

HERAUSGEBER

Marburg Law Review e.V.
p.Adr. Philipps-Universität Marburg
Fachbereich Rechtswissenschaften
Universitätsstraße 6
35037 Marburg

SCHRIFTLEITUNG

Fabian von Minckwitz
Paula Köhler
Jan Philipp Wessendorf

REDAKTIONSMITGLIEDER

Ömer Faruk Aynur
Kerstin Bechtelsheimer
Rebecca Chudzinski
Sina Brauer
Neela Di Blasi
Diana Haas
Youssef Hefny
Johannes Henkel
Mira Holland-Moritz
Dalia Kapell
Marie-Therese Leipelt
Frederike Nünning
Marie Dorothée Schiffter
Miriam Schmalz
Wiebke Wedler

WISSENSCHAFTLICHER BEIRAT

Prof. Dr. Ralph Backhaus
Prof. Dr. Norbert Bernsdorff
Prof. Dr. Stefanie Bock
Prof. Dr. Monika Böhm
Prof. Dr. Dr. Hauke Brettel
Prof. Dr. Johannes Buchheim, LL.M.
Prof. Dr. Dr. h.c. dupl. Georg Freund
Prof. Dr. Georgios Gounalakis
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Gilbert Gornig
Prof. Dr. Tobias Helms
Prof. Dr. Dr. h.c. Hans-Detlef Horn
Prof. Dr. Alexander Koch
Prof. Dr. Sebastian Müller-Franken
Prof. Dr. Jens Puschke, LL.M.
Prof. Dr. Dieter Rössner
Prof. Dr. Markus Roth
Prof. Dr. Christoph J. M. Safferling, LL.M.
Prof. Dr. Sven Simon
Prof. Dr. Wolfgang Voit
Prof. Dr. Edgar Weiler
Prof. Dr. Johannes Wertenbruch
Prof. Dr. Constantin Willems

KOOPERATIONSPARTNER

Marburger Juristische Gesellschaft e.V.
Legal Tech Lab Marburg e.V.

INHALTSVERZEICHNIS

GRUNDLAGEN

„Legal Risk Management“ – Einführung in das juristische Risikomanagement
Von Dipl.-Jur. *Kaja Bechtelsheimer* 1-16

ZIVILRECHT

System des Eigentumsschutzes im Bürgerlichen Recht
Von Wiss. Mitarbeiter Dr. *Jan Ole Flindt* und Professor Dr. *Tobias Helms* 17-23

Vorrats- und Mantel-GmbH – leere Hülsen mit großem Potential
Von Wiss. Hilfskraft *Maximilian Schlereth, LL.B.* 24-32

„Persönliche Haftung der GbR-Gesellschafter und Regressansprüche gegen die Gesellschaft sowie Mitgesellschafter“ – Examensklausurenkurs vom 06.04.2024
Von Professor Dr. *Johannes Wertenbruch*, Wiss. Mitarbeiter *Konstantin Döring* und Stud. Hilfskraft *Melina Swiety* 33-37

ÖFFENTLICHES RECHT

Die Beurteilung der Sozialversicherungspflicht von Gesellschafter-Geschäftsführern in Kapitalgesellschaften
Von Direktor des Sozialgerichts Professor Dr. *Henning Müller* 38-44

Trump's Troubles – Die verfassungsrechtlichen Fragen von Trumps Gerichtsverfahren
Von Wiss. Mitarbeiter *Jannik Kellermann* 45-57

STRAFRECHT

Genderaspekte in der Strafzumessung
Von Ref. iur. Dipl.-Jur. *Patricia Kloninger* 58-67

Ein Blick über den großen Teich – das Urteil des US Supreme Courts in Dobbs
Von Stud. iur. *Sabrina Pölle, B. Sc.* 68-81

„Klimabewegt“ – Hausarbeit für Anfänger*innen im Strafrecht
Von Professor Dr. *Boris Burghardt* und Wiss. Mitarbeiterin Ass. iur. *Berivan Sekerci* 82-94

KURZBEITRÄGE

Interview mit PD Dr. *Silvia Pernice-Warnke, LL.M.*
Von Redaktion der *Marburg Law Review* 95-98

Die Marburger Lebensmittelrechtsakademie (LMRA)
Von Wiss. Mitarbeiterin *Desiree Czap* und Stud. Hilfskraft. *Fabian von Minckwitz* 99-104

„There was a miscalculation, you advanced the semifinals!“ – An experience report on the 19th ICC Mediation Competition in Paris
Von Stud. iur. *Julius Rabba* 105-106

© **Marburg Law Review e.V.**

Marburg an der Lahn
gegründet im Jahr 2007

Erscheinungsort: Marburg an der Lahn

KONTAKT:

Marburg Law Review e.V.

p.Adr. Philipps-Universität Marburg
Fachbereich Rechtswissenschaften
Universitätsstraße 6
35037 Marburg

Marburg@law-review.de
Beitrag@law-review.de

ISSN (print) 1866-4415

ISSN (online) 2748-7628

SCHRIFTLÉITUNG:

Fabian von Minckwitz
Paula Köhler
Jan Phillipp Wessendorf

URHEBER- UND VERLAGSRECHTE:

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen, verwendbare Sprache übertragen werden.

MANUSKRIPTE:

Der Marburg Law Review e.V. haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Eine Rücksendung erfolgt nur, wenn Rückporto und ein entsprechender Rückumschlag beigelegt sind. Die Übersendung eines Manuskripts beinhaltet die Erklärung, dass der Beitrag nicht gleichzeitig anderweitig angeboten wird. Mit der Annahme zur Veröffentlichung durch den Marburg Law Review e.V. 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; das Recht an der elektronischen Version verbleibt beim Verlag.

ERSCHEINUNGSWEISE:

Die Onlineausgabe der Marburg Law Review (MLR) erscheint zweimal jährlich.

(URSPRÜNGLICHES) DESIGN:

realkonzept - visuelle Kommunikation und Mediengestaltung <http://www.realkonzept.de> und Marburg Law Review e.V.

SCHRIFTSATZ:

Redaktion der Marburg Law Review

BANKVERBINDUNG:

Kontoinhaber: Marburg Law Review e.V.
Kreditinstitut: Volksbank Mittelhessen eG
IBAN: DE43 5139 0000 0048 3601 06

Information: Als gemeinnütziger Verein sind wir zur Ausstellung einer Spendenbescheinigung berechtigt. Sprechen Sie uns gerne an.

VORWORT

Liebe Leser*innen der Marburg Law Review,

nach unserem Aufruf in der letzten Ausgabe haben wir sehr viel Zuspruch für unserer Projekt bekommen. Unser besonderer Dank gilt unserem amtierenden Studiendekan Herr Professor Dr. *Tobias Helms*. Durch eine gemeinsame Veranstaltung zur Zukunft der *Marburg Law Review* konnten wir eine Vielzahl von Studierenden für die Mitwirkung an einer studentischen Rechtszeitschrift begeistern. Ein jüngeres Redaktionsteam wird die im Jahr 2008 begonnene Reise der *Marburg Law Review* fortsetzen und freut sich auf Ihre Unterstützung. Die scheidende Schriftleitung und Chefredaktion bedankt sich für das entgegengebrachte Vertrauen der letzten Jahre und wünscht ihren Nachfolgern viel Erfolg!

Die aktuelle Ausgabe der *Marburg Law Review* starten mit einer Einführung in das juristische Risikomanagement. Passend zum Inkrafttreten des MoPeG zum 01.01.2024 finden Sie in dieser Ausgabe eine Klausur zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), sowie einen Aufsatz zur Vorrats- und Mantel-GmbH und einen Aufsatz zur Sozialversicherungspflicht von Gesellschafter-Geschäftsführern in Kapitalgesellschaften.

Zudem werfen wir in dieser Ausgabe einen Blick über den „großen Teich“ nach Amerika und widmen uns zum einen dem Urteil des US Supreme Courts in *Dobbs* und zum anderen den verfassungsrechtlichen Fragen im Gerichtsverfahren gegen *Donald Trump*.

Weiter erwartet Sie ein didaktischer Beitrag zum System des Eigentumsschutzes im Bürgerlichen Recht, sowie eine Seminararbeit zu den Genderaspekten in der Strafzumessung und eine strafrechtliche Hausarbeit zu Fragen der Klimakleberbewegung.

In unseren Kurzbeiträgen stellen wir Ihnen zunächst Frau PD Dr. *Silvia Pernice-Warnke*, LL.M., sowie die Neuerungen der Marburger Lebensmittelrechtsakademie (LMRA) vor. Zudem finden Sie hier den Erfahrungsbericht des Marburger Teams zur *19th ICC Mediation Competition*.

Unser Dank gebührt wieder all den Autor*innen von Studierenden über Referendare und wissenschaftliche Mitarbeiter*innen bis zum Professor und Richter, ohne die unsere Zeitschrift nicht zustande kommen könnte, sowie unserem wissenschaftlichen Beirat für ihre Unterstützung. Einen herzlichen Dank auch an Sie, liebe Leser*innen, für das andauernde Interesse an unserer Zeitschrift.

Wenn Ihr Studierende Euch dafür interessiert, wie eine Zeitschrift entsteht, selbst Beiträge verfassen möchtet oder Wünsche für Veranstaltungen habt, könnt Ihr Euch gerne bei uns mit einer kurzen E-Mail an Marburg@law-review.de melden. Das Redaktionsteam freut sich auf Euch!

Wir wünschen Ihnen auch für diese Ausgabe eine anregende Lektüre!



Paula Köhler

Vorsitzende

Fabian von Minckwitz

Chefredakteur
Stell. Vorsitzender

Jan Philipp Wessendorf

Schatzmeister

„Legal Risk Management“

- Einführung in das juristische Risikomanagement -

Von Dipl.-Jur. Kaja Bechtelsheimer, Jena*

Das Führen eines Unternehmens ist unentwegt mit den verschiedensten (juristischen) Risiken verbunden.¹ Bei diesen Risiken geht es jedoch nicht um die Frage, ob ein Unternehmer mit der Gründung seines Unternehmens Risiken eingeht, sondern wie mit diesen Risiken umzugehen ist.²

Im Vordergrund steht daher die Aufgabe, durch das sogenannte „Legal Risk Management“ solche Risiken zu identifizieren und zu vermeiden, die die Werte sowie die Ziele des Unternehmens bedrohen können.³

A. Wichtige Begrifflichkeiten im Risk Management

Im Rahmen des „Risk Management“ stellt sich zunächst die Frage, was unter den genannten Begrifflichkeiten zu verstehen ist.

Ein „Risiko“ (engl.: *risk*) ist dabei eine Auswirkung, die sowohl eine positive als auch eine negative Abweichung vom Erwarteten darstellen kann, also Unsicherheiten in Hinblick auf das Ziel enthält.⁴ Es wird grundsätzlich anhand von Risikoursachen, den potenziellen Ergebnissen, deren Auswirkungen und deren Wahrscheinlichkeit abgebildet.⁵

Beim Risikomanagement (engl.: „*risk management*“) handelt es sich (nach der ISO 31000-2018) um „koordinierte Aktivitäten zur Lenkung und Steuerung einer Organisation in Bezug auf Risiken“⁶, wobei mit der Durchführung eines Risikomanagements die

Schaffung und Bewahrung von Werten des Unternehmens bezweckt wird.⁷ Hierbei kann durch ein wirksames und effektives Risikomanagement die Verbesserung der Leistung, die Anregung von Innovationen und die Unterstützung von Zielen des Unternehmens erreicht werden.⁸

B. „Legal Risk Management“ und Juristen

Auch muss die Frage geklärt werden, was einen Juristen mit „Legal Risk Management“ verbindet. Ein Jurist ist beim „Legal Risk Management“ weniger als Dienstleister tätig, sondern ist dem Schutz des Unternehmens verpflichtet.⁹

Vor allem der Rechtsabteilung eines Unternehmens kommt bei dem Risikomanagementprozess eine große Bedeutung zu, da diese der „oberste Legal Risk Manager“ ist.¹⁰

Der Jurist ist dabei:

- für die Entwicklung von konkreten Vorgaben für das rechtstreu und risikominimierende Handeln,
- für die Erarbeitung von rechtssicheren und wirtschaftlich vorteilhaften Vertragsvorlagen,
- für die Sicherung des erforderlichen gewerblichen Schutzrechts des Unternehmens,

* Die Verfasserin ist Rechtsreferendarin im Landgerichtsbezirk Gera. Die vorliegende Arbeit wurde in der Veranstaltung „Legal Risk Management / Juristisches Risikomanagement“ bei RA Dr. iur. Wieser im Wintersemester 2023/2024 an der Friedrich-Schiller-Universität verfasst und mit 15 Punkten bewertet.

¹ Vgl. Mossmayer, Compliance, 4. Aufl. 2021, § 3 Rn. 71; Expertenbeitrag „Legal Risk Management – Risikomanagement aus juristischer Sicht“ aus Recht & Verwaltung, Wolters Kluwer, 12.06.2018 (<https://www.wolterskluwer.com/de-de/expert-insights/legal-risk-management-risikomanagement-aus-juristischer-sicht>, Stand: 08.12.2023).

² So Hauschka/Moosmayer/Lösler, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 1 Rn. 8.

³ Vgl. DIN ISO 31000:2018-10 (2018), S. 6.

⁴ Vgl. DIN ISO 31000:2018-10 (2018), S. 7; Pampel/Krolak, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 15 Rn. 38.

⁵ So DIN ISO 31000:2018-10 (2018), S. 7.

⁶ So DIN ISO 31000:2018-10 (2018), S. 7.

⁷ Vgl. DIN ISO 31000:2018-10 (2018), S. 9; Gemeinsames Risikoverständnis durch ISO-Normen (<https://www.dgq.de/fachbeitraege/gemeinsames-risikoverstaendnis-durch-iso-normen/>, Stand: 8.12.2023).

⁸ So Gemeinsames Risikoverständnis durch ISO-Normen (<https://www.dgq.de/fachbeitraege/gemeinsames-risikoverstaendnis-durch-iso-normen/>, Stand: 8.12.2023).

⁹ So Früh, CCZ 2010, 121 (122).

¹⁰ Vgl. Expertenbeitrag „Legal Risk Management – Risikomanagement aus juristischer Sicht“ aus Recht & Verwaltung, Wolters Kluwer, 12.06.2018 (<https://www.wolterskluwer.com/de-de/expert-insights/legal-risk-management-risikomanagement-aus-juristischer-sicht>, Stand: 08.12.2023).

