich ist.[19]

2. Aus einer Umweltschädigung herrührender Personen- oder Sachschaden

Art. 7 umfasst nicht nur Umweltschäden i.e.S., sondern auch den „*aus einer solchen Schädigung herrührenden Personen- oder Sachschaden*".[20]

In favorem naturae genügt es, wenn diese Schäden aus einer bloßen Umwelteinwirkung, einer sog. „Einwirkung auf dem Umweltpfad" resultieren,[21] denn es wäre verfehlt, anzunehmen, dass nur Schädigungen die Umwelt beeinträchtigen könnten.[22] Auch reine Einwirkungen können zu negativen Konsequenzen führen.[23] Das von Art. 7 bezweckte hohe Schutzniveau gelingt mithin am besten durch eine weite Auslegung seines Anwendungsbereichs.[24] So ist auch das Kausalitätserfordernis zwischen Umwelteinwirkung und Personen- oder Sachschaden weit zu verstehen. Es genügt, wenn zweiter aus ersterem „herrührt", zwischen ihnen also irgendein ein Zusammenhang besteht.[25]

Auch Vermögensschäden unterfallen Art. 7,[26] wenn sie als Folge eines Umwelteinflusses entstehen.[27] Grund hierfür ist erneut das durch Art. 7 verfolgte hohe Umweltschutzniveau sowie die Vorteile für Verfahrensökonomie und Rechtssicherheit bei einer einheitlichen Anknüpfung von Vermögens-, Personen- und Sachschäden.[28]

III. Ubiquitätsprinzip

Ist der Anwendungsbereich des Art. 7 eröffnet, bestimmt sich das anwendbare Recht nach dem Ubiquitätsprinzip. Demnach kann bei Distanzdelikten sowohl das Recht des Erfolgs- als auch des Handlungsorts zur Anwendung kommen.

1. Regelanknüpfung: Recht des Erfolgsorts

Macht der Kläger von seinem Wahlrecht keinen Gebrauch, ist über die strenge Verweisung in Art. 7 Hs. 1 auf Art. 4 I das Recht am Erfolgsort anwendbar.[29]

Entscheidend ist damit, wo die Rechtsgutsverletzung bzw. die Verletzung des rechtlich geschützten Interesses eingetreten ist oder einzutreten droht,[30] konkret der Ort des Primärschadens.[31] Jedenfalls als Primärschäden werden Schädigungen an der Umwelt eingeordnet,[32] sowie aufgrund ihrer expliziten Nennung in Art. 7 Individualschäden.[33]

Sind Primärschäden über mehrere Länder verteilt eingetreten, kommen deren Haftungsregime mosaikartig zur Anwendung, was bei Klimaklagen zur Anwendung einer Unzahl von Rechtsordnungen führen kann.[34]

2. Wahlrecht des Geschädigten: Recht des Handlungsorts

Abweichend kann der Kläger für das Recht des Handlungsorts, also dem Ort, an dem die Umweltschädigung ganz oder teilweise ausgeführt wurde, optieren.[35]

Werden Handlungen in verschiedenen Staaten vorgenommen, könnte das anwendbare Recht entweder über eine Schwerpunktbetrachtung bestimmt oder aber vom Kläger gewählt werden.[36] Eine einzelne Anknüpfung für jeden Schädiger[37] ist i.S.e. einheitlichen Anknüpfung abzulehnen. Für ein Wahlrecht spricht das Ziel des Art. 7, Schädigerverhalten durch Anwendung eines möglichst strengen Haftungsregimes zu steuern.[38] Während dieses Ziel bei einer Schwerpunktbetrachtung außen vor bleibt, wird der Kläger es unbewusst verfolgen, indem er das für sich möglichst günstige Recht wählt.

C. Versuch eines gerechten Ausgleichs zwischen Umweltschutz und Rechtssicherheit

I. Problematik des Art. 7 Hs. 1 aus Schädigerperspektive

Wie bereits herausgestellt, führt die strenge Anknüpfung an den Erfolgsort zu einer potenziellen Haftung des Schädigers nach weltweit jeder Rechtsordnung.[39] Der Schädiger könnte einem Haftungsregime unterworfen werden, dessen Anwendung für ihn nicht vorhersehbar war.[40] Inwiefern dieser Vorwurf haltbar ist, ist insoweit fragwürdig, als der Schädiger sich seines grenzüberschreitenden Handelns bewusst sein wird.[41] Allenfalls könnte argumentiert werden, er habe sein Verhalten nicht auf diesen Erfolgsort ausgerichtet.[42] Dahinter steht die Befürchtung, einzelne Staaten könnten ein besonders strenges Umwelthaftungsregime einführen,

---

17 Kahl/Weller/*Weller/Nasse/Nasse*, S. 392; *Zeidler*, S. 261 f.
18 *Lehmann/Eichel*, RabelsZ 83 (2019), 77 (94); *Zeidler*, S. 262.
19 MüKoBGB/*Junker*, Art. 7 Rn. 12; *Zeidler*, S. 263.
20 MüKoBGB/*Junker*, Art. 7 Rn. 11.
21 Kahl/Weller/*Weller/Nasse/Nasse*, S. 394 f; *Lehmann/Eichel*, RabelsZ 83 (2019), 77 (94); *Zeidler*, S. 271.
22 *Lehmann/Eichel*, RabelsZ 83 (2019), 77 (94).
23 *Zeidler*, S. 271.
24 Kahl/Weller/*Weller/Nasse/Nasse*, S. 394 f; *Zeidler*, S. 271.
25 *Kieninger*, IPRax 2022, 1 (6); *Lehmann/Eichel*, RabelsZ 83 (2019), 77 (95); *Zeidler*, S. 272.
26 MüKoBGB/*Junker*, Art. 7 Rn. 12; *Thorn*, Ius Europaneum 52, 139 (157).
27 Juris-PK/*Wurmnest*, Art. 7 Rn. 37.
28 *Zeidler*, S. 269.
29 Erman BGB/*Stürner*, Art. 7 Rn. 10; MüKoBGB/*Junker*, Art. 7 Rn. 20.
30 NK-BGB/*von Plehwe*, Art. 7 Rn. 17; Juris-PK/*Wurmnest*, Art. 7 Rn. 50.
31 EG 17 Rom II-VO; Erman BGB/*Stürner*, Art. 7 Rn. 10.
32 BeckOK BGB/*Spickhoff*, Art. 7 Rn. 4; MüKoBGB/*Junker*, Art. 7 Rn. 20.
33 MüKoBGB/*Junker*, Art. 7 Rn. 20; *Zeidler*, S. 275; a.A.: *Matthes*, GPR 2011, 146 (147).
34 BeckOGK/*Huber*, Art. 7 Rn. 31; BeckOK BGB/*Spickhoff*, Art. 7 Rn. 4.
35 Juris-PK/*Wurmnest*, Art. 7 Rn. 52; *Matthes*, GPR 2011, 146 (148).
36 *Lehmann/Eichel*, RabelsZ 83 (2019), 77 (96).
37 MüKoBGB/*Junker*, Art. 7 Rn. 22.
38 BeckOGK/*Huber*, Art. 7 Rn. 38; a.A.: *König/Tetzlaff*, RIW 2022, 25 (38); *Zeidler*, S. 276.
39 *Weller/Tran*, ZEuP 2021, 573 (595); *Zeidler*, S. 299.
40 Vgl. *Zeidler*, S. 299.
41 *Matthes*, GPR 2011, 146 (148).
42 *Lehmann/Eichel*, RabelsZ 83 (2019), 77 (96); *Zeidler*, S. 299.

dem durch die Erfolgsortsanknüpfung zu einer weltweiten Geltung verholfen würde.[43] Schädiger könnten für eine Tätigkeit haften, die am Handlungsort erlaubt oder sogar gesellschaftlich gewünscht ist.[44] Deshalb gibt es Versuche, Haftungsrisiken durch eine Auflockerung der Erfolgsortsanknüpfung zu minimieren und Rechtssicherheit zu erhöhen.[45]

II. Anwendung der Mosaiktheorie

Eine Einschränkung der Anzahl anwendbarer Rechtsordnungen wird durch die Übertragung der Mosaiktheorie kaum möglich sein, da die überwiegende Zahl der Umwelthaftungsfälle keine Streudelikte darstellen.[46] Sollte ein solches ausnahmsweise vorliegen, würde selbst dann eine Anwendung der Mosaiktheorie das Risiko für Schädiger nicht begrenzen, da sie nur die Kognitionsbefugnis der Gerichte beschränkt, nicht aber die potenziell anwendbaren Rechtsordnungen.[47]

III. Analogie zu Art. 5 I UAbs. II Rom II-VO

Ebenfalls angedacht wird eine analoge Anwendung des Vorhersehbarkeitsvorbehalts aus der Produkthaftung, Art. 5 I UAbs. II.[48] Das Recht eines Erfolgsorts würde demnach keine Anwendung finden, soweit der Schädiger einen Schadenseintritt an diesem Ort nicht vorhersehen konnte.[49]

Zwar könnte eine vergleichbare Interessenslage vorliegen, da in beiden Fällen für Schädiger das Risiko besteht, aufgrund der Globalisierung einerseits oder komplexer Kausalverläufe andererseits, nach einer für sie nicht vorhersehbaren Rechtsordnung haften zu müssen.[50]

Indes scheitert eine Analogie mangels planwidriger Regelungslücke. Zwar wird in historischer Auslegung zum Teil angeführt, der Gesetzgeber hätte vor allem die Konstellation grenzüberschreitender Emissionen in Nachbarstaaten vor Augen gehabt,[51] bei denen die Vorhersehbarkeit des anwendbaren Rechts ohnehin durch einen räumlichen Bezug vorläge.[52] Jedoch kam es bereits (vor) 2009 zu Umwelt-Streuschäden,[53] Klimaklagen in den USA[54] sowie zu EU-weiten Diskussionen über den Klimawandel,[55] sodass dem Gesetzgeber kein mangelndes Wissen über potenziell globale Umweltschäden unterstellt werden kann.[56]

Ohnehin wäre fraglich, inwieweit der Vorbehalt tatsächlich eingreifen würde, da sich die meisten Emittenten der weltweiten Auswirkungen ihres Handelns bewusst sein dürften.[57]

IV. Berücksichtigung ausländischer Genehmigungen

Ein gerechter Ausgleich könnte indes durch die Berücksichtigung ausländischer Genehmigungen erreicht werden. Wird für eine Tätigkeit eine Genehmigung des Belegenheitsstaats erteilt, entfaltet diese neben öffentlich-rechtlichen dort häufig auch privatrechtliche Wirkungen, indem sie deliktische Ansprüche begrenzt oder ausschließt.[58] Damit stellt sich bei grenzüberschreitenden Umweltdelikten die Frage, inwiefern auch ausländische Genehmigungen (insbesondere Anlagegenehmigungen) im anwendbaren Deliktsrecht Wirkungen entfalten. Relevant ist dies vor allem bei Unterlassungsansprüchen, wo sogar die Stilllegung der Anlage im Raum steht.[59] Eine Antwort darauf findet sich weder in Art. 7 noch seinen ErwG.[60] Bei der Anerkennung ausländischer Genehmigungen ist ein Spannungsverhältnis zu navigieren: Während auf der einen Seite der Vertrauensschutz des Klägers in seine Genehmigung steht, sollen auf der anderen Seite erstens ein hohes Umweltschutzniveau und zweitens die Rechte des Klägers gewahrt bleiben.[61] Zu unterscheiden ist dabei zwischen drei Sachverhaltskonstellationen.

1. Inländische Genehmigung und ausländisches Erfolgsortsrecht

Erhebt der Geschädigte seine Klage am Handlungsort wegen einer im Ausland eingetretenen Schädigung, kommt, vorbehaltlich seines Wahlrechts, gem. Art. 7 Hs. 1 das Recht des ausländischen Erfolgsorts zur Anwendung.

Die Einheit der Rechtsordnung,[62] die Gewaltenteilung,[63] und vor allem die Bindung des Richters an Recht und Gesetz, Art. 20 III GG, verlangen, dass in diesem Fall eine inländische Genehmigung auch bei Anwendung ausländischen Erfolgsortrechts Berücksichtigung findet.[64] Im Kollisionsrecht lässt sich dieses Ergebnis mit einer Einordnung der Genehmigung als Eingriffsnorm, Art. 16, erreichen, die zwingend zu beachten ist.[65]

2. Ausländische Genehmigung und ausländisches Handlungsortsrecht

Wird vor den Gerichten des Erfolgsorts geklagt, liegt der Handlungsort aber im Ausland, kann der Kläger über sein Wahlrecht dieses ausländische Recht zur Anwendung bringen.

---

43 Vgl. *Kieninger*, IPRax 2022, 1 (6); *Lehmann/Eichel*, RabelsZ 83 (2019), 77 (96 f.).
44 *Kieninger*, IPRax 2022, 1 (7).
45 *Weller/Tran*, ZEuP 2021, 573 (595).
46 *Zeidler*, S. 299.
47 *Lehmann/Eichel*, RabelsZ 83 (2019), 77 (97); *Zeidler*, S. 300.
48 *Weller/Tran*, ZEuP 2021, 573 (595).
49 *Zeidler*, S. 300.
50 *Lehmann/Eichel*, RabelsZ 83 (2019), 77 (107); a.A.: MüKoBGB/*Junker*, Art. 7 Rn. 20; *Zeidler*, S. 302.
51 KOM (2003), 427 endg., S. 21.
52 *Lehmann/Eichel*, RabelsZ 83 (2019), 77 (106).
53 *Graziano*, RabelsZ 73 (2009), 1 (46).
54 Bereits 2007 entschied z.B. Supreme Court in Massachussets v. EPA, 549 U.S. 497 (2007), dass die US-Umweltbehörde EPA Emissionen regulieren musste.
55 *Zeidler*, S. 301 f.
56 *Zeidler*, S. 302.
57 *Graziano*, RabelsZ 73 (2009), 1 (46); *Kieninger*, IPRax 2022, 1 (7).
58 MüKoBGB/*Junker*, Art. 7 Rn. 28; Juris-PK/*Wurmnest*, Art. 7 Rn. 63.
59 BeckOK BGB/*Spickhoff*, Art. 7 Rn. 6.
60 *Mankowski*, IPRax 2010, 389 (390).
61 *Lehmann/Eichel*, RabelsZ 83 (2019), 77 (99); *Zeidler*, S. 313.
62 Juris-PK/*Wurmnest*, Art. 7 Rn. 65.
63 *Buschbaum*, S. 150.
64 MüKoBGB/*Junker*, Art. 7 Rn. 30; JurisPK/*Wurmnest*, Art. 7 Rn. 65; a.A.: *Buschbaum*, S. 150.
65 MüKoBGB/*Junker*, Art. 7 Rn. 30; *Zeidler*, S. 310 f.

Auch bei Anwendung des ausländischen Handlungsortsrechts herrscht weitgehend Einigkeit, dass eine Genehmigung aus dieser Rechtsordnung Berücksichtigung findet. Begründet wird dies mit verschiedenen Anknüpfungsideen.[66]

Abzulehnen ist jedenfalls die Ansicht, welche die privatrechtsgestaltende Wirkung und damit diesen Teil der Genehmigung als Privatrecht und somit von der Verweisung in Art. 7 umfasst qualifiziert.[67] Zwar erstrecken sich die Wirkungen einer Genehmigung häufig auch in das Privatrecht, indes sind Ursprung, Erteilung und damit einheitlich die Genehmigung stets öffentlich-rechtlich einzuordnen.[68]

Plausibler scheint, im Gleichlauf mit der Behandlung inländischer Genehmigungen bei ausländischem Erfolgsortrecht, eine Berücksichtigung über Art. 16.[69] Begründen lässt sich dies mit der Einheit der zur Anwendung berufenen Rechtsordnung.[70] Allerdings herrscht bzgl. der Berücksichtigung ausländischer Eingriffsnormen in der Rom II-VO erhebliche Rechtsunsicherheit.[71] Ob es möglich ist, ausländische Eingriffsnormen über Art. 16 durchzusetzen, lässt sich dem Wortlaut nicht entnehmen.[72] Während einige dies unter Verweis auf das Fehlen einer Parallelvorschrift zu Art. 9 III Rom I-VO ablehnen, plädieren andere für eine analoge Anwendung.[73] Eine Lösung über Art. 16 ist deshalb zugunsten größerer Rechtssicherheit abzulehnen.[74]

Die Anwendbarkeit der Genehmigungen ist vielmehr selbstständig mit der hoheitlichen und territorial gebundenen Geltung des öffentlichen Rechts zu begründen,[75] sodass eine ausländische Genehmigung unabhängig des Forumsstaates bei Anwendung des Handlungsortsrechts Berücksichtigung finden muss.[76]

3. Ausländische Genehmigung und inländisches Erfolgsortsrecht

Liegt der Handlungsort im Ausland und hat der Geschädigte Klage vor den Gerichten des inländischen Erfolgsorts erhoben, richtet sich sein Anspruch, vorbehaltlich seines Optionsrechts, nach dem Recht des Erfolgsorts, Art. 7 Hs. 1. Fraglich ist, ob und unter welchen Voraussetzungen auch bei Auseinanderfallen von anwendbarem Recht und Recht des Erlassstaats eine Genehmigung anerkannt werden soll.

a) Anerkennung einer ausländischen Genehmigung?

aa) Versagung jeglicher Beachtung aufgrund des Territorialitätsprinzips

Vor Einführung der Rom II-VO wurde von der deutschen Rechtsprechung die Beachtung ausländischer Genehmigungen unter dem nationalen IPR, Art. 44 EGBGB, mit Verweis auf das Territorialitätsprinzip abgelehnt.[77] Da die Geltung eines Hoheitsaktes auf das Gebiet des Erlassstaats begrenzt sei, entfalteten Genehmigungen als Verwaltungsakte ebenfalls nur innerhalb seiner Grenzen Wirkung.[78] Allerdings geht es bei der Berücksichtigung ausländischer Genehmigungen nicht um die Frage der Ausübung von Hoheitsgewalt eines fremden Staates, sondern um die Anwendung von Genehmigungen in privatrechtlichen Streitigkeiten, insoweit es vom Gericht für sachgerecht erachtet wird.[79] Dieser Berücksichtigung kraft eigener Hoheitsmacht steht das Territorialitätsprinzip nicht entgegen.[80] In diesem Sinne haben auch andere nationale Gerichte bereits entschieden.[81] Eine strikte Ablehnung würde letztlich zu einer Entwertung gerichtlicher Entscheidungen für den Kläger führen, indem sie die Wahrscheinlichkeit ihrer Anerkennung im Erlassstaat deutlich verringert.[82] Zudem würde der Vertrauensschutz des Schädigers komplett unterlaufen,[83] sodass eine Nicht-Berücksichtigung keinen Ausgleich schafft, sondern für beide Seiten nachteilig ist.

bb) Anerkennungspflicht wegen Diskriminierungsverbots

Zwischen den Mitgliedsstaaten der EU könnte darüberhinausgehend aus dem Diskriminierungsverbot in Art. 18 AEUV sogar eine Anerkennungspflicht resultieren.[84] Dass die Nichtbeachtung einer Anlagegenehmigung eine Ungleichbehandlung i.S.d. Art. 18 AEUV darstellt, hat der EuGH in der Temelín II-Rechtssache entschieden.[85] Da das Urteil allerdings auf dem Gebiet des Atomrechts erging, das über Art. 1 II lit. f) Rom II-VO von deren Anwendungsbereich ausgenommen ist, lässt sich ihm keine Anerkennungspflicht auch unter der Rom II-VO entnehmen.[86]

Dennoch könnte für eine Übertragung der Ansätze des EuGHs in das Umwelthaftungsrecht plädiert werden. Fraglich ist aber, ob bei Nichtberücksichtigung einer ausländischen Genehmigung überhaupt eine Diskriminierung i.S.d. Art. 18 AEUV vorliegt. Wie der EuGH folgerichtig argumentiert, wäre ein ausländischer Schädiger stärkeren Ansprüchen ausgesetzt, wenn seine Genehmigung nicht beachtet wird, obwohl eine inländische Wirkung entfalten würde.[87] Allerdings muss zusätzlich zwischen Fällen mit In- und Auslandsbezug differenziert werden. Wird in allen Fällen mit reinem Inlandsbezug eine Genehmigung beachtet, in Fällen mit Auslandsbezug nicht, wird Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt.[88]

---

66 *Zeidler*, S. 311.
67 a.A.: NK-BGB/*von Plehwe*, Art. 7 Rn. 24; *Graziano*, RabelsZ 73 (2009), 1 (49).
68 MüKoBGB/*Junker*, Art. 7 Rn. 32; Juris-PK/*Wurmnest*, Art. 7 Rn. 67.
69 MüKoBGB/*Junker*, Art. 7 Rn. 32.
70 Ebd.
71 *Zeidler*, S. 311.
72 Vgl. MüKoBGB/*Junker*, Art. 7 Rn. 32.
73 NK-BGB/*Knöfel*, Art. 16 Rn. 6; *Freitag*, NJW 2018, 430 (432).
74 Juris-PK/*Wurmnest*, Art. 7 Rn. 67; *Zeidler*, S. 311.
75 Erman BGB/*Stürner*, Art. 7 Rn. 16; Juris-PK/*Wurmnest*, Art. 7 Rn. 67; *Zeidler*, S. 311.
76 *Zeidler*, S. 311.
77 BGH, B. v. 10.03.1978 – V ZR 73/76, BeckRS 1978, 31117453; OLG Saarbrücken, Urt. v. 22.10.1957 – 2 U 45/57, NJW 1958, 752 (754); *Hager*, RabelsZ 53 (1989), 293 (302).
78 BGH, B. v. 10.03.1978 – V ZR 73/76, BeckRS 1978, 31117453; Juris-PK/*Wurmnest*, Art. 7 Rn. 69.
79 *Buschbaum*, S. 170 f; *Matthes*, GPR 2011, 146 (150).
80 Ebd; *Althammer*, S. 9 (17); *Rüppell*, S. 126.
81 Rechtbank Rotterdam v. 16.12.1983 – 3789/77; OLG Linz v. 15.06.1987 – 4 R 93, 84/87.
82 *Althammer*, S. 9 (17); *Grazinao*, RabelsZ 73 (2009), 1 (49).
83 *Lehmann/Eichel*, RabelsZ 83 (2019), 77 (99); *Zeidler*, S. 313.
84 Vgl. *Zeidler*, S. 313.
85 EuGH, Urt. v. 27.10.2009 – C-115/08, EuZW 2010, 26 (30).
86 Juris-PK/*Wurmnest*, Art. 7 Rn. 70; *Zeidler*, S. 313.
87 EuGH, Urt. v. 27.10.2009 – C-115/08, EuZW 2010, 26 (30).
88 *Matthes*, GPR 2011, 146 (150); im Ergebnis auch: *Mankowski*, IPRax 2010, 389 (293).

Als Zwischenfazit festhalten lässt sich mithin, dass weder eine strikte Ablehnung, noch eine vollständige Anerkennung geboten ist.[89] Eine bedingungslose Durchsetzung einerseits könnte das Ziel des Art. 7, den Schutz der Umwelt, durchkreuzen, indem ein Schädiger durch die Berücksichtigung seiner Genehmigung indirekt dennoch von den niedrigeren Schutzstandards seines Handlungsorts profitieren könnte (*race to the bottom*)[90] und außerdem die Rechte des Geschädigten, die im Genehmigungsverfahren eventuell überhaupt kein Gehör erfahren haben, beschneiden.[91] Eine generelle Nicht-Beachtung andererseits wäre mit dem Vertrauensschutz des Schädigers unvereinbar[92] und aufgrund der sehr wahrscheinlichen Ablehnung der Vollstreckung unter Berufung auf den *ordre public* zudem wenig sinnvoll.[93] Somit bedarf es einer offen ausgestalteten Berücksichtigungsmöglichkeit, um diesen Konflikt im Einzelfall gerecht aufzulösen.[94]

cc) Kollisionsrechtliche Berücksichtigung über Art. 17 Rom II-VO

Eine solche könnte sich in der für Ermessen offenen Vorschrift des Art. 17 finden.[95] Er soll gerade der „Wahrung eines angemessenen Interessensausgleichs zwischen den Parteien“ dienen.[96] Eine Genehmigung müsste dann von Gerichten „soweit angemessen“ einbezogen werden.[97]

Fraglich ist aber, ob Art. 17 nicht nur eine für die Problematik passende Rechtsfolge bietet, sondern auch seine Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind.

Auf den ersten Blick bietet sich Art. 17 an, denn er soll die Einbeziehung lokaler Standards sicherstellen.[98] Diese Möglichkeit sah auch die Kommission in ihrer Begründung zum Vorschlag für die Rom II-VO.[99] In den finalen Gesetzesmaterialien findet die Idee zwar keine Erwähnung mehr, stattdessen nimmt ErwG 34 Bezug auf Straßenverkehrsregeln. Daraus lässt sich aber nicht schließen, die Norm gelte nur für Ge- oder Verbote, wie lokale Verkehrsregeln, nicht aber für reine Handlungsmöglichkeiten wie Genehmigungen.[100] Dagegen spricht schon der Wortlaut des ErwG, der mit Straßenverkehrsregeln nur einen Anwendungsbereich beispielhaft erwähnt,[101] die Norm aber weiterhin allgemein für Sicherheits- und Verhaltensregeln gültig erklärt.[102]

Auch die Kritik, dass Art. 17 eine Kollisionsnorm sei und deswegen nur auf Rechtsnormen, nicht aber auf Verwaltungsakte verweise,[103] geht fehl. Art. 17 spricht von Regeln. Im Umwelthaftungsrecht wird durch das Genehmigungsverfahren der abstrakte gesetzliche Rahmen auf den Einzelfall angewandt. Die Grenzen einer Genehmigung stellen damit eine für den jeweiligen Schädiger konkretisierte Verhaltensregel und damit eine Regel i.S.d. Verordnung dar.[104]

Ferner wird eingewandt, dass eine Berücksichtigung von Genehmigungen die Grenze zwischen Kollisions- und Anerkennungsrecht verwische. Man würde nicht nur das Recht eines anderen Staates anwenden, sondern die erlaubende Wirkung einer behördlichen Einzelfallentscheidung übertragen.[105] Dies würde aber voraussetzen, dass es bei Art. 17 systemwidrig um die Wirkungsanerkennung einer Genehmigung geht. Gerade dies ist nicht der Fall, da nur die privatrechtliche Wirkung als Tatbestandselement faktisch Berücksichtigung findet.[106]

Im Ergebnis unterfällt somit die Beachtung von Genehmigungen dem Anwendungsbereich des Art. 17.

Erwähnt werden muss allerdings, dass eine Berücksichtigung über Art. 17 versagt, wenn, wie im Shell-Urteil,[107] der Sitz des Unternehmens als Handlungsort angesehen wird. Denn eine Genehmigung, die Tochtergesellschaften außerhalb des Sitzstaates von einem dritten Staat erteilt wurde, würde dann, da Art. 17 nur auf das Recht des Handlungsorts verweist, automatisch unbeachtlich.[108] Damit würde sich dem Zufall bzw. sogar dem Geschädigten die Möglichkeit eröffnen, durch das Wahlrecht eine Berücksichtigung der Genehmigung von vorneherein auszuschließen. Hier sollte der EU-Gesetzgeber tätig werden.[109]

b) Voraussetzung einer Berücksichtigung

Vorgelagert steht die Frage, ob Art. 17 nur Anwendung finden sollte, wenn der Schädiger einen Schadenseintritt am Erfolgsort nicht vorhersehen konnte.[110] Begründet wird diese Einschränkung mit seiner Schutzwürdigkeit. Habe er mit der Anwendung des Erfolgsortsrechts gerechnet, sei er nicht schutzwürdig.[111] Dem ist nicht zuzustimmen; eine Schutzwürdigkeit des Schädigers ergibt sich schon aus seinem Vertrauen in die erteilte Genehmigung.[112]

Damit bedarf es zugunsten von Vorhersehbarkeit[113] einer weiteren Konkretisierung, wie das von Art. 17 eröffnete tatrichterliche[114] Ermessen auszufüllen ist. Herrschend vorgeschlagen wird, das Ermessen dann zugunsten einer Genehmigung auszuüben, wenn sie Völkerrecht

---

89 *Matthes*, GPR 2011, 146 (150); *Zeidler*, S. 314.
90 *Althammer*, S. 9 (18); *Rüppell*, S. 186.
91 *Lehmann/Eichel*, RabelsZ 83 (2019), 77 (99); *Zeidler*, S. 313 f.; *Rüppell*, S. 186 f.
92 *Lehmann/Eichel*, RabelsZ 83 (2019), 77 (99).
93 *Rüppell*, S. 126.
94 *Lehmann/Eichel*, RabelsZ 83 (2019), 77 (100).
95 *Mankowski*, IPRax 2010, 389 (390); *Zeidler*, S. 316.
96 ErwG 34; *Keßenich*, S. 50 ff.
97 *Matthes*, GPR 2011, 146 (150).
98 KOM (2003), 427 endg., S. 28; MüKoBGB/*Junker*, Art. 7 Rn. 36.
99 KOM (2003), 427 endg., S. 22; im Ergebnis auch: *Dicksinson*, S. 442 Rn. 7.29; *Keßenich*, S. 121; *Rüppell*, S. 164.
100 a.A.: NK-BGB/*von Plehwe*, Art. 7 Rn. 23; *Matthes*, GPR 2011, 146 (151).
101 ErwG 34.
102 Juris-PK/*Wurmnest*, Art. 7 Rn. 71; *Keßenich*, S. 58; a.A.: *Mankowski*, IPRax 2010, 389 (391).
103 *Mankowski*, IPRax 2010, 389 (391).
104 Kahl/Weller/*Weller/Nasse/Nasse*, S. 396; *Rüppell*, S. 174.
105 *Mankowski*, IPRax 2010, 389 (391).
106 *Rüppell*, S. 172.
107 Rechtbank den Haag, Urt. v. 26.5.2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339, Rn. 4.3.6.
108 *Kieninger*, IPRax 2022, 1 (8).
109 *Mankowski*, IPRax 2010, 389 (395).
110 *Matthes*, GPR 2011, 146 (151).
111 *Rüppell*, S. 182.
112 *Keßenich*, S. 97.
113 *Rüppell,* S. 189.
114 *Keßenich*, S. 83 ff.; *Rüppell*, S. 187 ff.

achtet (**Völkerrechtsvorbehalt**), ihre Voraussetzungen und Grenzen im Wesentlichen mit denen des Erfolgsortsrechts vergleichbar sind (**Äquivalenzerfordernis**) sowie die Rechte von Betroffenen im In- und Ausland Gehör fanden (**Partizipationserfordernis**).[115] Teilweise wird zudem eine ausreichende Einbeziehung des Umweltschutzes im Genehmigungsverfahren gefordert (**Umweltschutzerfordernis**).[116]

Dass ein Staat sich bei der Erteilung einer Genehmigung i.R. völkerrechtlicher Grenzen hält, ist nötig, um ein für den Nachbarstaat nachteiliges automatisches Überwirken der Genehmigung zu verhindern.[117] Das Verbot erheblicher grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen oder Informations- und Konsultationspflichten der Staaten untereinander sind Beispiele hierfür.[118]

Zugunsten eines hohen Umweltschutzniveaus, Art. 191 AEUV, darf ein Schädiger sich zudem nur auf seine Genehmigung verlassen, wenn sie den (möglicherweise) strengeren Regeln des Erfolgsortrechts entspricht.[119] Entscheidend sollte eine funktionale Gleichwertigkeit, also eine vergleichbare Funktion bzgl. Gefahrenabwehr und Risikovorsorge, sein.[120] Eine funktionale Äquivalenz entspricht einem Ausgleich zwischen den Interessenspolen in Umwelthaftungsfällen. Ausgefüllt werden könnte der Begriff der Gleichwertigkeit gegebenenfalls über einen Rückgriff auf andere Regeln des EU-Primärrechts, wie die der Warenverkehrsfreiheit in Art. 25 AEUV.[121]

Zusätzlich ist zu verlangen, dass vom zuständigen Gericht geprüft wird, ob im Genehmigungsverfahren Aspekte des Umweltschutzes einbezogen wurden.[122] Denn ein pauschaler Verweis des Geschädigten darauf, der Erlassstaat habe die Folgen der umweltschädigenden Tätigkeit gegen ihren gesellschaftlichen Nutzen bereits abgewogen,[123] ist aufgrund der möglicherweise bis zum Anspruchsausschluss reichenden Folgen einer Berücksichtigung abzulehnen.[124]

Aufgrund des – in Deutschland in Art. 103 I GG verbürgerten – Anspruchs auf rechtliches Gehör, kann eine Genehmigung weiterhin nur dann Beachtung erfahren, wenn im Genehmigungsverfahren auch Betroffenen, die keinen gewöhnlichen Aufenthalt oder Wohnsitz im Erlassstaat haben, eine Möglichkeit zur Beteiligung eröffnet wurde.[125] Andererseits käme es zu einer unionsrechtswidrigen Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, Art. 18 I AEUV, würde eine Person, obwohl sie im gleichen Umkreis der Anlage wohnt, im Gegensatz zu Personen im Inland, nicht einbezogen.[126] Innerhalb Europas und teilweise darüber hinaus wurden mit der Aarhus, -sowie der Espoo-Konvention der UNECE bereits Ansätze geschaffen, (grenzüberschreitende) Informations- und Beteiligungsrechte sicherzustellen.[127] Außerdem sollte das Verfahren rechtsstaatliche Grundsätze erfüllen.[128]

Ob von diesem Erfordernis bei Fällen der Klimahaftung eine Ausnahme zu machen ist, ist strittig.[129] Während eine Verfahrensbeteiligung für Nachbarstaatskonstellationen eine sinnvolle Lösung darstellt, ist sie nicht auf die globale Konstellation der Klimaschäden zugeschnitten.[130] Die Voraussetzung eines Verfahrens mit globaler Beteiligung würde eine grenzüberschreitende Wirkung einer Genehmigung faktisch unerreichbar machen,[131] sodass eine Einschränkung, möchte man eine Genehmigung nicht komplett entwerten, notwendig ist. Denkbar ist eine Begrenzung auf Staaten, in denen ein Schadenseintritt für den Schädiger vorhersehbar war. Dieses Kriterium ist aber hochgradig unbestimmt und könnte entweder als die Vorhersehbarkeit globaler Schadenseintritte im Allgemeinen oder als die Vorhersehbarkeit der konkret eingetretenen Schadensart an einem konkreten Ort verstanden werden. Sinnvoller scheint, die direkte Beteiligung von Betroffenen durch Vertreter vulnerabler Gruppen zu substituieren, wobei ein solches Verfahren indes erst etabliert werden müsste.[132] Bis dahin scheint es am besten, auf das vorherige Erfordernis zurückzufallen und im Rahmen dieser Prüfung zu fordern, dass die weltweiten Auswirkungen der schädigenden Tätigkeit in die Abwägung eingepreist wurden.

c) Wirkungen beachtlicher Genehmigungen

Art. 17 ordnet eine faktische Berücksichtigung von Sicherheits- und Verhaltensregeln an. Wirkung entfaltet eine Genehmigung demnach als sog. Datum,[133] und damit ausschließlich als Tatbestandselement im Rahmen des Erfolgsortsrechts.[134] Dessen Regelungen entscheiden, inwiefern eine Genehmigung berücksichtigt wird und welche Rechtsfolgen an ihr Vorliegen geknüpft werden.[135] Angedacht werden könnte allenfalls zugunsten des Umweltschutzes eine Beschränkung der haftungsausschließenden Folgen der Genehmigung auf solche, die ihr auch nach dem Recht des Erlassstaats zugesprochen würden.[136] Schließlich wird der Schädiger nur auf die Wirkung der Genehmigung vertrauen, die ihm durch den Erlassstaat in Aussicht gestellt wurde.

---

[115] Für viele: MüKoBGB/*Junker*, Art. 7 Rn. 36; Juris-PK/*Wurmnest*, Art. 7 Rn. 72; *Kieninger*, IPRax 2022, 1 (8f.).
[116] Vgl. *Kieninger*, IPRax 2022, 1 (8).
[117] *Mankowksi*, IPRax 2010, 389 (391); *Matthes*, GPR 2011, 146 (151); *Hager*, RabelsZ 53 (1989), 293 (312 f.).
[118] *Hager*, RabelsZ 53 (1989), 293 (315); *Epiney*, JuS 2003, 1066.
[119] *Matthes*, GPR 2011, 146 (151).
[120] NK-BGB/*von Plehwe*, Art. 7 Rn. 24; *Matthes*, GPR 2011, 146 (151); *Mankowski*, IPRax 2010, 389 (392).
[121] *Mankowski*, IPRax 2010, 389 (392); EuGH, Urt. v. 8.11.1997 – Rs. 251/78.
[122] Vgl. Rechtbank den Haag, Urt. v. 26.5. 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339, Rn. 4.4.48; *Kieninger*, IPRax 2022, 1 (8); *Zeidler*, S. 317.
[123] *Lehmann/Eichel*, RabelsZ 83 (2019), 77 (100).
[124] Vgl. *Kieninger*, IPRax 2022, 1 (8).
[125] Für viele: BeckOGK/*Huber*, Art. 7 Rn. 66; *Nassr-Esfahani*, S. 135; *Rüppel*, S. 200.
[126] *Mankowski*, IPRax 2010, 389 (391); *Matthes*, GPR 2011, 146 (151).
[127] *Thorn*, Ius Europaneum 52, 139 (162); ´*Rüppell*, S. 213 ff.
[128] *Mankowski*, IPRax 2010, 389 (391); *Rüppel*, S. 200; *Zeidler*, S. 316.
[129] *Kieninger*, IPRax 2022, 1 (9).
[130] *Lehmann/Eichel*, RabelsZ 83 (2019), 77 (100); *Zeidler*, S. 317.
[131] *Kieninger*, IPRax 2022, 1 (9); *Weller/Tran*, ZEuP 2021, 573 (596 f.).
[132] Ebd.
[133] BeckOGK/*Huber*, Art. 7 Rn. 66; die Verwendung des Begriffs ist allerdings umstritten; siehe: *Harms*.
[134] *Zeidler*, S. 319; *Diehl*, S. 172 f; *Rüppell*, S. 178.
[135] *Dickinson*, S. 442 Rn. 7.29; *Weller/Tran*, ZEuP 2021, 573 (596 f.); *Rüppell*, S. 177 f.
[136] Vgl. *Thorn*, Ius Europaneum 52; 139 (163).

D. Ergebnis

Art. 7 dient der Umsetzung des von Art. 191 AEUV gesteckten Ziels eines hohen Umweltschutzniveaus. Sein Anwendungsbereich ist deshalb möglichst weit auszulegen und umfasst insbesondere auch Schäden durch den Klimawandel. Aus gleichem Grund ist auch die Privilegierung des Geschädigten zumindest im Grundsatz gerechtfertigt, da der Schädiger nur so angehalten wird, sein Handeln an möglichst strengen Standards auszurichten und *law-shopping* effektiv entgegengewirkt wird.

Dass damit allerdings unkalkulierbare Haftungsrisiken und Rechtsunsicherheit für den Schädiger miteinhergehen, kann nicht außenvorbleiben. Einen guten Interessenausgleich ermöglicht die Berücksichtigung ausländischer Genehmigungen. Dies erlaubt *in favorem naturae* die Anwendung des strengsten Haftungsregimes bei gleichzeitiger Wahrung des Vertrauensschutzes des Schädigers in eine, ihm genehmigte, Tätigkeit.

Anna Schneeberg*

Die Zulässigkeit einer Kündigung wegen *Whistleblowings*

A. Einführung

Mangelnde *Corona*-Schutzvorschriften, Gammelfleisch oder Hygienemängel in Altenpflegeheimen – in mehr als dreißig Prozent[1] der deutschen Unternehmen sollen sich Arbeitgeber oder Arbeitnehmer im Jahr 2020 „illegal oder unethisch" verhalten haben. Oft gelangen jene Missstände mit gesamtgesellschaftlicher Bedeutung jedoch nicht an die Öffentlichkeit. Für die Arbeitnehmer steht ihr Arbeitsplatz und damit ihre Existenzsicherung auf dem Spiel, sodass für viele das Prinzip: „Reden ist Silber, Schweigen ist Gold" gilt.[2]

Die Problematik des *Whistleblowings* beschreibt die Handlung eines Arbeitnehmers, der intern, extern oder öffentlich auf Missstände im Unternehmen, die von Kollegen, Vorgesetzten oder dem Arbeitgeber verursacht wurden, aufmerksam macht.[3] *Whistleblowing* ist sowohl offen, vertraulich, als auch anonym möglich.[4] Das offene *Whistleblowing* im privaten Arbeitsverhältnis soll Gegenstand der Ausarbeitung sein.

Eine gesetzliche Regelung zum *Whistleblowing* gibt es trotz zahlreicher Gesetzesinitiativen bisher nicht. Das Richterrecht des Bundesarbeitsgerichts (BAG) und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) setzt die Maßstäbe der aktuellen Rechtspraxis. Die europäische Whistleblower-Richtlinie (WBRL)[5] und weitere Gesetzesinitiativen bringen eine neue Dynamik in den Diskurs.

Die Arbeit wird sich zunächst mit dem *Whistleblowing* als Kündigungsgrund auseinandersetzen (B) und die Maßstäbe der aktuellen Rechtspraxis (B.I.) sowie jene der WBRL (B.II.) darstellen. Es folgen Ausführungen zur Umsetzung der WBRL und zu entsprechenden Gesetzesentwürfen (B.III.).

Anschließend wird ein eigener Gesetzesentwurf als Antwort auf die Ausgangsfrage unter Berücksichtigung der Kritik an der aktuellen Rechtspraxis und der WBRL präsentiert (C), bevor die Arbeit mit einem Fazit schließt (D).

B. *Whistleblowing* als Kündigungsgrund

Ob eine Kündigung wegen *Whistleblowings* zulässig ist, entscheidet die aktuelle Rechtspraxis (B.I.), zu der die WBRL konkurrierend steht.

I. Aktuelle Rechtspraxis

Der Arbeitgeber kann dem Arbeitnehmer gemäß § 1 II Var. 2 KSchG ordentlich verhaltensbedingt[6] oder gemäß § 626 I BGB außerordentlich[7] kündigen, wenn eine arbeitsvertragliche Pflicht des Arbeitnehmers besteht und der Arbeitnehmer die verfassungsrechtlichen oder einfachgesetzlichen Grenzen der Pflicht durch *Whistleblowing* überschritten hat.

Den Arbeitnehmer trifft grds. die Loyalitätspflicht als sonstige Nebenpflicht aus dem Arbeitsvertrag i.V.m. § 241 II BGB, in zumutbarem Umfang auf die geschäftlichen Interessen des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen und Geschäftsgeheimnisse, die er im Rahmen seiner Tätigkeit erfährt, zu wahren.[8] Die Grenzen der Loyalitätspflicht ergeben sich aus einer Abwägung der deutschen und unionsrechtlichen Grundrechte, sowie der Menschenrechte.[9] Die Grundrechte wirken über §§ 241 II, 242 BGB mittelbar auf das Arbeitsverhältnis.[10]

1. Interessen des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber hat regelmäßig ein Interesse an dem Schutz seiner unternehmerischen Betätigungsfreiheit aus Art. 12 I GG und Art. 16 GRC. Die Rechtsprechung hebt insbesondere den Schutz der Reputation des Arbeitgebers im wirtschaftlichen Verkehr gemäß Art. 2 I, 12 I, 19 III GG in Abwägung mit dem öffentlichen Interesse hervor.[11]

2. Interessen des Arbeitnehmers

Dem gegenüber steht das Interesse des Arbeitnehmers an der Beseitigung der Missstände. Bei einem Hinweis sind die Meinungsfreiheit (Art. 5 I GG[12], Art. 10 EMRK[13], Art. 11 GRC[14]), die Gewissensfreiheit (Art. 4 I Alt. 2 GG)[15],

---

* Die Autorin ist Studentin an der Bucerius Law School, Hamburg. Der Beitrag stellt eine überarbeitete und gekürzte Fassung ihrer Examensseminararbeit im Schwerpunktbereich Arbeitsrecht bei Prof. Dr. Matthias Jacobs dar.

1 *Fachhochschule Graubünden, Softwarefirma EQS*: *Whistleblowing* Report 2021, https://tinyurl.com/2u26je9a, zuletzt abgerufen am 15.11.2022.

2 Vgl. Überschrift *Herbert/Oberrath*, NZA 2005, 193.

3 SWK-ArbR/*Mengel*, *Whistleblowing* Rn. 1; *Steigert*, S. 25-26.

4 Vgl. *Steigert*, S. 25-26; SWK-ArbR/*Mengel*, *Whistleblowing* Rn. 7.

5 Richtlinie 2019/1937/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, ABl. EU Nr. L 305/17, S. 17.

6 BAG, 3.11.2011 − 2 AZR 748/10, NZA 2012, 607 Rn. 20; BeckOK/*Rolfs*, KSchG § 1 Rn. 58; NK-GA Bd. III/*Kerwer*, KSchG § 1 Rn. 760.

7 ErfK/*Niemann*, BGB § 626 Rn. 20; NK-GA Bd. II/*Meyer*, BGB § 626 Rn. 52.

8 BAG, 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, BAGE 107, 36 Rn. 30; EGMR, 21.7.2011 – 2874/08, NZA 2011, 1269, 1271 Rn. 64 (*Heinisch*); MüKoBGB/*Spinner*, § 611a Rn. 993, 1007; *Kreis*, S. 19 ff.

9 St. Rspr. BVerfG, 26.3.1987 – 2 BvR 589/79, BVerfGE 74, 358 Rn. 35; BVerfG, 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326 Rn. 86 ff.

10 BVerfG, 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 ff.; BAG, 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, BAGE 107, 36 Rn. 31; BeckOK/*Rolfs*, KSchG § 1 Rn. 300.

11 EGMR, 21.7.2011 – 28274/08, NZA 2011, 1269, 1273 Rn. 89 (*Heinisch*); EGMR, 16.2.2021, 23922/19, NZA 2021, 851, 855 Rn. 85 (*Gawlik*); *Ziegelmayer*, GRUR 2012, 761, 762; *Schmitt*, RdA 2017, 365, 366; MüKoBGB/*Henssler*, § 626 Rn. 167.

12 Vgl. BeckOK/*Schemmer*, GG Art. 5 Rn. 4 ff.; *Klaas*, CCZ 2019, 163, 164.

13 EGMR, 21.7.2011 – 28274/08, NZA 2011, 1269, 1270 Rn. 41 ff. (*Heinisch*).

14 Preis/*Sagan*, W 20 Rn. 12; Calliess/Ruffert/*Klingreen*, GRC Art. 52 Rn. 24.

15 Vgl. BVerfG, 20.12.1960 – 1 BvL 21/60, BVerfGE 12, 45 Rn. 30; BeckOK/*Germann*, GG Art. 4 Rn. 87.

sowie das Recht auf Anzeige (Art. 2 I i.V.m. Art. 20 III GG)[16] betroffen.

3. Interesse der Öffentlichkeit

Die Öffentlichkeit hat sowohl ein schutzwürdiges Interesse an der Rechtsdurchsetzung als auch an der Information über die Missstände in Unternehmen mit Bedeutung für die Allgemeinheit.[17] Der EGMR[18] befand etwa das öffentliche Interesse an der staatlichen Daseinsvorsorge im Altenpflegeheim als schutzwürdig.

4. Konkretisierung durch Kriterien der Rechtsprechung

Das BAG[19] und der EGMR[20] haben weitgehend entsprechende Kriterien aufgestellt, die die Interessenabwägung beim *Whistleblowing* zugunsten der Einzelfallgerechtigkeit konkretisieren sollen.[21] Die ergänzenden Kriterien sind: Motivation des Arbeitnehmers, Berechtigung der Anzeige und Vorrang interner Klärung.[22] Es folgen jeweils eine Darstellung und eine Bewertung der einzelnen Kriterien.

a) Motivation des Arbeitnehmers

Zunächst können rechtsmissbräuchliche Beweggründe des Arbeitnehmers für eine Pflichtverletzung sprechen.[23]

Die Motivation des Arbeitnehmers ist jedoch weder für das öffentliche Informationsinteresse relevant, noch ist der Arbeitgeber schutzwürdiger, wenn der Arbeitnehmer aus Hass handelt.[24] Zudem kann eine Motivation keine Pflicht verletzen.[25]

b) Berechtigung der Anzeige

Des Weiteren ergebe sich aus der Rücksichtnahmepflicht, dass der Arbeitnehmer „berechtigt" gewesen sein muss, den Hinweis abzugeben.[26] Der Arbeitnehmer muss zum Zeitpunkt der Meldung gutgläubig, nach einem subjektiven *ex-ante*-Maßstab, gewesen sein.[27] Laut EGMR[28] treffen den Arbeitnehmer Nachforschungsobliegenheit. Damit bleibt der konkrete Verschuldensmaßstab unklar.[29]

c) Vorrang innerbetrieblicher Abhilfe

Eine Kündigung sei unverhältnismäßig, wenn es keine milderen, gleich geeigneten Mittel im Vergleich zu der Anzeige gibt.[30] Die Loyalitätspflicht aus §§ 241 II, 242 BGB gebiete es, Missstände primär gegenüber dem Vorgesetzten oder der zuständigen, innerbetrieblichen Stelle und nur subsidiär gegenüber Behörden anzuzeigen.[31] Die Presse dürfe der Arbeitnehmer nur als *ultima ratio* zur Aufdeckung anders nicht beizukommender, gravierender[32] Missstände einschalten.[33] Interne Meldestellen schützen als milderes Mittel die Interessen des Arbeitgebers.[34] Insgesamt ist der Vorrang interner Meldungen über vertrauliche Meldesysteme daher ein ausgeglichenes Abwägungsergebnis.

II. Konkurrenz durch europäische Whistleblower-Richtlinie

Die aktuelle Rechtspraxis steht in Konkurrenz zur WBRL[35] vom 16. Dezember 2019, die gemäß Art. 26 I WBRL bis zum 17.12.2021 als unionsweit einheitliches Mindestschutzniveau von Hinweisgebern[36] in nationales Recht umgesetzt werden sollte.

1. Regelungsgegenstände zur Kündigung

Die WBRL schützt Hinweisgeber i.S.d. Art. 4 WBRL vor einer Kündigung (Art. 19 lit. a WBRL), wenn der Hinweisgeber einen Verstoß im Unternehmen gegen die in Art. 2 I lit. a-c i.V.m. Anhang Teil I WBRL aufgelisteten EU-Rechtsakte meldet.[37] Die Richtliniengeber dürfen wegen der begrenzten Einzelermächtigung aus Art. 5 II EUV den Anwendungsbereich nicht auf nationales Recht ausweiten.[38] Gemäß Art. 19 lit. a Var. 2 WBRL ist eine Kündigung wegen *Whistleblowings* verboten. Der folgende Teil erläutert die kündigungsrelevanten Kriterien der WBRL.

---

16 Vgl. BVerfG, 2.7.2001 – 1 BvR 2049/00, NZA 2001, 888, 889.
17 EGMR, 21.7.2011 – 28274/08, NZA 2011, 1269, 1271 Rn. 71 (*Heinisch*); *Rudkowski*, CCZ 2013, 204, 207; *Kreis*, S. 48; *Colneric/Gerdemann*, S. 166 ff.
18 EGMR, 21.7.2011 – 28274/08, NZA 2011, 1269, 1273 Rn. 90 (*Heinisch*).
19 BAG, 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, BAGE 107, 36 Rn. 38 ff.; BAG, 15.12.2016 – 2 AZR 42/16, NZA 2017, 703 Rn. 14.
20 EGMR, 21.7.2011 – 28274/08, NZA 2011, 1269 Rn. 64 (*Heinisch*); EGMR, 21.6.2016 – 79972/12 Rn. 42 (*Soares*).
21 Vgl. MüKoBGB/*Henssler*, § 626 Rn. 184; EuArbRK/*Schubert*, EMRK Art. 10 Rn. 38; *Schmitt*, NZA-Beilage 2020, 50, 51.
22 BAG, 15.12.2016 – 2 AZR 42/16, NZA 2017, 703 Rn. 14; EGMR, 21.7.2011 – 28274/08, NZA 2011, 1269 Rn. 64 (*Heinisch*); EGMR, 21.6.2016 – 79972/12 Rn. 42 (*Soares*).
23 Vgl. BAG, 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, BAGE 107, 36 Rn. 39; EGMR, 21.7.2011 – 28274/08, NZA 2011, 1269, 1272 Rn. 80 (*Heinisch*); Staudinger/*Preis*, § 626 Rn. 131a.
24 *Wendeling-Schröder*, RdA 2004, 374, 377; *Berthold*, S. 74.
25 *Rudkowski*, CCZ 2013, 204, 206; *Klaas*, CCZ 2019, 163, 167; krit.: *Sasse*, NZA 2008, 990, 992.
26 LAG Hamm, 21.7.2011 – 11 Sa 2248/10, RDG 2012, 72, 73; ErfK/*Niemann*, BGB § 626 Rn. 64a; *Brungs*, 122 ff.
27 BVerfG, 2.7.2001 – 1 BvR 2049/00, NZA 2001, 888, 890; *Gerdemann*, NJW 2021, 2324, 2326; ausweitend auf Rechtsirrtümer so auch: BAG, 15.12.2016 – 2 AZR 42/16, NZA 2017, 703, 704 Rn. 16.
28 EGMR, 12.2.2008 – 14277/04 (*Guya*); EGMR, 16.2.2021, 23922/19, NZA 2021, 851, 853 Rn. 68 (*Gawlik*).
29 Vgl. BVerfG, 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307, 315 ff.; *Gerdemann*, NJW 2021, 2324, 2326.
30 BAG, 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, BAGE 107, 36 Rn. 40 ff.; *Herbert/Oberrath,* NZA 2005, 193, 197.
31 BAG, 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, BAGE 107, 36 Rn. 38; BAG, 15.12.2016 – 2 AZR 42/16, NZA 2017, 703, 704 Rn. 14; EGMR, 21.7.2011 – 2874/08, NZA 2011, 1269, 1271 Rn. 65 (*Heinisch*).
32 Beachte § 17 UWG; *Zimmer/Seebacher*, CCZ 2013, 31, 32 m.w.N.
33 Staudinger/*Preis*, § 626 Rn. 133; *Schmitt*, RdA 2017, 365, 366.
34 BAG, 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, NZA 2004, 427, 430; *Brungs*, S. 139.
35 RL 2019/1937/EU (Fn. 6), S. 17.
36 Vgl. Art. 1 WBRL; *Steinhauser/Kreis,* EuZA 2021, 422, 423.
37 ErfK/*Preis,* BGB § 611a Rn. 719a; *Steinhauser/Kreis,* EuZA 2021, 422, 423.
38 *Colneric/Gerdemann*, S. 149; *Forst*, EuZA 2020, 283, 285.

a) Motivation des Arbeitnehmers

Der Schutz der WBRL ist entgegen der Rechtsprechung des BAG[39] und des EGMR[40] nicht an eine bestimmte Motivlage des Hinweisgebers geknüpft.[41] Lediglich böswillige oder missbräuchliche Meldungen sind laut WBRL nicht schutzwürdig.[42] Das rechtsstaatliche Interesse am Normenvollzug eines unionsweit einheitlichen Mindestschutzniveaus sei relevanter als die Motive des Hinweisgebers.[43]

b) Berechtigung der Anzeige

Der Hinweisgeber ist gegen eine Kündigung des Arbeitgebers geschützt, wenn er gemäß Art. 6 I lit. a WBRL eine begründete Annahme zum Zeitpunkt der Meldung oder Offenlegung hat, dass die gemeldeten Informationen der Wahrheit entsprechen und in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen.[44] Art. 5 I lit. a WBRL erfasst gutgläubige Hinweisgeber, sodass der Verschuldensmaßstab einheitlich ist. Probleme bereiten jedoch die knappen Gutglaubensbestimmungen, die einen weiten Interpretationsspielraum lassen.

c) Fehlender innerbetrieblicher Vorrang

Die WBRL unterscheidet gemäß Art. 5 Nr. 4-6 WBRL nach internen Meldungen innerhalb von Unternehmen, externen Meldungen an zuständige Behörden und dem öffentlichen Zugänglichmachen von Informationen über Verstöße als sog. „Offenlegung". Gemäß Art. 10 WBRL können die Hinweisgeber wählen, ob sie einen Verstoß intern oder extern melden. Einen Vorrang innerbetrieblicher Abhilfe gibt es laut WBRL nicht.[45]

Die WBRL differenziert des Weiteren nach Meldungen an Behörden und an die Öffentlichkeit. Wenn die Behörde nicht innerhalb einer bestimmten Zeit[46] auf Hinweise reagiert und Abhilfe geschaffen hat, darf der *Whistleblower* gemäß Art. 15 I lit. a WBRL öffentliche Stellen alarmieren.[47] Gemäß Art. 6 I lit. b i.V.m. Art. 10 WBRL hat der Hinweisgeber die Wahl, ob er den Missstand intern oder extern meldet. Einen Vorrang der internen Meldung gibt es nicht.[48]

d) Darlegungs- und Beweislast

Anders als nach den allgemeinen Beweisgrundsätzen[49] sieht die WBRL eine Beweislastumkehr in Art. 21 V WBRL vor, nach welcher der Unternehmer den Zusammenhang zwischen der Meldung des Arbeitnehmers und der Kündigung darlegen und beweisen muss.[50] Der Schutz vor Kündigungen gegenüber den allgemeinen Beweisgrundsätzen solle damit vereinfacht werden.[51]

e) Zwischenergebnis

Die WBRL hat einige Schutzlücken der Rechtsprechung geschlossen (Motivation, einheitlicher Verschuldensmaßstab), die Anzahl an neuen Schutzlücken überwiegt aber (Wahl der Meldestelle, knappe Gutglaubensvorschriften, Mittäter und Teilnehmer). Als Sekundärrecht gilt die WBRL zunächst nicht unmittelbar. Die Schutzlücken kann der nationale Gesetzgeber noch schließen.

III. Umsetzung der europäischen Whistleblower-Richtlinie

Eine fristgemäße Umsetzung der WBRL scheiterte in der Großen Koalition im Jahr 2021.[52] Die kündigungsschutzrechtlichen Konsequenten für Arbeitnehmer in privaten Arbeitsverhältnissen sind unklar. Allerdings hat das BMJV kürzlich einen neuen Referentenentwurf angefertigt.

1. Vergebliche Gesetzesinitiative in der Großen Koalition

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) hat für die Umsetzung der WBRL im November 2020 einen nicht veröffentlichten Referentenentwurf für ein Hinweisgeberschutzgesetz (HinSchG-E 2020) erarbeitet.[53] Der Referentenentwurf scheiterte im April 2021 in der Ressortabstimmung der beteiligten Bundesministerien.[54] Die Regelungen des HinSchG-E 2020 beschränken sich auf das Nötigste und unterschreiten obendrein das Schutzniveau der WBRL an einigen Stellen.[55] Insbesondere der Verschuldensmaßstab, die Unbeachtlichkeit der Motivation des Hinweisgebers, die Voraussetzungen zum Schutz vor Repressalien und die Beweislast entsprechen den Vorschriften der WBRL. Die Gestaltungsspielräume der WBRL nutzte das BMJV nicht.[56]

2. Schutz der *Whistleblower* nach Ablauf der Umsetzungsfrist

Die Umsetzungsfrist der WBRL lief am 17. Dezember 2021 gemäß Art. 26 I WBRL ohne die Verabschiedung eines Gesetzes der Bundesregierung ab. Die EU-Kommission hat daraufhin am 27. Januar 2022 gemäß Art. 258 AEUV ein förmliches Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland

---

39 Vgl. BAG, 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, BAGE 107, 36 Rn. 39.
40 EGMR, 21.7.2011 – 2874/08, NZA 2011, 1269 (*Heinisch*); EGMR, 16.2.2021 – 23922/19, NZA 2021, 851 (*Gawlik*).
41 EG 32 RL 2019/1937/EU (Fn. 6), S. 23; EuArbRK/*Fest*, RL (EU) 2019/1937 Art. 6 Rn. 5; *Krause,* SR 2019, 138, 151; *Schmolke*, NZG 2020, 5, 6.
42 Vgl. EG 32 RL 2019/1937/EU (Fn. 6), S. 23; EuArbRK/*Fest*, RL (EU) 2019/1937 Art. 6 Rn. 5; *Schmolke,* ZGR 2019, 877, 910.
43 Vgl. *Kreis*, S. 170 ff.; *Krause,* SR 2019, 138, 151.
44 *Thüsing/Rombey*, NZG 2018, 1001, 1005; *Schmitt*, NZA-Beilage 2020, 50, 55 ff.; *Steinhauser/Kreis,* EuZA 2021, 422, 427.
45 Vgl. *Forst*, EuZA 2020, 283, 296; *Gerdemann*, NZA-Beilage 2020, 43, 48; *Gerdemann/Spindler*, ZIP 2020, 1896, 1900 ff.; *Schmolke*, NZG 2020, 5, 9.
46 Vgl. Art. 9 I lit. f, 11 II lit. d RL 2019/1937/EU (Fn. 6), S. 39.
47 ErfK/*Preis,* BGB § 611a Rn. 719c; Preis/*Sagan*, W 20 Rn. 13.
48 Vgl. *Schmolke*, NZG 2020, 5, 9 m.w.N.
49 Vgl. BeckOK/*Baumgärtner*, BGB § 612a Rn. 9; MüKoBGB/*Müller-Glöge*, § 612a Rn. 24.
50 Vgl. ErfK/*Preis,* BGB § 611a Rn. 719c; *Colneric/Gerdemann*, S. 119.
51 EG 93 RL 2019/1937/EU (Fn. 6), S. 31-32; *Gerdemann,* RdA 2019, 16, 26.
52 *Kutsche*: Neues Gesetz soll *Whistleblower* schützen, https://tinyurl.com/2s3suam7, zuletzt abgerufen am 15.11.2022.
53 *BMJV*: HinSchG-E 2020, https://tinyurl.com/tkhwjb2e, zuletzt abgerufen am 15.11.2022.
54 *Kutsche*: Neues Gesetz soll *Whistleblower* schützen, https://tinyurl.com/2s3suam7, zuletzt abgerufen am 15.11.2022.
55 *Schmolke*, NZG 2020, 5, 9; *Dilling*, CCZ 2021, 60.
56 *Schmolke*, NZG 2020, 5, 9; *Dilling*, CCZ 2021, 60.

eingeleitet.[57] Was bedeutet das für die Zulässigkeit von Kündigungen wegen *Whistleblowings*?

a) Beschränkte unmittelbare Wirkung der Schutzvorhaben

Der Umsetzungsausfall[58] könnte nach Art. 288 III AEUV, Art. 4 III EUV und den unionsrechtlichen Grundsätzen *effet utile* und *estoppel* zu einer unmittelbaren Wirkung der WBRL führen.[59] Dafür müssen die Vorschriften der WBRL inhaltlich unbedingt („self-executing"-Normen) und hinreichend bestimmt sein.[60] Aufgrund des Sanktionsgedanken des Art. 288 III AEUV wirken Richtlinien grds. lediglich vertikal unmittelbar im öffentlichen Sektor.[61] Die WBRL schützt aber nur Meldungen, die gemäß Art. 11 ff. WBRL an spezielle *Whistleblower*-Behörden abgegeben wurden. Der Umsetzungsspielraum der Art. 11 ff. WBRL ist erheblich und damit nicht hinreichend bestimmt für eine unmittelbare Wirkung der Normen.[62] Folglich scheitert ein unmittelbarer Schutz.

b) Richtlinienkonforme Auslegung

Die Schutzvorhaben der WBRL könnten sich außerdem im Rahmen einer richtlinienkonformen Auslegung nationaler Normen auf das private Arbeitsverhältnis auswirken. Die Grenze der richtlinienkonformen Auslegung bilden die allgemeinen Rechtsgrundsätze.[63] Die WBRL weicht erheblich von der Rechtsfortbildung, die die allgemeinen Rechtsgrundsätze des *Whistleblowings* bestimmt – ab, sodass die Gerichte ihre aktuelle Rechtsprechung aufgeben werden müssen.[64] Außerdem darf sich eine richtlinienkonforme Auslegung nur auf Verstöße gegen Unionsrecht beschränken, um das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung zu wahren.[65]

3. Warten auf „die Ampel" – Bewertung der aktuellen Lage

Am 5. April 2022 hat das BMJV einen (inoffiziellen) Referentenentwurf für ein „Gesetz für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen" (HinSchG-E 2022)[66] zur Abstimmung an die Ministerien geschickt.[67] Das Bundeskabinett hat am 27. Juli 2022 einen Regierungsentwurf für das Hinweisgeberschutzgesetz (HinSchG) beschlossen.[68]

Der Referentenentwurf ist ernüchternd. Der Gesetzesentwurf entspricht weitgehend dem HinSchG-E 2020. Es gibt keine kündigungsschutzrelevanten Abweichungen.