- für die Vermeidung bzw. für das erfolgreiche Bestreiten von außergerichtlichen Streitigkeiten und Gerichtsprozessen sowie
- für die Durchsetzung als auch für die Einhaltung von Gesetzen und Vorschriften

zuständig, welche im Zusammenhang mit dem Risikomanagementprozess eine wichtige Rolle spielen.¹¹

C. Der Risikomanagementprozess

Zur Vermeidung von Risiken muss im Rahmen des „Legal Risk Managements“ in einem Unternehmen ein Risikomanagementprozess (Abbildung 1) stattfinden.¹² Ein solcher Prozess wird durch die Unternehmensleitung durchgeführt und beinhaltet die Risikobeurteilung und die Risikobehandlung.¹³

Sowohl die Risikobeurteilung als auch die Risikobehandlung werden durch die Festlegung von Anwendungsbereichen, dem Einrichten eines Kontexts sowie dem Festlegen von weiteren Kriterien bestimmt und erfolgen dann durch Kommunikation und Konsultation, durch Überwachung und Überprüfung sowie durch Aufzeichnung und Berichten.¹⁴



Abbildung 1 - Risikomanagementprozess¹⁵

I. Risikobeurteilung

Der Prozess der Risikobeurteilung, welcher auch der Ausgangspunkt für den Aufbau und damit ein wichtiges Element jedes Compliance-Management-Systems ist,¹⁶ setzt sich aus der Risikoidentifikation, Risikoanalyse und der Risikobewertung zusammen und soll systematisch, iterativ und kollaborativ unter Nutzung der Kenntnisse und Ansichten der Stakeholder (= „Person oder Organisation, die eine Entscheidung oder Aktivität beeinflussen kann, von dieser beeinflusst werden kann oder den Eindruck haben kann, davon beeinflusst zu werden“¹⁷) durchgeführt werden. Grundsätzlich soll die Risikobeurteilung auf den besten verfügbaren Informationen basieren, wobei im Bedarfsfall auch weitere Untersuchungen durchgeführt werden können, die die verfügbaren Informationen unterstützen.¹⁸

¹¹ So Expertenbeitrag „Legal Risk Management – Risikomanagement aus juristischer Sicht“ aus Recht & Verwaltung, Wolters Kluwer, 12.06.2018 (<https://www.wolterskluwer.com/de-de/expert-insights/legal-risk-management-risikomanagement-aus-juristischer-sicht>, Stand: 08.12.2023).

¹² Vgl. DIN ISO 31000:2018-10 (2018), S. 16, *Stork/Ebersoll*, CB 2015, 57 (57).

¹³ So DIN ISO 31000:2018-10 (2018), S. 16; *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, in: *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 1 Rn. 8; *Mossmayer*, Compliance, 4. Aufl. 2021, § 1 Rn. 1.

¹⁴ Vgl. DIN ISO 31000:2018-10 (2018), S. 16; *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, in: *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 1 Rn. 8.

¹⁵ In Anlehnung an *Giesecking/Braun von Reinersdorff*, Grundlagen des Risikomanagements, 06/2020, S. 10 (<https://www.hs-osnabrueck.de/fileadmin/HSOS/Homepages/KeGL/Risikomanagement.pdf>, Stand: 08.12.2023).

¹⁶ Vgl. *Malik*, Expertenbeitrag „Diese Elemente sollte Ihr Compliance-Management-System aufweisen“ v. 20.11.2019 (https://www.haufe.de/compliance/management-praxis/compliance-management-system-aufbau-und-effektivitaet/diese-elemente-sollte-ihr-compliance-management-system-aufweisen_230130_498226.html, Stand: 05.01.2024).

¹⁷ Vgl. DIN ISO 31000:2018-10 (2018), S. 8.

¹⁸ So DIN ISO 31000:2018-10 (2018), S. 19.

1. Risikoidentifikation

Die Risikoidentifikation bezweckt die Findung, Erfassung und Beschreibung von Risiken im Unternehmen, um dadurch dem Unternehmen die Erreichung seiner gesetzten Ziele (ggf. unter Vermeidung der Risiken) zu ermöglichen.¹⁹ Von besonderer Bedeutung ist für die Identifizierung solcher Risiken das Vorliegen von Informationen, die bedeutsam, geeignet und nicht veraltet sind.²⁰

Unsicherheiten können dabei über verschiedene Verfahren identifiziert werden, wobei dafür mehrere Faktoren und deren Beziehung zueinander, wie zum Beispiel:

- immaterielle und materielle Risikoquellen,
- Ereignisse und Ursachen,
- Chancen und Bedrohungen,
- Verletzlichkeit und Eignung,
- Änderungen von Kontexten,
- Indikatoren für mögliche Risiken,
- Art und Wert der Ressourcen und Vermögensgegenstände,
- Auswirkungen auf die gesetzten Ziele des Unternehmens,
- Limitierungen im Hinblick oder als Folge auf Informationen (Verlässlichkeit) sowie
- Faktoren, die den zeitlichen Zusammenhang betreffen

zu berücksichtigen sind.²¹

2. Risikoanalyse

Grundlage für ein angemessenes und effektives Risikomanagement ist nach der Risikoidentifikation die Risikoanalyse.²² Dabei steht die Frage „Wie“ die Durchführung der Analyse zu erfolgen hat im Ermessen der Geschäftsleitung des Unternehmens.²³

Durch eine solche Analyse sollen aufbauende Prozess- und Prüfungsschritte definiert werden, die grundsätzlich drei Bereiche, und zwar Recht,

Organisation sowie Personal, umfassen.²⁴ Eine Verbindung dieser Bereiche ermöglicht es nach Abschluss der Analyse, ein wirksames Compliance-System einzusetzen zu können.²⁵

a) Ziel und Ablauf einer Risikoanalyse

Ziel dabei ist es, das Unternehmen auf mögliche Haftungsrisiken zu überprüfen, etwaige Risikokosten zu minimieren sowie das Wachstum und die Stabilität eines Unternehmens zu sichern.²⁶ Dazu muss das Unternehmen die Art des Risikos, dessen Eigenschaften und die Risikohöhe nachvollziehen können.²⁷

Zusätzlich muss eine Betrachtung erfolgen, die die verschiedenen Imponderabilitäten, Ursachen, Auswirkungen, Ereignisse, Wahrscheinlichkeiten, Situationen, Handhabungen und deren Wirksamkeit berücksichtigt.²⁸

Der Ablauf einer Risikoanalyse kann zudem dadurch variieren, dass diese „mit unterschiedlichem Grad an Detaillierung und Komplexität je nach Zweck der Analyse sowie der Verfügbarkeit und Verlässlichkeit der Informationen und der verfügbaren Ressourcen durchgeführt werden.“²⁹

b) Risikofaktoren

Auch sind bei den Analysen verschiedene Faktoren, wie

- die Wahrscheinlichkeit des Eintritts bestimmter Situationen und deren Ergebnissen,
- Art und Umfang von Konsequenzen,
- Verbundenheit und Komplexität,
- das zeitliche Element und Fluktuation,
- die Wirksamkeit der bestehenden Handhabungen,
- sowie Konfidenz- und Empfindlichkeitsniveau

zu beachten.³⁰

¹⁹ Vgl. DIN ISO 31000:2018-10 (2018), S. 19; *Giesecking/Braun von Reinersdorff*, Grundlagen des Risikomanagements, 06/2020, S. 12 (<https://www.hs-osnabrueck.de/fileadmin/HSOS/Homepages/KeGL/Risikomanagement.pdf>, Stand: 08.12.2023).

²⁰ Vgl. DIN ISO 31000:2018-10 (2018), S. 19.

²¹ So DIN ISO 31000:2018-10 (2018), S. 19 f.

²² Vgl. https://www.bafa.de/DE/Lieferketten/Risikoanalyse/risikoanalyse_node.html, Stand: 08.12.2023.

²³ So *Theusinger/Jung*, in: Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 5. Aufl. 2023, § 24 Rn. 38.

²⁴ Vgl. *Theusinger/Jung*, in: Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 5. Aufl. 2023, § 24 Rn. 38.

²⁵ So *Theusinger/Jung*, in: Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 5. Aufl. 2023, § 24 Rn. 38.

²⁶ Vgl. *Theusinger/Jung*, in: Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 5. Aufl. 2023, § 24 Rn. 38.

²⁷ Vgl. DIN ISO 31000:2018-10 (2018), S. 20.

²⁸ Vgl. DIN ISO 31000:2018-10 (2018), S. 20.

²⁹ So DIN ISO 31000:2018-10 (2018), S. 20.

³⁰ Vgl. DIN ISO 31000:2018-10 (2018), S. 20.

c) Risikofelder

Ferner gibt es bei der Risikoanalyse verschiedene Risikofelder, die für diese Analyse relevant sind.³¹ Hierunter können die folgenden (aber nicht abschließend genannten) Risikofelder fallen, zum Beispiel:

- Korruption im Unternehmen,
- Risiken im Bereich des „Vertriebes“,
- Risiken im Bereich des „Einkaufs“,
- Datenschutz und Datensicherheit,
- Risiken bei der arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Compliance,
- Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung im Unternehmen.³²

Insbesondere gibt es aufgrund der zunehmenden globalisierten Welt in einem Unternehmen eine immer größer werdende Bandbreite von juristischen Risiken, die hier hervorgehoben werden sollen:

- zivilrechtliche Risiken (wie Vertragsrisiken, gesellschaftliche Verpflichtungen, Urheber- und Persönlichkeitsrechte)
- strafrechtliche Risiken (zum Beispiel: Steuer-, Straf- und Ordnungswidrigkeiten)
- Risiken im Bereich der Schutzrechte (kollektiver und individueller Art)
- öffentlich-rechtliche Risiken (beispielsweise: Wettbewerbs-, Kartell- und Vergaberecht)
- prozessrechtliche Risiken.³³

d) Probleme bei der Durchführung einer Risikoanalyse

Bei der Durchführung der Risikoanalyse müssen verschiedene Problem berücksichtigt werden, da diese Auswirkungen auf die Auswertung dieser Analyse

haben können.³⁴ Zum einen kann die Risikoanalyse durch differierende Ansichten, Wahrnehmungen, Annahmen und Beurteilungen beeinflusst werden.³⁵ Zum anderen können ungewisse Ereignisse dazu führen, dass Probleme bei der Analyse hervorrufen werden, die schwerwiegende Auswirkungen haben können.³⁶

e) Abschluss der Risikoanalyse

Anhand der abgeschlossenen Risikoanalyse kann dann eine Entscheidung darüber getroffen werden, wie mit den (ggf.) gefundenen Risiken umgegangen und mithilfe welcher Strategie bzw. Methoden der Risikobehandlung dieses Risiko behoben oder zumindest minimiert werden kann.³⁷

3. Risikobewertung

Nach einer erfolgten Risikoanalyse muss eine Risikobewertung durchgeführt werden, welche dazu dienen soll, daraus resultierende Entscheidungen des Unternehmens zu fördern.³⁸ Inhalt der Risikobewertung ist ein Vergleich zwischen den vom Unternehmen vorher festgelegten Risikokriterien mit der Auswertung der erfolgten Risikoanalyse, um herauszufinden, ob und wenn ja, wo zusätzlicher Handlungsbedarf besteht.³⁹ Ziel dieses Vergleiches ist die Schaffung von verschiedenen Entscheidungsgrundlagen für die Unternehmensleitung und die folgende Risikosteuerung.⁴⁰ Zudem kann mithilfe der Risikobewertung eine bessere Abschätzung des identifizierten Risikos erfolgen,⁴¹ welches eine Beurteilung zulässt, inwieweit ein solches ein festgelegtes Unternehmensziel negativ beeinflussen kann.⁴²

³¹ So *Eckert/Deters*, *Praxiswissen Compliance*, 3. Aufl. 2021, S. 35.

³² Vgl. *Eckert/Deters*, *Praxiswissen Compliance*, 3. Aufl. 2021, S. 63ff., 76ff., 80ff., S. 88ff., 118ff., 142ff.; *Vogelsang*, CB 2016, 463 (464); *Mossmayer*, *Compliance*, 4. Aufl. 2021, § 3 Rn. 72.

³³ Vgl. Expertenbeitrag „Legal Risk Management – Risikomanagement aus juristischer Sicht“ aus *Recht & Verwaltung*, Wolters Kluwer, 12.06.2018 (<https://www.wolterskluwer.com/de-de/expert-insights/legal-risk-management-risikomanagement-aus-juristischer-sicht>, Stand: 08.12.2023).

³⁴ So DIN ISO 31000:2018-10 (2018), S. 20.

³⁵ So DIN ISO 31000:2018-10 (2018), S. 20.

³⁶ Vgl. DIN ISO 31000:2018-10 (2018), S. 20.

³⁷ So DIN ISO 31000:2018-10 (2018), S. 20.

³⁸ So DIN ISO 31000:2018-10 (2018), S. 21.

³⁹ Vgl. DIN ISO 31000:2018-10 (2018), S. 21.

⁴⁰ So DIN ISO 31000:2018-10 (2018), S. 21; *Gieseck/Braun von Reinersdorff*, *Grundlagen des Risikomanagements*, 06/2020, S. 18 (<https://www.hs-osnabrueck.de/fileadmin/HSOS/Homepages/KeGL/Risikomanagement.pdf>, Stand: 08.12.2023).

⁴¹ So *Eulerich*, *Risikomanagement im Ausschichtsrat - Ein Handbuch für Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat* Nr. 9, 2017, S. 14 (https://www.imu-boeckler.de/fpdf/HBS-006767/p_mbf_praxis_2017_009.pdf, Stand: 08.12.2023).

⁴² Vgl. *Glage/Grötzner*, in: *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, *Corporate Compliance*, 3. Aufl. 2016, § 14 Rn. 60.

a) Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadensausmaß

Die Bewertung des Risikos erfolgt anhand einer Eintrittswahrscheinlichkeit-Schadensausmaß-Erwartungswert-Berechnung.⁴³

Dabei wird die Eintrittswahrscheinlichkeit, welche die Wahrscheinlichkeit ist, mit der ein Schaden erwartet wird, mit dem Schadensausmaß, welches durch die Unternehmensziele bestimmt wird, multipliziert.⁴⁴ Das daraus resultierende Ergebnis ergibt den Erwartungswert des Schadens, "der als eine Art erwarteter durchschnittlicher Schaden über einen längeren Zeitraum interpretiert werden kann".⁴⁵

Eintrittswahrscheinlichkeit x Ausmaß des Schadens = Erwartungswert des Schadens.⁴⁶

Zu beachten ist hier jedoch, dass mit dieser Berechnungsmethode nur sogenannte „quantifizierbare“ Risiken, und nicht sogenannte „qualitative“ Risiken bemessen werden können.⁴⁷ Die letztgenannten Risiken können jedoch mit der Value-at-Risk, welche "die maximal negative Wertveränderung einer Risikoposition in einem vorgegebenen Zeitraum ist", oder der Cash-Flow-at-Risk, welche das Risikomaß für den zukünftigen Kapitalfluss bzw. Geldfluss (engl. „cash flow“) stellt, berechnet werden.⁴⁸

Weiter können die gefundenen Risiken anhand einer Synthese aus Eintrittswahrscheinlichkeit und

Schadensausmaß bewertet werden, wobei dies in einer sogenannten Risikomatrix dargestellt werden kann.⁴⁹

b) Risikobewertung mithilfe einer Risikomatrix

Durch eine sogenannte Risikomatrix können die erfassten und inhaltlich beschriebenen Risiken quantifiziert werden.⁵⁰ Eine solche Risikomatrix "dient als Entscheidungsgrundlage etwa in Projekten, bei der Prozessoptimierung oder in der Maßnahmenplanung des Risikomanagement, um unerwünschte Auswirkungen der erkannten Risiken zu reduzieren oder einzudämmen".⁵¹ Hierdurch erfolgt eine Visualisierung der Risiken und deren Schweregrad mittels zweier Ebenen.⁵²

Ziel der Risikomatrix ist daher die übersichtliche Darstellung aller Risiken, die Beurteilung der Gefährdung durch die einzelnen Risiken, die Anzeige einer Risikolage sowie das Ableiten der Notwendigkeit von Präventions- und Gegenmaßnahmen.⁵³

c) Abschluss der Risikobewertung

Nach Abschluss der Risikobewertung sollten deren Ergebnisse „aufgezeichnet, kommuniziert und anschließend auf den entsprechenden Ebenen der Organisation validiert werden".⁵⁴

II. Risikobehandlung/Risikosteuerung

Nachdem die Risikobeurteilung abgeschlossen ist, findet eine Risikobehandlung bzw. eine Risikosteuerung statt.⁵⁵ Ziel der Risikobehandlung ist es, Optionen zur

⁴³ So Eulerich, Risikomanagement im Ausschussrat - Ein Handbuch für Arbeitsnehmervertreter im Aufsichtsrat Nr. 9, 2017, S. 14 (https://www.imu-boeckler.de/fpdf/HBS-006767/p_mbf_praxis_2017_009.pdf, Stand: 08.12.2023); Glage/Grötzner, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 14 Rn. 60.