C. Eigener Gesetzesentwurf

Bisher gibt es in Deutschland keine zufriedenstellende und rechtssichere Lösung für die Frage, ob eine Kündigung wegen *Whistleblowings* zulässig ist.[69] Wie würde ein potenzieller Gesetzesentwurf aussehen, der (endlich) mehr Rechtssicherheit und ein höheres Schutzniveau für die Zulässigkeit einer Kündigung wegen *Whistleblowings* schafft?

I. Verortung im AGG

Die Regelungen der WBRL zur Zulässigkeit einer Kündigung wegen *Whistleblowings* sollen als Ergänzungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) umgesetzt werden.[70]

Ausgangspunkt für die Verortung im AGG ist das Repressalienverbot des Art. 19 WBRL.[71] Grds. ähnelt eine Kündigung wegen *Whistleblowings* einer Benachteiligung nach § 3 AGG. Der Arbeitnehmer übt über das *Whistleblowing* seine Grundrechte aus und sollte deshalb ebenfalls keine Benachteiligungen im Arbeitsverhältnis erfahren müssen.

1. Lösung der Systemfremdheit

Die Diskriminierungskategorien des § 1 AGG sind naturgegeben (Geschlecht, „Rasse"[72]) oder der bewussten menschlichen Wahl entzogen (Religion, Weltanschauung).[73] *Whistleblowing* ist hingegen ein bewusstes Verhalten.[74] Eine Verortung des *Whistleblowings* im AGG könnte daher „systemfremd" sein.[75] Daher soll *Whistleblowing* nicht mit § 1 AGG gleichgestellt, sondern als „verhaltensbedingte Benachteiligung" als § 1a AGG ergänzt werden. Der Unterschied der beiden Benachteiligungsverbote wird so betont. Gleichzeitig wird deutlich, dass *Whistleblowing* ebenfalls ein Tatbestand ist, der zur allgemeinen Gleichbehandlung passt. Eine Ergänzung des AGG durch das *Whistleblowing* als „verhaltensbedingte Benachteiligung" ist dem AGG somit nicht systemfremd.

---

57 *DataGuidance*: EU: Commission launches infringement procedures against Member States for failure to transpose *Whistleblowing* Directive, https://tinyurl.com/mve7jcdy, zuletzt abgerufen am 15.11.2022.

58 Calliess/Ruffert/*Ruffert*, AEUV Art. 288 Rn. 52.

59 Ständige Rspr. EuGH: Vgl. EuGH, 4.12.1974 – 41/74, NJW 1975, 2165 (*Van Duyn*); EuGH, 26.2.1986 – 152/84 Rn. 46; Calliess/Ruffert/*Ruffert*, AEUV Art. 288 Rn. 49.

60 EuGH, 5.4.1979 – Rs 148/78 (*Ratti*); Calliess/Ruffert/*Ruffert*, AEUV Art. 288 Rn. 54.

61 EuGH, 26.2.1986 – 152/84, NJW 1986, 2178 (*Marshall*); Streinz/*W. Schroeder*, AEUV Art. 288 Rn. 99 ff.

62 *Colneric/Gerdemann*, S. 64 ff.; *Gerdemann*, NJW 2021, 3489, 3492 Rn. 15, 23.

63 BVerfG, 26.9.2011 – 2 BvR 2216/06, NJW 2012, 669 Rn. 47; EuGH, 16.7.2009 – C-12/08, ZIP 2010, 52 Rn. 61 (*Mono Car Styling*); *Gerdemann*, NJW 2021, 3489, 3493 Rn. 29.

64 *Gerdemann*, NJW 2021, 3489, 3494 Rn. 31.

65 *Colneric/Gerdemann*, S. 70; *Gerdemann*, NJW 2021, 3489, 3494 Rn. 33.

66 *BMJV*: HinSchG-E 2022, https://tinyurl.com/bdemjnnc, zuletzt abgerufen am 15.11.2022.

67 *Roßmann*: Neuer Gesetzesentwurf: Schutz für *Whistleblower*, https://tinyurl.com/y2hb2yvm, zuletzt abgerufen am 15.11.2022.

68 *Integrityline*: Hinweisgeberschutzgesetz – Alle Infos zur Umsetzung, https://tinyurl.com/ysr5t4y2, zuletzt abgerufen am 15.11.2022. Zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses wurde das Gesetz noch nicht verabschiedet.

69 Koalitionsvertrag 2021 – 2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), Bündnis 90/Die Grünen und den Freien Demokraten (FDP), S. 88, https://tinyurl.com/2ahfvmst, zuletzt abgerufen am 15.11.2022.

70 Vgl. *Garden/Hiéramente*, BB, 2019, 963, 966; *Gerdemann*, NZA-Beilage 2020, 43, 47 ff.

71 Vgl. *Colneric/Gerdemann*, S. 171.

72 „Fehler" in der Wortwahl, „Rassifizierung" als „naturgemäß" vom Menschen gemacht, § 1 AGG normiert aber den Begriff.

73 *Forst*, EuZA 2013, 37, 62; *Kreis*, S. 199.

74 *Forst*, EuZA 2013, 37, 62; *Kreis*, S. 199.

75 Vgl. *Forst*, EuZA 2013, 37, 62; *Kreis*, S. 199.

2. Umfangreicher Schutz der *Whistleblower*

Ein weiterer Vorteil an der Implementierung in das AGG ist, dass der Hinweisgeber wegen des umfassenden Repressalienverbotes des Art. 19 WBRL nicht nur vor Kündigungen, sondern gemäß §§ 2 AGG i.V.m. § 1a AGG auch vor anderen Benachteiligungen geschützt ist.

Mit der Aufnahme des *Whistleblowings* ins AGG wird der Gesetzgeber daher dem „Dilemma" der *Whistleblower* gerecht, das weitaus umfangreicher ist als die Sorge vor einer Kündigung und löst somit den Gewissenskonflikt des Arbeitnehmers.[76]

3. Passende Systematik des AGG

Der persönliche Anwendungsbereich des AGG in § 6 AGG ist ebenfalls Ergebnis einer unionsrechtlichen Umsetzung,[77] sodass der Anwendungsbereich auch auf die kündigungsschutzrechtlichen und antidiskriminierungsrechtlichen Aspekte der WBRL passt.

Außerdem entspricht die Beweislastumkehr des § 22 AGG der des Art. 21 V WBRL. Der Arbeitgeber muss in beiden Fällen den Zusammenhang zwischen der Meldung des Arbeitnehmers und der Benachteiligung darlegen und beweisen.[78]

Zuletzt sprechen die Organisationspflichten des Arbeitgebers in §§ 11, 12 AGG, sowie die Rechte der Beschäftigten in §§ 13-16 AGG für eine passende Systematik des AGG für das *Whistleblowing*.

II. Entwurf eines Gesetzes zum Schutz vor Kündigungen und sonstigen Benachteiligungen von Hinweisgebern

Es folgt der eigene Gesetzesentwurf der Verfasserin.

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897), das zuletzt durch Art. 8 SEPA-BegleitG v. 3.4.2013 (BGBl. I S. 610) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. *§ 1 AGG wird wie folgt geändert:*

   Der Titel wird in „Personenbedingte Benachteiligungen" geändert.

2. *§ 7 AGG wird wie folgt geändert:*

   Der Titel wird in „Personenbedingtes Benachteiligungsverbot" geändert.

3. *Nach § 1 AGG wird folgender § 1a AGG angefügt:*

   „§ 1a AGG: ***Verhaltensbedingte Benachteiligungen***

   Eine sekundäre Zielsetzung des Gesetzes ist es, Benachteiligungen aufgrund eines grundrechtlich geschützten Verhaltens zu verhindern oder zu beseitigen, dazu gehört Whistleblowing."

4. *§ 3 AGG wird wie folgt geändert:*

   Folgender Absatz 6 wird angefügt:

   „(6) [1]Whistleblowing i.S.d. § 1a Nr. 1 liegt vor, wenn eine Person Informationen über einen Verstoß des Arbeitgebers, eines Vorgesetzten oder eines Mitarbeiters gegen Strafrecht oder Ordnungswidrigkeitenrecht, der Geschäftsgeheimnisse beinhaltet, gutgläubig nach § 276 I BGB meldet oder offenlegt. [3]Whistleblowing liegt nicht vor, wenn die Person selbst mit dem Verstoß als Täter, Mittäter oder Teilnehmer im Zusammenhang steht."

5. *Nach § 7 AGG wird folgender § 7a AGG angefügt:*

   „§ 7a AGG: ***Verhaltensbedingtes Benachteiligungsverbot***

   (1) Personen in einem Arbeitsverhältnis dürfen nicht wegen eines in § 1a genannten verhaltensbedingten Grundes benachteiligt werden.

   (2) Ein absolutes Kündigungsverbot besteht bei Whistleblowing an interne und externe Meldestellen. Dafür muss der Hinweisgeber geltend machen, die Voraussetzungen des § 3 V zu erfüllen.

   (3) [1]Ein relatives Kündigungsverbot besteht bei Whistleblowing an die Öffentlichkeit oder unzuständige Stellen.
   [2]Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Whistleblowers durch den Arbeitgeber bedarf der vorherigen Zustimmung nach pflichtgemäßem Ermessen der Behörde. [3]Die Behörde hat die Kündigung abzulehnen, wenn:

   1. *der Hinweisgeber den Verstoß zunächst intern oder extern gemeldet hat und in einer angemessenen Frist die Behörde keine Folgemaßnahmen angekündigt oder ergriffen hat, oder*

   2. *die Interessen der Öffentlichkeit die Interessen des Arbeitgebers erheblich überwiegen. Die Interessen der Öffentlichkeit überwiegen erheblich, wenn der Verstoß wegen eines Notfalls, der Gefahr irreversibler Schäden oder vergleichbarer Umstände eine unmittelbare oder offenkundige Gefährdung des öffentlichen Interesses darstellen kann oder Beweismittel unterdrückt oder vernichtet werden könnten.*

   (4) Eine Benachteiligung nach Abs. 1 durch Arbeitgeber oder Beschäftigte ist eine Verletzung vertraglicher Pflichten."

---

[76] Vgl. Art. 19 RL 2019/1937/EU (Fn. 6), S. 43; *Gerdemann*, NZA-Beilage 2020, 43, 49.

[77] Umsetzung der RL 2000/43/EG; 2000/78/EG; 2002/73/EG; 2004/113/EG.

[78] Vgl. ErfK/*Preis,* BGB § 611a Rn. 719c; *Colneric/Gerdemann*, S. 119.

III. Gesetzesbegründung

1. Abgrenzung „personenbedingt" und „verhaltensbedingt"

Der Entwurf differenziert in Anlehnung an § 1 II 1 KSchG zwischen „personenbedingt" in § 1 AGG und § 7 AGG und „verhaltensbedingt" in § 1a AGG und § 7a AGG. Die Differenzierung verdeutlicht den Unterschied zwischen den „naturgegebenen oder der eigenen Wahl entzogenen"[79] Diskriminierungskategorien im AGG einerseits und andererseits dem *Whistleblowing* als Handlung.

2. Verschuldensmaßstab

Ein Hinweisgeber ist gemäß § 3 VI AGG nur von dem Benachteiligungsverbot des AGG erfasst, wenn er gutgläubig handelt und damit die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nach § 276 I BGB bei der Überprüfung des Wahrheitsgehalts der Meldung eingehalten hat.[80]

Maßgeblich ist die Perspektive eines vernünftig handelnden und gewissenhaft denkenden Arbeitnehmers, der sich bei Zweifeln Rechtsbeistand sucht. Dabei gilt: Je schwerwiegender die Äußerung das Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt, umso höher sind die Anforderungen an die Erfüllung der Sorgfaltspflichten.[81]

3. Verhaltensbedingtes Benachteiligungsverbot

Gemäß §§ 7a, 1a, 2 I Nr. 2 AGG bestehen absolute Kündigungsverbote i.S.d. § 134 BGB als dogmatische Anknüpfung einer zulässigen Kündigung wegen *Whistleblowings*. Die Voraussetzungen des KSchG müssen dafür nicht erfüllt sein.[82]

Die Begriffsbestimmungen der internen (Art. 5 Nr. 4 WBRL) und externen (Art. 5 Nr. 5 WBRL) Meldung sowie der „Offenlegung" (Art. 5 Nr. 6 WBRL) entsprechen denen der WBRL.

Der Kündigungsschutz der § 7a II-III AGG ist nach zwei Stufen aufgebaut.[83]

a) Absolutes Kündigungsverbot

Die erste Stufe ist das absolute Kündigungsverbot in § 7a II AGG wegen interner oder externer Meldungen.

Die Norm setzt Art. 10 WBRL um, indem sie die Wahl des Meldekanals ins Ermessen des Arbeitnehmers stellt. Wenn der Arbeitnehmer nach Art. 6 I lit. b i.V.m. Art. 10 WBRL selbst entscheiden kann, ob er sich direkt an die zuständigen Behörden wendet oder zunächst innerbetrieblich Abhilfe sucht, muss der Arbeitnehmer auch bei beiden Meldeformen gleich vor einer Kündigung geschützt sein.

Die Verfassungsmäßigkeit des Art. 10 WBRL ist zwar unklar, dennoch bietet die WBRL den Mitgliedstaaten keinen Gestaltungsspielraum, hinsichtlich eines Vorrangs interner Meldungen.[84] Insbesondere Art. 7 II WBRL verleiht den Mitgliedstaaten keinen Gestaltungsspielraum Eine Übernahme des Vorrangs der internen Meldung nach dem *ultima-ratio*-Prinzip der Rechtsprechung in die Umsetzung der WBRL wäre daher nicht vereinbar mit der WBRL.

b) Relatives Kündigungsverbot

Die zweite Stufe bildet das relative Kündigungsverbot in § 7a III AGG, das die Offenlegung nach Art. 15 WBRL umsetzt. Bei einer Meldung an die Öffentlichkeit besteht die Gefahr, dass der Arbeitgeber einen Reputationsschaden erleidet, weshalb die Offenlegung grds. gemäß Art. 15 I lit. a, b WBRL das letzte Mittel des Hinweisgebers sein soll. Daher statuiert § 7a III AGG ein relatives Kündigungsverbot mit vorherigem Zustimmungserfordernis der Behörde.

Die Regelung ist an das Zustimmungserfordernis des Integrationsamtes der Kündigung eines Schwerbehinderten aus § 168 SGB IX angelehnt. Ein Zustimmungserfordernis schützt bestimmte Personengruppen, die aufgrund persönlicher Merkmale (temporär oder dauerhaft) besonders schutzwürdig sind.[85]

Der *Whistleblower* ist ebenfalls in einer schutzwürdigen Position nach einer Meldung an die Öffentlichkeit. Grds. soll zwar ein Kündigungsverbot zum Schutz des Arbeitnehmers bestehen, da die Offenlegung aber *ultima-ratio* sein soll, soll die Kündigung nach § 7a III 2 AGG unter den Erlaubnisvorbehalt der Behörde gestellt werden. Die Behörde soll bestätigen, dass die Voraussetzungen des *Whistleblowers* vorliegen und der Hinweisgeber sich berechtigt an die Öffentlichkeit gewandt hat.[86]

Der Arbeitnehmer muss dafür binnen angemessener Frist[87] geltend machen, unter die Voraussetzungen des *Whistleblowings* nach § 3 VI AGG zu fallen. Die Behörde hat gemäß § 7a III 3 Nr. 1, 2 AGG nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Die Frist soll dem Arbeitgeber und der Behörde einen Anreiz bieten, rechtzeitig ordnungsgemäße Folgemaßnahmen zu ergreifen.[88]

Eine Belastung der Behörden durch das Zustimmungserfordernis wird insbesondere unter Bereitstellung des in dem aktuellen Referentenentwurf des BMJV aufgestelltem Budget[89] nicht erwartet. Anders als der HinSchG-E 2022 liefert der vorliegende Gesetzesentwurf zu den Ausgaben einen äquivalenten Gewinn für den Schutz und für die Rechtssicherheit des Arbeitnehmers.

---

79 Bezeichnung von: *Kreis*, S. 199.
80 *Simonet*, RdA 2013, 236, 239; *Klaas*, CCZ 2019, 163, 167.
81 BVerfG, 25.6.2009 – 1 BvR 134/03, NJW-RR 2010, 470, 472 Rn. 62.
82 Vgl. *Colneric/Gerdemann*, S. 118.
83 Vgl. *Thüsing/Rombey*, NZG 2018, 1001, 1003.
84 Vgl. *Colneric/Gerdemann*, S. 98; anders: Frankreich, s. *Querenet-Hahn/Kettenberger*, CB 2017, 8 ff.
85 Vgl. LPK-SGB IX/*Düwell*, § 168 Rn. 3.
86 Vgl. LPK-SGB IX/*Düwell*, § 168 Rn. 2.
87 Vgl. BAG, 23.2.2010 – 2 AZR 659/08, BAGE 133, 249 Rn. 16: Drei Wochen, Analogie zu § 4 S. 1 KSchG.
88 Vgl. *Colneric/Gerdemann*, S. 104.
89 Vgl. HinSchG-E 2022 (Fn. 54), S. 40-59.

D. Fazit und Ausblick

1. Eine Kündigung wegen *Whistleblowings* ist nach der aktuellen Rechtspraxis zulässig, wenn der Arbeitnehmer wissentlich unwahre oder leichtfertig falsche Angaben gemacht hat oder rechtswidrige oder unethische Ziele verfolgt. Neben dogmatischen Unstimmigkeiten sind insbesondere der unklare Verschuldensmaßstab und die Beachtlichkeit der Motivation des Hinweisgebers Schutzlücken der Rechtspraxis.

2. Die Schutzlücken werden durch die WBRL nur teilweise gefüllt. Die Motivation des Hinweisgebers ist nach der WBRL irrelevant. Die Grenze bilden böswillige oder missbräuchliche Meldungen. Außerdem statuiert die WBRL eine Beweislast zugunsten des Hinweisgebers.

3. Daneben entstehen durch die WBRL neue Schutzlücken. Dazu zählen die Wahl des Meldekanals durch den Hinweisgeber, sowie der unbestimmte Rechtsbegriff „begründete Annahme“, der das Verschulden regelt.

4. Der HinSchG-E 2020 sollte die WBRL überschießend umsetzen. Vorgesehen war eine Übernahme der WBRL mit ihren Kritikpunkten und ohne Nutzung der Gestaltungsspielräume. Der Entwurf scheiterte jedoch und die Umsetzungsfrist lief ab.

5. Die WBRL wirkt nach Ablauf der Umsetzungsfrist nicht unmittelbar horizontal im Privatsektor gemäß Art. 288 III AEUV, Art. 4 III EUV.

6. Die Arbeitsgerichte müssen das nationale Recht richtlinienkonform auslegen und daher die aktuelle Rechtspraxis hinsichtlich Meldungen von Verstößen gegen Unionsrecht verwerfen.

7. Der neue HinSchG-E 2022 entspricht weitgehend dem HinSchG-E 2020. Es gibt keine kündigungsschutzrelevanten Abweichungen.

8. Die Implementierung einer „verhaltensbedingten Benachteiligung“ im AGG ist ein Gegenentwurf zu den bisherigen gescheiterten Gesetzesentwürfen zur Umsetzung der WBRL. Der Entwurf fokussiert den Schutz des Hinweisgebers vor Benachteiligungen und liefert mit den gestaffelten Kündigungsverboten eine dogmatische Lösung für die Frage nach der Zulässigkeit einer Kündigung wegen *Whistleblowings*.

Der HinSchG-E 2022 wird voraussichtlich Anfang 2023 in Kraft treten – ein weiteres Spezialgesetz mit 42 Paragrafen, unbestimmten Rechtsbegriffen und ungenauen Maßstäben im „Dschungel“ des Arbeitsrechts. Das neue Gesetz behebt weder umfassend die Ausgangsprobleme der aktuellen Rechtspraxis noch liefert es eine dogmatische Lösung für die Frage der Zulässigkeit einer Kündigung wegen *Whistleblowings*.

Was bedeutet die aufgezeigte rechtliche Situation mutmaßlicher Weise für das zukünftige Handeln von Arbeitnehmern, die eigentlich gewillt wären, die Öffentlichkeit über einen Missstand zu informieren? Mangels Transparenz und Rechtssicherheit werden Arbeitnehmer besser von Anfang an wegschauen, als eine Kündigung oder Schikane zu riskieren – ein fatales Fazit für das deutsche Arbeitsrecht und die deutsche Wirtschaft.

Simon Bekele*

Die geplante ICO-Regulierung durch den MiCAR-E

Initial Coin Offerings (ICOs), die öffentliche Emission von Kryptowerten (sog. Coins oder Token) zur Projekt- oder Unternehmensfinanzierung,[1] haben 2017 und 2018 Schlagzeilen gemacht[2] und galten als unregulierte Methode effizient und kostengünstig Projekte zu finanzieren.[3] Nun befindet sich mit dem Entwurf einer Markets in Crypto Assets Regulation („MiCAR-E") die erste EU-ICO-Regulierung im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren,[4] weswegen sich ein erneuter Blick auf ICOs lohnt. Einleitend sollen kurz der Ablauf, einschließlich des Tokenbegriffs sowie die ökonomischen Grundlagen von ICOs erläutert werden (A). Daraufhin soll – nach einer kurzen Darstellung des aktuellen Meinungsstands hinsichtlich der Prospektpflichtigkeit von ICOs – die geplante Regulierung von ICOs durch den MiCAR-E herausgearbeitet und bewertet werden (B), bevor die Ergebnisse der Arbeit abschließend in einem Fazit zusammengefasst werden (C).

A. ICOs

I. Ablauf

Anders als bei einem Initial Public Offering (IPO), an dem sich der Begriff ICO anlehnt,[5] gibt es bei Letzteren keinen etablierten Standardablauf.[6] Dennoch hat sich in der ICO-Praxis innerhalb kürzester Zeit ein Ablauf herausentwickelt, dem zumindest der Großteil der ICOs im Ansatz folgen.[7] Im ersten Schritt setzt der Initiator ein Smart Contract auf einer Blockchain auf,[8] der die benötigten Token generieren und im Rahmen des ICOs an die Investoren ausschütten soll.[9] Regelmäßig findet zur ersten Teilfinanzierung des ICOs an sich ein sog. Private Sale statt, bei dem die Token mit einem enormen Abschlag von (institutionellen) Investoren erworben werden können.[10] Vor der ersten öffentlichen Anbieten wird regelmäßig ein sog. Whitepaper veröffentlicht.[11] Dieses dient einer mit dem Prospekt beim IPO vergleichbaren Funktion,[12] basiert bisher aber nicht auf einer gesetzlichen Grundlage. Es beinhaltet grundsätzlich die Daten zum Projekt, den Token und dem Emittenten und dient als wichtigste Entscheidungsgrundlage für die potenzielle Investoren.[13] Zusätzlich zum Whitepaper wird anfangs regelmäßig mit Werbung auf Social Media auf den ICO aufmerksam gemacht.[14] Zur Finanzierung weiterer Werbekampagnen wird häufig ein öffentlicher Pre-Sale nach der kleineren Werbekampagne auf Social Media gemacht.[15] Bei diesem werden die Token für bis zu 90% unter dem Ausgabepreis angeboten.[16] Danach kommt es zum finalen öffentlichen Angebot der Token. Dabei werden häufig auch Unter- und Obergrenzen hinsichtlich der eingenommenen Mittel bzw. ausgegebenen Token festgelegt.[17] Diese sowie der Ausgabepreis, die Dauer der Emission und weitere Bedingungen finden sich in den Angebotsbedingungen.[18] Bei der Emission werden die Token durch Smart Contracts automatisch den Erwerbern bei Erfüllung sämtlicher Bedingungen zugeordnet und spiegelbildlich dem Emittenten die Einnahmen aus dem ICO.[19] Die ausgegebenen Token sind nach der Emission regelmäßig am Sekundärmarkt handelbar.[20]

II. Token

Token stellen eine digitale Einheit dar, dem eine Funktion zugeordnet wird.[21] Abhängig von der Ausgestaltung wird eine Unterteilung dieser in drei verschiedene Archetypen vorgenommen: Investment, Currency und Utility Token.[22] In der Praxis weisen viele Token Charakteristika von mehreren Archetypen auf, dies sind die sog. hybriden Token.[23] Investment Token können dem Inhaber u.a. Teilhaberechte am Gewinn, einen festen Zinsanspruch und/oder Stimmrechte am Emittenten gewähren.[24] Utility Token gewähren ihrem Inhaber einen Anspruch auf eine bestimmte Leistung oder auf Zugang zu einer Plattform,[25] es kommen allerdings auch nicht-monetäre Leistungen in Betracht.[26] Currency Token sollen als Zahlungsmittel dienen[27] und haben keinen inhärenten Wert, sondern ihnen wird von anderen Markt-

---

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

1 *Veil*, ZHR 183 (2019), 346, 347 f.

2 Siehe z.B.: *H. Murphy*, European regulator latest to warn on initial coin offerings, in: Financial Times vom 03.11.2017, abrufbar unter: https://tinyurl.com/ewusxee5, zuletzt abgerufen am 05.04.2022.

3 *Glatz*, Rechtshandbuch Legal Tech, 2. Auflage, 2021, Kap. 4.2 Rn. 4.

4 Siehe https://tinyurl.com/3buzy68s, zuletzt abgerufen am 20.11.2022.

5 *Kuntz*, AcP 220 (2020), 51, 86 f.

6 Vgl. *Wolf*, Initial coin offerings, 2020, S. 34 f.

7 *Wolf* (Fn. 6), S. 34 f.

8 Für eine detaillierte Erläuterung der technischen Begriffe und weiteres erforderliches Hintergrundwissen siehe *Siegel*, Omlor/Link Kryptowährungen und Token, 2021, Kap. 3; *Kuntz*, AcP 220 (2020), 51.

9 *Veil*, ZHR 183 (2019), 346, 351; *Zickgraf*, AG 2018, 293, 294.

10 Vgl. *Fromberger/Zimmermann*, Maume/Maute Rechtshandbuch Kryptowerte, 2020, § 1 Rn. 84.

11 *v. Aubel*, Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, 4. Auflage, 2019, Rn. 20.49 ff.; *Behme/Zickgraf*, ZfPW 2019, 66, 67.

12 Vgl. *Scherer*, Blockchain, 2020, S. 108 f.; *Behme/Zickgraf*, ZfPW 2019, 66, 67.

13 *Behme/Zickgraf*, ZfPW 2019, 66, 67 f.; *Hahn/Wilkens*, ZBB 2019, 10, 13 f.

14 Ebd.

15 *Hahn/Wilkens*, ZBB 2019, 10, 13; *Zickgraf*, AG 2018, 293, 294.

16 *v. Aubel* (Fn. 11), Rn. 20.50.

17 *Wolf* (Fn. 6), S. 39 f.; *Behme/Zickgraf*, ZfPW 2019, 66, 68.

18 *Fromberger/Zimmermann* (Fn. 10), § 1 Rn. 85; *v. Aubel* (Fn. 11), Rn. 20.56.

19 Vgl. *Veil*, ZHR 183 (2019), 346, 351.

20 *Fromberger/Zimmermann* (Fn. 10), § 1 Rn. 70 ff.

21 Vgl. *Brombach*, BLJ 2020, 116, 116; *Borkert*, ITRB 2018, 39, 41.

22 BaFin, Zweites Hinweisschreiben zu Prospekt- und Erlaubnispflichten im Zusammenhang mit der Ausgabe sogenannter Krypto-Token, 2019, S. 5 f., abrufbar unter: https://tinyurl.com/59f3n7v4, zuletzt abgerufen am 25.04.2022; *Kumpan*, Schwark/Zimmer Kapitalmarktrechts-Kommentar, 5. Auflage, 2020, § 2 WpHG Rn. 83; *Kuntz*, AcP 220 (2020), 51, 87; *Borkert*, ITRB 2018, 39, 39; *Zickgraf*, AG 2018, 293, 295 f.

23 BaFin (Fn. 22), S. 6; *Wolf* (Fn. 6), S. 56; *Spindler*, WM 2018, 2109, 2110.

24 *Spindler*, WM 2018, 2109, 2110.

25 *Fromberger/Zimmermann* (Fn. 10), § 1 Rn. 70; *Borkert*, ITRB 2018, 39, 42.

26 *Wolf* (Fn. 6), S. 51 f.

27 *Behme/Zickgraf*, ZfPW 2019, 66, 70.

teilnehmern ein monetärer Wert zugeschrieben,[28] welcher auf der endlichen Anzahl der Token und das Vertrauen in die Fälschungssicherheit der dahinterstehenden Blockchain basiert.[29]

III. Ökonomik

Die Bewertung des Regulierungsvorhabens erfordert zunächst das Nachvollziehen der ökonomischen Ratio von ICOs, somit ist zunächst zu betrachten, warum diese eine solche Beliebtheit zur Unternehmensfinanzierung erfahren haben, also insbesondere welche Vorteile sie bringen. Daran anknüpfend sollen die typischen mit ICOs verbundenen Risiken untersucht werden. Die so ermittelten Vorteile und Risiken werden als Anknüpfungspunkte für die Bewertung der Regulierung herangezogen. Dabei bietet sich eine Betrachtung der Vorteile und Risiken aus Perspektive der Emittenten und der Investoren an.[30]

Für Emittenten steht der Unternehmensfinanzierungszweck im Vordergrund.[31] Für diese stellen ICOs zunächst eine weiter Finanzierungsquelle dar.[32] Darüber hinaus haben ICOs den Vorteil, dass enorme Beträge eingenommen werden können.[33] Die wohl größten Vorteile für den Emittenten sind die geringen Kosten und die zeitliche Effizienz des Prozesses.[34] Diese entstehen insbesondere durch die Abwicklung über die Blockchain[35] und die mangelnde Durchsetzung regulatorischer Rahmen.[36] Darüber hinaus können durch die Ausgabe von Token Netzwerkeffekte geschaffen werden, die durch Verknappung der Token verstärkt werden können.[37]

Aus der Perspektive der Investoren gibt es zwei Hauptvorteile. Zum einen lassen sich bereits mit geringen Investitionen enorme Renditen generieren und zum anderen ist die Investition hoch liquide, wodurch ein Ausstieg jederzeit möglich ist.[38] Dafür herrschen enorme Informationsasymmetrien, da sich zum einen nur durch die vom Emittenten zur Verfügung gestellten Informationen informiert werden kann und zum anderen regelmäßig nur theoretische Geschäftsmodelle bestehen.[39] Darüber hinaus ermöglicht die Blockchain-Technologie durch Pseudonyme in Form des Public Keys auch anonymes Handeln, was die Rechtsdurchsetzung in betrügerischen Fällen nahezu unmöglich macht, dies ist insbesondere dadurch hoch riskant, dass häufig der Emittent nicht bekannt ist.[40] Dies wird dadurch verstärkt, dass es grundsätzlich nur eine Finanzierungsrunde gibt, in der der Preis vom Emittent intransparent festgesetzt und nicht wie bei IPOs ein Marktpreis durch das Bookbuilding-Verfahren ermittelt wird.[41] Dabei ist der Zeitraum des ICOs begrenzt und die Investoren werden durch die Rabatte im Pre-Sale zum schnellen Handeln bewegt.[42]

B. Regulierungsvorhaben der EU

Mit dem MiCAR-E befindet sich nun ein Entwurf im ordentlich Gesetzgebungsverfahren, welcher Innovationen fördern und günstige Rahmenbedingungen für ICOs schaffen soll.[43] Nachfolgend soll die Regulierung hinsichtlich des Anwendungsbereichs und der Whitepaper-Pflicht dargestellt und bewertet werden.

I. Derzeitige Prospektpflichtigkeit von ICOs

Nach Auffassung der wohl herrschenden Lehre und der Verwaltungsbehörden können ICOs abhängig von der Ausgestaltung emittierten Token grundsätzlich unter die Prospektpflicht nach Art. 3 Abs. 1 ProspektVO fallen, auch wenn für die Einordnung als übertragbares Wertpapier i.S.d. Art. 4 Abs. 1 Nr. 44 MiFID II das Erfordernis der Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs nicht erfüllt wird, da dieses durch die Handelbarkeit auf der Blockchain erübrigt wird bzw. da es bereits aufgrund der Einheitlichkeit innerhalb der EU nicht darauf ankommen kann.[44] Von den drei Archetypen fallen nach der herrschenden Ansicht Currency Token nie und Investment Token immer unter die Prospektpflicht.[45] Dagegen kommt es bei Utility Token auf eine Einzelfallbetrachtung an.[46] Wobei es verschiedene Ansichten hinsichtlich der relevanten Faktoren gibt, allerdings kommt es allen Ansichten darauf an ob die Investment- oder die Konsumfunktion überwiegt.[47] Bei hybriden Token kommt es für die Prospektpflichtigkeit konsequenterweise auf die genaue Ausgestaltung an, insbesondere ob die Investmentfunktion überwiegt.

---

[28] *Fromberger/Zimmermann* (Fn. 10), § 1 Rn. 70.
[29] Ebd.
[30] Vgl. *Boulianne/Fortin*, AP 2020, 19 (4), 413, 415; *Ante/Sandner/Fiedler*, JRFM 2018, 11 (4), 80, S. 1 f.
[31] *Ante/Sandner/Fiedler* (Fn. 30), S. 1 f.
[32] *Miglo*, 2021, 14 (6), 232, S. 1 f.
[33] Vgl. *v. Aubel* (Fn. 11), Rn. 20.62; *Ante/Sandner/Fiedler* (Fn. 30), S. 3 ff.
[34] *Boulianne/Fortin* (Fn. 30), S. 419 f.; *v. Aubel* (Fn. 11), Rn. 20.62.
[35] So reichen auf der Ethereum-Blockchain bereits weniger als hundert Zeilen Code zur Programmierung eines für ICOs erforderlichen Smart Contracts, s. hierzu *Fromberger/Zimmermann* (Fn. 10), § 1 Rn. 83.
[36] Vgl. *Boulianne/Fortin* (Fn. 30), S. 419 f.; *v. Aubel* (Fn. 11), Rn. 20.62.
[37] *Zickgraf*, Maume/Maute Rechtshandbuch Kryptowerte, 2020, § 11 Rn. 9; *Klöhn/Parhofer/Resas*, ZBB 2019, 89, 93.
[38] *v. Aubel* (Fn. 11), Rn. 20.63 f.; *Nica/Piotrowska/Schenk-Hoppe*, Cryptocurrencies : Economic benefits and risks, 2017, S. 10 f., abrufbar unter SSRN: https://ssrn.com/abstract=3059856, zuletzt abgerufen am 25.04.2022.
[39] *Spindler*, Möslein/Omlor FinTech-Handbuch, 2. Auflage, 2021, § 25 Rn. 12; *Zickgraf* (Fn. 37), § 11 Rn. 10.
[40] *v. Aubel* (Fn. 11), Rn. 20.65 ff.
[41] *Spindler* (Fn. 39), § 25 Rn. 12; *v. Aubel* (Fn. 11), Rn. 20.65.
[42] *Zickgraf* (Fn. 37), § 11 Rn. 10; *v. Aubel* (Fn. 11), Rn. 20.65.
[43] Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates on Market in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937, vom 24.09.2020, COM(2020) 593 final, 2020/0265(COD), S. 160 f., abrufbar unter: https://tinyurl.com/524pfjv4, zuletzt abgerufen am 20.11.2022.
[44] BaFin (Fn. 22), S. 7; *Brombach*, BLJ 2020, 116, 118 f.; *Wolf* (Fn. 6), S. 116 f.; *v. Aubel* (Fn. 11), Rn. 20.94 f.; *Hahn/Wilkens*, ZBB 2019, 10, 16 f.; *Veil*, ZHR 183 (2019), 346, 356 f.; *Klöhn/Parhofer/Resas*, ZBB 2019, 89, 100 f.; *Zickgraf*, AG 2018, 293, 300 ff.; **a.A.** LG Berlin, AG 2021, 204, 205; *Nathmann*, BKR 2019, 540, 543; *Schäfer/Eckhold*, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 5. Auflage, 2020, § 16a Rn. 55 f.; *Bialluch-von Allwörden/von Allwörden*, WM 2018, 2118, 2120 f.
[45] Stv. *Wolf* (Fn. 6), S. 117 ff., 124 f.; *v. Aubel* (Fn. 11), Rn. 20.103 ff., 20.120; *Zickgraf*, AG 2018, 293, 303, 306 f.
[46] *Brombach*, BLJ 2020, 116, 119 f.; *Wolf* (Fn. 6), S. 126 ff.; *v. Aubel* (Fn. 11), Rn. 20.107 ff.; *Zickgraf*, AG 2018, 293, 303 ff.; **a.A.** *Schwennicke*, Omlor/Link Kryptowährungen und Token, 2021, Kap. 8 Rn. 68; *Veil*, ZHR 183 (2019), 346, 363 f., die beide stets die Prospektpflichtigkeit von Utility Token ablehnen.
[47] Vgl. *Brombach*, BLJ 2020, 116, 119 f.; *Wolf* (Fn. 6), S. 126 ff.; *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 673 ff.; *Zickgraf*, AG 2018, 293, 303 ff.

II. Anwendungsbereich

Die Verordnung soll hinsichtlich ICOs nach Art. 2 Abs. 1 MiCAR-E für Personen gelten, die Kryptowerte in der Union ausgeben.[48] Kryptowerte sind in Art. 3 Abs. 1 Nr. 2 MiCAR-E weit definiert als „digitale Darstellung von Werten oder Rechten, die unter Verwendung der Distributed-Ledger-Technologie oder einer ähnlichen Technologie elektronisch übertragen und gespeichert werden können", womit grundsätzlich sämtliche Token in den Anwendungsbereich fallen.[49] Allerdings scheiden nach Art. 2 Abs. 2 lit. a MiCAR-E Kryptowerte, die als Finanzinstrumente i.S.d. Art. 4 Abs. 1 Nr. 15 MiFID II gelten, aus, also nach Anhang I Abschnitt C Abs. 1 MiFID II auch übertragbare Wertpapiere.[50]

Entsprechend der bisherigen Ergebnisse müssten also Investment Token grundsätzlich und Utility sowie hybride Token abhängig von der konkreten Ausgestaltung vom Anwendungsbereich ausgeschlossen sein, während Currency Token stets in den Anwendungsbereich fallen. Dennoch fallen nach *Zickgraf* sämtliche Utility Token in den Anwendungsbereich des MiCAR-E,[51] obwohl dieser hinsichtlich der Wertpapiereigenschaft von Utility Token ebenfalls zum Ergebnis kommt, dass dies vom Einzelfall abhängt.[52] Dies begründet er damit, dass es nur aufgrund mangelnden speziellen Regelungsregimes für Kryptowerte näher gelegen habe, bestimmte Utility Token unter den Wertpapierbegriff zu fassen.[53] Dabei handelt es sich allerdings um einen Zirkelschluss, schließlich ist der Anwendungsbereich des MiCAR-E aufgrund des Ausschlusses von Finanzinstrumenten subsidiär gegenüber den der Prospekt-VO, während nach *Zickgrafs* Begründung Utility Token nicht der Prospekt-VO unterfallen würden aufgrund des vermeintlich spezielleren MiCAR-E, was nicht mit dem Art. 2 Abs. 2 lit. a MiCAR-E vereinbar ist. Die Argumentation könnte nur überzeugen, wenn die Einordnung von Utility Token als Wertpapiere aufgrund einer Regelungslücke vorgenommen wurde, da eine vergleichbare Interessenlage vorlag, also eine analoge Anwendung gemacht worden wäre. Dies wird soweit ersichtlich nicht nur nicht vertreten, sondern würde aufgrund des Ordnungswidrigkeitscharakters eines Verstoßes gegen die Prospektpflicht gemäß § 23 Abs. 3 Nr. 1 WpPG nicht mit dem Analogieverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar sein.[54] Dementsprechend kann man die Wertpapiereigenschaft von Utility Token nicht mit der Begründung ablehnen, dass – im Zusammenhang mit einem ICO – eine Prospektpflicht zum Abbau von Informationsasymmetrien nicht erforderlich ist, da die Whitepaper-Plicht aus Art. 4 Abs. 1 lit. b MiCAR-E diesen Zweck erfüllt,[55] insbesondere unter Berücksichtigung der Technologieneutralität i.S.d. Erwägungsgrunds (6) MiCAR-E.[56] Somit fallen Currency Token[57] und lediglich die Utility sowie hybride Token, die den Wertpapierbegriff nicht erfüllen, in den Anwendungsbereich des MiCAR-E nach Art. 2 Abs. 2 lit. a MiCAR-E.

Daraus ergibt sich, dass sich die Rechtslage für alle bisher regulierten ICOs nicht ändert und sämtliche kritisierten Aspekte der Regulierung fortbestehen. Dieser Anwendungsbereich wird zwar mit der Technologieneutralität begründet, dabei wird aber übersehen, dass die Regulierung nicht aufgrund der technischen Ausgestaltung der Token als Wertpapiere angepasst werden muss, sondern aufgrund der daraus resultierenden zusätzlichen Informationsasymmetrien, weswegen zumindest der Prospektinhalt einer Anpassung bedarf, was durch die neue Regulierung allerdings nur hinsichtlich der bisher nicht regulierten Token geschieht.[58] Dies sind insbesondere bei Utility Token die, bei denen die Konsum- und nicht die Investmentkomponente überwiegt und welche dementsprechend nicht von einer kapitalmarktrechtlichen Regulierung profitieren.[59] Dadurch, dass bereits der Anwendungsbereich die Anforderungen effizienter Regulierung nicht erfüllt, tut dies der ganze Entwurf hinsichtlich ICOs auch nicht, da bereits die falschen ICOs reguliert bzw. nicht reguliert werden.

III. Whitepaper-Pflicht

Nach Art. 4 Abs. 1 lit. b MiCAR-E dürfen Kryptowerte, mit Ausnahme von wertreferenzierten Token oder E-Geld-Token, die Unterkategorien von Currency Token darstellen, nur öffentlich angeboten werden, wenn ein Whitepaper gemäß Art. 5 MiCAR-E erstellt wurde. Nach Veröffentlichung des Whitepaper dürfen die Kryptowerte innerhalb der EU gemäß Art. 10 Abs. 1 MiCAR-E angeboten werden und die Emittenten unterliegen gemäß Art. 10 Abs. 2 MiCAR-E keinen weiteren Informationspflichten.[60]

Aus dem Anwendungsbereich ist bereits hervorgegangen, dass der Entwurf hinsichtlich ICOs eine ineffiziente Regulierung darstellt. Dennoch lohnt sich ein näherer Blick auf die Whitepaper-Pflicht unter der Annahme, dass sämtliche Token, die den Wertpapierbegriff erfüllen, davon umfasst sind.

Art. 5 Abs. 1 MiCAR-E sieht vor, dass im Whitepaper u.a. der Emittent, das Projekt, die wichtigsten Akteure, die zugrunde liegende Technologie und die Risiken detailliert beschrieben und vorgestellt werden. Es werden also sowohl Blockchain als auch Start-Up spezifische Informationen offengelegt, was die dahingehend bestehenden Informationsasymmetrien[61] auflösen kann. Zudem dürfen nach Art. 5 Abs. 1 MiCAR-E keine Aussagen über die zukünftige Wertentwicklung enthalten sein, außer diese können vom Emittenten garantiert werden. Dies wirkt dem Herdenverhalten der Anleger entgegen[62] und ist somit wohlfahrtsteigernd. Es wird auch auf ein Genehmigungsverfahren verzichtet und ICOs unterliegen lediglich einem Anzeigevorbehalt nach Art. 7 Abs. 1, 2 MiCAR-E. Dies kann unter Berücksichtigung der im Vergleich zu IPOs geringen Volumina von ICOs

[48] *Siadat*, RdF 2021, 12, 13; *Zickgraf*, BKR 2021, 196, 198.
[49] *Zickgraf*, BKR 2021, 196, 198.
[50] *Siadat*, RdF 2021, 12, 13 f.; *Zickgraf*, BKR 2021, 196, 198.
[51] *Zickgraf*, BKR 2021, 196, 198 f.; s. auch *Siadat*, RdF 2021, 12, 14.
[52] *Zickgraf* (Fn. 37), § 11 Rn. 64 ff.
[53] *Zickgraf*, BKR 2021, 196, 198 f.
[54] Vgl. *Remmert*, in Dürig/Herzog/Scholz Grundgesetz-Kommentar, 2021, Art. 103 Rn. 56 ff., 79 ff.
[55] So aber *Zickgraf*, BKR 2021, 196, 198 f.
[56] Siehe auch Fn. 43.
[57] So auch *Siadat*, RdF 2021, 12, 14.
[58] A.A. *Zickgraf*, BKR 2021, 196, 199 f.
[59] Vgl. *Wolf* (Fn. 6), S. 126 f.; *Zickgraf*, AG 2018, 293, 304.
[60] *Siadat*, RdF 2021, 12, 18; *Zickgraf*, BKR 2021, 196, 199 f.
[61] Vgl. *Hahn/Wilkens*, ZBB 2019, 10, 23; *Veil*, ZHR 183 (2019), 346, 366.
[62] *Zickgraf*, BKR 2021, 196, 202.

wohlfahrtssteigernd wirken, da administrative Transaktionskosten gespart werden bei geringerem Schadenspotential.[63] Somit wäre die Whitepaper-Pflicht für momentan als Wertpapiere eingestufte Token eine wohlfahrtssteigernde Regulierung.

C. Fazit

Über ein halbes Jahrzehnt nachdem ICOs das erste Mal Schlagzeilen gemacht haben, befindet sich mit dem MiCAR-E zwar endlich ein Verordnungsentwurf zur Regulierung dieser im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren. Diesem mangelt es aber bereits an einem geeigneten Anwendungsbereich, der dafür sorgt, dass nicht durch das Kapitalmarktrecht regulierungsbedürftige ICOs durch eben dieses mit klassischen Instrumenten wie die Whitepaper-Pflicht reguliert werden, während die bisher unter die klassische Prospektpflicht fallenden ICOs weiterhin unter ein Regime fallen, was nicht ihre Besonderheit berücksichtigt. Dieser Makel lässt sich glücklicherweise allerding durch eine simple Überarbeitung des Entwurfs beheben, wozu entsprechend dringend geraten wird.

[63] Vgl. *Zickgraf*, BKR 2021, 362, 362 f.

Friedrich Muche*

Im Prinzip Interpretation: Die Prinzipientheorie der Grundrechte aus verfassungsinterpretatorischer Perspektive

A. Einleitung

„Nullpunkt der Dogmatik“[1], „Für fruchtbare Verbindungen zwischen Theorie und Dogmatik […] ein gelungenes Beispiel“[2], eine Theorie, die „die Rechtsprechung des BVerfG zu den Grundrechten wie durch Zauberhand in eine (nahezu) uneingeschränkt konsistente, nachvollziehbare Ordnung“ zu bringen scheint[3] – so ist die wohl einflussreichste und meist rezipierteste Monografie auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts der letzten Jahrzehnte, Robert Alexys „Theorie der Grundrechte“, beschrieben worden. Wer sich mit der Funktionsweise der Grundrechte und dem Konzept der Abwägung auseinandersetzt, kommt um die von Alexy maßgeblich entwickelte[4] Prinzipientheorie nicht herum. Das gilt für den deutschsprachigen Diskurs, wie – in einem für einen deutschsprachigen Beitrag außergewöhnlichen Maße – den internationalen Diskurs.[5] Die Prinzipientheorie ist dabei insbesondere von der sog. „Kieler Schule“ mannigfaltig weiterentwickelt und auf unterschiedlichste Bereiche ausgedehnt worden.[6] Gegenstand dieser Untersuchung soll aber die Prinzipientheorie, wie sie in der „Theorie der Grundrechte“ Gestalt angenommen hat, sein. Das rührt einerseits daher, dass die „Theorie der Grundrechte“ als Ausgangspunkt und „Kern“ der vielen Strömungen auch heute noch von hoher Relevanz für den aktuellen Diskurs ist[7] und Schwerpunkt dieser Untersuchung andererseits vor allem der verfassungsinterpretatorische Ansatz der Prinzipientheorie sein soll; nicht dagegen darüberhinausgehende Aussagen der Prinzipientheorie[8].

Die Prinzipientheorie erhebt den Anspruch, als allgemeine juristische Theorie[9] „geleitet […] von der Frage nach der richtigen grundrechtlichen Entscheidung und der rationalen grundrechtlichen Begründung […]“[10] die einzig adäquate Grundrechtsdogmatik zu ermöglichen.[11] Schlüssel dazu soll die normtheoretische Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien sein, die mit dem Prinzip als normtheoretische Entität die Grundrechtsabwägung theoretisch voraussetzt.[12] Mit der Strukturierung des theoretisch vorausgesetzten Abwägungsvorganges als juristischer Diskurs[13] gelingt es der Theorie, beinahe jedes Argument in das System zu integrieren und beinahe jede grundrechtliche Entscheidung zu rekonstruieren.[14] Sie ist damit als verfassungsinterpretatorischer Ansatz hoch interessant.

Die voraussetzungsvollen Annahmen und das weitreichende Erklärungspotenzial haben immer wieder zu intensiver Kritik geführt. Soweit die Folgen angegriffen werden, muss sich die Prinzipientheorie als „Theorie, die alles erklärt“ wissenschaftstheoretischen Vorwürfen aussetzen, wissenschaftlich nutzlos und unfähig zur Kritik zu sein.[15] Eng mit diesen Vorwürfen verbunden ist auch die Kritik, die Prinzipientheorie sei strukturell und damit auch dogmatisch unterkomplex und berge damit die Gefahr, intuitionistische Entscheidungen zu begründen.[16]

---

* Der Autor ist Student an der Bucerius Law School, Hamburg und studentische Hilfskraft am Commerzbank Stiftungslehrstuhl Grundlagen des Rechts (Prof. Dr. Christian Bumke) und am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg (Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Holger Fleischer).

1 *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, 2003, S. 81 f.; ihm zust. *Jestaedt*, Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen, in: Depenheuer et al. (Hrsg.), Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 253, 268; und *P. Reimer*, Der Staat 2013, 26, 40.

2 *Bumke*, Rechtsdogmatik, Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise, Zugleich eine Studie über das rechtsdogmatische Arbeiten Friedrich Carl von Savignys, 2017, S. 30 dortige Fn. 115.

3 *Klement*, JZ 2008, 756.

4 Dies wird man gerade für den deutschsprachigen Diskurs kaum bestreiten können; vgl. etwa für eine (kritische) Übersicht der Prinzipientheoretischen Ansätze *Poscher*, The Principle Theory: How Many Theories and What is Their Merrit? In: M. Klatt (Hrsg.), Institutionalized Reason, 2012, S. 218. Wobei die Unterscheidung keineswegs neu ist: *Alexy*, Theorie der Grundrechte[9], 2020, S. 77 dortige Fn. 27; *ders.,* Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs[2], 2016, S. 177, 211 f., entwickelte seine Theorie unter expliziter Bezugnahme auf die Unterscheidungvon *R. Dworkin*, Taking Rights Seriously, New Impression with a Reply to Critics, 2004, S. 24 ff., zwischen „legal principles“ und „legal rules“, die sich logisch, d.h. kategorisch voneinander unterscheiden. Dabei ist diese kategoriale Unterscheidung auch im deutschsprachigen Diskurs nicht neu; auch hier greift *Alexy*, Zum Begriff des Rechtsprinzips (Fn. 4), S. 177, 186 f., auf *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts[2], 1964, S. 87 ff.; *Larenz*, Richtiges Recht, Grundzüge einer Rechtsethik, 1979, S. 24; und *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutsche Privatrechts[2], 1983, S. 52 ff., zurück.

5 Ihn als „[…] Propheten, der im eigenen Land nichts gilt“ bezeichnend: *Hong*, Abwägungsfeste Rechte, von Alexys Prinzipien zum Modell der Grundsatznorm, 2019, S. 22; s.a. *Poscher*, Ratio Juris 2020, 134, 136 ff.

6 Siehe für den Begriff der „Kieler Schule“ die Übersicht bei *Jestaedt*, Die Abwägungslehre (Fn. 1), S. 253 dortige Fn. 2. Als besonders einflussreich wird man sicherlich die Arbeiten von *Sieckmann*, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, 1990, und *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien[2], 2007, ansehen.

7 Siehe etwa *Hong* (Fn. 5), S. 15 ff.; *Quecke*, Unantastbare Menschenwürde, Zur Dogmatik des Art. 1 Abs. 1 GG zwischen Absolutheitsanspruch und Abwägungsdenken, 2020, S.105. S.a. *Kallmeyer*, Ideales Sollen, Eine Analyse der Prinzipienkonstruktion, 2016; *Klatt*, Die praktische Konkordanz von Kompetenzen, Entwickelt anhand der Jurisdiktionskonflikte im europäischen Grundrechtsschutz, 2014, S. 156 ff.

8 Vgl. etwa zu der Bedeutung der Prinzipientheorie für das Verhältnis von Recht und Moral: *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts[4], 2005, S. 131; oder zur „freistehenden Prinzipienkonzeption der Gerechtigkeit“: *Jansen*, Die Struktur der Gerechtigkeit, 1998.

9 *Alexy*, Grundrechte (Fn. 4), S. 21.

10 Ebd., S. 32.

11 Ebd., S. 18.

12 Ebd., S. 71.

13 Ebd., S. 144 f., 498 ff.; vgl. auch *ders.*, Theorie der juristischen Argumentation, Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 1983, S. 261 ff.

14 Das wird der Theorie gemeinhin zugeschrieben: vgl. etwa *Bumke*, AöR 2019, 1, 66; *Heinold*, Die Prinzipientheorie bei Ronald Dworkin und Robert Alexy, 2011, S. 25; *Hong* (Fn. 5), S. 25; *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, Studien zur Interpendenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, 1999, S. 212 f.; *ders.*, Die Abwägungslehre (Fn. 1), S. 261; *Klement*, JZ 2008, 756; *Poscher*, Grundrechte (Fn. 1), S.75 f.; *Quecke* (Fn. 7), S. 101 f.

15 Insb. *Poscher*, Grundrechte (Fn. 1), S.75 f.; vgl. auch *Klement*, JZ 2008, 756.

16 *Poscher*, Ratio Juris 2020, 134, 137: „Judges [..] rely on […] deciding cases on the basis of their own personal whims.“

Alle diese Kritikpunkte weisen in eine Richtung: das Verhältnis der Prinzipientheorie zur Verfassungsinterpretation. Dieses soll Gegenstand der folgenden Untersuchung sein. Dabei werden zwei Ebenen zu unterscheiden sein: die theorieinterne Methode der Interpretation und die Begründung der Prinzipientheorie als juristische Theorie der Grundrechte *des Grundgesetzes*.

Dieser Untersuchung liegt ein Verständnis von Verfassungsinterpretation als Formulierung konkreter rechtlicher Sollensurteile auf Grundlage des Texts des Grundgesetzes unter Zuhilfenahme einer bestimmten Methodik zugrunde.

B. Die Prinzipientheorie der Grundrechte und ihr Selbstverständnis

Für eine sinnvolle Betrachtung der methodischen Implikationen und Verortung der Prinzipientheorie ist die Auseinandersetzung mit dem eigenen theoretischen und praktischen Anspruch der Theorie unerlässlich. Auch kann die eingebettete Methodik innerhalb der prinzipientheoretischen Rechtsanwendung nicht verstanden werden und nach der dogmatischen Verankerung der Prinzipientheorie im Grundgesetz schon gar nicht sinnvoll gefragt werden, ohne die Grundzüge der Prinzipientheorie der Grundrechte vorauszusetzen. Beides soll daher im Folgenden skizziert werden.

I. Das theoretische Selbstverständnis der Prinzipientheorie der Grundrechte

Die in der „Theorie der Grundrechte“ entwickelte Prinzipientheorie versteht sich selbst als eine allgemeine, juristische Theorie der Grundrechte des Grundgesetzes.[17] Darunter ist zum einen zu verstehen, dass sie sich als *Theorie der Grundrechte des Grundgesetzes*, d.h. nach einem formalen Grundrechtsbegriff der Art. 1 bis 19 GG und der individuelle Rechte gewährende Sätze der Art 20 IV, 33, 38, 101, 103, 104 GG und der in diesen ausgedrückten Normen begreift.[18] Sie erhebt damit vorerst keinen Anspruch über die Grundrechte hinaus.[19] Zum anderen versteht sie sich als *allgemeine Theorie,* nicht als eine partikulare Theorie, d.h. sie hat Probleme zum Gegenstand, die sich bei allen Grundrechten stellen.[20]

Interessant für die Zwecke dieser Untersuchung ist die Einordnung als *juristische* Theorie, d.h. als eine dogmatische Theorie.[21] Als solche soll sie als *Strukturtheorie* die strukturelle Rolle „der grundrechtlichen Begriffe, der Wirkung auf das Rechtssystem und der grundrechtlichen Begründung“ innerhalb der dogmatischen Theorie klären. Damit bildet sie als „primär analytische[r]“ Baustein den Grundstein einer integrativen, d.h. einer empirischen, analytischen, normativen und damit in den eigenen Begriffen dogmatischen Theorie.[22] Zu den drei Dimensionen der integrativen Theorie tritt die praktische Orientierung, die in letzter Konsequenz die „rationale Begründung konkreter grundrechtlicher Sollensurteile“ leisten soll.[23]

II. Ein kurzer Aufriss der Prinzipientheorie der Grundrechte

Sucht man die Funktion der Prinzipientheorie vor allem darin[24], den Grundstein zu legen, um die Bildung konkreter grundrechtlicher Sollensurteile rational begründen zu können, wird man das Augenmerk auf die Leistung der Theorie, den unbestimmten Grundrechtsnormen (relativ) konkrete Regeln zuzuordnen, also der Konkretisierung[25] der Grundrechtsnormen, legen müssen.[26] Dies gelingt der Prinzipientheorie der Grundrechte im Wesentlichen durch zwei Aspekte: die normtheoretische Unterscheidung der Grundrechtsbestimmungen in Regeln und Prinzipien (1.) und die Begründbarkeit neuer konkreter grundrechtlicher Regeln aus der Kollision grundrechtlicher Prinzipien (2.). Beides kommt im Doppelcharakter der Grundrechtsnorm (3.) zum Tragen.

1. Regeln und Prinzipien

Nach der Prinzipientheorie der Grundrechte statuieren alle Grundrechtsbestimmungen zwei Arten von qualitativ unterschiedlichen Normen: Regeln und Prinzipien.[27]

---

[17] *Alexy*, Grundrechte (Fn. 4), S. 21.

[18] Ebd., S. 56. *Alexy* unterscheidet zwischen der Grundrechtsnorm als Bedeutung einer Grundrechtsbestimmung und der Grundrechtsbestimmung, d.h. dem Verfassungstext (ebd., S. 43, 54). Die Unterscheidung kommt daher, dass *Alexy* die Norm als indifferente, in einem deontischen Satz ausdrückbare, Bedeutung verschiedener möglicher Normsätze begreift (ebd., S. 42 ff.). Dieser Unterscheidung nur einen heuristischen Wert beimessend: *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, Untersuchung über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte, 1998, S. 53 dortige Fn. 135.