⁴⁴ Vgl. Eulerich, Risikomanagement im Ausschussrat - Ein Handbuch für Arbeitsnehmervertreter im Aufsichtsrat Nr. 9, 2017, S. 14 (https://www.imu-boeckler.de/fpdf/HBS-006767/p_mbf_praxis_2017_009.pdf, Stand: 08.12.2023).

⁴⁵ So Eulerich, Risikomanagement im Ausschussrat - Ein Handbuch für Arbeitsnehmervertreter im Aufsichtsrat Nr. 9, 2017, S. 14 (https://www.imu-boeckler.de/fpdf/HBS-006767/p_mbf_praxis_2017_009.pdf, Stand: 08.12.2023).

⁴⁶ In Ahnlehung an Eulerich, Risikomanagement im Ausschussrat - Ein Handbuch für Arbeitsnehmervertreter im Aufsichtsrat Nr. 9, 2017, S. 14 (https://www.imu-boeckler.de/fpdf/HBS-006767/p_mbf_praxis_2017_009.pdf, Stand: 08.12.2023).

⁴⁷ So Eulerich, Risikomanagement im Ausschussrat - Ein Handbuch für Arbeitsnehmervertreter im Aufsichtsrat Nr. 9, 2017, S. 14 (https://www.imu-boeckler.de/fpdf/HBS-006767/p_mbf_praxis_2017_009.pdf, Stand: 08.12.2023).

⁴⁸ So Eulerich, Risikomanagement im Ausschussrat - Ein Handbuch für Arbeitsnehmervertreter im Aufsichtsrat Nr. 9, 2017, S. 14 (https://www.imu-boeckler.de/fpdf/HBS-006767/p_mbf_praxis_2017_009.pdf, Stand: 08.12.2023).

⁴⁹ Vgl. https://www.orghandbuch.de/OHB/DE/OrganisationshandbuchNEU/4_MethodenUndTechniken/Methoden_A_bis_Z/Risikoanalyse/risikoanalyse_inhalt.html, Stand: 08.12.2023.

⁵⁰ So https://www.orghandbuch.de/OHB/DE/OrganisationshandbuchNEU/4_MethodenUndTechniken/Methoden_A_bis_Z/Risikoanalyse/risikoanalyse_inhalt.html, Stand: 08.12.2023.

⁵¹ Vgl. https://www.orghandbuch.de/OHB/DE/OrganisationshandbuchNEU/4_MethodenUndTechniken/Methoden_A_bis_Z/Risikoanalyse/risikoanalyse_inhalt.html, Stand: 08.12.2023.

⁵² Vgl. <https://www.personio.de/hr-lexikon/risikomatrix/#was-ist-eine-risikomatrix>, Stand: 08.12.2023.

⁵³ Vgl. <https://www.personio.de/hr-lexikon/risikomatrix/#was-ist-eine-risikomatrix>, Stand: 08.12.2023.

⁵⁴ Vgl. DIN ISO 31000:2018-10 (2018), S. 21.

⁵⁵ Vgl. DIN ISO 31000:2018-10 (2018), S. 21.

Risikosteuerung auszuwählen und einzubringen.⁵⁶ Dies erfolgt durch:

- die Formulierung und Auswahl der Risikobehandlungsoption
- die Planung und Implementierung der Risikobehandlung
- die Beurteilung der Wirksamkeit dieser Behandlung
- die Entscheidung, ob das verbleibende Risiko akzeptabel ist.⁵⁷

Sollte dies nicht der Fall sein, muss entschieden werden, ob weitere Behandlungen vorgenommen werden müssen.⁵⁸

Im Rahmen der Risikosteuerung kann daher der Aufbau eines wirksamen Compliance-Management-Systems sinnvoll sein, d.h., durch die Integration eines Compliance-Management-Systems im Unternehmen kann das oben beschriebene Risikoerfassungssystem optimiert werden.

Ein solches Compliance-Management-System „umfasst alle Maßnahmen eines Unternehmens, die vor dem Hintergrund seiner sonstigen Bemühungen um eine rechtskonforme und redliche Führung der Geschäfte und das entsprechende Verhalten seiner Mitarbeiter erforderlich sind, um straf- und bußgeldbewehrte Verhaltensweisen zu vermeiden und besonders schwerwiegende Reputations- oder Vermögensschäden zu vermeiden.“⁵⁹

Grundlage dafür sollen die „von den gesetzlichen Vertretern festgelegten Ziele, eingeführten Grundsätze und Maßnahmen eines Unternehmens sein, wobei vor allem auf ein regelkonformes Verhalten der

gesetzlichen Vertreter und der Mitarbeiter des Unternehmens sowie ggf. von Dritten“ abgezielt wird.⁶⁰

1. Vorgaben zum Aufbau eines Compliance-Management-Systems

In bestimmten Einzelfällen kann das Unternehmen ausdrücklich durch ein Gesetz zur Einführung eines Compliance-Management-Systems verpflichtet werden.⁶¹ Ein solches Compliance-Management-System wird daher nur in wenigen Regelungen, wie zum Beispiel in den Normen des WpHG (§ 33 WpHG), des KWG (§ 25 a KWG) sowie des VAG (§ 64 VAG), vorgeschrieben.⁶²

Ansonsten gibt es keine weiteren klaren gesetzlichen „Regelungen, die einem Unternehmen ausdrücklich eine Verpflichtung zur Implementierung“ eines solchen Compliance-Management-Systems vorschreiben.⁶³

Demnach gibt es zwar ausdrückliche Regelungen zur Einführung eines Compliance-Management-Systems, aber zur Beantwortung der Frage, wie ein solches Compliance-Management-System aufgebaut bzw. ausgestaltet sein muss, gibt es keine allgemeinen gesetzlichen Regelungen.⁶⁴

Vielmehr gibt es auf diese Frage keine „*One-Size-Fits-All*“-Lösung, da die Einrichtung eines Compliance-Management-Systems von diversen anderen Faktoren, wie der Unternehmensstruktur, Unternehmensgröße oder Unternehmensbranche, abhängig ist.⁶⁵

Prinzipiell ist ein Unternehmen daher bei der Einführung eines Compliance-Management-Systems frei

⁵⁶ Vgl. DIN ISO 31000:2018-10 (2018), S. 21.

⁵⁷ So DIN ISO 31000:2018-10 (2018), S. 21.

⁵⁸ Vgl. DIN ISO 31000:2018-10 (2018), S. 21.

⁵⁹ Vgl. Würz in Expertenbeitrag „ISO 37301: Zertifizierung von Compliance-Management-Systemen“, 29.04.2021 (https://www.haufe.de/compliance/management-praxis/iso-37301-als-compliance-standard_230130_513496.html, Stand: 04.01.2023); Schmidt, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 45 Rn. 17.

⁶⁰ So Schmidt, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 45 Rn. 17.

⁶¹ Vgl. Schäfer/Holziger, in: Zenke/Schäfer/Brocke, Risikomanagement, Organisation, Compliance für Unternehmen, 2015, Kap. 4 D. Rn. 44 (S. 96).

⁶² So Schäfer/Holziger, in: Zenke/Schäfer/Brocke, Risikomanagement, Organisation, Compliance für Unternehmen, 2015, Kap. 4 D. Rn. 44 (S. 96).

⁶³ Vgl. Schäfer/Holziger, in: Zenke/Schäfer/Brocke, Risikomanagement, Organisation, Compliance für Unternehmen, 2015, Kap. 4 D. Rn. 47 (S. 96).

⁶⁴ So Krause/Lorenz, Beitrag „Compliance Management Systeme und die fortwährende Frage „Was ist angemessen?““, 08.03.2022 (<https://www.taylorwessing.com/de/insights-and-events/insights/2022/03/corporate-compliance-tech-deals-7>, Stand:05.01.2024).

⁶⁵ Vgl. Krause/Lorenz, Beitrag „Compliance Management Systeme und die fortwährende Frage „Was ist angemessen?““, 08.03.2022 (<https://www.taylorwessing.com/de/insights-and-events/insights/2022/03/corporate-compliance-tech-deals-7>, Stand:05.01.2024); Birker, Expertenbeitrag „Compliance: Anforderungen, Aufgaben, Maßnahmen“, 21.10.2021 (https://www.haufe.de/compliance/management-praxis/compliance/compliance-anforderungen-aufgaben-massnahmen_230130_472800.html, Stand: 05.01.2024).

von Weisungen.⁶⁶ Damit ist jedes Compliance-Management-System individuell anpassbar.⁶⁷ Um die Unternehmen jedoch beim Aufbau von einem Compliance-Management-System zu unterstützen, wurden in den letzten Jahren diverse Standards entwickelt.⁶⁸ Die folgenden Standards haben sich dabei herausgebildet:

- der IDW-Prüfungsstandard (PS) 980 n.F.,⁶⁹
- der Norm ISO 19600-2014, welche später durch die Norm ISO 37301-2021 abgelöst wurde,⁷⁰
- der DICO-Standard,⁷¹
- der DCGK-Standard,⁷²
- und diverse andere ausländische Regelungen wie der „Leitfaden des *U.S. Departments of Justice*“ oder die Leitlinien zum *UK Bribery Act 2010*.⁷³

Aufgrund der beiden erstgenannten Standards besteht die Möglichkeit, eine Zertifizierung anzustreben.⁷⁴ Für eine solche Zertifizierung müssen jedoch bestimmte Anforderungen erfüllt werden.⁷⁵

Diese Anforderungen sind vor allem in Standards des IDW-Prüfungsstandard 980 n.F. oder der Norm ISO 37301-2021 enthalten bzw. aufgegriffen.⁷⁶

Die beiden Standards sind allerdings zu unterscheiden:

- Bei der ISO 37301-2021 handelt es sich um einen sogenannten „Level-A-Standard“, welcher konkrete Vorgaben hat und anhand dieser zertifizierbar ist,
- während der IDW PS 980 n.F. nicht nur ein Prüfungs-, sondern ein Einrichtungsstandard ist, mithilfe dessen ein Compliance-

⁶⁶ So Birker, Expertenbeitrag „Compliance: Anforderungen, Aufgaben, Maßnahmen“, 21.10.2021 (https://www.haufe.de/compliance/management-praxis/compliance/compliance-anforderungen-aufgaben-massnahmen_230130_472800.html, Stand: 05.01.2024).

⁶⁷ Vgl. Birker, Expertenbeitrag „Compliance: Anforderungen, Aufgaben, Maßnahmen“, 21.10.2021 (https://www.haufe.de/compliance/management-praxis/compliance/compliance-anforderungen-aufgaben-massnahmen_230130_472800.html, Stand: 05.01.2024).

⁶⁸ So Krause/Lorenz, Beitrag „Compliance Management Systeme und die fortwährende Frage „Was ist angemessen“?“, 08.03.2022 (<https://www.taylorwessing.com/de/insights-and-events/insights/2022/03/corporate-compliance-tech-deals-7>, Stand:05.01.2024).

⁶⁹ Die erste Fassung des IDW PS 980 stammt aus dem Jahr 2011. Aufgrund dessen, dass die Anforderungen für ein Compliance-System gestiegen sind, wurde der IDW PS 980 im Jahr 2022 neu aufgelegt. (vgl. Naucke/Corell in Beitrag „Der neue IDW PS 980: Anforderungen an ein prüfungsfestes CMS steigen erheblich“, 15.03.2023 (https://www.haufe.de/compliance/recht-politik/idw-ps-980-anforderungen-an-ein-compliance-management-system_230132_589892.html, Stand: 05.01.2024)).

⁷⁰ So Würz, Expertenbeitrag „ISO 37301: Zertifizierung von Compliance-Management-Systemen“ 29.04.2021 (https://www.haufe.de/compliance/management-praxis/iso-37301-als-compliance-standard_230130_513496.html, Stand: 05.01.2024).

⁷¹ Der DICO-Standard, welche „umfasst in knapper Form allgemeine Empfehlungen zur Ausgestaltung eines Compliance-Management-Systems“ und kann auf sämtliche Unternehmensarten angewandt werden. DICO steht dabei für Deutsches Institut für Compliance. (so Krause/Lorenz in Beitrag „Compliance Management Systeme und die

fortwährende Frage „Was ist angemessen“?“, 08.03.2022 (<https://www.taylorwessing.com/de/insights-and-events/insights/2022/03/corporate-compliance-tech-deals-7>, Stand:05.01.2024)).

⁷² Der Deutsche Corporate Governance Kodex („DCGK“) enthält die wesentlichen gesetzlichen Regelungen zur Leitung sowie zur Überwachung von deutschen börsennotierten Gesellschaften, welche in Form von Anregungen bzw. Empfehlungen erfolgen. (so Krause/Lorenz in Beitrag „Compliance Management Systeme und die fortwährende Frage „Was ist angemessen“?“, 08.03.2022 (<https://www.taylorwessing.com/de/insights-and-events/insights/2022/03/corporate-compliance-tech-deals-7>, Stand: 05.01.2024)).

⁷³ Vgl. Krause/Lorenz, Beitrag „Compliance Management Systeme und die fortwährende Frage „Was ist angemessen“?“, 08.03.2022 (<https://www.taylorwessing.com/de/insights-and-events/insights/2022/03/corporate-compliance-tech-deals-7>, Stand: 05.01.2024).

⁷⁴ Vgl. Birker, Expertenbeitrag „Compliance: Anforderungen, Aufgaben, Maßnahmen“, 21.10.2021 (https://www.haufe.de/compliance/management-praxis/compliance/compliance-anforderungen-aufgaben-massnahmen_230130_472800.html, Stand: 05.01.2024).

⁷⁵ So Birker, Expertenbeitrag „Compliance: Anforderungen, Aufgaben, Maßnahmen“, 21.10.2021 (https://www.haufe.de/compliance/management-praxis/compliance/compliance-anforderungen-aufgaben-massnahmen_230130_472800.html, Stand: 05.01.2024).

⁷⁶ Vgl. Birker, Expertenbeitrag „Compliance: Anforderungen, Aufgaben, Maßnahmen“, 21.10.2021 (https://www.haufe.de/compliance/management-praxis/compliance/compliance-anforderungen-aufgaben-massnahmen_230130_472800.html, Stand: 05.01.2024).

Management-System aufgebaut werden kann.⁷⁷

2. Elemente eines Compliance-Management-Systems

Es gibt dabei sieben Elemente eines Compliance-Management-System, welche durch den IDW PS 980 n.F. festgelegt werden.⁷⁸

Zu diesen Elementen gehören:

- die Compliance-Kultur,
- die Compliance-Ziele,
- die Compliance-Risiken,
- das Compliance-Programm (insbesondere die Einrichtung von einem Hinweisgeber-system),
- die Compliance-Organisation,
- die Compliance-Kommunikation sowie
- die Compliance-Überwachung und Verbesserung.⁷⁹

Die genannten Elemente des Compliance-Management-Systems „stehen in einer wechselseitigen Beziehung zueinander“, weshalb es zu Überschneidungen der Elemente kommen kann.⁸⁰ Die Ausgestaltung der einzelnen Elemente wird dabei durch die vom Unternehmen genannten Teilbereiche sowie von der Größe des Unternehmens sowie der Art und dem Umfang seiner Geschäftstätigkeit bestimmt.⁸¹

a) Compliance-Kultur

Im Vordergrund und dabei von entscheidender Bedeutung für die Wirksamkeit des eingeführten Compliance-Management-Systems und für die Sicherstellung von Compliance ist eine günstige Compliance-Kultur.⁸² Dies umfasst „den Wertekanon im Unternehmen sowie das Verhalten der Führungskräfte und des Aufsichtorgans in Bezug auf Integrität und Regeleinhaltung“.⁸³ Entscheidend für die Compliance-Kultur ist daher die Unternehmensleitung und das Management.⁸⁴

Regelmäßig werden sich die Mitarbeiter eines Unternehmens lediglich „dann an die vorgeschriebene Maßnahmen und Grundsätze halten“, wenn die Überzeugung gegeben ist, dass „dies dem Willen und der Grundüberzeugung der Führungskräfte entspricht“.⁸⁵

Hierfür müssen die diversen Ebenen des Managements sich an den Werten des Unternehmens orientieren und sich durch verantwortungsvolles und regelkonformes Verhalten zu den festgelegten Werten bekennen.⁸⁶

Positive Auswirkungen können dabei vor allen das „*mission statement*“ der Unternehmensführung bzw. des Vorstands gegenüber den Angestellten, die Regelungen des „*Code of Conduct*“ und der konsequente Umgang mit „*Non-Compliance*“ haben.⁸⁷

Besonders relevant ist hierbei der sogenannte „*one from the top*“ für positive Auswirkungen, da dieser einen entscheidenden Einfluss auf die Wahrnehmung der Mitglieder des Unternehmens im Hinblick auf das Thema „Compliance“ hat.⁸⁸

⁷⁷ So Eggers, Beitrag „Der Neue Compliance Standard ISO 37301:2021 – Eine Einordnung“ (<https://www.park-compliance.de/aktuelles/der-neuen-compliance-standard-iso-373012021-eine-einordnung.html#:~:text=Der%20ISO%2037301%3A2021%20ist,Unternehmen%20ein%20CMS%20aufzubauen%20kann.,Stand:05.01.2024>).

⁷⁸ Vgl. Beitrag „Compliance-Management und Risikomanagement“ (<https://www.roedl.de/themen/compliance-management-gesundheitswesen/risikomanagement>, Stand: 05.01.2024); Naucke/Corell, Beitrag „Der neue IDW PS 980: Anforderungen an ein prüfungsfestes CMS steigen erheblich“, 15.03.2023 (https://www.haufe.de/compliance/recht-politik/idw-ps-980-anforderungen-an-ein-compliance-management-system_230132_589892.html, Stand: 05.01.2024).

⁷⁹ So Entwurf einer Neufassung des IDW Prüfungsstandards: Grundsätze ordnungsgemäßer Prüfung von Compliance-Management-Systemen (IDW EPS 980 n.F. (10-2021)) S. 8 f. (<https://www.idw.de/IDW/IDW-Verlautbarungen/IDW-PS/IDW-EPS-980-nF-10-2021.pdf>, Stand: 05.01.2024).

⁸⁰ Vgl. Schmidt, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 45 Rn. 23.

⁸¹ Vgl. Schmidt, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, Rn. 23.

⁸² So Schmidt, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 45 Rn. 25.

⁸³ Vgl. Schmidt, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 45 Rn. 25.

⁸⁴ So Beitrag „Elemente eines Compliance-Management-Systems“ (<https://www.compliance-net.de/content/elemente-eines-compliance-management-systems>, Stand: 05.01.2024).

⁸⁵ Vgl. Schmidt, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 45 Rn. 25.

⁸⁶ So Schmidt, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 45 Rn. 25.

⁸⁷ Vgl. Brettel/Schneider, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2018, § 4 Rn. 24 (S. 311).

⁸⁸ So Beitrag „Elemente eines Compliance-Management-Systems“ (<https://www.compliance->

Weiter werden in der IDW PS 980 die folgenden Merkmale als Beispiele genannt, die die Compliance-Kultur beeinflussen können:

- „das die Unternehmenswerte vermittelnde Verhalten der gesetzlichen Vertreter
- die aufgestellten und kommunizierten Verhaltensgrundsätze,
- das integrale, verantwortungsvolle und wertorientierte Verhalten der Mitglieder des Managements auf allen Managementebenen im Einklang mit den zu beachtenden Regeln,
- die Anreizsysteme, mit denen regelkonformes Verhalten gefördert wird, einschließlich der Berücksichtigung von Compliance bei Personalbeurteilungen und Beförderungen,
- der Führungsstil und die Personalpolitik des Unternehmens,
- die Stellung des (Aufsichtsorgans) und die Art der Aufgabenwahrnehmung durch das Aufsichtsorgan im Zusammenhang mit Risikomanagement und Compliance,
- der Umgang mit aufgedeckten Regelverstößen.“⁸⁹

aa) Anreizsysteme

Zudem kann die Compliance-Kultur durch Anreizsysteme beeinflusst werden, um damit die Mitarbeiter zur Beachtung der Compliance zu motivieren und deren regelkonformes Verhalten fördern.⁹⁰

Vor allem sogenannte Anreizsysteme sind in Unternehmen ein Mittel, mit dem die Motivation und die Produktivität von Mitarbeitern gesteigert werden kann, d.h., das Ziel der Anreizsysteme ist, dass die allgemeine Performance der Mitarbeiter verbessert wird.⁹¹ Insofern betreffen die Anreizsysteme aber nicht nur

Mitarbeiter auf niedrigeren Hierarchieebenen, sondern auch auf den Ebenen des CEOs oder der Manager des Unternehmens.⁹² In den meisten Fällen sind die Anreize finanzieller Natur und werden in Form von Boni - insbesondere im Rahmen eines Bonus-Systems für die Erreichung vorgegebener Verkaufszahlen - an die Mitarbeiter des Unternehmens ausgezahlt.⁹³ Allerdings gibt es nicht nur finanzielle Anreize, teilweise werden auch Anreize, wie eine mögliche Beförderung oder mehr Verantwortung im Unternehmen, genutzt, um einen „guten“ Mitarbeiter zu belohnen.⁹⁴

Andere potenzielle Anreize können aber auch Prestige und Status des jeweiligen Mitarbeiters sein.⁹⁵

Zu beachten ist bei diesen Systemen jedoch, dass es auch Fehlanreize geben kann, welche zu erheblichen Compliance-Risiken, zum Beispiel Korruption oder Bestechung, im Unternehmen führen können.⁹⁶ So kann ein Bonussystem auch unerwünschte Verhaltensweisen seitens der Mitarbeiter mit sich bringen, welche für das Unternehmen zu erheblichen Reputationsschäden führen können.⁹⁷ Um einem solchen unerwünschten Verhalten durch die Mitarbeiter bzw. Empfänger der Bonuszahlungen entgegenzuwirken, ist daher elementar, dass das Unternehmen seine Anreizsysteme mit den Leitzielen abstimmt und die Anreize ggf. anpasst.⁹⁸ Bei der Beachtung der möglichen Folgen von Fehlanreizen besteht für ein Unternehmen durch Anreizsysteme trotz der Compliance-Risiken dennoch die Möglichkeit regelkonformes und ethisches Verhalten durchzusetzen oder sogar zu fördern.⁹⁹

Grundlage für diese Anreizsysteme ist die sogenannte „Prinzipal-Agenten-Theorie“.¹⁰⁰ Das Unternehmen wird in diesem „Modell der Neuen Institutionenökonomie“ als Prinzipal bezeichnet, während die Mitarbeiter als Agenten definiert werden.¹⁰¹ Unter diesen beiden Gruppierungen herrscht eine Informationsasymmetrie, welche sich dadurch zeigt, dass die Unternehmensführung von bestimmten Fehlverhalten der

net.de/content/elemente-eines-compliance-management-systems, Stand: 05.01.2024).

⁸⁹ Vgl. Schmidt, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 45 Rn. 26; Entwurf einer Neufassung des IDW Prüfungsstandards: Grundsätze ordnungsgemäßer Prüfung von Compliance-Management-Systemen (IDW EPS 980 n.F. (10-2021)) S. 29 (<https://www.idw.de/IDW/IDW-Verlautbarungen/IDW-PS/IDW-EPS-980-nF-10-2021.pdf>, Stand: 05.01.2024).

⁹⁰ So Beitrag „Compliance stärken - von Sanktions- zur Anreizkultur“, 29.11.2022 (<https://compliance.digital.de/ce/compliance-staerken-von-der-sanktions-zur-anreizkultur/detail.html>, Stand: 05.01.2024).

⁹¹ So Teichmann/Falker, ZCG 2019, 245 (245).

⁹² So Teichmann/Falker, ZCG 2019, 245 (245).

⁹³ Vgl. Teichmann/Falker, ZCG 2019, 245 (245).

⁹⁴ So Teichmann/Falker, ZCG 2019, 245 (245).

⁹⁵ Vgl. Teichmann/Falker, ZCG 2019, 245 (245).

⁹⁶ So Teichmann/Falker, ZCG 2019, 245 (245).

⁹⁷ Vgl. Teichmann/Falker, ZCG 2019, 245 (245).

⁹⁸ So Teichmann/Falker, ZCG 2019, 245 (245).

⁹⁹ Vgl. Teichmann/Falker, ZCG 2019, 245 (245).

¹⁰⁰ So Teichmann/Falker, ZCG 2019, 245 (245).

¹⁰¹ Vgl. Teichmann/Falker, ZCG 2019, 245 (245); Gilroy/Kruse, WiSt 2012, 143 (143).

Mitarbeiter keine Kenntnis hat, da das regelwidrige Verhalten im Verborgenen stattfindet.¹⁰²

In solchen Fällen divergieren die Interessen des Prinzipals und des Agenten.¹⁰³ Grund dafür ist, dass der Agent bestrebt ist, seinen persönlichen Profit zu maximieren, während für den Prinzipal seine eigenen finanziellen Interessen sowie die Durchsetzung der Compliance von großer Bedeutung sind.¹⁰⁴ Um diesem Phänomen entgegenzuwirken, kann ein Anreizsystem so ausgestaltet werden, dass es die Interessen der beiden Gruppen aneinander angleicht und damit die Risiken des Unternehmens minimiert.¹⁰⁵

Im Optimalfall sollte die Ausgestaltung des Anreizsystems in einem Rahmen erfolgen, der dazu führt, dass der Agent stets im Interesse des Unternehmens, also dem Prinzipal, handelt.¹⁰⁶

bb) Sanktionssysteme

Aber nicht nur Anreizsysteme können zur Einhaltung von Compliance motivieren und regelkonformes Verhalten fördern, sondern auch sogenannte „Sanktionssysteme“ können dies erreichen.¹⁰⁷

Innerhalb der Sanktionssysteme spielt es jedoch keine Rolle, welche Motivation der Mitarbeiter im Moment des Regelverstoßes hatte, d.h., die Sanktion wird dabei unabhängig davon verhängt, ob das unethische Verhalten zum Schaden oder zugunsten des Unternehmens durchgeführt wurde.¹⁰⁸ In jedem Fall braucht es eine deutliche Antwort der Unternehmensführung, welche im Sinne des „*tone from the top*“ kommuniziert werden muss.¹⁰⁹ Eine nicht erfolgte Sanktionierung der nicht erwünschten

Verhaltensweisen könnte sonst dazu führen, dass der Eindruck bei den Mitarbeitern entsteht, dass die Unternehmensführung die eigenen Unternehmenswerte bzw. -regeln nicht durchsetzt und deren Verletzung duldet.¹¹⁰

Zudem ist es bei der Sanktionierung von besonderer Bedeutung, dass sowohl die Mitarbeiter untereinander als auch die Mitarbeiter und das Management gleichbehandelt werden, damit nicht der Eindruck entsteht, dass Unterschiede gemacht werden.¹¹¹

Mögliche Sanktionen können dabei sein:

- Null-Toleranz-Politik (z.B. fristlose Kündigung)
- arbeitsrechtliche Sanktionen (z.B. Abmahnung oder Schadensersatz)
- ggf. auch Strafanzeigen.¹¹²

cc) Kontrollsysteme

Weiter können auch Kontrollsysteme innerhalb des Unternehmens eingesetzt werden, um die Mitarbeiter zu einem regelkonformen Verhalten zu animieren.¹¹³

Kontrollsysteme sind dabei ein wichtiges Hilfsmittel, um die Aufdeckung sowie die Prävention zu stärken und wirtschaftskriminelles bzw. unethisches Verhalten zu verhindern oder zumindest einzuschränken.¹¹⁴ Die Durchführung von Kontrollen im Unternehmen können zudem der Abschreckung dienen, während fehlende Kontrollen „zu einer impliziten Einladung zu unmoralischen oder kriminellen Handlungen werden“ können.¹¹⁵

¹⁰² So *Teichmann/Falker*, ZCG 2019, 245 (245).

¹⁰³ Vgl. *Teichmann/Falker*, ZCG 2019, 245 (245).

¹⁰⁴ So *Teichmann/Falker*, ZCG 2019, 245 (245).

¹⁰⁵ Vgl. *Teichmann/Falke*, ZCG 2019, 245 (245).