[19] Freilich erhebt die prinzipientheoretische Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien auch einen rechtstheoretischen Anspruch: vgl. nur bereits *Alexy*, Zum Begriff des Rechtsprinzips (Fn. 4), S. 177 ff.; aber etwa auch die Begründung unabhängig von der Grundrechtsnorm in: *ders.*, Grundrechte (Fn. 4), S. 75. S.a. für die vielfältigen Weiterentwicklungen: *Sieckmann*, Prinzipienmodelle (Fn. 6), S. 21; *Jansen* (Fn. 8); *Kallmeyer* (Fn. 7). Unabhängig davon, ob ihre Aussagen zu teilen sind, soll die normtheoretische Unterscheidung aber, soweit sie über ihre Konsequenzen für die Verfassungsinterpretation hinausgeht, nicht Teil dieser Untersuchung sein.

[20] *Alexy*, Grundrechte (Fn. 4), S. 28.

[21] Ebd., S. 22.

[22] Alle Zitate und Nachweise ebd., S. 32.

[23] Zitat und Nachweise ebd., S. 26 f., 32.

[24] Freilich wird man die Funktion von Rechtsdogmatik nicht auf diese Dimension, die Rechtsanwendung, limitieren können, vgl. etwa die Unterscheidung in vier Aufgabengebiete bei *Bumke*, Rechtsdogmatik (Fn. 2), S. 45 ff.

[25] Mit gänzlich anderer Begründung, aber mit einem ähnlichen Ergebnis: den Kern der Verfassungsinterpretation in der *Konkretisierung* sehend *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland[20], 1999, Rn. 60 ff. Nicht nur der Prozess der Interpretation durch Konkretisierung weist dabei eine besondere Ähnlichkeit auf, sondern auch, dass eine Trennung der Entwicklung oder Bildung der konkreten Normen vom konkreten Fall nicht möglich ist (ebd., Rn. 64 f.) und unter leitender und begrenzender Funktion der *praktischen Konkordanz,* also der Optimierung der Wirksamkeit der kollidierenden Güter, zu erfolgen hat (ebd., Rn. 71 f.). Die konkrete, zugeordnete Norm, ist dabei nicht mit der individuellen Norm in einem Kelsenschen Sinne zu verwechseln: *Kelsen*, Reine Rechtslehre, Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik, Studienausgabe der 1. Auflage 1934, 2008, S. 89 f., beschreibt als solche das richterliche Urteil. Die zugeordnete Norm ist zwar konkretisiert, aber immer noch abstrakt-generell.

[26] Als Kern der Prinzipientheorie wird dagegen gemeinhin die normtheoretische Unterscheidung gesehen: vgl. nur ebd., S. 71; *Borowski* (Fn. 6), S. 68; *Poscher*, RW 2010, 349. Stellt man aber auf die interpretatorische Leistung der Theorie ab, ist diese „lediglich“ ein (wesentlicher) Baustein innerhalb des interpretatorischen Prozesses.

[27] Darin soll der Doppelcharakter der Grundrechtsnorm bestehen: *Alexy*, Grundrechte (Fn. 4), S. 122.

Regeln sind Normen, die entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden können. Als solche sind sie definitive Festsetzungen im Raum des rechtlich und tatsächlich Möglichen.[28] Prinzipien sind dagegen Optimierungsgebote, die gebieten, dass etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird.[29] Dabei wird der Bereich des rechtlich Möglichen durch gegenläufige Regeln und Prinzipien bestimmt.[30] Greifbar wird diese Unterscheidung bei der Kollision von Normen. Während sich die Kollision von Regeln „in der Dimension der Geltung" abspielt, findet die Kollision zwischen Prinzipien „in der Dimension des Gewichts" statt.[31] Für die Regeln bedeutet dies, dass sich die Kollision zweier Regeln nur durch die Verdrängung der einen Regel durch die andere in diesem Fall lösen lässt. Das kann durch die Bildung von Ausnahmeklauseln oder durch Vorrangregeln wie den Lex-specialis-Grundsatz oder etwa Art. 31 GG erfolgen.[32] Anders verhält es sich bei der Prinzipienkollision.

2. Die Prinzipienkollision – das Kollisionsgesetz

Die Prinzipienkollision findet dagegen anhand der Gewichte der Prinzipien im konkreten Fall statt.[33] Dies gestaltet sich derartig, dass eine Vorrangrelation zwischen den Prinzipien unter den Bedingungen des konkreten Falls festgelegt wird – eine sog. bedingte Vorrangrelation.[34] Die so festgelegte Vorrangrelation, dass das Prinzip P_1 dem Prinzip P_2 unter der Bedingung C vorgeht, hat die Struktur einer Regel, bei der die Rechtsfolge des Prinzips P_1 gesollt ist, wenn der Tatbestand in Form der Bedingungen C, in denen dieses Prinzip vorgeht, erfüllt ist.[35] *Alexy* veranschaulicht dies am Beispiel des Verhandlungsunfähigkeitsbeschlusses.[36] Die Kollision der widerstreitenden Prinzipien im Verhandlungsunfähigkeitsbeschluss, das Recht des Beschuldigten auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 II 1 GG und das Prinzip der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtpflege, wird anhand des konkreten Gewichts der Prinzipien in dem Fall aufgelöst. D.h. es wird eine Vorrangrelation zwischen den Prinzipien unter den Bedingungen des konkreten Falls festgestellt. Diese Vorrangrelation unter den Bedingungen des konkreten Falls ist die konkretisierte, für die Entscheidung maßgebliche Grundrechtsnorm, spezieller -regel, mit den Vorrangbedingungen als Tatbestand. Im Fall des Verhandlungsunfähigkeitsbeschluss ist das die Norm: „Besteht die naheliegende, konkrete Gefahr, dass der Beschuldigte bei Durchführung der Hauptverhandlung sein Leben einbüßen oder schwerwiegenden Schaden an seiner Gesundheit nehmen würde, so verletzt ihn die Fortsetzung des Verfahrens in seinem Grundrecht aus Art. 2 II 1 GG"[37] und ist damit verfassungswidrig[38]. Diese konkretisierte Norm ist dann eine Grundrechtsnorm, wenn für sie, d.h. die Vorrangrelation, eine korrekte grundrechtliche Begründung möglich ist. Sie ist dann eine *zugeordnete* Grundrechtsnorm.[39] In dieser Konkretisierung besteht die interpretatorische Leistung der Prinzipientheorie.

3. Der Doppelcharakter der Grundrechtsnorm

Alexy versteht die Grundrechtsnorm allerdings als Norm mit Doppelcharakter.[40] Dies ist sie, wenn sie als Norm, oder spezifisch Regel, mit einer abwägungsbezogenen Schrankenklausel formuliert wird.[41] Sie gewinnt dadurch die allgemeine Struktur: „Eingriffe in die Freiheit der Person sind verboten, wenn sie nicht aufgrund eines Gesetztes erfolgen oder nicht zur Erfüllung solcher gegenläufigen Prinzipien erforderlich sind, die unter den Umständen des Falles dem Prinzip der Freiheit der Person vorgehen."[42] Man mag mit *Hong* einwenden, es handele sich um nichts anderes als Regeln mit abwägungsbezogenem Einzelfallvorbehalt. Und damit sei die Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien aufgegeben.[43] Dabei wird man aber anerkennen müssen, dass die von *Alexy* als Doppelstruktur bezeichnete Regelform nichts anderes ist als die um einen Gesetzesvorbehalt ergänzte allgemeine Regelform einer durch das Kollisionsgesetz zugeordneten Grundrechtsnorm.[44] Insofern stellen alle dem allgemeinen Freiheitsrecht durch eine Prinzipienkollision zugeordneten Grundrechtsnormen einen Unterfall dieser Norm dar. Daher mag zwar der Vorwurf gerechtfertigt sein, die Bezeichnung der Grundrechtsnorm

---

[28] Ebd., S. 76. *Dworkin*, (Fn. 4), S. 24, spricht in diesem Zusammenhang von der Anwendung „in an all-or-nothing fashion". Diese „Festsetzung" wird allerdings sogleich wieder (im Zusammenhang mit Prinzipien) so weit relativiert, als sie unter dem Vorbehalt steht, dass nicht im konkreten Fall ein gegenläufiges Prinzip schwerer wiegt als das hinter der Regel stehende Prinzip und das sog. formelle Prinzip hinter der Bindung an die Regel (*Alexy*, Grundrechte (Fn. 4), S. 89). Vgl. dazu ausführlicher: *Portocarrero Quispe,* Der autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung, Eine Untersuchung über die Rolle der formellen Prinzipien in der Grundrechtsinterpretation, 2014, S. 253 f.

[29] *Alexy*, Grundrechte (Fn. 4), S. 75 f. Der Begriff des Prinzips war immer wieder Gegenstand ausschweifender Diskussionen und hat auch wohl bis heute keine klare Gestalt angenommen. Ausgangspunkt der Diskussion ist die Erkenntnis von *Sieckmann*, Prinzipienmodelle (Fn. 6), S. 65, und *Aarnio*, Taking Rules Seriously, in: Maihofer/Sprenger (Hrsg.), Law and the State in Modern Times, ARSP-Beiheft 1990, 180, 187, dass Optimierungsgebote als Gebote, etwas in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht zu maximieren, mit der Erfüllung oder Nicht-Erfüllung des Gebots als Prinzipien die Struktur einer Regel nach eigenem Verständnis aufweisen. Dies hat *Poscher*, RW 2010, 349, zum Anlass genommen, die Existenz des Gegenstandes der Prinzipientheorie zu negieren. *Alexy*, Ideales Sollen, in: Clérico/Sieckmann (Hrsg.), Grundrechte, Prinzipien und Argumentation, 2009, S. 21 ff., vertritt mittlerweile einen Prinzipienbegriff in Form des idealen Sollens, einem zu optimierenden Gebot. Der Streit um den Gegenstand dürfte aber immer noch nicht geklärt sein: s. zuletzt *Poscher*, Ratio Juris 2020, 134. Erwidernd *Alexy*, Ratio Juris 2020, 283, 286. Vgl. auch *Kallmeyer* (Fn. 7).

[30] *Alexy*, Grundrechte (Fn. 4), S. 76.

[31] Zitate ebd., S. 79.

[32] Ebd., S. 78.

[33] Ebd., S. 79.

[34] Ebd., S. 81.

[35] Ebd., S. 81 f., verwendet dafür die folgende auf *v. Wright* zurückgehende Notation: $(P_1 \ \mathbf{P} \ P_2) \ C$, vgl. etwa *ders.*, Theory and Decision 1972, 140, 150, wobei **P** die Präferenzrelation ausdrückt.

[36] BVerfGE 51, 324. *Alexy*, Grundrechte (Fn. 4), S. 79 ff.

[37] BVerfGE 51, 324, 346. Alexy, Grundrechte (Fn. 4), S. 82 f.

[38] Ebd., S. 82.

[39] Ebd., S. 86 f.

[40] Ebd., S. 122 ff.

[41] Ebd., S. 123.

[42] Ebd., S. 124. Hier in der Gestalt des allgemeinen Freiheitsrechts.

[43] *Hong* (Fn. 5), S. 71 ff.

[44] Zwar nennt *Alexy*, Grundrechte (Fn. 4), S. 122 ff., dies nicht explizit, es wird aber bereits durch die (hier umgekehrte) Notation als $(P_2, \ldots, P_n \ \mathbf{P} \ P_1) \ C$ deutlich, wobei lediglich P_1, als das einschlägige grundrechtliche Prinzip, festgelegt ist; in der genannten Form als allgemeines Freiheitsrecht wohl als das Prinzip der allgemeinen Handlungsfreiheit. Auch das zweite laut *Alexy*, a.a.O., S. 123, in der Norm ausgedrückte Erfordernis, das der Erforderlichkeit und der implizierten Geeignetheit, ist nach seinem Prinzipienverständnis aber bereits in jeder durch eine bedingte Vorrangrelation ausgedrückten Norm enthalten (vgl. nur ebd., S. 101 ff.).

als eine mit Doppelcharakter sei trivial, weil der Doppelcharakter jeder zugeordneten Norm unabhängig von der Grundrechtseigenschaft bereits aus dem Kollisionsverhalten von Prinzipien folge. Ein Widerspruch zu dem entwickelten Prinzipienbegriff folgt aus der Beschreibung der Grundrechtsnormen als Normen mit Doppelcharakter aber nicht.

Damit lassen sich wiederum alle durch die bedingte Vorrangrelation zugeordneten Normen als aus der allgemeinen Struktur abgeleitete Normen verstehen.[45] In ihrer Bildung findet die Interpretation innerhalb der Strukturtheorie statt. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist damit nicht Ergebnis der theorieinternen Interpretation, sondern struktureller Bestandteil der Interpretation.[46]

C. Die Prinzipientheorie der Grundrechte als Verfassungsinterpretation

Die Bildung konkretisierter, zugeordneter Grundrechtsnormen ist bereits an wesentlicher Stelle für die Verfassungsinterpretation verortet worden. Dabei können auch die Voraussetzungen dieses Mechanismus, die Prinzipienstruktur der Grundrechte, als Ergebnis von Auslegung verstanden werden. Beides soll im Folgenden genauer untersucht werden.

I. Interpretation innerhalb der Prinzipientheorie der Grundrechte

Im Zentrum der Auslegung durch die Prinzipientheorie der Grundrechte steht die Bildung zugeordneter Grundrechtsnormen durch die fallbedingte Kollision und die damit verbundene Bildung von bedingten Vorrangrelationen. Die beliebig konstruierbaren bedingten Vorrangrelationen sollen dann (zugeordnete) Grundrechtsnormen sein, wenn sie grundrechtlich korrekt begründet werden können.[47] Die grundrechtlich korrekte Begründung wird damit zum Brennpunkt der Methodik innerhalb der Theorie. Dabei ist die Struktur als „juristischer Diskurs" (1.) und die darin stattfindende interne (2.) und externe (3.) Rechtfertigung von Interesse.

1. Der juristische Diskurs

Die Prinzipientheorie der Grundrechte ist, wie sie hier verstanden wird, eine diskurstheoretische Grundrechtstheorie.[48] D.h., dass sie auf dem epistemologischen Fundament steht, dass „die Bedingung für die Wahrheit von Aussagen [..] die potentielle Zustimmung aller anderen [ist]. […] Die Wahrheit einer Proposition meint das Versprechen, einen vernünftigen Konsens über das Gesagte zu erzielen."[49] D.h., „Die Idee der Wahrheit lässt sich nur mit Bezugnahme auf die diskursive Einlösung von Geltungsansprüchen entfalten."[50]

Alexy versucht auf Grundlage der Diskurstheorie als prozedurale Theorie, also als Theorie, in der die Richtigkeit einer normativen Aussage von dem Prozedere, in der diese entstanden ist, abhängt, die Anforderungen an das Prozedere durch spezifische Diskursregeln zu gewährleisten.[51] Für deren Anwendungsbereich unterscheidet er den allgemeinen praktischen Diskurs und den juristischen Diskurs als Sonderfall des allgemeinen praktischen Diskurses. An den juristischen Diskurs werden über die Regeln des allgemeinen praktischen Diskurses hinaus spezifische Regeln für den juristischen Diskurs gestellt[52], wobei sich für grundrechtliches Argumentieren zusätzliche Besonderheiten ergeben[53]. Die Begründungen der bedingten Vorrangrelationen müssen sich an diesen Maßstäben messen lassen, um vernünftig und damit richtigkeitsfähig zu sein.[54]

Für diese Begründung unterscheidet *Alexy* zwei Arten der Rechtfertigung, die interne und die externe.[55]

2. Die interne Rechtfertigung

Die interne Rechtfertigung einer juristischen Begründung erfordert, dass die Entscheidung aus den zur Begründung angeführten Sätzen logisch folgt,[56] während die externe Rechtfertigung der Begründung der angeführten Sätze, der Prämissen dient. Die interne Rechtfertigung zeigt damit zugleich, was in der externen Rechtfertigung zu

---

45 Für den Begriff der abgeleiteten Norm im Gegensatz zur zugeordneten Norm siehe *Alexy,* Grundrechte (Fn. 4), 57 ff.; *ders.*, Die logische Analyse juristischer Entscheidungen, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs, Studien zur Rechtsphilosophie[2], 2016, S. 23 ff. Die abgeleiteten Normen enthalten jeweils semantische Regeln, d.h. sprachliche Präzisierungen (vgl. ebd.) für den spezifischen Fall des Merkmals der allgemeinen Form, „wenn sie [..] nicht zur Erfüllung solcher gegenläufigen Prinzipien erforderlich sind, die unter den Umständen des Falles dem Prinzip der Freiheit der Person vorgehen" (Zitat bei: *ders.*, Grundrechte (Fn. 4), S. 124).

46 Vgl. ebd., S. 100 f. Siehe auch C. II.

47 Ebd., S. 86 f.

48 Vgl. nur ebd., S. 144 f., 498 ff., mit Verweis auf: *ders.*, Argumentation (Fn. 13), S. 260 ff. Man kann zwar mit *Borowski* (Fn. 6), S. 134, einwenden, dass der Rechtsanwender durch die Strukturierung durch die Prinzipientheorie der Grundrechte bloß auf die Bezugnahme bzw. Verbindung mit einer juristischen Argumentationstheorie verwiesen ist, dies aber keinen notwendigen Zusammenhang mit einer „Diskurstheorie des Rechts" begründe. Dies lässt sich aber nur schwerlich mit der expliziten Integration und Spezifikation der „Theorie der juristischen Argumentation" in bzw. für die Theorie der Grundrechte durch *Alexy*, Grundrechte (Fn. 4), S. 144 f., 498 ff., und das bereits spezifisch diskurstheoretische Erfordernis einer korrekten Grundrechtlichen Begründung für die Qualifikation als grundrechtliche Norm vereinbaren.

49 *Habermas*, Wahrheitstheorien, in: ders., Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des Kommunikativen Handelns, 1995, S. 127, 137. *Habermas*, a.a.O, versteht den Begriff der Wahrheit nur auf Aussagen bezogen in Abgrenzung zur Richtigkeit, die sich wiederum auf Bewertungen und Gebote bezieht. Die Konsensustheorie erstreckt sich aber auf beide gleichermaßen (ebd.).

50 Ebd., S. 136.

51 *Alexy*, Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs, Studien zur Rechtsphilosophie, 2016, S. 94 ff.; *ders.*, Argumentation (Fn. 13), S. 225 ff.; *ders.*, Probleme der Diskurstheorie, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs, Studien zur Rechtsphilosophie[2], 2016, S. 109 ff.

52 *Alexy*, Argumentation (Fn. 13), S. 261 ff.; *ders.,* Grundrechte (Fn. 4), S. 498. Krit. dazu *Habermas,* Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats[7], 2019, S. 283 ff.

53 *Alexy*, Grundrechte (Fn. 4), S. 501.

54 *Alexy*, Argumentation (Fn. 13), S. 34 ff., erhebt nicht den Anspruch, aufgrund dieser Regeln „richtige" normative Aussagen feststellen zu können. Sie sollen viel mehr Maßstab dafür sein, dass ein in diesen Regeln begründetes Ergebnis den Anspruch auf Richtigkeit erheben kann. *Ders.,* Grundrechte (Fn. 4), 520 f., spricht zwar von einer „Ergebnisoffenheit" grundrechtlichen Argumentierens, das bedeutet aber nicht, dass damit nicht die Idee der richtigen grundrechtlichen Begründung und damit auch grundrechtlich Auslegung innerhalb des ergebnisoffenen rationalen Diskurses trotzdem vorhanden ist.

55 *Alexy*, Analyse (Fn. 45), S. 17 f., 29 ff.; *ders.*, Argumentation (Fn. 13), S. 273 ff.

56 *Alexy*, Analyse (Fn. 45), S. 17 f., *ders.*, Argumentation (Fn. 13), S. 283.

begründen ist.[57] Für den Fall der Grundrechtsanwendung bedeutet dies die Ableitung der Entscheidung aus der konkretisierten Norm, d.h. aus der bedingten Vorrangrelation. Die Begründung der zugeordneten Norm und damit die Konkretisierungsleistung innerhalb der Prinzipientheorie der Grundrechte findet deshalb innerhalb der externen Rechtsfertigung statt.[58]

3. Die externe Rechtfertigung

In der externen Rechtfertigung soll die bedingte Vorrangrelation begründet werden.

a) Begründungsgegenstände

Als zu begründende Gegenstände wird man zwei unterscheiden müssen: die gegenläufigen Prinzipien und deren Anwendbarkeit und die Vorrangrelation zwischen den einschlägigen Prinzipien. Damit läuft die Auslegung im Wesentlichen auf die Begründung einer Abwägungsentscheidung in der konkreten Situation hinaus.[59]

b) Begründungsinstrumente

Grundsätzlich unterscheidet *Alexy* im Rahmen der externen Rechtfertigung zwischen sechs Gruppen von Argumentformen und Regeln: die klassischen Auslegungscanones, dogmatische Argumente, Präjudizverwertung, allgemein praktische und empirische Argumente und spezielle juristische Argumentformen.[60] Für die Grundrechtsargumentation als besonderer juristischer Diskurs[61] untergliedert er diese nochmal in Formen, die der Basis und dem Prozess der grundrechtlichen Argumentation zugeschrieben werden können.[62]

Zur Basis der grundrechtlichen Argumentformen zählen dabei die Auslegungscanones, Präjudizien und dogmatische Argumente.[63] Darauf, dass der Nutzen der klassischen Auslegungscanones durch die Offenheit der Grundrechtsbestimmungen und vor allem bei der Begründung von Abwägungsentscheidungen begrenzt ist, weist *Alexy* hin.[64]

Anders verhält es sich dagegen mit präjudiziellen Argumenten auf Grundlage der zahlreichen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, denen „eine erhebliche Rolle" zukomme.[65] Diese führen als „Fixpunkte grundrechtlichen Argumentierens" zu einer zunehmenden „Verdichtung" eines „relativ Umfassende[n] und dichte[n] Netzwerk[s] von Normen".[66] Die konkretisierte Grundrechtsnorm wird zum Argument für die Konkretisierung der nächsten. Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist der Verweis *Alexys* auf die präjudizielle Verfestigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.[67] Folgt doch dieser bereits aus dem Prinzipiencharakter[68], wird er zugleich als theorienotwendiger Mechanismus Argument innerhalb dieses Mechanismus.[69]

An dritter Stelle stehen dogmatische Argumente, bzw. die materiale Grundrechtstheorie als normative Theorie.[70] Aufgrund der Struktur der Prinzipientheorie der Grundrechte als Prinzipientheorie soll es sich dabei nur um eine Wert-, Zweck- oder Prinzipientheorie handeln können.[71] Der Begriff der normativen Theorie dürfte dabei aber denkbar weit gefasst sein.[72] Damit ist die Prinzipientheorie der Grundrechte wertungsoffen.

Dem Begriff des Prozesses der grundrechtlichen Argumentation sind vor allem die allgemein praktischen und empirischen Argumente zuzuordnen[73], auf die es in Abwesenheit (oder Unabhängigkeit) von präjudiziellen Argumenten maßgeblich ankommen wird.[74] *Alexy* bringt damit die Ergebnisunsicherheit des grundrechtlichen Diskurses als Grund und Folge der Notwendigkeit allgemein praktischer Argumente für die rationale Grundrechtsauslegung zum Ausdruck.[75]

---

57 *Alexy*, Analyse (Fn. 45), S. 17 f., *ders.*, Argumentation (Fn. 13), S. 273 ff.

58 *Alexy*, Analyse (Fn. 45), S. 32 ff. Missverständlich bezeichnet *Quecke* (Fn. 7), S. 114, die interne Rechtfertigung betreffe die Ableitung der bedingten Vorrangrelation aus dem situativen Gewicht der gegenläufigen Prinzipien. Dies scheint aber schwer mit der Forderung von *Alexy*, Argumentation (Fn. 13), S. 274 f.; *ders.*, Analyse (Fn. 45), S. 19 f. 32ff., nach einer Universellen Regel (Universalitätsprinzip), aus der das individuelle Sollensurteil folgt, vereinbar, die bereits gebildete bedingte Vorrangrelation ist vielmehr die universelle Regel. Die interne Rechtfertigung kann daher nicht Teil der Begründung dieser Regel sein, da sie diese voraussetzt.

59 Später konkretisierte *Alexy*, Die Gewichtsformel, in: Jickeli et al. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, 2003, S. 791, den Maßstab für die Begründung der bedingten Vorrangrelation als Abwägung durch die folgende Formel für die Begründung der bedingten Vorrangrelation $(P_i, \ldots, P_m \ \mathbf{P}\ P_j, \ldots, P_n\ )\ C:$ $G_{i-m,j-n} = \frac{(I_i G_i S_i + \ldots + I_m G_m S_m)}{(I_j G_j S_j + \ldots + I_n G_n S_n)}$ mit $G_{i-m,j-n} > 1$ und der abstrakten Gewichte G, der Sicherheiten der empirischen Annahmen über die Auswirkungen auf die Prinzipien S und die Eingriffsintensitäten I für die jeweiligen Prinzipien $P_i, \ldots, P_m, P_j, \ldots, P_n$

60 *Alexy*, Argumentation (Fn. 13), S. 285.

61 *Alexy*, Grundrechte (Fn. 4), S. 501. Die Besonderheit ergibt sich durch die Stellung innerhalb des allgemeinen Diskurses. So unterscheidet ebd., S. 500, zwischen vier Stufen eines Diskursmodells: (1) der allgemeine praktische Diskurs, (2) das Gesetzgebungsverfahren, (3) der juristische Diskurs und (4) das Gerichtverfahren. Der grundrechtliche Diskurs nimmt dabei eine Zwitterstellung ein, da es sich zwar um eine Form des juristischen Diskurses handelt, dieser aber dem Gesetzgebungsverfahren vorgelagert ist.

62 Ebd., S. 501.

63 Ebd., S. 501 f., nennt *Alexy* dabei vordergründig semantische und genetische Argumente, verweist aber auch auf teleologische, systematische und historische.

64 Ebd., S. 501 ff. Dies wird wohl kaum jemand bestreiten; s. aber *Forsthoff*, Zur Problematik der Verfassungsauslegung, 1961, S. 34.

65 *Alexy*, Grundrechte (Fn. 4), S. 505.

66 Ebd., S. 505. Dies ist es, was *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung (Fn. 14), S. 217, als „nachgerade prononciert verfassungsgerichtspositivistische Ausrichtung" bezeichnet.

67 Vgl. *Alexy*, Grundrechte (Fn. 4), S. 508.

68 Vgl. ebd., S. 100 f.

69 Siehe dazu ausführlicher C. II, insbesondere Fn. 95.

70 Ebd., S. 508 f: die materiale Grundrechtstheorie füllt als normative Theorie die Lücke der Strukturtheorie als primär analytische Theorie zur integrativen Grundrechtstheorie.

71 Ebd., S. 126 ff., 512.

72 Erfasst sollen alle von *E.-W. Böckenförde*, NJW 1974, 1529, unterschiedenen Theorien sein; vgl. *Alexy*, Grundrechte (Fn. 4), S. 512 ff.

73 Der Begriff ist missverständlich; versteht sich die Theorie der juristischen Argumentation doch selbst als prozedurale Diskurstheorie (siehe oben C. I. 1.). Die Unterscheidung dient aber der Abgrenzung zu den klassischen, präjudiziellen und dogmatischen, (vermeintlich) den Diskurs „determinierenden" Argumenten, welchen allerdings auch keine (vollständig) determinierende Wirkung zuerkannt wird. Der Begriff bezieht sich daher auf die Erkenntnis, auf den allgemeinen praktischen Diskurs angewiesen zu sein. Vgl. ebd., S. 520 f.

74 *Alexy*, Analyse (Fn. 45), S. 44 f.

75 Vgl. *Alexy*, Grundrechte (Fn. 4), S. 521, mit der Konsequenz: die Notwendigkeit autoritativen Entscheidens.

4. Bewertung und Zwischenfazit

Vereinfacht lässt sich sagen, die Prinzipientheorie der Grundrechte lässt damit eine nahezu unbegrenzte Menge methodischer Ansätze und Wertungen innerhalb der Begründung eines interpretatorischen Ergebnisses zu.[76] Diese Einsicht überrascht nicht, versteht sich die Prinzipientheorie der Grundrechte doch als Strukturtheorie mit der Aufgabe, Klarheit über „die Struktur der Grundrechtnormen sowie aller in der grundrechtlichen Begründung relevanter Begriffe und Argumentformen" zu schaffen.[77] Sie hat nicht den Anspruch aus sich allein heraus, die Bildung bestimmter konkreter grundrechtlicher Sollensurteile vorzugeben. Ihre Leistung besteht darin, zu beschreiben, was bei der Grundrechtsanwendung und Verfassungsinterpretation zu begründen ist.[78] Die Prinzipientheorie der Grundrechte bildet damit einen Rahmen für die Grundrechtsanwendung und -interpretation und ist insoweit dogmatisch unvollständig oder offen. Daher trifft die Einschätzung, sie laufe darauf hinaus, „dass im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände eine rational begründete Entscheidung getroffen werden muss" zwar zu, die Schlussfolgerung, sie sei „der Nullpunkt der Dogmatik"[79], aber nur insofern, als sie dadurch als Grundstein einer Dogmatik verstanden werden kann.[80] Angesichts des grundsätzlich nahezu unbegrenzten argumentativen Instrumentariums kann auch der Vorwurf, sie sei ein „methodologische[r] Rückfall" nur schwerlich überzeugen. Die Prinzipientheorie der Grundrechte legt damit in Fragen der Abwägung eher den Finger in die Wunde, dass in diesen Fragen sonst auch keine vollständig befriedigenden Antworten gefunden werden.[81] Die Leistung der Theorie besteht also darin, den Rahmen zu schaffen, in dem die Auslegung, die Erzeugung konkretisierter Grundrechtsnormen, stattfindet.

Aber auch diese Leistung muss teilweise relativiert werden. So steht jede der gebildeten Vorrangrelationen unter den spezifischen Bedingungen des Einzelfalls. Durch die Komplexität jedes Sachverhalts können die Bedingungen nicht abschließend aufgezählt werden: Jede konkretisierte Grundrechtsnorm steht damit praktisch, nicht theoretisch, unter dem Vorbehalt einer neuen Abwägung. Die so gebildete abstrakt-generelle (zugeordnete) Grundrechtnorm ist praktisch nur Einzelfallentscheidung und damit „nur" präjudizielles Argument.[82] Aber auch unter diesen Einschränkungen kann die Strukturierungsleistung der Theorie bei der Verfassungsinterpretation nicht geleugnet werden – man betrachte nur die abgeleitete allgemeine Formulierung der Struktur der Grundrechtsnorm mit Doppelcharakter.

II. Interpretatorisches Fundament der Prinzipientheorie der Grundrechte

Eine andere Frage ist die nach der Verankerung der Prinzipientheorie im Grundgesetz; oder anders formuliert: Ergibt sich der Prinzipiencharakter als interpretatorisches Ergebnis aus dem Grundgesetz?[83]

Alexy versteht die Grundrechte bzw. das Grundgesetz als kombiniertes Regel/Prinzipien-Modell. Damit lehnt er neben dem reinen Prinzipienmodell vor allem das reine Regelmodell ab.[84] Die Gründe dafür sollen hier interessieren.