¹⁰⁶ So *Teichmann/Falker*, ZCG 2019, 245 (245).

¹⁰⁷ Vgl. *Grüninger/Wanzek*, in: Weiland/Steinmeyer/Grüninger, Handbuch Compliance-Management, 3. Aufl. 2020, S. 943, 5.2. Rn. 17; Beitrag „Compliance stärken - von Sanktions- zur Anreizkultur“, 29.11.2022 (<https://compliancedigital.de/ce/compliance-staerken-von-der-sanktions-zur-anreizkultur/detail.html>), Stand: 05.01.2024).

¹⁰⁸ Vgl. *Grüninger/Wanzek*, in: Weiland/Steinmeyer/Grüninger, Handbuch Compliance-Management, 3. Aufl. 2020, S. 943, 5.2. Rn. 23.

¹⁰⁹ So *Grüninger/Wanzek*, in: Weiland/Steinmeyer/Grüninger, Handbuch Compliance-Management, 3. Aufl. 2020, S. 943, 5.2. Rn. 23.

¹¹⁰ Vgl. *Grüninger/Wanzek*, in: Weiland/Steinmeyer/Grüninger, Handbuch Compliance-Management, 3.

Aufl. 2020, S. 943, 5.2. Rn. 23; *Wiedmann/Greubel*, CCZ 2019, 88 (91).

¹¹¹ So *Grüninger/Wanzek*, in: Weiland/Steinmeyer/Grüninger, Handbuch Compliance-Management, 3. Aufl. 2020, S. 943, 5.2. Rn. 23.

¹¹² Vgl. *Straßer/Koch*, in: *Zenke/Schäfer/Brocke*, Risikomanagement, Organisation, Compliance für Unternehmen, 2015, Kap. 3 F. Rn. 131ff.

¹¹³ So *Grüninger/Wanzek*, in: Weiland/Steinmeyer/Grüninger, Handbuch Compliance-Management, 3. Aufl. 2020, S. 943, 5.2. Rn. 18.

¹¹⁴ Vgl. *Grüninger/Wanzek*, in: Weiland/Steinmeyer/Grüninger, Handbuch Compliance-Management, 3. Aufl. 2020, S. 943, 5.2. Rn. 18; *Schmidt*, in: *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 45 Rn. 37.

¹¹⁵ So *Grüninger/Wanzek*, in: Weiland/Steinmeyer/Grüninger, Handbuch Compliance-Management, 3. Aufl. 2020, S. 943, 5.2. Rn. 18, *Wiedmann/Greubel*, CCZ 2019, 88 (92).

Zu beachten ist jedoch auch, dass ausufernde Kontrollen der Mitarbeiter einen gegenteiligen Effekt haben können, indem diese zu einer Kultur der „Überwachung“ und des „Misstrauens“ führen können.¹¹⁶ Hierdurch besteht sogar die Möglichkeit, dass die tägliche Arbeit der Mitarbeiter des Unternehmens behindert wird.¹¹⁷ Aufgrund dessen sollte sich die Anwendung von Kontrollen auf die wesentlichen Vorgänge bzw. Sachverhalte beschränken und gegenüber den betroffenen Mitarbeitern begründet werden.¹¹⁸

b) Compliance-Ziele

Ein weiterer wesentlicher Bestandteil eines Compliance-Management-Systems sind die Compliance-Ziele.¹¹⁹ Durch das Festlegen von Compliance-Zielen kann das Unternehmen gesteuert werden, wobei die festgelegten Ziele auch im Einklang mit den Industriestandards sowie der gesetzlichen Anforderungen stehen müssen.¹²⁰ Zudem stellen die Compliance-Ziele auch das Fundament für die Bewertung von Compliance-Risiken dar.¹²¹

c) Compliance-Risiken¹²²

Nachdem durch die Unternehmensführung die Compliance-Ziele festgelegt wurden, können die

Compliance-Risiken festgestellt werden.¹²³ Dabei sollte eine Risikoanalyse stets der Ausgangspunkt für den Aufbau eines Compliance-Management-Systems sein, um die „unternehmensindividuellen Risikofelder“ zu bestimmen.¹²⁴

Für die Risikobeurteilung sind vor allem die folgenden Faktoren von Bedeutung:

- „Größe und Struktur des Unternehmens,
- Regionen, in denen das Unternehmen tätig ist,
- Branche, in dem das Unternehmen tätig ist,
- sich verändernde gesetzliche Anforderungen,
- Compliance Vorkommnisse in der Vergangenheit.“¹²⁵

Die aus der Risikoanalyse resultierenden Ergebnisse, welche die genannten Faktoren berücksichtigen, bestimmen dann sowohl den Fokus als auch den Umfang des einzuführenden Compliance-Management-Systems.¹²⁶

¹¹⁶ Vgl. *Grüninger/Wanzek*, in: Weiland/Steinmeyer/Grüninger, Handbuch Compliance-Management, 3. Aufl. 2020, S. 943, 5.2. Rn. 18.

¹¹⁷ So *Grüninger/Wanzek*, in: Weiland/Steinmeyer/Grüninger, Handbuch Compliance-Management, 3. Aufl. 2020, S. 943, 5.2. Rn. 18.

¹¹⁸ Vgl. *Grüninger/Wanzek*, in: Weiland/Steinmeyer/Grüninger, Handbuch Compliance-Management, 3. Aufl. 2020, S. 943, 5.2. Rn. 18.

¹¹⁹ Vgl. *Edlering*, Beitrag „Wissenswertes zum Compliance Management Systems: Ein Leitfaden“ (<https://www.boc-group.com/de/blog/grc/compliance-management-system-ein-leitfaden/>, Stand: 05.01.2024).

¹²⁰ So *Edlering*, Beitrag „Wissenswertes zum Compliance Management Systems: Ein Leitfaden“ (<https://www.boc-group.com/de/blog/grc/compliance-management-system-ein-leitfaden/>, Stand: 05.01.2024).

¹²¹ Vgl. Beitrag „Prüfung von Compliance Management Systemen nach IDW PS 980“ (<https://www.roedl.de/themen/compliance-management-gesundheitswesen/pruefung-von-compliance-management-systemen>, Stand:05.01.2024); Entwurf einer Neufassung des IDW Prüfungsstandards: Grundsätze ordnungsgemäßer Prüfung von Compliance-Management-Systemen (IDW EPS 980 n.F. (10-2021), S. 29 (<https://www.idw.de/IDW/IDW-Verlautbarungen/IDW-PS/IDW-EPS-980-nF-10-2021.pdf>, Stand: 05.01.2024).

¹²² S. weiterführende Ausführungen zur Risikoanalyse unter III. 1. b)

¹²³ Vgl. Entwurf einer Neufassung des IDW Prüfungsstandards: Grundsätze ordnungsgemäßer Prüfung von Compliance-Management-Systemen (IDW EPS 980 n.F. (10-2021), S. 9 (<https://www.idw.de/IDW/IDW-Verlautbarungen/IDW-PS/IDW-EPS-980-nF-10-2021.pdf>, Stand: 05.01.2024), Beitrag „Prüfung von Compliance Management Systemen nach IDW PS 980“ (<https://www.roedl.de/themen/compliance-management-gesundheitswesen/pruefung-von-compliance-management-systemen>, Stand: 05.01.2024).

¹²⁴ Vgl. *Malik*, Expertenbeitrag „Diese Elemente sollte Ihr Compliance-Management-System aufweisen“, 20.11.2019 (https://www.haufe.de/compliance/management-praxis/compliance-management-system-aufbau-und-effektivitaet/diese-elemente-sollte-ihre-compliance-management-system-aufweisen_230130_498226.html, 05. Januar 2024).

¹²⁵ So *Malik*, Expertenbeitrag „Diese Elemente sollte Ihr Compliance-Management-System aufweisen“, 20. November 2019 (https://www.haufe.de/compliance/management-praxis/compliance-management-system-aufbau-und-effektivitaet/diese-elemente-sollte-ihre-compliance-management-system-aufweisen_230130_498226.html, 05.01.2024).

¹²⁶ Vgl. *Malik*, Expertenbeitrag „Diese Elemente sollte Ihr Compliance-Management-System aufweisen“, 20.11.2019 (<https://www.haufe.de/compliance/management-praxis/compliance-management-system-aufbau-und-effektivitaet/diese-elemente-sollte-ihre-compliance-management->

d) Compliance-Programm bzw. Maßnahmen der Risikobehandlung

Die durchgeführte Risikobeurteilung der Compliance-Risiken stellt die Grundlage dar, auf der ein Compliance-Programm bzw. Maßnahmen zur Risikobehandlung eingeführt werden.¹²⁷

Ziel des Compliance-Programmes ist es:

- Regelverstöße zu verhindern,
- Regelverstöße für Compliance-Verstöße rechtzeitig zu erkennen und
- auf die erkannten Risiken entsprechend zu reagieren.¹²⁸

Die Umsetzung dieser Ziele geht dabei mit der Frage einher, welche Maßnahmen bzw. welches Compliance-Programm Anwendung finden sollen, wobei dies von den unterschiedlichen Strategien der Risikobehandlung abhängig ist.¹²⁹

Hierbei haben sich fünf Strategien, und zwar

- die Risikovermeidung (= risikobehaftete Geschäfte werden nicht eingegangen),
- die Risikoverminderung (= erlaubt, risikobehaftete Geschäfte einzugehen, um Chancenpotenziale auszunutzen, jedoch gleichzeitig Steuerungsmaßnahmen zu ergreifen),
- die Risikobegrenzung (= gliedert sich in Risikodiversifikation und Risikolimitierung),
- die Risikoüberwälzung (= als Risikosteuerungsstrategie können Risiken teilweise oder vollständig auf Dritte übertragen werden) und
- die Risikoakzeptanz (= Bestehen eines Restrisikos ist immer gegeben)

durchgesetzt.¹³⁰

Zum Teil kommen im Rahmen der Risikobehandlung für die oben genannten Strategien verschiedene „Tools“ zur Anwendung.¹³¹

Darunter fallen, aber nicht nur:

- Krisenreaktionspläne,
- Verhaltenskodex (*Code of Conduct*),
- Kontrollprinzipien für Geschäftsprozesse,
- Mitarbeiterschulungen/weitere Trainingsprogramme,
- Durchführung von Compliance-Audits,
- Verfolgung von Verdachtsfällen,
- Berichtspflicht bis zum Aufsichtsrat,
- Null-Toleranz-Politik/Sanktionen bei Verstößen,
- Externe Wirksamkeitsprüfung und
- Hinweisgebersysteme.¹³²

Im Rahmen des Compliance-Programms, welches Teil der Risikobehandlung ist, ist die Einrichtung eines Hinweisgebersystems unverzichtbar geworden,¹³³ weshalb die Hinweisgebersysteme in Bezug auf das Compliance-Programm besonders hervorzuheben sind. Grund dafür ist, dass in den letzten Jahren Ermittlungen wegen Delikten zugenommen haben, aufgrund derer dem Unternehmen eine Verbands Geldbuße drohen kann.¹³⁴

Hierbei spielen vor allem Verstöße gegen Delikte, die zum Beispiel Bestechung, Kartelle, Verstöße im Wettbewerb, Steuerhinterziehung, Geldwäsche sowie Arbeitsschutz betreffen, eine wichtige Rolle und können zu erheblichen Geldbußen für das Unternehmen führen.¹³⁵

system-aufweisen_230130_498226.html, Stand: 05.01.2024).

¹²⁷ So Beitrag „Prüfung von Compliance Management Systemen nach IDW PS 980“ (<https://www.roedl.de/themen/compliance-management-gesundheitswesen/pruefung-von-compliance-management-systemen>, Stand: 05.01.2024).

¹²⁸ Vgl. Schmidt, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 45 Rn. 35.

¹²⁹ So Eulerich, Risikomanagement im Aufsichtsrat - Ein Handbuch für Arbeitsnehmersvertreter im Aufsichtsrat Nr. 9, 2017, S. 16 (https://www.imu-boeckler.de/fpdf/HBS-006767/p_mbf_praxis_2017_009.pdf, Stand: 08.12.2023).

¹³⁰ Vgl. Eulerich, Risikomanagement im Aufsichtsrat - Ein Handbuch für Arbeitsnehmersvertreter im Aufsichtsrat Nr. 9, 2017, S.16 ([https://www.imu-boeckler.de/fpdf/HBS-](https://www.imu-boeckler.de/fpdf/HBS-006767/p_mbf_praxis_2017_009.pdf)

006767/p_mbf_praxis_2017_009.pdf, Stand: 08.12.2023); ähnlich Stork/Ebersoll, CB 2015, 57 (58).

¹³¹ Vgl. Brettel/Schneider, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2018, § 4 Rn. 23 (S. 310).

¹³² Vgl. Brettel/Schneider, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2018, § 4 Rn. 23 (S. 310).

¹³³ So Malik, Expertenbeitrag "Diese Elemente sollte Ihr Compliance-Management-System aufweisen", 20.11.2019 (https://www.haufe.de/compliance/management-praxis/compliance-management-system-aufbau-und-effektivitaet/diese-elemente-sollte-ihre-compliance-management-system-aufweisen_230130_498226.html, Stand: 05.01.2024).

¹³⁴ Vgl. Zimmer, BWV 2 2017, 32 (32).

¹³⁵ So Zimmer, BWV 2 2017, 32 (32).

aa) Interne Ermittlungen

Insofern kann dies „interne Ermittlungen“ zur Folge haben, wobei die Anlässe dafür zahlreich sein können.¹³⁶ Die Einleitung eines solchen Vorganges kann dabei verschiedene Ursachen, wie zum Beispiel Hinweise durch Mitarbeiter, Kunden oder Wettbewerber haben.¹³⁷

Problematisch im Rahmen dieses Vorganges ist daher die Handhabung des Phänomens, welches in den siebziger Jahren des vorherigen Jahrhunderts unter der Bezeichnung „Whistleblowing“ bekannt wurde.¹³⁸ Der Begriff „Whistleblowing“ kommt aus dem englischen Sprachgebrauch und stammt von Redewendung „to blow a whistle on someone“ ab.¹³⁹

Überwiegend beinhaltet der Begriff, dass es „um Informationen zu Straftaten, anderen Normverstößen oder auch ethischen Standards im Verantwortungsbereich von Unternehmen, sonstigen privaten oder öffentlichen Organisationen oder Einrichtungen und ihre Weitergabe an Stellen, die sie aufklären und sanktionieren können“,¹⁴⁰ geht.

bb) Hinweisgebersysteme

Diese Hinweisgeber wollen meist anonym bleiben, weshalb sich bei vielen Unternehmen die Möglichkeit eines Hinweisgebersystems etabliert hat.¹⁴¹ In Bezug auf die Gestaltungsmöglichkeit der Hinweissysteme gibt es einen erheblichen Spielraum.¹⁴²

Insofern haben sich unterschiedliche Hinweissysteme herausgebildet:

Hinweisgebersystem	Kennzeichnung
Vorgesetzte Stelle im Unternehmen	Bei diesem System melden Mitarbeiter die jeweiligen Verstöße direkt bei ihrem Vorgesetzten.
Compliance-Beauftragter von Arbeitgeber- und Arbeitnehmersseite	Im Unternehmen stehen bei diesem Hinweisgebersystem jeweils zwei Compliance-Beauftragte als Ansprechpartner zur Verfügung.
Chief-Compliance-Officer (CCO) bzw. Compliance-Officer	Die Mitarbeiter im Unternehmen können sich direkt an den CCO bzw. an den Compliance-Officer wenden.
Korruptionsbeauftragter	Das Unternehmen hat für die Mitarbeiter einen direkten Ansprechpartner, der als Korruptionsbeauftragter tätig ist. Dies ist insbesondere bei Unternehmen im "Public Sector" zu finden.
"Ombudsmann"	Bei einem sogenannten "Ombudsmann" handelt es sich um einen festen externen Ansprechpartner für die Mitarbeiter, der grundsätzlich berufsrechtlich zur Verschwiegenheit verpflichtet ist.

Abbildung 2 - Hinweisgebersysteme¹⁴³

cc) Mitwirkungspflichten der Arbeitnehmer

Grundsätzlich ist ein Arbeitnehmer verpflichtet, bei internen Ermittlungen mitzuwirken, wobei eine abgestufte Auskunftspflicht für den Arbeitnehmer besteht.¹⁴⁴ Bei Fragen bzgl. des eigenen Aufgabenkreises hat der Arbeitnehmer in der Regel vollständig sowie wahrheitsgemäß auszusagen.¹⁴⁵

Problematisch könnte im Rahmen einer solchen Befragung sein, ob der Arbeitnehmer auch das Recht hat, die Beantwortung einer Frage zu verweigern, wenn er sich durch seine Aussage selber belasten würde.¹⁴⁶ Im Strafprozess steht dem Beschuldigten oder auch dem Zeugen ein Aussageverweigerungsrecht hinsichtlich selbstbelastender Tatsachen zur Verfügung.¹⁴⁷ Gleiches gilt auch in einem Zivilprozess.¹⁴⁸

Bei einer Verpflichtung zur Aussage könnte daher das strafprozessuale Recht auf Auskunftsverweigerung ausgehöhlt werden, sodass teilweise in der Literatur vertreten wird, „dass der befragte Mitarbeiter solche Tatsachen nicht preisgeben muss, die eigenes strafrechtliches Handeln belegen“.¹⁴⁹

¹³⁶ Vgl. Zimmer, BWV 2 2017, 32 (32), Poppe, in: Inders/Bannenber/Poppe, Compliance, 3. Aufl. 2017, II. Definition und Hintergrund, Rn. 12, Rn. 15.

¹³⁷ So Zimmer, BWV 2 2017, 32 (32); Poppe, in: Inders/Bannenber/Poppe, Compliance, 3. Aufl. 2017, II. Definition und Hintergrund, Rn. 12.

¹³⁸ Vgl. Buchert, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 42 Rn. 1; Egger, CCZ 2018, 126 (126).

¹³⁹ So Buchert, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 42 Rn. 2 Fn. 10.

¹⁴⁰ So Buchert, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 42 Rn. 3.

¹⁴¹ Vgl. Zimmer, BWV 2 2017, 32 (32); Egger, CCZ 2018, 126 (126).

¹⁴² Vgl. Brettel/Schneider, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2018, § 4 Rn. 29 (S. 312) m.w.N.

¹⁴³ Vgl. In Anlehnung an Brettel/Schneider, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2018, § 4 Rn. 29 (S. 312).

¹⁴⁴ So Zimmer, BWV 2 2017, 32 (33).

¹⁴⁵ Vgl. Zimmer, BWV 2 2017, 32 (33).

¹⁴⁶ So Zimmer, BWV 2 2017, 32 (33).

¹⁴⁷ Vgl. Zimmer, BWV 2 2017, 32 (33).

¹⁴⁸ So Zimmer, BWV 2 2017, 32 (33).

¹⁴⁹ Vgl. Zimmer, BWV 2 2017, 32 (33).

dd) Schutz vor Beschlagnahme

Weiter stellt sich auch die Frage, ob die Staatsanwaltschaft die Unterlagen der internen Ermittlungen beschlagnahmen darf.¹⁵⁰

Dies wurde von diversen Gerichten unterschiedlich entschieden:

Entscheidung des Landgerichts Hamburg (v. 15.10.2010 – 608 Qs 18/10)	Entscheidung des Landgerichts Mannheim (v. 03.07.2012- 24 Qs 1/12 und 2/12)	Entscheidung des Landgerichts Braunschweig (v. 21.07.2015 – 6 Qs 116/15)	Entscheidung des Landgerichts Bochum (v. 16.03.2016 – Qs 1/16)
Das Landgericht Hamburg hatte entschieden, dass der Beschlagnahmeschutz nur dem Verteidiger, nicht jedoch dem Anwalt des Unternehmens zustehe.	Das Landgericht Mannheim entschied, dass eine Beschlagnahme der internen Ermittlungsunterlagen des Unternehmens nicht beschlagnahmt werden dürfen. Hierbei verwies das Gericht auf die Änderung des § 160 a StPO.	Das Landgerichts Braunschweig urteilte ähnlich wie das Landgericht Mannheim und verwies zusätzlich auf § 148 StPO.	Das Landgericht Bochum gestattete die Beschlagnahme der Unterlagen des Unternehmens bei einer Rechtsanwältin mit dem Argument, dass diese als "Ombudsfrau" nur das Unternehmen anwaltschaftlich vertrete und nicht den Hinweisgeber, sodass keine Beschlagnahmeschutz bestehe.

Abbildung 3 - Entscheidungen der Landgerichte im Vergleich¹⁵¹

Nicht nur die Landgerichte haben sich zum Thema „Beschlagnahme durch die Staatsanwaltschaft“ geäußert, sondern auch das Bundesverfassungsgericht hat im Jahre 2018 in seinem Beschluss vom 27.06.2018 (Az.: 2 BvR 1405/17, 2 BvR 17 80/17) Stellung zu diesem Thema genommen.¹⁵² Das Bundesverfassungsgericht beanstandete dabei die Auslegung und Anwendung des § 110 StPO nicht, sondern hielt die Ausführungen der zuständigen Fachgerichte in München für verfassungsrechtlich unbedenklich.¹⁵³

Den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts ist zu folgen, da in den meistens Compliance-Fällen

kein „konkretes Mandatsverhältnis“¹⁵⁴ zwischen dem Anwalt des Unternehmens und dem Beschuldigten im Strafprozess besteht. Zudem spricht für die rechtliche Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, dass ein hohes Missbrauchspotenzial gegeben ist, „wenn die Beschlagnahme sämtlicher mandatsbezogener Unterlagen bei einem Rechtsanwalt“, der für ein Unternehmen tätig ist, unmöglich wäre.¹⁵⁵

Das Missbrauchspotenzial besteht dem Bundesverfassungsgericht zufolge vor allem darin, dass die angefertigten Unterlagen über die internen Ermittlungen bewusst in die Rechtsanwaltsphäre gebracht werden, damit diese dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden entzogen werden.¹⁵⁶

Insofern sind die Argumente des Bundesverfassungsgerichts überzeugend und stichhaltig.

Diese divergierenden Entscheidungen der genannten Gerichte zeigen, dass es sich bei der Problematik des Strafrechts in Verbindung mit dem Risikomanagement um ein sehr umfangreiches und komplexes Thema handelt.

e) Compliance-Organisation

Das zu etablierende Compliance-Management-System wird durch das Unternehmen umgesetzt und definiert.¹⁵⁷

Das Unternehmen stellt dabei sowohl den organisatorischen als auch den personellen Rahmen für die Umsetzung der genannten Compliance-Maßnahmen dar.¹⁵⁸ Die Unternehmensführung muss dafür die

¹⁵⁰ So Zimmer, BWV 2 2017, 32 (33); Momsen/Grützner, CCZ 2017, 242 (242).

¹⁵¹ So Zimmer, BWV 2 2017, 32 (34); Momsen/Grützner, CCZ 2017, 242 (244f.).

¹⁵² Vgl. Pelz, CCZ 2018, 211 (211).

¹⁵³ Vgl. BVerfG: Sicherstellung interner Ermittlungsunterlagen zum „VW-Abgasskandal“ in Münchener Anwaltskanzlei verfassungskonform in Redaktion beck-aktuell, becklink 2010361.

¹⁵⁴ So Wulf in LTO-Beitrag „BVerfG zu Beschlagnahmen bei Jones Day im Dieselskandal – Warum es bei internen Untersuchungen kein Anwaltsprivileg gibt“, 09.07.2018 (<https://www.lto.de/recht/juristen/b/bverfg-2bvr140517-kein-anwaltsprivileg-interne-untersuchungen-jones-day-volkswagen/>, Stand: 05.01.2024)

¹⁵⁵ So BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 27. Juni 2018 – Az. 2 BvR 1405/17, 2 BvR 17 80/17 – juris Rn. 91 (<https://www.juris.de/r3/document/KVRE426471801/part/L>); Wulf in LTO-Beitrag „BVerfG zu Beschlagnahmen bei Jones Day im Dieselskandal – Warum es bei internen Untersuchungen

kein Anwaltsprivileg gibt“, 09.07.2018 (<https://www.lto.de/recht/juristen/b/bverfg-2bvr140517-kein-anwaltsprivileg-interne-untersuchungen-jones-day-volkswagen/>, Stand: 05.01.2024)

¹⁵⁶ Vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 27. Juni 2018 – Az. 2 BvR 1405/17, 2 BvR 17 80/17 – juris Rn. 91 (<https://www.juris.de/r3/document/KVRE426471801/part/L>); Wulf in LTO-Beitrag „BVerfG zu Beschlagnahmen bei Jones Day im Dieselskandal – Warum es bei internen Untersuchungen kein Anwaltsprivileg gibt“, 09.07.2018 (<https://www.lto.de/recht/juristen/b/bverfg-2bvr140517-kein-anwaltsprivileg-interne-untersuchungen-jones-day-volkswagen/>, Stand: 05.01.2024)

¹⁵⁷ So Beitrag „Elemente eines Compliance-Management-Systems“ (<https://www.compliance-net.de/content/elemente-eines-compliance-management-systems>, Stand: 05.01.2024).

¹⁵⁸ Vgl. Brettel/Schneider, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2018, § 4 Rn. 21(S. 310); Beitrag „Elemente eines Compliance-Management-Systems“ (<https://www.compliance->

Verantwortlichkeiten, Rollen sowie den Aufbau und Ablauf der Organisation bestimmen.¹⁵⁹

In der Regel muss die Unternehmensführung die Compliance sicherstellen, sodass die Gesamtverantwortung stets bei der Leitung des Unternehmens liegt.¹⁶⁰ Allerdings ist es der „Geschäftsleitung erlaubt, die Compliance-Verantwortung an geeignete, insbesondere sachgerecht ausgewählte Mitarbeiter“ zu delegieren.¹⁶¹ Hierfür kann auch die Bildung einer Compliance-Abteilung, auch Compliance-Office genannt,¹⁶² oder eines Compliance-Gremiums nützlich sein, um die Compliance-Aktivitäten des Unternehmens zu koordinieren.¹⁶³

Aufgabe der Compliance-Organisation ist es also „als Gerüst für die Umsetzung und Verankerung des Compliance-Management-System“¹⁶⁴ in der Unternehmensstruktur zu dienen.¹⁶⁵

f) Compliance-Kommunikation

Auch muss innerhalb des Unternehmens eine „gute“ Compliance-Kommunikation gewährleistet werden, damit die Mitarbeiter über die Grundsätze und Maßnahmen des Compliance-Programms und anderweitige Aufgaben informiert werden können.¹⁶⁶

Dies beinhaltet, dass die „jeweils betroffenen Mitarbeiter und ggf. Dritte über die Compliance-Kultur, das Compliance-Programm sowie die festgelegten Rollen und Verantwortlichkeiten“ aufgeklärt werden.¹⁶⁷ Die interne Compliance-Kommunikation umfasst dabei auch „die tägliche Beratung des Managements und der operativen Einheiten sowie die Durchführung von Compliance-Schulungen“.¹⁶⁸

Die Compliance-Kommunikation legt fest, in welchem Rahmen innerhalb des Unternehmens über die Compliance-Risiken sowie über mögliche Regelverstöße berichtet werden soll,¹⁶⁹ d.h., es werden Berichtswege im Unternehmen festgelegt.¹⁷⁰

Der Informationsfluss findet dabei stets zwischen der Unternehmensleitung und den Mitarbeitern statt, wobei der Berichterstattungsweg sowohl von „Top-Down“ als auch von „Bottom-Up“ erfolgen kann.¹⁷¹

g) Compliance-Überwachung und Verbesserung

Ähnlich wie die Compliance-Kommunikation soll auch durch die Compliance-Überwachung und Verbesserung die Wirksamkeit des Compliance-Management-Systems sichergestellt werden.¹⁷² Voraussetzung dafür ist die „ausreichende Dokumentation des

net.de/content/elemente-eines-compliance-management-systems, Stand: 05.01.2024).

¹⁵⁹ So Beitrag „Elemente eines Compliance-Management-Systems“ (<https://www.compliance-net.de/content/elemente-eines-compliance-management-systems>, Stand: 05.01.2024); *Brettel/Schneider*, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2018, § 4 Rn. 21(S. 310).

¹⁶⁰ Vgl. *Malik*, Expertenbeitrag „Diese Elemente sollte Ihr Compliance-Management-System aufweisen“, 20.11.2019 (https://www.haufe.de/compliance/management-praxis/compliance-management-system-aufbau-und-effektivitaet/diese-elemente-sollte-ihr-compliance-management-system-aufweisen_230130_498226.html, Stand: 05.01.2024).

¹⁶¹ So *Malik*, Expertenbeitrag „Diese Elemente sollte Ihr Compliance-Management-System aufweisen“, 20.11.2019 (https://www.haufe.de/compliance/management-praxis/compliance-management-system-aufbau-und-effektivitaet/diese-elemente-sollte-ihr-compliance-management-system-aufweisen_230130_498226.html, Stand: 05.01.2024).

¹⁶² Vgl. *Brettel/Schneider*, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2018, § 4 Rn. 21(S. 310).

¹⁶³ So *Schmidt*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 45 Rn. 43.

¹⁶⁴ S. *Schmidt*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 45 Rn. 44.

¹⁶⁵ Vgl. *Schmidt*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 45 Rn. 44.

¹⁶⁶ So Entwurf einer Neufassung des IDW Prüfungsstandards: Grundsätze ordnungsgemäßer Prüfung von Compliance-Management-Systemen (IDW EPS 980 n.F. (10-2021)) S. 9 (<https://www.idw.de/IDW/IDW-Verlautbarungen/IDW-PS/IDW-EPS-980-nF-10-2021.pdf>, Stand: 05.01.2024).