Maßgeblicher Baustein für dieses Ergebnis ist die Äquivalenz von Abwägung, bzw. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Prinzipienstruktur.[85] Davon ausgehend betrachtet er die Grundrechte in Form der vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechte, solcher mit einfachen und solcher mit qualifiziertem Vorbehalt, um zu dem Ergebnis zu kommen, dass die Anwendung dieser ohne Abwägung, bzw. den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, nicht (sinnvoll) möglich ist.[86] Diesem Ergebnis wird wohl, trotz oder gerade wegen der aus historischer Perspektive nicht notwendigen Auslegung[87], heute niemand widersprechen.[88]

Die Äquivalenz des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und der Prinzipienstruktur kann allerdings zweierlei für die Reichweite und Verankerung der Prinzipientheorie im Grundgesetz bedeuten:

Einerseits könnte der Prinzipienbegriff maßgeblich durch das interpretatorische Ergebnis bestimmt sein, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sei anwendbar. In dem Fall trifft der Vorwurf sie nicht, „sie muss [..] begründen, warum jedes Grundrecht am besten als Optimierungsgebot zu verstehen ist. […] Sie muss sich gleichsam im dogmatischen

---

76 Sie sind freilich an die Regeln und Formen des allgemeinen praktischen Diskurses gebunden, vgl. dazu *Alexy*, Argumentation (Fn. 13), S. 361 ff.

77 *Alexy*, Grundrechte (Fn. 4), S. 32.

78 Vgl. dazu *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung (Fn. 14), S. 214, der dies allerdings nur für den hypothetischen Fall, dass Grundrechte als Prinzipien zu beschreiben sind, anerkennt.

79 Zitate, auch das folgende, bei *Poscher*, Grundrechte (Fn. 1), S. 77 f., 81 f.; ihm folgend *Jestaedt*, Die Abwägungslehre (Fn. 1), S. 268.

80 *Borowski* (Fn. 6), S. 131 f., sieht das Verhältnis andersherum: Nicht die Dogmatik fülle die dogmatischen Lücken in der Prinzipientheorie, sondern die Abwägung sei grundrechtsdogmatische Lücke. Dies lässt sich aber nicht direkt in Einklang mit der Rolle der Dogmatik innerhalb der juristischen Argumentation bei der Begründung bedingter Vorrangrelationen bringen; vgl. *Alexy*, Grundrechte (Fn. 4), S. 144, 508 ff.

81 Wie bereits beschrieben führt das sehr weite Prinzipienverständnis der Prinzipientheorien der Grundrechte auch zu Abwägungen – vereinfacht gesagt – „zwischen" Regeln und Prinzipien (vgl. Fn. 28), in denen den „klassischen" Argumenten wohl eine deutlich größere Bedeutung zukommt. Damit ist der Abwägungsbegriff auch ein weiterer, als er wohl gemeinhin gebraucht wird. In Abwägungen im engeren Sinne scheint dagegen auch sonst keine in letzter Konsequenz befriedigende Antwort auf die Methodik innerhalb der Abwägung gefunden.

82 *Hong* (Fn. 5), S. 50 ff., beschreibt dies mit der eigentümlichen Metapher der Heisenbergschen Unschärferelation als Alexysche Unschärfe. Es handelt sich um nichts anderes als das Problem der *ratio decendi* eines Präjudizes. Die Ergänzung der Unschärfebedingung von *Hong* (Fn. 5), S. 53 ff., geht nicht darüber hinaus, das zu verdeutlichen.

83 Es sei darauf hingewiesen, dass *Alexy*, Begriff (Fn. 8), S. 121 ff., auch aus rechtstheoretischen Gründen von der notwendigen Existenz von Prinzipien *innerhalb eines (minimal entwickelten) Rechtssystems* ausgeht. Konsequenzen für die Grundrechtsinterpretation ergeben sich daraus allerdings nicht notwendig.

84 Vgl. *Alexy*, Grundrechte (Fn. 4), S. 104 ff.

85 Vgl. ebd., S. 107 ff. Zur Äquivalenz zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: ebd., S. 100 f., allerdings ohne Begründung der Implikation des Prinzipiencharakters durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

86 Ebd., S. 107 ff.

87 Vgl. für das Grundrechtsverständnis der Weimarer Verfassung *H. Dreier*, Die Zwischenkriegszeit, in: Merten/Papier (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte, Band I, Entwicklungen und Grundlagen, 2004, § 4 Rn. 20 ff.

88 Auch die Argumentation von *Alexy*, Grundrechte (Fn. 4), S. 107 ff., dürfte, da sie ohne spezifisch prinzipientheoretische Argumente auskommt, nicht allzu strittig sein.

Häuserkampf bewähren“[89], weil sie in ihrer Reichweite nicht über die Grundrechtsvorbehalte hinausgeht.[90] Sie ist in ihrer Reichweite dann allerdings soweit begrenzt, dass sich einige ihrer Konsequenzen nicht mehr auf diese Begründung stützen können; allen voran die prinzipientheoretische Gesetzesbindung durch formelle Prinzipien.[91] Sollte die Prinzipieneigenschaft in jedem möglichen Fall allerdings als Erstes zur Debatte stehen[92], büßt die Prinzipientheorie ein Gros ihrer Erklärungskraft ein.

Andererseits könnte die Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sich nach der Anwendbarkeit der Prinzipientheorie innerhalb des Grundgesetzes richten.[93] Das hätte allerdings zur Folge, dass weite Teile der Prinzipientheorie nicht (begründet) im Grundgesetz verankert sind. Hier träfen dann die oben beschriebenen Vorwürfe zu. Die Beschreibungskraft der Prinzipientheorie der Grundrechte bei der Rekonstruktion der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts baut darauf, dass sie die Rekonstruktion der Rechtsprechung maßgeblich zum Fundament der Entwicklung der Prinzipientheorie aus dem Grundgesetz macht – die Rekonstruktion ist also zugleich Begründung der Rekonstruktion.[94] Das ist eine heuristisch sinnvolle Ausgangslage, eine interpretatorische Begründung kann sie darüber hinaus aber nicht für dieses Fundament liefern.[95]

D. Fazit

Die Prinzipientheorie der Grundrechte erbringt eine erhebliche Strukturierungs- und Erklärungsleistung für die Grundrechtsinterpretation und das Grundrechtsverständnis insgesamt. Sie weiß zu beschreiben, was zu begründen ist und gibt einen Rahmen für die Begründung vor, kann aber keine Ergebnisse anleiten. Ihre Ergebnisse lassen sich „wie von Zauberhand“[96] als eine kohärente Ordnung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darstellen. Diese bemerkenswerte Ordnungsleistung ist aber nicht „kostenlos“. Sie hat den Preis, weitreichende Annahmen vorauszusetzen oder die Validität ihrer Prämissen im Einzelfall immer wieder unter Beweis stellen zu müssen.

---

[89] *Poscher*, Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie, in: Sieckmann (Hrsg.), Die Prinzipientheorie der Grundrechte, Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys, 2007, S. 79.

[90] In diese Richtung scheint *Borowski* (Fn. 6), S. 114 ff., zu gehen, wenn er beschreibt, dass die strukturelle Eigenschaft jeder Norm einzeln durch Auslegung zu ermitteln ist. So versteht wohl auch *Klement*, JZ 2008, 756, 761, die Relation.

[91] Vgl. Fn 28.

[92] So könnte beispielsweise die Abwägungsfähigkeit des staatlichen Neutralitätsgebots (vgl. BVerfGE 153, 1, 39 – Kopftuch III) wohl nicht a priori aus dem Prinzipiencharakter geschlussfolgert werden, sondern dieser wäre erst zu ermitteln bzw. zu begründen.

[93] Davon scheint *Alexy*, Grundrechte (Fn. 4), S. 100 f., auszugehen, wenn er sich auf die Implikation des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch die Prinzipien konzentriert. Im Übrigen sprechen die weitreichenden Konsequenzen für diese Annahme; siehe nur zu den formellen Prinzipien: ebd., S. 89, 122, und Fn. 28.

[94] Exemplarisch dafür dürfte das Beispiel des Schnellreinigungsfalls (BVerfGE 32, 54) sein; vgl. die Rekonstruktion, die aber zugleich eine Begründung der Funktionsweise der Prinzipientheorie ist: *Alexy,* Grundrechte (Fn. 4), S. 115 f. Andere Beispiele sind etwa die Rekonstruktion des Lebach-Urteils (BVerfGE 35, 202; *Alexy*, a.a.O., S. 84 ff.) und des Verhandlungsunfähigkeitsbeschlusses (BVerfGE 51, 324; *Alexy*, a.a.O.; S. 79 ff.), und für die Gewichtsformel der TITANIC-Fall (BVerfGE 86, 1; *Alexy*, Die Gewichtsformel (Fn. 59), S. 774 ff.).

[95] Man könnte darüber hinaus annehmen, dadurch werde die Interpretation des BVerfG in die Theorie inkorporiert, d.h. sich die Höchstrichterlicher Argumentation zu eigen gemacht, um die Prämissen der Prinzipientheorie zu begründen. Dies hätte eine bemerkenswerte „Doppelrolle“ des BVerfG in Bezug auf die Theorie zur Folge: Die Entscheidungen wären einmal argumentatorisches Fundament der Prinzipientheorie im Grundgesetz aber auch zugleich präjudizielle Argumente innerhalb der Theorie selbst. Zwar erklärt *Alexy*, Grundrechte (Fn. 4), S. 32, die Rechtsprechung des BVerfG zum „wichtigste[n] Stoff“ der Theorie, es ist aber zweifelhaft, ob die Vertreter der Prinzipientheorie der Grundrechte sich in diese Abhängigkeit begeben wollen.

[96] *Klement*, JZ 2008, 756.

Antonia Michel*

Absprachen im Strafbefehlsverfahren

A. Einleitung

Die Praxis der Urteilsabsprachen beschäftigt die Strafrechtswissenschaft schon seit Jahrzehnten. Der Gesetzgeber hat die Gefahren einer informellen Praxis der Verständigung schließlich erkannt und hat mithilfe des Verständigungsgesetzes vom 29.07.2009 eine Eindämmung sowie Disziplinierung von Verfahrensabsprachen angestrengt. Ziel dieser Arbeit ist es, die Aufmerksamkeit auf ein weniger bekanntes und beleuchtetes Problem der Verständigung zu lenken: es geht um die Unsicherheit des geltenden Rechts der Verständigung in Bezug auf das Recht des Strafbefehls de lege lata. Dabei gilt es zu analysieren und zu bewerten, inwiefern das Recht des Strafbefehls de lege lata eine offene Flanke für die vom Gesetzgeber angestrebte Eindämmung beziehungsweise Disziplinierung von Verfahrensabsprachen darstellt und ob Änderungsbedarf besteht.

B. Hauptteil – Untersuchung

I. Verfahrensabsprachen

1. Konsens im Strafverfahren

Der allgemeine Begriff der Verfahrensabsprache umfasst vielfältige Formen von Absprachen im gesamten Strafverfahren.[1] Den verschiedenen Begriffen liegt der Gedanke des gegenseitigen Einvernehmens, Übereinstimmen und der Zustimmung zugrunde: Konsensfindung.[2] Dabei umfasst das Konsensprinzip[3] alle Erledigungsformen, bei denen der Beschuldigte dem Verfahrensergebnis zustimmen muss oder er die Wahl des Verfahrens beeinflussen kann.[4]

Verfahrensabsprachen sind Ausdruck einer Kollision von Theorie und Praxis. Die Ziele des deutschen Strafverfahrens stellen hohe Anforderungen an die Strafjustiz: sie soll Rechtsfrieden herstellen beziehungsweise wiederherstellen und das unter ständiger Beachtung des Legalitätsprinzips und der Pflicht zur Ermittlung der materiellen Wahrheit.[5] Die Umsetzung dieser Vorstellungen und Anforderungen der Theorie in jedem Verfahren ist höchst idealistisch und kollidiert mit der Praxis einer überlasteten Strafjustiz.[6] Verfahren mit konsensualen Elementen sollen durch Verzicht auf eine vollständige Hauptverhandlung und vollumfängliche Beweisaufnahme Abhilfe und Entlastung schaffen. Sie bieten die Möglichkeit, die Wahrheitsermittlung prozessökonomischer zu gestalten als im bisherigen Normalverfahren unter Beachtung des Amtsermittlungsgrundsatzes.[7]

2. Analyse der Eindämmungsbestrebungen anhand des Verständigungsgesetzes

Die Praxis der Verständigung ist mit den traditionellen Prozesszielen des Strafverfahrens schwer in Einklang zu bringen. Kollisionen mit den Prozessgrundsätzen und Verteidigungsrechten sind unvermeidlich.[8] Für Verfahrensabsprachen bleibt deswegen nur ein gewisser Raum, der gesetzlich geregelt gehört.[9] Diesem Bedürfnis ist der Gesetzgeber am 29.07.2009 nachgekommen. Er hat das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren erlassen, in dem die vorangegangene höchstrichterliche Rechtsprechung kodifiziert wurde. Weitere Regelungen zum Recht der Verständigung finden sich in §§ 35a S. 3, 160b, 202a, 212, 243 IV, 257b, 267 III 5, 273 Ia, 302 I 2. Diese Normen sollen die Verfahrensabsprachen in der Hauptverhandlung eindämmen beziehungsweise disziplinieren.[10]

Der neu geschaffene rechtliche Rahmen sorgt zum einem für eine verbesserte Rechtssicherheit im Hinblick auf Verständigungsgespräche.[11] Zum anderen werden durch das Beweisverwertungsverbot eines Geständnisses gemäß § 257c IV und die Unzulässigkeit des Rechtsmittelverzichts nach § 257c II 3 die Rechte des Angeklagten gestärkt.[12] Besonders wichtig sind die neu geschaffenen Mitteilungs- und Protokollierungspflichten gemäß §§ 243 IV, 257c IV, V, 273 Ia, die für Transparenz und Kontrolle durch die Rechtsmittelgerichte sorgen.[13] Der Gesetzgeber hat die Verständigung im Rahmen seiner Eindämmungsbestrebungen geregelt, um einen Missbrauch zulasten des Angeklagten zu verhindern.[14] Verständigungen, die sich außerhalb dieser neuen Regelungen vollziehen, sind rechtswidrig und können in keinem Fall mit den Prozessgrundsätzen des Strafrechts in Einklang gebracht werden.[15]

II. Recht des Strafbefehls

1. Strafbefehlsverfahren

Das Strafbefehlsverfahren nach §§ 407 ff. eröffnet bei Vergehen die Möglichkeit eines summarischen Verfahrens.[16]

---

* Die Autorin ist Studentin an der Bucerius Law School, Hamburg. Alle im Folgenden aufgeführten Normen ohne Gesetzesbezeichnung sind solche der StPO.

1 Vgl. *Prelle*, KritV 2011, 331, 349; *Harms*, in: FS Nehm, 2006, S. 289, 292 f.

2 *Prelle*, KritV 2011, 331, 344.

3 Zu den Problemen des Konsensbegriffs siehe *Weßlau*, Das Konsensprinzip im Strafverfahren: Leitidee für eine Gesamtreform, 2002, S. 14 f, 30 ff., sie versteht Konsens als Legitimationsprinzip.

4 Vgl. *Prelle*, KritV 2011, 331, 344.

5 *Weigend*, ZStW 113 (2001), 271.

6 *Landau*, NStZ 2014, 425, 431.

7 Vgl. *Prelle*, KritV 2011, 331, 344.

8 *Rönnau,* Die Absprache im Strafprozess: eine rechtssystematische Untersuchung der Zulässigkeit von Absprachen nach dem geltenden Strafprozessrecht, 1990, S. 217; *Landau*, DRiZ 1995, 132, 133.

9 Ebd.

10 *Göttgen*, Prozessökonomische Alternativen zur Verständigung im Strafverfahren, 2019, S. 14.

11 Vgl. *Geuenich/Höwer*, DStR 2009, 2320, 2324; *Jahn/Müller*, NJW 2009, 2625, 2628.

12 Ebd.

13 Ebd.

14 Vgl. *Jahn/Müller*, NJW 2009, 2625, 2631.

15 *Knauer*, in: FS v.Heintschel-Heinegg, 2015, S. 245, 256.

16 *Gaede*, in: Löwe/Rosenberg, Großkommentar Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz[27], 2022, Vor § 407, Rn. 20.

Im summarischen schriftlichen Verfahren wird auf die mündliche Anhörung und eine Hauptverhandlung verzichtet, es handelt sich mithin um ein abgekürztes Verfahren.[17] Sein konsensuales Element erfährt der Strafbefehl zum einen durch § 408 III 2, der eine Übereinstimmung von Gericht und Staatsanwaltschaft in Bezug auf den Erlass des Strafbefehls fordert,[18] zum anderen durch den Einspruchsvorbehalt des Beschuldigten.[19] Der Beschuldigte hat nach § 410 I 1 die Möglichkeit, innerhalb von zwei Wochen Einspruch einzulegen. Ein erlassener Strafbefehl wird nach § 410 III nur dann rechtskräftig, wenn der Beschuldigte keinen Einspruch einlegt. Das konsensuale Element - die Anerkennung des Schuldvorwurfs - besteht mithin darin, dass der Beschuldigte auf den Einspruch verzichtet.[20]

2. Absprachen im Strafbefehlsverfahren

Angesichts der schon bestehenden konsensualen Elemente eignet sich der Strafbefehl exzellent für Absprachen.[21] Ähnlich der Verständigung hat sich in besonders komplexen Fällen eine Praxis des abgesprochenen Strafbefehls entwickelt.[22] Sowohl Staatsanwaltschaft als auch Verteidigung haben in diesen Fällen ein beachtliches Interesse daran, eine aufwändige und langwierige Hauptverhandlung mit hohen Kosten und hohem Zeitaufwand zu vermeiden.[23] Für den Beschuldigten bedeutet der summarische und schriftliche Charakter des Strafbefehls in der Regel eine geringe Einflussmöglichkeit auf den Inhalt des Strafbefehls.[24] In Betracht kommt zum einen eine Absprache, die darauf abzielt, dass die Staatsanwaltschaft einen Strafbefehl beantragt, anstatt nach § 170 I Anklage zu erheben.[25] Staatsanwaltschaft und Verteidigung einigen sich aber nicht nur auf den Erlass des Strafbefehls, sondern oftmals auch auf dessen Inhalt.[26] In den meisten Fällen erfolgt innerhalb der Absprache auch ein Einspruchsverzicht des Beschuldigten.[27]

Spätestens seit Einführung des § 160b sind verfahrensbeendende Absprachen auch im Ermittlungsverfahren zulässig und mithin auch im Strafbefehlsverfahren, sofern sie den gesetzlichen Rahmen der §§ 407 ff beachten.[28] Die Staatsanwaltschaft darf den Erlass eines Strafbefehls daneben auch nicht von sachfremden Erwägungen abhängig machen.[29] Weitergehende Reglungen einer solchen Praxis der Absprachen gehen aus dem Recht des Strafbefehls de lege lata nicht hervor. Zum Beispiel bleibt die Frage der Verbindlichkeit einer solchen Absprache weiterhin ungeklärt und damit unsicher.[30]

3. Anwendungsbereich

Der Strafbefehl hat den Ruf, ausschließlich Bagatelltaten zu ahnden, die bei der Staatsanwaltschaft in großen Massen anfallen und so die Funktionstüchtigkeit der Strafjustiz belasten.[31] Darunter fallen Verkehrsdelikte, Ladendiebstahl, Leistungserschleichung im ÖPNV und einfache Betäubungsmittelfälle.[32]

Die weitgehenden Reformierungen des Strafbefehlsverfahren, insbesondere das Strafverfahrensänderungsgesetz von 1987 und das Rechtspflegeentlastungsgesetz vom 01.03.1993, haben zu einer Ausweitung seines Anwendungsbereichs geführt.[33] 1987 wurde § 408a eingeführt, der einen Wechsel ins Strafbefehlsverfahren auch noch nach Eröffnung der Hauptverhandlung ermöglicht.[34] Seit 1993 kann im Strafbefehlsverfahren auch eine Freiheitsstrafe als Rechtsfolge verhängt werden, die aber nach § 407 II 2 zur Bewährung und unter Mitwirkung eines Verteidigers ausgesetzt werden muss.[35] Der Strafbefehl bietet sich vor dem Hintergrund dieser Ausweitung nun vor allem im Falle des nicht vorbestraften, aber verteidigten Wirtschafts- und Steuerstraftäters an.[36] Das Recht des Strafbefehls deckt damit auch den Bereich der mittleren Kriminalität ab. Diese Entwicklung wirft im Hinblick auf die verbreitete ungeregelte Praxis der Absprachen im Strafbefehlsverfahren Bedenken auf.[37] Es lässt sich nicht ausschließen, dass das Strafbefehlsverfahren zur einvernehmlichen Beilegung komplexer, beweisschwieriger Fälle missbraucht wird.[38]

III. Recht des Strafbefehls de lege lata als offene Flanke

1. Verhältnis Recht der Verständigung zum Strafbefehl

Absprachen im Strafbefehlsverfahren sind, wie bereits festgestellt, zulässig.[39] Weitergehende Regelungen, zum Beispiel zur Frage der Verbindlichkeit einer in diesem Verfahren getroffenen Absprache, gehen aus dem Recht

---

17 *Eckstein,* in: MüKo, Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung[1], 2018, § 407, Rn. 11.

18 Vgl. *Eckstein*, in: MüKo (Fn. 17), § 407, Rn. 13; *Schaal*, in: GS Meyer, 1990, S. 427, 430.

19 *Eckstein*, in: MüKo (Fn. 17), § 407, Rn. 5; *Rönnau* (Fn. 8), S. 134, ablehnend *Prelle*, KritV 2011, 331, 360 f., *Weigend*, ZStW 113 (2001), 271, 304.

20 *Deiters*, ZStW 130 (2018), 491, 506.

21 Vgl. u.a. *Brauer*, in: HK, Heidelberger Kommentar Strafprozessordnung[6], 2019, § 407, Rn. 4; *Landau*, DRiZ 1995, 132; *Weßlau*, ZStW 116 (2004), 150, 161.

22 Vgl. *Weßlau/Degener,* in: SK, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung[5], 2020, Vor §§ 407 ff., Rn. 8; *Deiters*, ZStW 130 (2018), 491, 506.

23 *Brauer*, in: HK (Fn. 21), § 407, Rn. 4; *Eckstein*, in: MüKo (Fn. 17), § 407, Rn. 28.

24 Vgl. *Schmidt-Hieber*, Verständigung im Strafverfahren, 1989, Rn. 76; *Deiters*, GA 2015, 371, 382.

25 *Eckstein*, in: MüKo (Fn. 17), § 407, Rn. 31.

26 Vgl. *Brauer*, in: HK (Fn. 21), § 407, Rn. 4; *Schmidt-Hieber* (Fn. 24), Rn. 75; *Deiters*, ZStW 130 (2018), 491, 506.

27 *Deiters*, ZStW 130 (2018), 491, 506.

28 Vgl. *Meyer-Goßner/Schmitt*, Kommentar Strafprozessordnung[63], 2020, § 160b, Rn. 6.

29 Vgl. *Schmidt-Hieber* (Fn. 24), Rn. 77; *Rönnau* (Fn. 8), S. 134.

30 *Temming*, in: BeckOK, Kommentar zur Strafprozessordnung[4], 2021, § 407, Rn. 5.

31 Vgl. *Bömeke*, Rechtsfolgen fehlgeschlagener Absprachen im deutschen und englischen Strafverfahren, 2001, S. 28.

32 *Weßlau/Degener,* in: SK (Fn. 22), Vor §§ 407 ff., Rn. 7.

33 Vgl. *Prelle*, KritV 2011, 331, 348; *Heinz*, in: FS Müller-Dietz, 2001, S. 271, 273; *Fezer*, in: FS Baumann, 1992, S. 361, 395; sehr ausführlich *Elobied*, Die Entwicklung des Strafbefehlsverfahrens von 1846 bis in die Gegenwart, 2010, S. 199 f.

34 *Eckstein*, in: MüKo (Fn. 17), § 408a, Rn. 1.

35 *Weßlau/Degener,* in: SK (Fn. 22), Vor §§ 407, Rn. 11.

36 *Böttcher*, in: FS Odersky, 1996, S. 299, 309.

37 Vgl. u.a. *Temming*, in: BeckOK (Fn. 30), § 407, Rn. 3; *Böttcher* (Fn. 36), S. 299, 316.

38 *Eckstein*, in: MüKo (Fn. 17), § 407, Rn. 32.

39 Vgl. *Schmidt-Hieber* (Fn. 24), Rn. 74 f., spätestens jedenfalls nach Einführung des § 160b so *Brauer*, in: HK (Fn. 21), § 407, Rn. 4; *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 28), § 160b, Rn. 6.

des Strafbefehls de lege lata nicht hervor. Das bedeutet insbesondere für den Beschuldigten eine erhebliche Rechtsunsicherheit.[40] Möglicherweise kann § 257c diese Problematik lösen. Darauf aufbauend muss in diesem Zusammenhang untersucht werden, inwiefern die Regeln des Verständigungsgesetzes auf Absprachen im Strafbefehlsverfahren Anwendung finden.

a) Direkte Anwendbarkeit des § 257c

Eine direkte Anwendbarkeit des § 257c auf getroffene Absprachen im Strafbefehlsverfahren muss abgelehnt werden. Denn Voraussetzung für eine zulässige Verständigung nach § 257c ist ihr Abschluss in der Hauptverhandlung.[41] Diese Voraussetzung ergibt sich nicht aus dem Wortlaut des § 257c, sondern aus seiner systematischen Stellung: § 257c folgt auf § 257b, der die Hauptverhandlung explizit nennt.[42] Demnach gelten die Regeln des Verständigungsgesetzes aus systematischen Gründen nur für Verständigungen innerhalb der Hauptverhandlung und § 257c wirkt demnach nicht unmittelbar für Absprachen im Strafbefehlsverfahren.

b) Entsprechende Anwendbarkeit des § 257c

In Betracht kommt weiterhin eine entsprechende Anwendung des § 257c auf Absprachen im Strafbefehlsverfahren. Hierfür bedarf es einer planwidrigen Regelungslücke und vergleichbaren Interessenslage.

aa) Für eine entsprechende Anwendung des § 257c

Für eine entsprechende Anwendung des § 257c auf Absprachen im Strafbefehlsverfahren wird eingewendet, dass der Gesetzgeber einen sogenannten Handel mit der Gerechtigkeit allgemein verhindern wollte.[43] Diese Gefahr besteht ebenfalls bei informellen Absprachen im Strafbefehlsverfahren.[44] Die Kontrolle der Öffentlichkeit ist aufgrund des summarischen Charakters geringer als bei einer Verständigung, die wenigstens in der Urteilsfindung in der Hauptverhandlung vor den Augen und Ohren der Öffentlichkeit erwähnt wird. Einige Autoren fordern vor diesem Hintergrund eine sinngemäße Anwendung der Regeln des § 257c und die Grundsätze der höchstrichterlichen Rechtsprechung.[45]

bb) Gegen eine entsprechende Anwendung des § 257c

Die Gegenansicht lehnt die entsprechende Anwendung des § 257c aufgrund der fehlenden planwidrigen Regelungslücke ab.[46] An der planwidrigen Regelungslücke fehle es, weil der Gesetzgeber die Verständigung nur der Hauptverhandlung vorbehalten wollte.[47] Verbindliche Absprachen können ausschließlich in der Hauptverhandlung förmlich getroffen werden.[48] Auch nach Ansicht des BVerfG trifft das Verständigungsgesetz eine abschließende Regelung.[49] Schutzzweck des Gesetzes wäre gerade die Garantie der Öffentlichkeit und materiellen Wahrheitssuche in der Hauptverhandlung.[50] Das Strafbefehlsverfahren vollzieht sich aufgrund seines schriftlichen und summarischen Charakters außerhalb der Öffentlichkeit und der Hauptverhandlung. Eine wirksame Kontrolle, die der des Verständigungsgesetzes entspricht, erweist sich als deutlich schwieriger.[51] Nach dieser Ansicht kann § 257c IV folglich keine Bindungswirkung für Absprachen im Strafbefehlsverfahren treffen und für den Beschuldigten besteht weiterhin Rechtsunsicherheit.[52] Auch die Formulierung des Gesetzgebers im Entwurf zum Verständigungsgesetz lässt auf eine planmäßige Regelungslücke schließen.[53] Der Gesetzgeber hat darin eine explizite Regelung von Absprachen im Strafbefehlsverfahren verneint, um den summarischen Charakter des Strafbefehls vor einer übermäßigen Formalisierung zu schützen.[54] Die Regelung einer solchen „informellen Praxis der Absprache" müsste anhand der Grundsätze des fairen Verfahrens erfolgen.[55]

c) Im Besonderen: Verhältnis Recht der Verständigung zu § 408a

Etwas anderes könnte im Zusammenhang mit § 408a gelten. Hiernach kann ein Strafbefehl auch nach Eröffnung der Hauptverhandlung von der Staatsanwaltschaft noch beantragt werden, wenn die Voraussetzungen des § 407 I 1 und 2 vorliegen und wenn der Durchführung einer Hauptverhandlung das Ausbleiben oder die Abwesenheit des Angeklagten oder ein sonstiger wichtiger Grund entgegensteht. Nach Erlass des Eröffnungsbeschlusses ist der Übergang im Verfahren vor dem Amtsgericht zum Strafbefehlsverfahren möglich geworden.[56] Ein Verfahren nach § 408a ist unzweckmäßig, wenn die Gefahr besteht, dass der Beschuldigte Einspruch einlegen wird.[57] Um dies auszuschließen, wird sich die Staatsanwaltschaft in der Regel bei Beschuldigtem und Verteidiger vergewissern, dass diese mit einer Erledigung im Sinne des § 408a einverstanden sind.[58] Damit bietet sich § 408a ebenfalls für Absprachen an.[59] In diesem Zusammenhang stellt sich wiederum die Frage nach der Anwendbarkeit der Regeln des Verständigungsgesetzes. Ein Strafbefehl nach § 408a ergeht nun nach eröffneter Hauptverhandlung und der Anwendungsbereich des Verständigungsgesetz müsste in diesem

---

40 Vgl. *Temming*, in: BeckOK (Fn. 30), § 407, Rn. 5.
41 *Temming*, in: HK (Fn. 21), § 257c, Rn. 8; BVerfG, HRRS 2013 Nr. 222, Rn. 99.
42 *Temming*, in: HK (Fn. 21), § 257c, Rn. 8.
43 *Eckstein*, in: MüKo (Fn. 17), § 407, Rn. 30; *Brauer*, in: HK (Fn. 21), § 407, Rn. 4.
44 Hierzu *Eckstein*, in: MüKo (Fn. 17), § 407, Rn. 30, danach müssen Absprachen im nichtöffentlichen Strafbefehlsverfahren erst recht unzulässig sein.
45 Vgl. u.a. *Brauer*, in: HK (Fn. 21), § 407, Rn. 4; *Metzger*, in: KMR, Kommentar zur Strafprozessordnung[109], Stand: Jan. 2022, Vor §§ 407 ff., Rn. 31, wobei letzterer aber eine Bindungswirkung analog § 257c ablehnt.
46 Vgl. *Temming*, in: BeckOK (Fn. 30), § 407, Rn. 5.
47 Ebd.
48 Vgl. *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 28), § 408b, Rn. 2.
49 BVerfG, HRRS 2013 Nr. 222, Rn. 88.
50 Vgl. *Eckstein*, in: MüKo (Fn. 17), § 407, Rn. 30; BVerfG, HRRS 2013 Nr. 222, Rn. 89.
51 BVerfG, HRRS 2013 Nr. 222, Rn. 92.
52 Vgl. *Temming*, in: BeckOK (Fn. 30), § 407, Rn. 5.
53 BT-Drs. 16/12310, S.16.
54 Ebd.
55 Ebd.
56 Vgl. *Rieß*, JR 1988, 133, 134.
57 *Metzger*, in: KMR (Fn. 45), § 408a, Rn. 24.
58 *Maur*, in: KK, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung[8], 2019, § 408a, Rn. 12.
59 Vgl. *Eckstein*, in: MüKo (Fn. 17), § 408a, Rn. 26; *Metzger*, in: KMR (Fn. 45), § 408a, Rn. 25.