¹⁶⁷ Vgl. Entwurf einer Neufassung des IDW Prüfungsstandards: Grundsätze ordnungsgemäßer Prüfung von Compliance-Management-Systemen (IDW EPS 980 n.F. (10-2021)) S. 9 (<https://www.idw.de/IDW/IDW-Verlautbarungen/IDW-PS/IDW-EPS-980-nF-10-2021.pdf>, Stand: 05.01.2024).

¹⁶⁸ So *Edlering*, Beitrag „Wissenswertes zum Compliance Management Systems: Ein Leitfaden“ (<https://www.boc-group.com/de/blog/grc/compliance-management-system-ein-leitfaden/>, Stand: 05.01.2024).

¹⁶⁹ Vgl. *Schmidt*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 45 Rn. 47.

¹⁷⁰ So Beitrag „Prüfung von Compliance Management Systemen nach IDW PS 980“ (<https://www.roedl.de/themen/compliance-management-gesundheitswesen/pruefung-von-compliance-management-systemen>, Stand: 05.01.2024).

¹⁷¹ So *Brettel/Schneider*, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2018, § 4 Rn. 25 (S. 311).

¹⁷² Vgl. *Malik*, Expertenbeitrag „Diese Elemente sollte Ihr Compliance-Management-System aufweisen“, 20.11.2019 (<https://www.haufe.de/compliance/management-praxis/compliance-management-system-aufbau-und->

Compliance-Management-Systems, einschließlich von Nachweisen darüber, dass die Grundsätze und Maßnahmen des Compliance-Management-Systems eingehalten wurden".¹⁷³ Hierdurch sollen potenzielle Schwachstellen des Systems identifiziert werden, um die Ursachen dieser analysieren und anschließend auch beheben zu können,¹⁷⁴ wobei für die Beseitigung der Schwachstellen im Unternehmen die gesetzlichen Vertreter zuständig sind.¹⁷⁵

Folgende Aspekte werden der Compliance-Überwachung zugerechnet:

- „die Festlegung der Zuständigkeit für die Compliance-Überwachung,
- die Entwicklung eines Überwachungsplans,
- die Bereitstellung von ausreichend erfahrenen Personalressourcen für die Durchführung der Überwachungsmaßnahmen,
- die Bestimmung der Berichtswege für die Ergebnisse der Überwachungsmaßnahmen sowie
- die Erstellung von Berichten über die Ergebnisse der Überwachungsmaßnahmen und Auswertung der Berichte durch die zuständige Stelle.“¹⁷⁶

Von besonderer Bedeutung ist im Rahmen der Compliance-Überwachung und Verbesserung auch, dass die Risikoanalyse regelmäßig wiederholt wird, damit überprüft werden kann, ob es eine Veränderung bzgl. des Risikoprofils des Unternehmens gegeben hat und inwieweit das Compliance-Management-System eventuell durch Überarbeitung angepasst werden muss.¹⁷⁷

D. Fazit

Der Bereich der Compliance sollte daher ein wichtiges Thema für Unternehmen sein, um sich selbst und seine Mitarbeiter in der immer komplizierter werdenden Geschäftswelt vor Schäden zu bewahren. Möglicherweise wird ein Unternehmen zunächst nicht die Bedeutung dieses Bereichs für sich erkennen, bis es „zu spät“ ist, also das Kind in den Brunnen gefallen ist und das Unternehmen wegen Verstößen, die bei Anwendung der Methoden des „*Legal Risk Managements*“ - erst recht bei deren konsequenter Anwendung - hätten vermieden werden können, Schaden erleidet.

Jedoch zeigt sich im Gegenzug, dass Unternehmen, die sich konsequent mit den Risiken, die durch das Risikomanagement vermieden werden sollen, beschäftigen, im Ergebnis „besser“ dastehen, als Unternehmen, die diesen Bereich ignorieren, weil erstere authentischer und glaubwürdiger ihre Unterziele erreichen können als die Unternehmen, die diese Methoden nicht anwenden. Als negatives Beispiel sei auf die Konzerne der Automobilindustrie verwiesen, die in den Dieselskandal verwickelt sind, oder Wirecard. Auch *Andreas Wermelt* (WP) hat ein solches Beispiel in seinem Aufsatz „Die Bedeutung der Compliance-Risikoanalyse vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung sowie des IDW PS 980“¹⁷⁸ als Aufhänger genommen, um auf die Wichtigkeit von Risikomanagement hinzuweisen. Insoweit sollten Kleinunternehmen nicht glauben, dieses Thema betreffe sie nicht. Damit lägen sie nämlich falsch, was daran zu erkennen ist, dass sie beispielsweise keine öffentlichen Aufträge mehr bekommen, wenn ihnen Missmanagement vorgeworfen oder gar nachgewiesen worden ist.

effektivitaet/diese-elemente-sollte-ihre-compliance-management-system-aufweisen_230130_498226.html, Stand: 05.01.2024).

¹⁷³ So *Schmidt*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 45 Rn. 50.

¹⁷⁴ So *Schmidt*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 45 Rn. 50.

¹⁷⁵ Vgl. Entwurf einer Neufassung des IDW Prüfungsstandards: Grundsätze ordnungsgemäßer Prüfung von Compliance-Management-Systemen (IDW EPS 980 n.F. (10-2021)), S. 9 (<https://www.idw.de/IDW/IDW-Verlautbarungen/IDW-PS/IDW-EPS-980-nF-10-2021.pdf>, Stand: 05.01.2024).

¹⁷⁶ Vgl. Entwurf einer Neufassung des IDW Prüfungsstandards: Grundsätze ordnungsgemäßer Prüfung von Compliance-Management-Systemen (IDW EPS 980 n.F. (10-2021)), S. 36 (<https://www.idw.de/IDW/IDW-Verlautbarungen/IDW-PS/IDW-EPS-980-nF-10-2021.pdf>, Stand: 05.01.2024).

¹⁷⁷ Vgl. *Malik*, Expertenbeitrag „Diese Elemente sollte Ihr Compliance-Management-System aufweisen“, 20.11. 2019 (https://www.haufe.de/compliance/management-praxis/compliance-management-aufbau-und-effektivitaet/diese-elemente-sollte-ihre-compliance-management-system-aufweisen_230130_498226.html, Stand: 05.01.2024).

¹⁷⁸ Vgl. *Wermelt*, CB 2014, 109 ff.

System des Eigentumsschutzes im Bürgerlichen Recht

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. **Jan Ole Flindt** und Professor Dr. **Tobias Helms**, Marburg*

Das Eigentum ist das umfassendste Herrschaftsrecht an Sachen, das die Zivilrechtsordnung kennt. Es stellt eine grundlegende Einrichtung der Rechts- und Wirtschaftsordnung dar und wird deshalb auch im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) auf verschiedenste Weise geschützt. Ausgangspunkt des Eigentumsrechts ist die Vorschrift des § 903 BGB. Danach kann der Eigentümer einer Sache mit ihr nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen.

Wird das Eigentum beeinträchtigt, stellt sich die Frage, wie die Beeinträchtigung konkret abgewehrt werden kann, also welche Rechte es zum Schutz des Eigentums gibt. Die Vorschrift des § 903 BGB selbst enthält kein Schutzkonzept. Vielmehr lassen sich eigentumserschützende Abwehrrechte an verschiedenen Stellen im BGB finden. In der juristischen Ausbildung wird der Eigentumsschutz häufig je nach Sachgebiet gesondert dargestellt, weil sich die Lehre nach wie vor sehr stark an dem *pandektistischen* Aufbau des BGB in verschiedene Bücher orientiert. Der vorliegende Beitrag wählt einen anderen Ansatz und unternimmt den Versuch, den Eigentumsschutz in seinen Grundlagen zusammenhängend und systematisierend darzustellen. Dafür orientiert er sich zum einen an den Zielen der jeweiligen Ansprüche (*Schutzrichtung*) und zum anderen an den Arten der möglichen Eigentumsbeeinträchtigungen (*Angriffsrichtungen*). Der Beitrag möchte einen systematischen Überblick über den Eigentumsschutz geben und die Anspruchsgrundlagen in ihren Grundzügen vorstellen. Die Darstellungsweise ist bewusst grundlagenorientiert gewählt und verzichtet auf eine vertiefte Analyse von Detailfragen auf Examensniveau.

A. Verwirklichung des Eigentums

Die Schutzansprüche, die das BGB dem Eigentümer an die Hand gibt, lassen sich zunächst nach ihrer Schutzrichtung voneinander unterscheiden und in zwei Gruppen unterteilen. Eine erste Gruppe von Ansprüchen ist auf die „Verwirklichung“ des Eigentums gerichtet, also auf das Zurückerlangen der Sache, an

der ein Eigentumsrecht besteht, sodass der Eigentümer (wieder) nach seinem Belieben mit ihr verfahren kann. Angesprochen sind damit Ansprüche, die auf Herausgabe oder Beseitigung sonstiger Störungen gerichtet sind.

Man kann die Ansprüche, welche die Verwirklichung des Eigentums zum Ziel haben, weiter unterscheiden nach der Art des Angriffs, der abgewehrt werden soll.

I. Vorenthaltung des Besitzes

1. Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB

Die in Ausbildung und Prüfung häufigste Form des Eigentumsschutzes ist die Vorenthaltung des Besitzes. Auf diese Beeinträchtigung des Eigentumsrechts kann der Eigentümer mit dem sog. Vindikationsanspruch gem. § 985 BGB (von lat.: *rei vindicatio* = Eigentumsklage) reagieren. Danach kann der Eigentümer von jedem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen. Die Vorschrift des § 985 BGB ist gemeinsam mit § 986 BGB zu lesen. Aus dieser Gesamtschau ergeben sich drei Tatbestandsvoraussetzungen: Der Anspruchsteller muss erstens Eigentümer der Sache sein, der Anspruchsgegner muss zweitens Besitzer der Sache sein und darf drittens nicht zum Besitz gegenüber dem Eigentümer berechtigt sein. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, kann der Eigentümer Herausgabe verlangen, womit die Einräumung von Besitz gemeint ist. Für die Frage, an welchem Ort die Sache herauszugeben ist, ist auf die allgemeine Regel des § 269 BGB abzustellen. Danach ist bei Fehlen anderer Anhaltspunkte von einer Holschuld auszugehen, die Sache ist also dort herauszugeben, wo sie sich befindet.¹

Nach § 985 BGB ist der Anspruch gegen den „Besitzer“ gerichtet. Damit ist sowohl der unmittelbare Besitzer i.S.v. § 854 BGB als auch der mittelbare Besitzer i.S.v. § 868 BGB gemeint. Vom unmittelbaren Besitzer kann der Eigentümer (naturgemäß) den unmittelbaren Besitz herausverlangen und vom mittelbaren Besitzer den mittelbaren Besitz durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den unmittelbaren Besitzer (§ 870 BGB). Nach bestrittener, aber

* Dr. Jan Ole Flindt war bis August 2024 Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Professur für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung bei Herrn Professor Dr. Tobias Helms an der Philipps-

Universität Marburg. Professor Dr. Tobias Helms ist Inhaber dieser Professur.

¹ Wellenhofer, Sachenrecht, 38. Aufl. 2023, § 21 Rn. 32 mit Verweis auf Ausnahmen für den bösgläubigen/verklagten Besitzer.

überzeugender h.M. kann der Eigentümer vom mittelbaren Besitzer auch den unmittelbaren Besitz herausverlangen.² Darauf kommt es bspw. an, wenn ein Dieb die gestohlene Sache verleiht und damit mittelbarer Besitzer wird. Dass dieser mittelbare Besitzer den unmittelbaren Besitz herausgeben soll, mag auf den ersten Blick überraschen. Doch ist das unproblematisch, weil § 886 ZPO die Vollstreckung eines solchen Urteils durch die Pfändung und Überweisung des Herausgabeanspruchs gegen den Dritten (= unmittelbaren Besitzer) ermöglicht. Könnte der mittelbare Besitzer hingegen nur zur Übertragung des mittelbaren Besitzes verurteilt werden, wäre eine zweite Klage des Eigentümers (dann gerichtet auf Herausgabe des unmittelbaren Besitzes) erforderlich, wenn das Besitzmittlungsverhältnis (im Beispiel der Leihvertrag) zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitzer nach der Verurteilung endet, bspw. durch Rückgabe des unmittelbaren Besitzes an den mittelbaren Besitzer.

Wichtig ist auch der Umstand, dass der Anspruch sich nicht nur auf bewegliche Sachen (sog. Mobilien oder Fahrnis) beziehen kann, sondern gleichermaßen auf unbewegliche Sachen (sog. Immobilien). Das wichtigste Verteidigungsmittel des Besitzers gegen den dinglichen Herausgabeanspruch ist das Recht zum Besitz (vgl. § 986 BGB). Ein solches kann sowohl dinglicher als auch schuldrechtlicher Natur sein, es muss aber immer gegenüber dem Eigentümer zum Besitz berechtigen.

Beispiel: Dora entwendet Jaro seine neue Smartwatch. Anschließend bietet Dora die Uhr Ingolf zum Kauf an, der mit einem Kaufpreis i.H. von 100,- EUR einverstanden ist. Als Jaro die Uhr am Handgelenk von Ingolf wiedererkennt, verlangt er die Uhr zurück. Ingolf hat zwar mit Dora einen wirksamen Kaufvertrag geschlossen (§ 433 BGB), der ihm ein (schuldrechtliches) Recht zum Besitz einräumt. Wegen der Relativität der Schuldverhältnisse wirkt der Kaufvertrag aber nur zwischen den Vertragsparteien. Gegenüber Jaro hat Ingolf hingegen kein Recht zum Besitz.

Entsprechend seiner Schutzrichtung ist der Vindikationsanspruch aus § 985 BGB so eng mit dem Eigentumsrecht verbunden, dass er nicht isoliert vom Eigentumsrecht abgetreten werden kann: Die Herausgabeklage steht systematisch nur dem Inhaber des Eigentumsrechts zu. Der Eigentümer kann also seinen Herausgabeanspruch nicht an einen anderen abtreten, sondern muss vielmehr sein Eigentumsrecht nach den §§ 929 ff. BGB (Mobilien) bzw. §§ 873, 925 BGB

(Immobilien) übertragen, anschließend kann der neue Eigentümer seinerseits den Anspruch aus § 985 BGB geltend machen.

2. Herausgabeansprüche aus Besitzschutz

Das Besitzrecht des Eigentümers wird darüber hinaus durch Herausgabeansprüche geschützt, die nicht an das Eigentumsrecht als solches, sondern an das Besitzrecht anknüpfen. Damit kann der besitzende Eigentümer eine Sache, die ihm entzogen worden ist, auch gem. § 861 BGB (sog. possessorischer Besitzschutz) und gem. § 1007 Abs. 1 und 2 BGB (sog. petitorischer Besitzschutz) herausverlangen. Insbesondere der possessorische Besitzschutzanspruch kann für den Eigentümer vorteilhaft sein, weil es für diesen Anspruch nur auf die tatsächlichen Besitzverhältnisse und nicht auf das Eigentumsrecht ankommt. Diesen Anspruch kann der Eigentümer aber nur gegen denjenigen durchsetzen, der ihm gegenüber fehlerhaft besitzt. Dies setzt mehr voraus als rechtsgrundlosen Besitz. Gem. § 858 Abs. 2 BGB ist der Besitz fehlerhaft, wenn er durch verbotene Eigenmacht i.S. des § 858 Abs. 1 BGB erlangt wurde.