Fall greifen.[60] Der einzige Unterschied zu einer Absprache im Normalverfahren besteht darin, dass die Hauptverhandlung im Fall des § 408a nicht mit einem Urteil endet.[61] Anhaltspunkte, dass dies eine unmittelbare Anwendbarkeit des Verständigungsrechts ausschließt, ergeben sich nicht.[62] Diese führt aber zu Konfliktpunkten zwischen dem Recht der Verständigung und § 408a im Zusammenhang mit dem Amtsermittlungsgrundsatz § 257c I 2 in Verbindung mit § 244 II, der Verständigungsherrschaft des Gerichts nach § 257c III und dem Verbot, den Schuldspruch zum Gegenstand der Verständigung zu machen gemäß § 257c II 3.[63]

2. Ausweichmöglichkeiten

Das Verständigungsgesetz und insbesondere § 257c schaffen einen rechtlichen Rahmen für Verständigungen. Sie ändern jedoch nichts an dem Umstand, dass das Recht des Strafbefehls de lege lata keine wirksame Kontrolle gegen Missbrauch bei Absprachen im Strafbefehlsverfahren vorsieht.[64] Diese fehlende Kontrolle könnte ein Anreiz sein, die strengeren Regeln der Verständigung zu umgehen und stattdessen auf eine Erledigung im Wege des Strafbefehlsverfahren auszuweichen.[65]

a) Konkrete Anreize für ein Ausweichen auf das Recht des Strafbefehls

Ein Beispiel für einen solchen Anreiz ist der im Recht der Verständigung nun unzulässige Rechtsmittelverzicht. Nach § 302 I 2 ist ein Rechtsmittelverzicht dann ausgeschlossen, wenn dem Urteil eine Verständigung nach § 257c vorausgegangen ist. Mit der Einführung von § 302 I 2 dürfte ein gewichtiger Anreiz für eine Verständigung für Gericht und Staatsanwaltschaft weggefallen sein.[66] Gleichzeitig ist wohl auch ein Anreiz entstanden, sich anderweitig umzuschauen: zum Recht des Strafbefehls! Dort ist ein Einspruchsverzicht nach Absprache zwischen den Verfahrensbeteiligten weiterhin möglich. § 410 I 2 verweist lediglich auf § 302 I 1, II und nicht auf § 302 I 2. Diese fehlende Verweisung lässt darauf schließen, dass ein abgesprochener Einspruchsverzicht des Beschuldigten zulässig ist. Weitere Anreize für ein Ausweichen zum Strafbefehl dürfen die nun eingeführten Mitteilungs- und Protokollierungspflichten darstellen und das Festhalten am Amtsermittlungsgrundsatz nach § 257c I 2, die beide mit einem erheblichen Mehraufwand für die Praxis einhergehen.[67]

b) Schnittpunkte

Es muss zudem auch tatsächlich die Möglichkeit bestehen, auf den Strafbefehl auszuweichen. Dafür muss es Schnittpunkte zwischen Verständigung und Strafbefehl geben. Also Fallkonstellationen, die theoretisch sowohl mittels Verständigung als auch im Wege einer Absprache mittels Strafbefehl erledigt werden können. In Betracht kommt eine Überschneidung in mittelschweren Fällen.[68] Die Verständigung ist dabei in sämtlichen Bereichen anwendbar, aber ebenfalls im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts besonders beliebt.[69] Beide Formen der Absprache bezwecken eine prozessökonomische Erledigung und sind insofern in komplexeren Fällen eine attraktive Alternative zum Normalverfahren. In Fällen der mittleren Kriminalität, zum Beispiel in mittelschweren Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, besteht folglich eine tatsächliche Möglichkeit vom Recht der Verständigung auf den Strafbefehl auszuweichen. Ein weiterer Schnittpunkt zwischen Verständigung und Strafbefehl dürfte der Hauptverhandlungsstrafbefehl nach § 408a sein. Auch hier ist das Verhältnis zum Recht der Verständigung bisweilen unklar und insofern eine gute Ausweichmöglichkeit, die auch nach Eröffnung der Hauptverhandlung noch besteht.

3. Bewertung der offenen Flanke

Die Analyse hat ein unsicheres Verhältnis zwischen dem Recht der Verständigung und dem Strafbefehl ergeben. Eine entsprechende Anwendung der Regeln des Verständigungsgesetzes auf Absprachen im Strafbefehlsverfahren nach §§ 407 ff. ist umstritten und damit unsicher. Selbst die unmittelbare Anwendbarkeit des § 257c auf Absprachen innerhalb § 408a führt zu zahlreichen Konfliktpunkten. Im Ergebnis steht fest, dass konkrete Regeln zur Eindämmung und Disziplinierung von Absprachen im Strafbefehlsverfahren fehlen. Diese Regelungslücke eröffnet die Möglichkeit und schafft Anreize, dass in Bereichen der mittleren Kriminalität auf Erledigung mittels Absprache im Strafbefehlsverfahren ausgewichen werden kann. So muss im Ergebnis festgestellt werden, dass das Recht des Strafbefehls de lege lata eine offene Flanke für die vom Gesetzgeber im Übrigen angestrebte Eindämmung beziehungsweise Disziplinierung von Verfahrensabsprachen darstellt.

IV. Änderungsbedarf

Das Recht des Strafbefehls stellt eine offene Flanke für die Eindämmungsbestrebungen von Verfahrensabsprachen des Gesetzgebers dar. Daran anknüpfend stellt sich die Frage, inwiefern das Recht des Strafbefehls überarbeitet werden muss, um diese offene Flanke zu schließen. Der Gesetzgeber wollte durch seine Bestrebungen die Verfahrensabsprachen eindämmen und disziplinieren, um die Prozessgrundsätze zu sichern, Transparenz zu schaffen und die Rechte des Angeklagten zu sichern und damit einen Missbrauch der Verständigung zu verhindern. Es gilt zu bewerten, ob diese Schutzzwecke auch im Strafbefehlsverfahren zu berücksichtigten sind. Die Bewertung erfolgt unter Einbeziehung des summarischen Charakters des Strafbefehls und seiner besonderen Bedeutung für die Funktionstüchtigkeit der Strafjustiz.

1. Summarischer Charakter des Strafbefehls

Fraglich ist, ob der summarische Charakter des Strafbefehls nicht gegen eine geregelte Absprachepraxis spricht. Zweck der Eindämmungsbestrebungen des Gesetzgebers am

[60] *Gaede*, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 16), Vor § 407, Rn. 64.
[61] Vgl. *Eckstein*, in: MüKo (Fn. 17), § 408a, Rn. 27; *Gaede*, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 16), § 408a, Rn. 7.
[62] Ebd.
[63] Vgl. *Eckstein*, in: MüKo (Fn. 17), § 408a, Rn. 28.
[64] Ebd.
[65] Vgl. *Gaede*, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 16), Vor § 407, Rn. 64.
[66] Hierzu ausführlich *Busch-Gervasoni,* in: FS Schiller, 2014, S. 109, 110.
[67] *Kubiciel*, HRRS 2014, 204, 205; *Eckstein*, NK 2014, 103, 112.
[68] Vgl. *Gaede*, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 16), Vor § 407, Rn. 64.
[69] *Bömeke* (Fn. 31), S. 29.

Beispiel der Verständigung war es, die Prozessgrundsätze der Öffentlichkeit, Mündlichkeit und dem Amtsermittlungsgrundsatz zu garantieren. Das Strafbefehlsverfahren vollzieht sich außerhalb dieser Prozessgrundsätze und kann sie faktisch gar nicht wahren. Man könnte nun argumentieren, dass diese Prozessgrundsätze im Strafbefehlsverfahren aus diesem Grund nicht garantiert werden müssen, beziehungsweise nicht garantiert werden können.[70] Dagegen muss eingewendet werden, dass die Pflicht zur Einhaltung der Prozessziele und Prozessgrundsätze die Strafjustiz nicht nur innerhalb der Hauptverhandlung trifft.[71] Das BVerfG hat hierzu in seiner Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Regelung zur Verständigung im Strafprozess festgestellt, dass die Prozessziele und -grundsätze nicht zur freien Disposition der Verfahrensbeteiligten und der Gerichte stehen.[72] Ein Handel mit der Gerechtigkeit soll auch außerhalb der Hauptverhandlung nicht stattfinden.[73] Auch Absprachen im Strafbefehlsverfahren kollidieren mit den Grundsätzen des deutschen Strafprozesses. Aufgrund der ohnehin verkürzten Wahrheitsermittlung und fehlenden Öffentlichkeit besteht noch ein stärkeres Bedürfnis nach einer gesetzlichen Regelung, um die Absprachen zu kontrollieren und Missbrauch zu verhindern. Trotz seines summarischen Charakters bedarf es mithin auch im Recht des Strafbefehls einer Regelung im Zusammenhang mit der informellen Absprachepraxis.

2. Schutz des Beschuldigten

Eine Überarbeitung könnte sich als nicht notwendig erweisen, vor dem Hintergrund, dass ein Verfahren im Wege des Strafbefehls ausschließlich vorteilhaft für den Beschuldigten ist. Das Strafbefehlsverfahren bedeutet für ihn geringere Kosten und einen geringeren Zeitaufwand.[74] Außerdem kann er das öffentliche Aufsehen einer Hauptverhandlung umgehen.[75] Aufgrund des summarischen Charakters besteht auch die Möglichkeit, dass manche Umstände im Zusammenhang mit der Tat zugunsten des Beschuldigten nicht aufgedeckt werden.[76] Trotz zahlreicher Vorteile für den Beschuldigten, kann auch im Falle eines abgesprochenen Strafbefehls die Freiwilligkeit des Beschuldigten gefährdet sein.[77] Denn obgleich sich der Anwendungsbereichs des Strafbefehls immer weiter ausgeweitet hat, haben sich die Rechte des Beschuldigten nicht verbessert.[78] Stattdessen haben die beschriebenen Reformen, der Staatsanwaltschaft einen größeren Entscheidungs- und Handlungsspielraum eingeräumt, der ihre Macht weiter verstärkt.[79] Es bedarf einer Änderung des Recht des Strafbefehls hin zu mehr Schutz für den Beschuldigten, denn die Legitimation des Strafbefehls ergibt sich aus dem Einspruchsvorbehalt des Beschuldigten.[80] Dabei muss der Gesetzgeber folgende Unsicherheiten überarbeiten:

Die schon bestehenden Dokumentationspflichten des § 160b S. 2 und die des § 202a S. 2 sind nicht ausreichend.[81] Ein Verstoß gegen die Dokumentationspflichten der Verständigung, zum Beispiel aus § 273 Ia, gefährdet den Bestand des Urteils.[82] Es bedarf auch bei einer fehlenden Protokollierung von Absprachen im Strafbefehl vergleichbaren Sanktionen, die zum Beispiel die Rechtskraftwirkung des Strafbefehls nach § 410 III gefährden.

Nach § 411 IV ist das Gericht bei der Urteilsfällung an den im Strafbefehl enthaltenen Anspruch nicht gebunden, soweit der Beschuldigte Einspruch eingelegt hat. Das allgemeine Verbot der reformatio in peius gilt damit nicht für das Strafbefehlsverfahren, mit Ausnahme der Fälle des § 410 I 2 in Verbindung mit § 297 und § 411 I 3.[83] Eine drohende Verschlechterung im Falle eines Einspruchs des Beschuldigten beeinflusst dessen Entscheidungsfreiheit in Hinblick auf das Einlegen oder Verzichten eines Einspruchs. Die Entscheidungsfreiheit ist aber Voraussetzung für die Legitimation des summarischen und schriftlichen Charakters des Strafbefehls. Vor diesem Hintergrund muss die Möglichkeit einer reformatio in peius eingeschränkt werden.[84]

Es bedarf auch im Recht des Strafbefehls konkreter gesetzlicher Regeln im Hinblick auf die Bindungswirkung einer getroffenen Absprache und den Folgen insbesondere für erbrachte Vorleistungen der Verteidigung, wenn die Absprache fehlgeht. Eine Möglichkeit wäre ein Beweisverbot des Geständnisses vergleichbar zu § 257c IV, wenn doch nach § 408 III verfahren wird.[85] Allgemein gilt: der Beschuldigte und die Verteidigung haben ein schützenswertes Vertrauen, dass die Staatsanwaltschaft und Gerichte nicht von vorherigen Erklärungen abweichen.[86] Dies ergibt sich maßgeblich aus den Grundsätzen des Vertrauensschutzes, die sich aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens und wiederum aus Art. 20 III in Verbindung mit Art. 2 I GG ergeben.[87]

Problematisch ist im Hinblick auf das Verhältnis zur Verständigung, dass die Absprache über einen Einspruchsverzicht im Strafbefehlsverfahren anders als im Recht der Verständigung nicht ausgeschlossen wird.[88] Das ergibt sich aus der fehlenden Verweisung des § 410 I 3 auf § 302 I 2. Die damit einhergehenden Unsicherheiten könnten einfach beseitigt werden, indem der Gesetzgeber diese Lücke schließt und § 410 I 2 auch auf § 302 I 2 verweisen lässt.

---

70 Vgl. *Eckstein*, in: MüKo (Fn. 17), § 407, Rn. 30.
71 Vgl. BVerfG, HRRS 2013 Nr. 222, 1. Leitsatz; *Gaede*, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 16), Vor § 407, Rn. 64.
72 BVerfG, HRRS 2013 Nr. 222, 1. Leitsatz; *Weßlau* (Fn. 3), S. 41; so auch schon *Schünemann*, in: FS Baumann, 1992, S. 361, 371.
73 Vgl. *Brauer*, in: HK (Fn. 21), § 407, Rn. 4.
74 *Meyer-Lohkamp*, StraFo 2012, 170, 171.
75 Ebd.
76 Ebd.
77 *Deiters*, ZStW 130 (2018), 491, 507.
78 *Elobied* (Fn. 33), S. 200.
79 Vgl. *Elobied* (Fn. 33), S. 216.
80 Dazu u.a. BVerfGE 3 248, 253; *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 28), Vor § 407, Rn. 2.
81 *Gaede*, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 16), Vor § 407, Rn. 64; *Eckstein*, in: MüKo (Fn. 17), § 407, Rn. 31.
82 *Greger*, in: KK (Fn. 58), § 273 Ia, Rn. 15.
83 *Gaede*, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 16), § 411, Rn. 56.
84 Vgl. *Eckstein*, in: MüKo (Fn. 17), § 411, Rn. 75.
85 Vgl. *Brauer*, in: HK (Fn. 21), § 407, Rn. 4.
86 *Graumann*, HRRS FG Fezer, 2008, S. 54; *Brauer*, in: HK (Fn. 21), § 407, Rn. 4.
87 Vgl. *Graumann* (Fn. 86), S. 54; BGH, HRRS 2004 Nr. 683; ablehnend *Temming*, in: BeckOK (Fn. 30), § 407, Rn. 5; *Metzger*, in: KMR (Fn. 45), Vor §§ 407; Rn. 30 f.
88 Vgl. näher *Eckstein*, in: MüKo (Fn. 17), § 410, Rn. 20 f.

3. Bewertung des Änderungsbedarfs

Die Erfahrung mit der informellen Praxis der Verständigung und ihren rechtlichen Bedenken hat gezeigt, dass die Kommunikation zwischen den Verfahrensbeteiligten nicht die alleinige Grundlage einer Absprache sein kann und darf.[89] Die Prozessziele und -maximen des Strafprozessrechts als Ausfluss von Verfassungsrecht verlangen einen gesetzlich geregelten Rahmen.[90] Nur eine Absprache, die in diesem Rahmen erfolgt, kann Rechtssicherheit und Transparenz schaffen und Schutz für die Verteidigung bieten. Dies muss auch im Strafbefehlsverfahren gelten, denn sowohl der summarische Charakter des Strafbefehls, die Vorteile des Strafbefehls für den Beschuldigten und die unverzichtbare Bedeutung des Strafbefehls für die Strafjustiz stehen einer Änderung und Überarbeitung des Rechts des Strafbefehls nicht entgegen. Das Strafbefehlsverfahren ist wie schon oben festgestellt aufgrund seines summarischen Charakters ein unverzichtbares Instrument einer überlasteten Strafjustiz.[91] Die besondere Bedeutung des Strafbefehlsverfahren für die Praxis liegt darin, dass ein Schuldspruch ohne Anklageschrift, ohne Eröffnungsbeschluss und ohne Hauptverhandlung möglich ist.[92] Eine solche prozessökonomische Verfahrensart muss weiterhin bestehen bleiben.[93] Bei der Überarbeitung des Strafbefehls de lege lata muss aus diesem Grund darauf geachtet werden, dass eine Vermeidung der Hauptverhandlung weiter möglich bleibt. Es sollte bei der Überarbeitung vielmehr um die Verbesserung des schriftlichen Strafbefehlsverfahren gehen.[94] Bei allen Änderungen muss der für die Strafjustiz unverzichtbare summarische und schriftliche Charakter des Strafbefehls gewahrt werden.[95]

C. Zusammenfassende Thesen

Verfahrensabsprachen sind Ausdruck einer überlasteten Strafjustiz. Sie bieten eine prozessökonomische Alternative zur Erledigung im Normalverfahren. Sie sind jedoch aufgrund des verkürzenden Charakters schwer in Einklang zu bringen mit den traditionellen Prozesszielen und -maximen.

Der Gesetzgeber hat sich dazu entschlossen, die informelle Praxis der Verständigung einzudämmen und zu disziplinieren, indem er ihr durch das Verständigungsgesetz rechtliche Rahmenbedingungen geschaffen hat.

Auch im Strafbefehlsverfahren kommt es in Anbetracht der schon bestehenden konsensualen Elementen zu informellen Absprachen zwischen den Verfahrensbeteiligten im Hinblick auf den Erlass des Strafbefehls und seinem Inhalt. Anders als bei der Verständigung bietet das Recht des Strafbefehls de lege lata in diesem Zusammenhang keine schützenden Regelungen. Das Verständigungsgesetz bezieht sich ausschließlich auf die Hauptverhandlung und kann insofern ebenfalls keine Rechtssicherheit für Absprachen im Strafbefehlsverfahren bewirken.

Die fehlenden schützenden Regelungen im Recht des Strafbefehls und das unsichere Verhältnis zum Recht der Verständigung führen dazu, dass zumindest in mittelschweren Fällen vom Recht der Verständigung auf Absprachen im Strafbefehlsverfahren ausgewichen werden kann. Damit stellt das Recht des Strafbefehls de lege lata eine offene Flanke für die vom Gesetzgeber im Übrigen angestrebte Eindämmung beziehungsweise Disziplinierung von Verfahrensabsprachen dar.

Die Erfahrungen mit der Verständigung haben gezeigt, dass eine Absprache, die allein auf der Kommunikation zwischen den Verfahrensbeteiligten beruht, erhebliche Risiken birgt. Die Ziele und Schutzzwecke der Eindämmungsbestrebungen des Gesetzgebers verbieten einen Handel mit der Gerechtigkeit. Damit dieser Handel auch tatsächlich unterbunden wird, und sich nicht bloß auf Absprachen in anderen Verfahren verschiebt, muss das Strafrecht de lege lata trotz seines summarischen Charakters und seiner damit zusammenhängenden unverzichtbaren Bedeutung für die Funktionstüchtigkeit der Strafjustiz notwendig und dringend überarbeitet werden. Klärungsbedarf besteht im Hinblick auf das Verhältnis von § 408a und § 257c. Die Position des Beschuldigten muss in Anbetracht der kaum sanktionierten Dokumentationspflichten nach §§ 160b S. 2, 202a S. 2, der zulässigen reformatio peius, der fehlenden Bindungswirkung einer Absprache und dem Einspruchsverzicht als zulässigen Gegenstand einer Absprache dringend gestärkt werden.

Die gesamte Strafrechtswissenschaft hast sich jahrzehntelang mit der Praxis der informellen Urteilsabsprachen befasst. Im Rahmen dieser Arbeit ist jedoch aufgefallen, wie wenig sie sich hingegen mit Absprachen in anderen Formen und Verfahrensstadien, und deren Auswirkung auf das geltende Recht, beschäftigt hat. Es braucht vielleicht noch einmal einen Detlef Deal aus Mauschelhausen,[96] der die Strafrechtswissenschaft und den Gesetzgeber auf die Missstände im Zusammenhang mit Absprachen im Strafbefehlsverfahren aufmerksam macht und auf die Gefahren, die damit für das geltende Recht einhergehen.

---

[89] Siehe hierzu *Graumann* (Fn. 86), S. 54, 56.
[90] Ebd.
[91] Vgl. *Gaede*, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 16), Vor § 407, Rn. 59; *Rönnau* (Fn. 8), S. 133.
[92] Dazu u.a. *Rönnau* (Fn. 8). S.133; *Schaal* (Fn. 18), S. 427; *Ambos*, JURA 1998, 281, 287.
[93] *Maur*, in: KK (Fn. 58), Vor § 407, Rn. 3; BVerfGE 3 248, 253; BVerfGE 25 158, 165; ablehnend *Ambos*, JURA 1998, 281, 287 ff., *Weßlau*, ZStW 116 (2004), 150, 160 m.w.N.
[94] Vgl. *Gaede*, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 16), Vor § 407, Rn. 59.
[95] Ausführlich siehe *Weßlau/Degener,* in: SK (Fn. 22), Vor §§ 407 ff., Rn. 25 f.
[96] *Deal*, StV 1982, 545 ff, der Strafverteidiger Wieder machte unter dem Pseudonym Detlef Deal auf die informelle Praxis der Urteilsabsprachen aufmerksam: „Fast jeder kennt es, fast jeder praktiziert es, nur keiner spricht darüber“.

Clemens Alexander Jungfer*

Das Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit: Eine Bewertung unter verfassungsrechtlichen und rechtspolitischen Gesichtspunkten

A. Hintergrund

Am Abend des 04. November 1981 wird die 17-jährige Frederike von Möhlmann auf dem Heimweg vergewaltigt und ermordet. Der Hauptverdächtige wird zunächst wegen Mordes zu lebenslanger Haft verurteilt, dann aber nach Aufhebung des Urteils durch den BGH aus Mangel an Beweisen freigesprochen.[1] Die mit diesem Urteil eingetretene Rechtskraft verhindert schließlich 30 Jahre später die Neueröffnung des Verfahrens, obwohl die DNA des Freigesprochenen in der Unterwäsche der Getöteten anhand von Spermaspuren nachgewiesen werden kann. Der Fall und der darauffolgende Unmut der Bevölkerung stoßen die Gesetzesinitiative für das Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit an. Ziel des Gesetzes ist, solche „schlechterdings unerträglichen Ergebnisse"[2] zu verhindern. Mit ihm hält die seit Jahrzehnten diskutierte Wiederaufnahme wegen neuer Beweise (*propter nova*) schließlich Einzug in das deutsche Recht.[3] Ein neuer Wiederaufnahmegrund wird in den Katalog des § 362 StPO eingefügt, der es ermöglicht, rechtskräftig abgeschlossene Strafverfahren gegen einen freigesprochenen Angeklagten zu seinen Ungunsten wieder aufzunehmen, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die allein oder in Verbindung mit früher erhobenen Beweisen dringende Gründe für eine Verurteilung wegen Mordes (§ 211 StGB), Völkermordes (§ 6 I VStGB), Verbrechens gegen die Menschlichkeit (§ 7 I Nr. 1 und 2 VStGB) oder Kriegsverbrechen gegen eine Person (§ 8 I Nr. 1 VStGB) bilden. Nur zwei Monate nach der Verkündung des Gesetzes wird gegen den bereits freigesprochenen Hauptverdächtigen Haftbefehl erlassen, woraufhin dieser das Bundesverfassungsgericht anruft.

Anlässlich der ausstehenden Entscheidung lohnt sich ein Blick auf die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieses Gesetzes. Diese bemisst sich hauptsächlich an dem Mehrfachverfolgungsverbot *ne bis in idem* aus Art. 103 III GG sowie dem Rückwirkungsverbot aus Art. 20 III GG in Fällen der Anwendung auf Altfälle. Insbesondere wird zu klären sein, ob Art. 103 III GG der Abwägung mit dem Rechtsgut der materiellen Gerechtigkeit offensteht. Außerdem sollen einige rechtspolitische Argumente Erwähnung finden.

B. Verstoß gegen den Grundsatz *ne bis in idem* aus Art. 103 III GG

I. Schutzbereich und Schranken

Art. 103 III GG verankert den Grundsatz *ne bis in idem* im Grundgesetz. Er schützt nicht nur vor doppelter Bestrafung, sondern über seinen Wortlaut hinaus auch vor jeder weiteren Strafverfolgung nach sachlicher Aburteilung, also auch nach einem Freispruch oder einer gerichtlichen Einstellung des Strafverfahrens.[4] Als grundrechtsgleiches Recht bzw. Prozessgrundrecht begrenzt dieses Doppelbestrafungs- oder Mehrfachverfolgungsverbot den staatlichen Strafanspruch auf einen Versuch und stellt sicher, dass Freigesprochene und Bestrafte nicht ständig damit rechnen müssen erneut belangt zu werden.[5]

Da Art. 103 III GG vorbehaltlos gewährleistet ist, kann das Grundrecht lediglich durch kollidierendes Verfassungsrecht eingeschränkt werden.[6] Die Reichweite und Rechtfertigung einer solchen Einschränkung sind umstritten; dass Einschränkungen grundsätzlich möglich sind, zeigt aber schon die Existenz des § 362 StPO. Der Verfassungsgeber wollte vor dem Hintergrund der Unrechtserfahrung des Nationalsozialismus mit der Normierung von *ne bis in idem* im Grundgesetz dessen Aufhebung ausschließen, jedoch nicht die bereits in § 402 RStPO bestehenden Beschränkungen dieses Grundsatzes, dem der § 362 StPO a.F. nachgebildet wurde, beseitigen.[7] Die bestehenden Normen des Strafprozessrechts und deren Auslegung sind deshalb als verfassungsimmanente Schranken anzusehen, so auch der § 362 StPO.[8] Weitestgehend unumstritten ist auch, dass eine „beliebige Durchbrechung der Rechtskraft zuungunsten Beschuldigter neben den engen sowie tradierten Regelungen des § 362 StPO unzulässig ist, weil andernfalls die Garantie des Art. 103 III GG leer liefe."[9] Das bedeutet aber nicht, dass jede materielle Erweiterung der Wiederaufnahmegründe selbst grundsätzlich unzulässig wäre.[10] Das Bundesverfassungsgericht stellte 1981 klar, dass Art. 103 III GG „Grenzkorrekturen" nicht entgegen steht und lediglich „den Kern dessen [garantiert], was als

---

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

1 *Maxwill*, Spiegel.de v. 20.09.2016, online abrufbar unter https://t1p.de/tlg0u.

2 BT-Drs. 19/30399, S. 1.

3 Vergleichbare Gesetzesentwürfe wurden im Bundestag schon 1993 (BT-Drs. 12/6219), 1996 (BT-Drs. 13/3594) und 2007 (BT-Drs. 16/7957) diskutiert.

4 *Nolte/Aust,* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Band 3: Art. 83-146[7], 2018, Art. 103 Rn. 174; *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar[9], 2021, Art. 103 Rn. 79.

5 *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 3 Art. 83-146[3], 2018, Art. 103 III Rn. 12-14; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar[17], 2022, Art. 103 Rn. 95; *Slogsnat*, ZStW 133 (2021), 741, 760.

6 *Brüning*, in: Stern/Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar[3], 2019, Art. 103 Rn. 115; *Kment*, in: Jarass/Pieroth (Fn. 5), Art. 103 Rn. 106.

7 BVerfGE 3, 248, 252.

8 *Frister*, in: Systematischer Kommentar zur StPO – Mit GVG und EMRK, Bd. 7[5], 2018, §362 Rn. 3; *Nolte/Aust,* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 4), Art. 103 Rn. 223; *Degenhart*, in: Sachs (Fn. 4), Art. 103 Rn. 84.

9 *Gärditz*, Stellungnahme im Rechtsausschuss des Bundestages, S. 4, online abrufbar unter https://t1p.de/qgij3.

10 **A.A.** *Sachs*, Verfassungsrecht II – Grundrechte[3], 2017, Art. 103 Rn. 30 f.

Inhalt des Grundsatzes *ne bis in idem* in Rechtsprechung und Literatur herausgearbeitet wurde".[11] Art. 103 III GG steht also der Weiterentwicklung offen.[12]

Daraus ergeben sich zwei Möglichkeiten, wie der § 362 Nr. 5 StPO mit dem Mehrfachverfolgungsverbot vereinbar sein könnte: Zum einen, wenn der Wiederaufnahmegrund *propter nova* lediglich eine Grenzkorrektur der bestehenden Wiederaufnahmegründe darstellen würde (B.II.), und zum anderen, wenn eine Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht bestünde (B.III.).

II. § 362 Nr. 5 StPO ist keine Fortentwicklung des § 362 StPO a.F.

Art. 103 III GG nimmt auf das Prozessrecht von 1949 Bezug, womit auch die Verfassungsmäßigkeit des § 362 StPO gerechtfertigt wird. Gleichzeitig sollte aber dieses Prozessrecht nicht in allen Einzelheiten festgelegt werden. Indem auf das einfache Recht verwiesen wird besteht die Möglichkeit, dieses weiterzuentwickeln, soweit es um eine „sinnhafte Fortentwicklung der vorkonstitutionellen Rechtslage" geht.[13] Auch der BGH stellte bereits 1953 klar, dass eine Ausweitung der Wiederaufnahmegründe zuungunsten des Angeklagten nicht grundsätzlich ausgeschlossen sei.[14] Auf diese Aussage beruft sich der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung und versucht die neueingeführte Nr. 5 als Fortentwicklung des § 362 StPO a.F. zu legitimieren.[15]

Der § 362 StPO erlaubte in seiner bisherigen Fassung die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten aus vier Gründen: Die Nr. 1-3 betreffen rechtswidrige Eingriffe in das Verfahren und dessen Ergebnis, es geht also um die Wiederaufnahme *propter falsa*.[16] Nr. 4 erlaubt die Wiederaufnahme des Verfahrens auch dann, wenn der Freigesprochene ein glaubwürdiges Geständnis der Straftat ablegt und stellt einen Fall der Wiederaufnahme *propter nova* dar.[17]

Der Gesetzgeber beruft sich für die grundsätzliche Zulässigkeit von Wiederaufnahmegründen *propter nova* auf den § 362 Nr. 4 StPO.[18] Die Neuregelung, alle Beweismittel für eine Wiederaufnahme zuzulassen, schreibe „Gedanken fort, die bereits jetzt im geltenden Recht, namentlich in § 362 Nummer 4 StPO, angelegt sind."[19] Das glaubwürdige Geständnis besitze einen „hohen Beweiswert und wurde auch deshalb als Wiederaufnahmegrund aufgenommen."[20] Auch in der Literatur wird die Wiederaufnahme aufgrund eines glaubwürdigen Geständnisses teilweise mit dessen besonders hoher Beweiskraft erklärt.[21] Somit sei die Wiederaufnahme aufgrund neuer Beweise schon im Wiederaufnahmerecht angelegt gewesen. Die Tatsache, dass nun alle Arten von Beweisen und nicht nur das Geständnis für eine Wiederaufnahme ausreichen, schaffe demzufolge nicht einen ganz neuen Gedanken, sondern führe lediglich einen im Strafprozessrecht bereits angelegten fort. *Kubiciel* formuliert dazu: „Wird die Wiederaufnahme an eine besonders hohe Beweisqualität geknüpft, kann von einem unangemessenen Eingriff in das Prozessgrundrecht des Art. 103 Abs. 3 GG keine Rede sein."[22] Vor diesem Hintergrund ließe sich der § 362 Nr. 5 StPO durchaus als Fortentwicklung des dem geltenden Wiederaufnahmerecht bereits zugrunde liegenden Systems deuten und würde mithin den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts genügen. Wirft man jedoch einen Blick auf die Gesetzesmaterialien zu den Wiederaufnahmegründen der RStPO, ergibt sich ein anderes Motiv für die Einführung dieses Wiederaufnahmegrundes. Dort heißt es wörtlich: „Außerdem hat der Entwurf einer Wiederaufnahme des Verfahrens zu Ungunsten des Angeklagten nur noch für den Fall eines von dem Freigesprochenen nachträglich abgelegten Geständnisses zugelassen. […] [D]as Rechtsbewusstsein im Volke [kann] leicht irre geführt werden, wenn ein Verbrecher, nachdem er wegen mangelnden Beweises freigesprochen worden, sich ungestraft des Verbrechens selbst bezichtigen, oder gar rühmen darf."[23]

Das Motiv für den § 362 Nr. 4 StPO war also nicht die besondere Beweiskraft des Geständnisses, sondern es sollte lediglich verhindert werden, dass der Freigesprochene das Vertrauen der Bevölkerung in den Rechtsstaat untergraben kann.[24] Mit der Aussage, der Gesetzgeber habe das Geständnis „gerade deshalb"[25] als Wiederaufnahmegrund qualifiziert, weil ihm traditionell ein besonders großer Beweiswert zukommt, liest *Kubiciel* einen Gedanken in den Wiederaufnahmegrund der Nr. 4 hinein, der keine Stütze in den Gesetzesmaterialien zur RStPO findet.[26] Dabei handelt es sich nicht um eine weite Auslegung, sondern vielmehr um die Unterstellung eines Wertungsgedankens, für den sich in der damaligen Gesetzesbegründung keine Anhaltspunkte finden.[27]

Da die besondere Beweiskraft des Geständnisses nicht der Gedanke des § 362 Nr. 4 StPO ist, kann dieser die Wiederaufnahme *propter nova* auch nicht rechtfertigen. Vielmehr hat es der historische Gesetzgeber hingenommen, dass sich die Beweislage nach einem rechtskräftigen Freispruch derart verändern kann, dass eine Verurteilung sicher erscheint. Die Rechtskraft sollte nur deshalb durchbrochen werden dürfen, weil es dem Gesetzgeber unerträglich schien, dass der freigesprochene Schuldige seine Schuld ohne

---

[11] BVerfGE 56, 22, 34 f.
[12] *Kunig/Saliger*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, Art. 70-146[7], 2021, Art. 103 Rn. 65.
[13] *Nolte/Aust,* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 4), Art. 103 Rn. 187; *Slogsnat*, ZStW 133 (2021), 741, 761.
[14] BGHSt 5, 323, 331.
[15] BT-Drs. 19/30339, S. 8.
[16] *Wasserburg*, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens, 1984, S. 275; *Bohn*, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise, 2016, S. 35.
[17] *Engländer/Zimmermann*, in: Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 3/1, 2019, § 362 Rn. 2.
[18] BT-Drs. 19/30339, S. 10.
[19] BT-Drs. 19/30339, S. 6.
[20] BT-Drs. 19/30339, S. 10.
[21] *Kubiciel*, Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA) 2021, 380, 392.
[22] *Kubiciel*, GA 2021, 380, 392.
[23] *Hahn*, Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen Bd. 3: Die gesammten Materialien zur Strafprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1. Februar 1877, Abtheilung 1[2], 1885, S. 264.
[24] *Bohn* (Fn. 16), S. 49; *Engländer/Zimmermann*, in: MüKoStPO (Fn. 17), § 362 Rn. 2; *Roggon*, Bucerius Law Journal (BLJ) 2011, 50, 55; **A.A.** *Kubiciel*, GA 2021, 380, 392.
[25] *Kubiciel*, GA 2021, 380, 392.
[26] *Kubiciel*, GA 2021, 380, 392.
[27] Vgl. insb. *Kubiciel*, GA 2021, 380, 392 (dortige Fn. 81).

Konsequenzen offenbaren kann.[28]

Aus den damaligen Motiven ergibt sich zudem ein weiterer Grund, weshalb der § 362 Nr. 5 StPO nicht als Fortentwicklung der Nr. 4 zu bewerten ist: Die Wiederaufnahmegründe der Nr. 1-4 haben gemein, dass sie die Durchbrechung der Rechtskraft zuungunsten des Freigesprochenen nur dann erlauben, wenn diese keinen Vertrauensschutz verdient.[29] In den Motiven für den Entwurf des § 402 RStPO findet sich zur Wiederaufnahme aufgrund eines nachträglichen Geständnisses Folgendes: „Es steht in dem freien Willen des Angeklagten, ob er nach erfolgter Freisprechung ein Geständnis der Tat ablegen will; eine Gefährdung der Interessen des Angeklagten ist also mit jener Vorschrift nicht verbunden;“[30]

In den Fällen des nachträglichen Geständnisses verdient die Rechtskraft also nur deshalb keinen Vertrauensschutz, weil der Freigesprochene diesen selbst und freiwillig aufgibt.[31] Der Freigesprochene, der durch seine Aussagen eine derartige Gefahr für den Rechtsfrieden schafft, muss sich die daraus resultierende Unsicherheit über die Richtigkeit des Verfahrens zurechnen lassen.[32] Der Grund für die Durchbrechung der Rechtskraft liegt im Einflussbereich des Freigesprochenen selbst.[33] Während die Rechtskraft hier nur durch ein dem Freigesprochenen zurechenbares Verhalten durchbrochen werden kann, verlagert die neueingeführte Nr. 5 dagegen diesen Grund aus dessen Einflussbereich hinaus. In solchen Fällen ist gerade kein dem Freigesprochenen zurechenbares Verhalten erforderlich. Dieser hat keinen Einfluss darauf, ob neue Zeugen auftauchen oder neue technische Untersuchungsmöglichkeiten aufkommen.[34] Er kann nicht mehr voraussehen, ob weitere staatliche Eingriffe auf ihn zukommen, und ist im Ergebnis der Unsicherheit darüber auf ewig ausgesetzt.[35] Mithin ist die Eingriffsintensität deutlich höher als bei der Nr. 4, wobei spiegelbildlich die den Eingriff rechtfertigenden Gründe weniger gewichtig sind: Es ist anzunehmen, dass der Rechtsfrieden und das Rechtsbewusstsein des Volkes durch ein öffentliches Geständnis der Tat deutlich stärker beeinträchtigt werden als durch das Aufkommen neuer Beweise. Folglich weist der Wiederaufnahmegrund aus § 362 Nr. 5 StPO eine ganz neue Qualität auf und kann nicht als Fortentwicklung des § 362 Nr. 4 StPO angesehen werden.

III. Art. 103 III GG als Ergebnis der Abwägung zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit

Eine Rechtfertigung ergibt sich auch nicht aus kollidierendem Verfassungsrecht, insbesondere nicht aus einer Abwägung mit der materiellen Gerechtigkeit. Die Gesetzesbegründung und Teile der Literatur sehen diesen im Rechtsstaatsprinzip verankerten Grundsatz als Rechtfertigung für die Einschränkung des Art. 103 III GG an.[36] Die materielle Gerechtigkeit sei das kollidierende Verfassungsrecht, welches die Einschränkung des vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechts rechtfertige.[37] Die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten sei dann zulässig, wenn das Festhalten an der Rechtskraft des Urteils zu schlechthin unerträglichen Ergebnissen führen würde, die materielle Gerechtigkeit also unerträglich beeinträchtigt wäre.[38] Der Art. 103 III GG enthalte demnach eine „Unerträglichkeitsschranke“[39]. Da sowohl die Rechtssicherheit als auch die materielle Gerechtigkeit Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips sind, seien beide Interessen der Abwägung zugänglich und auch derer bedürftig. Diese Abwägung sei grundsätzlich vom Gesetzgeber durchzuführen.[40]

Die Ansicht missachtet jedoch die Wertungen, die sich aus der systematischen Stellung des Art. 103 III GG im Grundgesetz ergeben. Sowohl das Streben des Rechtsstaats nach bestmöglicher Verwirklichung der materiellen Gerechtigkeit als auch das Eintreten von Rechtssicherheit sind Ausprägungen des in Art. 19 III GG verankerten Rechtsstaatsprinzips. Richtigerweise kann aus diesem Grund keines der beiden Ziele absolute Geltung beanspruchen.[41] Das bedeutet jedoch nicht, dass sie deshalb zwei „gleichberechtigte Teilmomente der Rechtsstaatlichkeit“[42] darstellen, wie *Kubiciel* formuliert. Der zusätzlichen Normierung des Grundsatzes *ne bis in idem* in Art. 103 III GG würde die eigenständige Bedeutung genommen, wenn man in ihr nicht den grundsätzlichen Vorrang der Rechtssicherheit im Verhältnis zur materiellen Gerechtigkeit für die Fälle des bereits durchgeführten Verfahrens sieht. Kurz gesagt steht Art. 103 III GG deshalb keiner Abwägung mit der materiellen Gerechtigkeit offen, weil er schon das Ergebnis dieser Abwägung darstellt.[43] Die Wiederaufnahmegründe unter Berufung auf die materielle Gerechtigkeit zu erweitern, würde den ausdrücklichen Willen des Grundgesetzgebers unterlaufen.[44] Sie stehen zwar der Veränderung offen, jedoch nur, soweit diese Veränderungen den Kern des Grundsatzes *ne bis in idem* nicht berühren.[45] Das durch Art. 103 III GG begründete Regel-Ausnahme-Verhältnis stellt jedoch eben diesen Kern dar.[46] Der § 362 Nr. 5 StPO verkehrt für die umfassten Delikte dieses Verhältnis in sein Gegenteil und degradiert den Freispruch zu einem „Freispruch unter Vorbehalt“[47].

Das hervorgebrachte Argument der Unerträglichkeit vermag dieses Ergebnis nicht zu ändern. Es ist zu berücksichtigen, dass von der Erweiterung der Wiederaufnahmegründe auch

[28] So auch *Marxen/Tiemann,* ZIS 2008, 188, 189.
[29] *Conen*, Stellungnahme im Rechtsausschuss des Bundestages, S. 10, online abrufbar unter https://t1p.de/qgij3.
[30] *Hahn* (Fn. 23), S. 264.
[31] *Conen*, Stellungnahme (Fn. 29), S. 10.
[32] *Grünewald*, ZStW 120 (2008), 545, 577.
[33] *Marxen/Tiemann,* ZIS 2008, 188, 189; *Roggon*, BLJ 2011, 50, 55.
[34] *Grünewald*, ZStW 120 (2008), 545, 578.
[35] *Grünewald*, ZStW 120 (2008), 545, 578.
[36] BT-Drs. 19/30399, S. 8; *Kment*, in: Jarass/Pieroth (Fn. 5), Art. 103 Rn. 106; *Slogsnat*, ZStW 133 (2021), 741, 761.
[37] *Engländer/Zimmermann*, in: MüKoStPO (Fn. 17), Vor § 359 Rn. 3.
[38] BT-Drs. 19/30399, S. 9; *Brüning*, in: Stern/Becker (Fn. 6), Art. 103 Rn. 116.
[39] *Eisenberg*, JR 2007, 360, 361; *Slogsnat*, ZStW 133 (2021), 741, 761.
[40] *Kubiciel*, GA 2021, 380, 386.
[41] *Kubiciel*, GA 2021, 380, 382 f.
[42] *Kubiciel*, GA 2021, 380, 382.
[43] *Nolte/Aust,* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 4), Art. 103 Rn. 181; *Slogsnat*, ZStW 133 (2021), 741, 761.
[44] Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, WD 7 – 3000 – 121/16, S. 10.
[45] BVerfGE 56, 22, 34 f.
[46] *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251, 252.
[47] Formulierung von Suliak, online abrufbar unter https://t1p.de/96bix.

solche Freigesprochenen betroffen sind, deren Freispruch materiell gerecht ist, die also tatsächlich unschuldig sind. Gerade für den tatsächlich unschuldigen und bereits freigesprochenen Angeklagten ist es unerträglich, sich einem weiteren gerichtlichen Verfahren aussetzen zu müssen.[48] Der Wissenschaftliche Dienst des Bundestages fasst dies treffend zusammen: „[M]it dem Begriff der Unerträglichkeit [wird] im Grunde kein neues Argument geliefert, sondern lediglich die Abwägung Rechtssicherheit gegenüber materieller Gerechtigkeit auf die Abwägung ‚Unerträglichkeit eines weiteren Verfahrens für einen Freigesprochenen' gegenüber ‚Unerträglichkeit eines in tatsächlicher Hinsicht falschen Freispruchs' verlagert."[49] Die die Wiederaufnahme begründende unerträgliche Einschränkung der materiellen Gerechtigkeit, also die Fehlerhaftigkeit des vorherigen Verfahrens, kann erst im späteren strafrechtlichen Prozess festgestellt werden. Deshalb sind von der Wiederaufnahme zwingendermaßen auch solche Fälle umfasst, in denen der Freispruch materiell gerecht war, die Unerträglichkeit als ursprüngliche Begründung für die Wiederaufnahme des Verfahrens also gar nicht gegeben war.

IV. Zwischenergebnis

Es wurde dargelegt, dass die Wiederaufnahme des Strafverfahrens *propter nova* zuungunsten des Freigesprochenen keine Grenzkorrektur der bereits bestehenden Wiederaufnahmegründe des § 362 StPO darstellt. Die Begründung des Gesetzgebers, sie wäre eine Fortentwicklung der Wiederaufnahme wegen eines nachträglichen Geständnisses, vermag nicht zu überzeugen. Außerdem ergibt sich keine Rechtfertigung aus kollidierendem Verfassungsrecht, da Art. 103 III GG aufgrund seiner systematischen Stellung im Grundgesetz keiner Abwägung mit der materiellen Gerechtigkeit offensteht. Folglich verstößt § 362 Nr. 5 StPO gegen das Mehrfachverfolgungsverbot aus Art. 103 III GG.

C. Erfassung von Altfällen als unzulässige Rückwirkung

Da dies in der politischen Diskussion immer wieder thematisiert wurde, stellt sich unweigerlich die Frage, ob der neue Wiederaufnahmegrund auch auf in der Vergangenheit liegende, bereits abgeschlossene Verfahren (sog. Altfälle) anwendbar ist. Da das strafrechtliche Rückwirkungsverbot aus Art. 103 II GG nur das materielle Strafrecht und keine verfahrensrechtlichen Änderungen umfasst, ist es nach einhelliger Ansicht nicht einschlägig; es gilt das allgemeine Rückwirkungsverbot aus Art. 20 III GG.[50]

Die Anwendung des § 362 Nr. 5 StPO auf ebendiese Altfälle würde nach einhelliger Ansicht eine echte Rückwirkung darstellen.[51] Eine solche echte Rückwirkung wird durch das Rechtsstaatsprinzip grundsätzlich verboten.[52] Zu ihrer Legitimierung bedarf es einer „besonderen Rechtfertigung"[53]. Eine Durchbrechung des Verbots ist unter anderem möglich, wenn „zwingende Belange des Gemeinwohls"[54] diese rechtfertigen. In diesem Kontext wird erneut das Institut der materiellen Gerechtigkeit angeführt.[55] Dem gegenüber steht das schutzwürdige Vertrauen des erneut Angeklagten darauf, nach einem erfolgten Freispruch keiner weiteren Strafverfolgung mehr ausgesetzt zu sein. Dieses Vertrauen leitet er aus Art. 103 III GG ab, sodass es im Ergebnis zu derselben Abwägung von Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit kommt, wie sie bereits oben thematisiert wurde.[56] Wieder ist zu entscheiden ob die materielle Gerechtigkeit, dieses Mal in Form eines zwingenden Belangs des Allgemeinwohls, geeignet ist, die Rechtssicherheit einzuschränken. Kommt man zu dem Schluss, der Art. 103 III GG entfalte Sperrwirkung für eine Abwägung von Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit, so gilt dies auch im Kontext der Rechtfertigung einer echten Rückwirkung. Folglich könnte die materielle Gerechtigkeit die (rückwirkende) Einschränkung nicht rechtfertigen, da der Gesetzgeber das Ergebnis dieser Abwägung zugunsten der Rechtssicherheit bereits mit Art. 103 III GG festgelegt hat.[57] Hält man jedoch eine Abwägung für zulässig, so wird man auch hier zu dem Ergebnis kommen, dass die materielle Gerechtigkeit grundsätzlich geeignet ist, die echte Rückwirkung des § 362 Nr. 5 StPO zu rechtfertigen.[58]

D. Kein Verstoß gegen Art. 3 I GG

Der § 362 Nr. 5 StPO verstößt nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 I GG. In der Beschränkung der Wiederaufnahme wegen neuer Beweise auf bestimmte Straftaten liegt keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung.

Art. 3 I GG bestimmt, dass wesentlich Gleiches gleich, und wesentlich Ungleiches ungleich behandelt werden muss.[59] Aufgrund der durch Art. 103 III GG vermittelten Grundrechtsbezogenheit, ist für die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung der strengere Maßstab der neuen Formel zu wählen.[60] Eine Ungleichbehandlung verstößt hiernach dann gegen Art. 3 I GG, „wenn eine Gruppe […] im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und von solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können."[61] Im Ergebnis muss eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgen.[62]

---

48 Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages (Fn. 44), S. 10.

49 Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages (Fn. 44), S. 10.

50 BVerfGE 25, 269, 285; BVerfGE 81, 132, 135; *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251, 254; *Kubiciel*, GA 2021, 380, 393.

51 *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251, 252 f.; *Bohn* (Fn. 16), S. 269 f.; *Pabst,* ZIS 2010, 126, 130; Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages (Fn. 44), S. 13; wohl auch *Kubiciel*, GA 2021, S. 393 f. der von „strengeren Maßstäben" ausgeht.

52 *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Fn. 5), Art. 20 Rn. 99.

53 BVerfGE 72, 200, 257.

54 BVerfGE 131, 20, 39.

55 *Eisele*, Stellungnahme im Rechtsausschuss des Bundestages, S. 6, online abrufbar unter https://t1p.de/qgij3.

56 *Eisele*, Stellungnahme (Fn. 55), S. 6; *Aust,* Stellungnahme im Rechtsausschuss des Bundestages, S. 6, online abrufbar unter https://t1p.de/qgij3.

57 *Aust,* Stellungnahme (Fn. 56), S. 6; *Slogsnat*, ZStW 133 (2021), 741, 774; i.E. auch *Bohn* (Fn. 16), S. 270.

58 *Eisele*, Stellungnahme (Fn. 55), S. 6; *Kubiciel*, Stellungnahme im Rechtsausschuss des Bundestages, S. 9, online abrufbar unter https://t1p.de/qgij3; *Gärditz*, Stellungnahme (Fn. 9), S. 7 f.

59 BVerfGE 129, 49, 68 m.w.N.; *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 1 Präambel, Art. 1-19^3, 2013, Art. 3 Rn. 20.

60 *Bohn* (Fn. 16), S. 245.

61 BVerfGE 129, 49, 69.

62 *Bohn* (Fn. 16), S. 244 m.w.N.

Die Ungleichbehandlung könnte in der Beschränkung der Wiederaufnahme *propter nova* auf die Straftatbestände Mord, Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen von dem Wiederaufnahmegrund liegen. „Am Maßstab der Unerträglichkeit gemessen, müssten eingeschlossene Fälle ausgeschlossen, und nicht erfasste Fälle einbezogen werden."[63] So gäbe es z.B. im Rahmen des § 211 StGB Fälle, in denen von vorneherein feststeht, dass eine lebenslange Freiheitsstrafe, die als Indiz für die Unerträglichkeit angeführt wird, nicht in Betracht kommt. So etwa in Fällen der verminderten Schuldfähigkeit oder der Anwendung der Rechtsfolgenlösung des BGH. Aufgrund des Legalitätsprinzips müsste die Staatsanwaltschaft dennoch das Verfahren betreiben.[64] Spiegelbildlich kann es vom § 362 Nr. 5 StPO nicht umfasste Fälle geben, welche dem Kriterium der Unerträglichkeit wohl mehr entsprechen. Zu denken ist an besonders schwere Fälle des Totschlags (§ 212 II StGB) oder an den sexuellen Missbrauch von Kindern mit Todesfolge (§ 176d StGB). Beide Delikte haben eine lebenslange Freiheitsstrafe zur Folge oder lassen sie zumindest zu.

Die Rechtfertigung für diese Ungleichbehandlung könnte darin liegen, dass die erfassten Straftaten der absoluten Strafandrohung der verpflichtenden lebenslangen Freiheitsstrafe unterliegen und nicht verjähren. Dies ist bei keinen anderen Delikten der Fall. Damit verleiht der Staat seinem absoluten Sanktionswillen für diese Straftaten Ausdruck.[65] Die Anknüpfung des Wiederaufnahmegrundes *propter nova* an solche Straftaten, welche eine verpflichtende lebenslange Freiheitsstrafe als Rechtsfolge haben und nicht der Verjährung unterliegen, vermag mithin die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen.[66]

E. Rechtspolitische Argumente

Abschließend soll der durch das Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit eingeführte Wiederaufnahmegrund des § 362 Nr. 5 StPO im Lichte von rechtspolitischen Argumenten betrachtet werden.

Die Motive des Gesetzgebers, die Wiederaufnahme zuungunsten auch für den Fall des Aufkommens neuer Beweise zu ermöglichen sind offensichtlich: Es geht ihm um die Schaffung von (materieller) Gerechtigkeit. Die Begrifflichkeiten der (möglichen) verfassungsrechtlichen Begründung einer Einschränkung des *ne bis in idem* Grundsatzes, materielle Gerechtigkeit sowie die Unerträglichkeit eines Gerechtigkeitsverstoßes, lassen sich spiegelbildlich auf die politische Begründung übertragen. Es geht darum, das subjektive Gerechtigkeitsgefühl der Bevölkerung zu befriedigen. Maßstab dafür ist, wann die Bevölkerung ein mutmaßliches Fehlurteil als unerträglich empfindet. Die Emotionalität, mit der eine solche politische Debatte geführt wird, ist vorprogrammiert. Insbesondere, weil der politische Entscheidungsprozess der Gesetzesinitiative maßgeblich auf den Fall Frederike von Möhlmann zurückgeführt werden kann. Dieser war Auslöser für eine Petition, welche wiederum Anstoß der Gesetzesinitiative geworden ist. Der Name Frederike von Möhlmann fand als Sinnbild für die Ungerechtigkeit, die es zu bekämpfen gilt, Einzug in die politische Diskussion, in das Plenum des Deutschen Bundestages und schließlich sogar in die Gesetzesbegründung selbst.[67]

In dieser Emotionalisierung des Rechts in der politischen Diskussion, in dem Herunterbrechen einer juristisch komplexen Diskussion auf die Schlagworte materiell gerecht (Wiederaufnahme) und ungerecht/unerträglich (Rechtskraft), liegt eine erhebliche Gefahr. Der Einzelfall der Frederike von Möhlmann wurde zum „*pars pro toto* einer vermeintlich strukturell vorherrschenden Ungerechtigkeit stilisiert."[68] Der Gesetzesbegründer diskreditiert zunächst die bestehende Rechtslage als unzulänglich und ungerecht – gar unerträglich – bevor er die scheinbar einfache Lösung präsentiert. Es wird suggeriert, dass alles, was es zur Herstellung materieller Gerechtigkeit brauche, diese Erweiterung der Wiederaufnahmegründe sei. Das Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit – das Gesetz, das die materielle Gerechtigkeit wiederherstellt.

Dass die breite juristische Öffentlichkeit das Gesetzesvorhaben im Vorfeld als verfassungsrechtlich problematisch bewertete, erst wenige Jahre zuvor der Wissenschaftliche Dienst des Bundestages in einer Analyse starke Bedenken äußerte, und das Bundesjustizministerium, obwohl eine solche Änderung sogar im Koalitionsvertrag stand, nicht an dem Gesetz mitarbeiten wollte, wurde ignoriert. Zudem wurde das Risiko, dass das Bundesverfassungsgericht mit einer nicht geringen Wahrscheinlichkeit das Gesetz im Nachhinein wieder aufheben wird, billigend in Kauf genommen. Dies würde zwar die Wirksamkeit unserer Rechtsstaatsmechanismen beweisen, birgt aber gleichzeitig die Gefahr, dass sowohl das Vertrauen in die Politik als auch das Vertrauen in die Gerichte und den Rechtsstaat als solchen als Konsequenz der emotionalisierten und vereinfachten Debatte geschwächt wird. In der Diktion des Gesetzesentwurfes würde die Aufhebung des § 362 Nr. 5 StPO gleichsam die Schaffung eines „unerträglichen Gerechtigkeitsverstoßes"[69] durch das Bundesverfassungsgericht darstellen. Nimmt man hinzu, wie sehr diese Debatte und auch die Begründung seitens der politischen Entscheidungsträger auf besagten Einzelfall heruntergebrochen wurde, muss es für viele Beobachter so wirken, als stelle sich das Bundesverfassungsgericht in einer Einzelfallbetrachtung vor einen (mutmaßlichen) Vergewaltiger und Mörder. Dass es primär um die Wahrung des Rechtsstaats gehen würde, in Abgrenzung von der nationalsozialistischen Unrechtserfahrung des Dritten Reichs, wird bei vielen nicht wahrgenommen werden. *Conen* schreibt dazu treffend in seinem Gutachten für den Rechtsausschuss des Bundestages: „Schwer erträglich für das Rechtsbewusstsein und das Vertrauen der Bevölkerung in den Rechtsstaat (eines der Ziele des Entwurfs) dürfte es aber auch sein, dass es dem Bundesverfassungsgericht bei der absehbaren Prüfung der Vereinbarkeit des § 362 Nr. 5 StPO-E mit Art. 103 Abs. 3 GG vorbehalten bliebe, ggfls. eine Norm für verfassungswidrig zu erklären, die in der politischen Kommunikation zuvor emotionalisiert damit aufgeladen wurde,

[63] *Marxen/Tiemann,* ZIS 2008, 188, 193.
[64] *Marxen/Tiemann,* ZIS 2008, 188, 193.
[65] *Roggon*, BLJ 2011, 50, 55; *Bohn* (Fn. 16), S. 249.
[66] *Bohn* (Fn. 16), S. 250 f.
[67] BT-Drs. 19/30399, S. 10.
[68] *Schiffbauer*, NJW 2021, 2097.
[69] BT-Drs. 19/30399, S. 6.

einen vermeintlich rechtsstaatlich unerträglichen Zustand von Unrecht zu beenden."[70] Das Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit könnte also genau das Gegenteil von dem bewirken, was es sich eigentlich zum Ziel gesetzt hat.

Zudem steht gar nicht fest, ob die Wiederaufnahme aufgrund neuer Beweise tatsächlich zu mehr Gerechtigkeit führen würde. So sind DNA-Ergebnisse, selbst wenn sie als eindeutig erscheinen, im Strafprozess nicht zwingend oder gar überwiegend der unwiderlegbare Beweis der Schuld.[71] Es sollte klar sein, dass der Staat nicht jedes Verbrechen aufklären und jeden Täter seiner gerechten Strafe zuführen kann. *Radtke* formuliert dazu: „Eine lückenlose Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs ist faktisch nicht möglich und sollte daher auch nicht Argumentationsgrundlage für die Lösung von Rechtskraftfragen sein."[72]

Darüber hinaus wird insbesondere durch die Art und Weise, durch welche das Gesetz zustande gekommen ist, die ihm inhärente Dammbruchgefahr deutlich. Die Begründung der Wiederaufnahme mit der Unerträglichkeit des Gerechtigkeitsverstoßes ist primär subjektiv. So scheint der Schritt, andere Straftaten wie etwa den sexuellen Missbrauch von Kindern mit Todesfolge (§ 176d StGB) als ebenso unerträglich einzustufen, was in der Lebenswirklichkeit mit Sicherheit auch oft zutrifft, die nächste logische Konsequenz. Es wurde gezeigt, dass durch die Einführung eines Wiederaufnahmegrundes *propter nova* eine neue Kategorie der Wiederaufnahmegründe in das System des § 362 StPO eingefügt wurde. Der Schritt zu einer generellen Wiederaufnahme aufgrund neuer Beweismittel ist nun lediglich noch ein gradueller und kein kategorialer.[73] Mit der Übertretung dieser Schwelle fällt es (insbesondere politisch) schwerer zu argumentieren, warum andere, subjektiv ebenso unerträgliche Straftaten, nicht unter den Wiederaufnahmegrund des § 362 Nr. 5 StPO fallen.

F. Fazit

Der durch das Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit neueingeführte Wiederaufnahmegrund des § 362 Nr. 5 StPO ist verfassungswidrig. Es wurde gezeigt, dass die Wiederaufnahme *propter nova* zuungunsten des Angeklagten gegen den Grundsatz *ne bis in idem* aus Art. 103 III GG verstößt, da er keine Fortentwicklung der bisherigen Wiederaufnahmegründe des § 362 StPO darstellt. Zudem steht Art. 103 III GG schon grundsätzlich keiner Abwägung mit der materiellen Gerechtigkeit offen. Folgt man dieser Ansicht, verstößt § 362 Nr. 5 StPO zudem in der Anwendung auf Altfälle als echte Rückwirkung gegen das Rückwirkungsverbot aus Art. 20 III GG. Ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 I GG liegt nicht vor.

Auch unter rechtspolitischen Gesichtspunkten ist die Wiederaufnahme *propter nova* zuungunsten des Angeklagten als problematisch zu bewerten. Dies liegt insbesondere an der erheblichen Dammbruchgefahr, die ihrer Einführung innewohnt.

---

70 *Conen*, Stellungnahme (Fn. 29), S. 11.
71 *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251, 254.
72 *Radtke*, Zur Systematik des Strafklageverbrauchs verfahrenserledigender Entscheidungen im Strafprozeß, 1994, S. 46.
73 *Roggon*, BLJ 2011, 50, 56.