3. Schuldrechtliche Herausgabeansprüche

Neben dem dinglichen Herausgabeanspruch des § 985 BGB kann der Eigentümer noch weitere Ansprüche auf Herausgabe haben. Im Fall eines rechtswidrigen und schuldhaften Eingriffs in das Eigentum kann der Eigentümer bspw. gem. §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB die Wiedereinräumung des Besitzes als Naturalrestitution verlangen. Das gleiche gilt für einen etwaigen vertraglichen Schadensersatzanspruch, wenn der Schuldner die Besitzentziehung zu vertreten hat (vgl. §§ 280 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB). Besitzt jemand ohne Rechtsgrund, hat er den Besitz als Bereicherungsschuldner herauszugeben (§§ 812 ff. BGB), allerdings ist dabei im Gegenzug zu den bisher genannten Ansprüchen auf den Vorrang der Leistungsbeziehung zu achten. Hat der Besitzer den Besitz durch Leistung eines Dritten erlangt (z.B. zur Erfüllung eines Kaufvertrages), so kann der Eigentümer grundsätzlich nicht direkt beim Besitzer kondizieren, sondern muss sich an den Dritten halten.

Einen besonderen Herausgabeanspruch enthält schließlich § 2018 BGB. Dieser sog. Erbschaftsanspruch bezieht sich auf die gesamte Erbschaft als solche und gibt dem wahren Erben das Recht, die Erbschaft vom sog. Erbschaftsbesitzer herauszuverlangen.

² Helms/Zeppernick, Sachenrecht I, 5. Aufl. 2021, Rn. 151.

Dieser Anspruch tritt neben die Einzelansprüche, die der Erbe in Bezug auf die einzelnen Gegenstände der Erbschaft ohnehin hat (bspw. den Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB). Der Erbschaftsanspruch entfaltet seine besondere Bedeutung vor allem im Hinblick auf die Surrogationsmöglichkeit gem. § 2019 BGB.³

II. Unrichtige Eintragung im Grundbuch

Die Herausgabe ist nur „ein schmaler Ausschnitt aus dem Gesamtbereich aller denkbaren und möglichen Beeinträchtigungen“ des Eigentums.⁴

Eine weitere gesetzlich explizit geregelte Konstellation der Eigentumsbeeinträchtigung ist die des unrichtigen Grundbuchs, wenn also bspw. das Grundbuch jemand anderen als den wahren Eigentümer als Eigentümer eines Grundstücks ausweist. Die Beeinträchtigung des Eigentums durch ein unrichtiges Grundbuch lässt sich mit zwei Aspekten begründen. Der erste Aspekt betrifft die Gefahr des Eigentumsverlusts durch sog. gutgläubigen Erwerb. Bei beweglichen Sachen besteht eine gesetzliche Vermutung dafür, dass derjenige, der eine Sache besitzt, ihr Eigentümer ist (§ 1006 BGB). An diese Vermutung wird unter anderem die Möglichkeit geknüpft, eine Sache gutgläubig von einem Nichtberechtigten zum Eigentum zu erwerben (vgl. §§ 932, 933, 934 BGB). Der Besitz ist insoweit Publizitätsträger. Der Gefahr des Eigentumsverlusts kann der Eigentümer dadurch begegnen, dass er die Sache von dem Besitzer herausverlangt (§ 985 BGB). Das genügt bei Immobilien nicht. Denn der Publizitätsträger, an den das Gesetz die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs knüpft, ist bei Immobilien die Eintragung im Grundbuch (§§ 891, 892 BGB). Nun kann der Eigentümer zwar das Grundstück gem. § 985 BGB von jedem nichtberechtigten Besitzer herausverlangen, der Herausgabeanspruch hilft ihm aber nicht, den falschen Rechtsschein zu beseitigen. Der zweite Aspekt, mit dem sich eine Eigentumsbeeinträchtigung bei unrichtiger Eintragung erklären lässt, ist die damit verbundene faktische Verfügungsbeschränkung des Eigentümers. Wenn das Grundbuch den wahren Eigentümer nicht als solchen ausweist, kann dieser in der Regel⁵ nicht über sein Eigentum

verfügen. Diese faktische Verfügungsbeschränkung ist als Beeinträchtigung des Eigentumsrechts zu qualifizieren.

Wenn eine unrichtige Eintragung der Eigentümerstellung im Grundbuch mithin eine Beeinträchtigung des Eigentums darstellt, muss der Eigentümer die Möglichkeit haben, die Beeinträchtigung zu beseitigen. Dafür gewährt das Gesetz dem Eigentümer einen Grundbuchberichtigungsanspruch gem. § 894 BGB.⁶ Anspruchsgegnerin ist die zu Unrecht eingetragene Person, und der Anspruch ist auf Zustimmung zur Berichtigung gegenüber dem Grundbuchamt gerichtet. Das Grundbuchamt ist für die Eintragung zuständig und auf entsprechende Eintragungserklärungen aller Beteiligten angewiesen (vgl. §§ 13, 19, 20, 29, 39 GBO).

Auch im Falle des unrichtigen Grundbuchs kann der Eigentümer möglicherweise schuldrechtliche Ansprüche auf Berichtigung des Grundbuchs (bspw. gem. §§ 812 ff. oder § 823 Abs. 1 BGB) haben, während ein ebenfalls denkbarer dinglicher Beseitigungsanspruch gem. § 1004 BGB nach überzeugender h.M. von § 894 BGB verdrängt wird.⁷ Die Buchposition ist zudem als Bereicherungsgegenstand anerkannt und kann somit auch bereicherungsrechtlich nach § 812 BGB kondiziert werden. Ebenso ist es denkbar, dass der Eigentümer einen deliktischen Anspruch auf Abgabe der Zustimmungserklärung gegenüber dem Grundbuchamt hat.

III. Sonstige Störung

Das Gesetz hat, wie gesehen, zwei Sonderfälle der Eigentumsbeeinträchtigung explizit geregelt (Beeinträchtigung durch Besitzentzug, § 985 BGB, und fehlerhafte Eintragung im Grundbuch, § 894 BGB). Daneben hat der Gesetzgeber eine allgemeine Schutzvorschrift normiert, mit der alle sonstigen Beeinträchtigungen abgewehrt werden sollen. Gem. § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Eigentümer von jedem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen, wenn das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt wird. Nach Satz 2 kann der Eigentümer sogar die Unterlassung zukünftiger Beeinträchtigungen verlangen. Die

³ Siehe *Frank/Helms*, Erbrecht, 7. Aufl. 2018, § 17 Rn. 2.

⁴ *Baur/Stürmer*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 12 Rn. 1.

⁵ Das liegt daran, dass eine wirksame Verfügung über unbewegliche Sachen gem. §§ 873, 925 BGB neben einer Einigung auch die Eintragung im Grundbuch zwingend erfordert. Die Eintragung wird das Grundbuchamt aber nicht vornehmen, wenn der Verfügende nicht als Eigentümer im

Grundbuch eingetragen ist, vgl. § 39 GBO. Eine Ausnahme besteht für die Veräußerung durch einen Erben (§ 40 GBO).

⁶ Der wahre Eigentümer kann darüber hinaus einen Widerspruch gem. § 899 BGB eintragen lassen und damit den gutgläubigen Erwerb verhindern.

⁷ BeckOGK-BGB/*Hertel*, Stand: 1.6.2024, § 894 Rn. 102.

Beeinträchtigung braucht nicht schuldhaft erfolgen, muss aber noch andauern und zudem rechtswidrig sein, weil anderenfalls eine Duldungspflicht besteht (vgl. § 1004 Abs. 2 BGB). In der Praxis kommt dieser Vorschrift eine größere Bedeutung zu als dem § 985 BGB, der in der juristischen Ausbildung in den Anfangssemestern zunächst ganz im Vordergrund steht.

Bei § 1004 BGB handelt es sich um einen dinglichen Anspruch, der gegenüber allen Störern geltend gemacht werden kann. Man unterscheidet – ähnlich wie im Polizeirecht – Handlungsstörer und Zustandsstörer. Der Gesetzgeber hat auf eine positive Aufzählung der Beeinträchtigungen verzichtet und es bei einer negativen Umschreibung belassen. Häufig geht es um die Beeinträchtigung von Grundstücken (z.B.: Zuparken eines Grundstücks, unerlaubter Einwurf von Reklame in den Briefkasten, Baum stürzt auf das Nachbargrundstück, unerlaubtes Betreten eines Grundstücks, unerlaubtes Überfliegen eines Grundstücks mit einer Drohne⁸), selten um die Beeinträchtigung beweglicher Sachen (unerwünschte Installation von Programmen auf fremden Geräten,⁹ Behauptung eigenen Eigentums an fremder Sache¹⁰).

Weil der Anspruch zwar die kausale Verursachung der Beeinträchtigung durch den Schuldner, nicht aber sein Verschulden voraussetzt, ist der Umfang des Beseitigungsanspruchs seit jeher lebhaft umstritten. In der Sache geht es um die Grundsatzfrage, ob § 1004 BGB einen deliktsähnlichen, aber verschuldensunabhängigen Eigentumsschutz gewährt oder (nur) vor Überdehnungen der eigenen Rechtssphäre zulasten anderer schützen will.¹¹ Grob betrachtet stehen sich drei Meinungslager gegenüber.¹² Die Ursupationstheorie verlangt von dem Störer lediglich, dass er seine eigene Störung beseitigt, die Lehre vom *actus-contrarius* verlangt darüber hinaus die Beseitigung der Fortwirkung der Störung als entgegengesetzter Akt, und die Wiederbenutzbarkeitstheorie verpflichtet den Störer, den vorherigen Zustand wiederherzustellen.

Beispiel:¹³ Bruno und Arno sind Nachbarn. Auf Brunos Grundstück gedeiht eine prächtige Pappel, deren Wurzeln auf Arnos Grundstück vordringen und sich dort durch die fein säuberlich gepflasterte Auffahrt drängen. Arno verlangt, dass Bruno den Baum

fällt, die Wurzeln auf seinem Grundstück beseitigt und die Auffahrt repariert. Nach der Lehre vom *actus contrarius* hat Bruno nur die Wurzeln auf Arnos Grundstück zu entfernen, während er nach der Wiederbenutzbarkeitstheorie darüber hinaus die Pflastersteine neuverlegen muss. Zu beachten ist allerdings, dass der Störer auch nach der *actus contrarius*-Lehre diejenigen Schäden beseitigen muss, die erst anlässlich der Störungsbeseitigung verursacht worden sind. Wenn also die Aufnahme der Pflastersteine zur Entfernung der Wurzeln erforderlich ist, muss Bruno diese anschließend auch wieder verlegen.

Umstritten ist zudem die Frage, ob die Regeln des Allgemeinen Schuldrechts auf den Anspruch aus § 1004 BGB angewendet werden können. So stellt sich bspw. die Frage, ob statt der Beseitigung Schadensersatz wegen Verletzung der Beseitigungspflicht verlangt werden kann. Der BGH hat dies in einer examensrelevanten Entscheidung für einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung aus §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 BGB verneint.¹⁴

B. Ausgleich für das Eigentum

Während die erste Gruppe der Eigentumsschutzansprüche auf die Verwirklichung des Eigentums gerichtet ist, zielen die Ansprüche der zweiten Gruppe i.d.R. auf einen Ausgleich für einen Rechtsverlust oder die Beschädigung der Sache ab. Darüber hinaus kommen Ausgleichsansprüche sogar dann in Frage, wenn der Eigentümer weder einen Schaden noch einen Rechtsverlust erleidet, sondern sich ein Dritter lediglich über seine Befugnis hinwegsetzt, über die Sache zu bestimmen. Auch hier bietet es sich an, verschiedene Angriffsrichtungen zu unterscheiden.

I. Eingriff in den Zuweisungsgehalt durch Rechtsverlust

Es kommt vor, dass dem Eigentümer nicht nur der Besitz entzogen wird, sondern auch das Eigentumsrecht. Der Eigentümer verliert dann sein Eigentum und kann die Sache folglich nicht mehr nach § 985 BGB herausverlangen. Man spricht insoweit auch von einem

⁸ Holzki, JuS 2023, 108 (108 f.).

⁹ OLG Dresden, FamRZ 2022, 364.

¹⁰ BGH, NJW 2023, 3013 Rn. 38.

¹¹ Anschaulich Raff, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. 2023, § 1004 Rn. 3.

¹² Siehe Wellenhofer, Sachenrecht, 38. Aufl. 2023, § 24 Rn. 37 ff.

¹³ BGH, NJW 2023, 3722.

¹⁴ BGH, NJW 2023, 3722; siehe zu Parallelfragen bei § 985 BGB, auf die es keine einheitliche Antwort gibt, beispielsweise BeckOGK-BGB/Sponheimer, Stand: 1.5.2024, § 985 Rn. 21–35.

Eingriff in den Zuweisungsgehalt. Es geht dabei um zwei Fallkonstellationen.

1. Wirksame Verfügung eines Nichtberechtigten

Zum einen verliert der Eigentümer sein Eigentum, wenn ein Dritter wirksam über das Eigentumsrecht verfügt. Das ist bspw. beim gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten der Fall (§§ 929 S. 1, 932 ff. BGB bei Mobilien bzw. §§ 873, 925, 894 BGB bei Immobilien). Der Schutz des Eigentums ist dann kompensatorischer Natur, weil das Eigentum selbst nicht mehr zurückerlangt werden kann. Um hier einen Ausgleich zu schaffen, hat der Gesetzgeber dem bisherigen Eigentümer, dessen Eigentum durch gutgläubigen Erwerb verloren geht, mit § 816 Abs. 1 S. 1 BGB eine besondere Nichtleistungskondition gegen den Verfügenden auf Herausgabe des Erlangten (i.d.R. des Kaufpreises) eingeräumt. Nach h.M. ist der gesamte Erlös und nicht nur der objektive Wert der veräußerten Sache herauszugeben.¹⁵ Neben diesen Anspruch treten etwaige vertragliche oder deliktische Schadensersatzansprüche gegen den Verfügenden.

Liegt dem gutgläubigen Erwerb eine unentgeltliche Verfügung (= Schenkung) zugrunde, hat der nichtberechtigt Verfügende nichts erlangt i.S.v. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB. In diesem Fall richtet sich der Anspruch des bisherigen Eigentümers, dessen Eigentum durch gutgläubigen Erwerb verloren geht, gem. § 816 Abs. 1 S. 2 BGB im Wege einer sog. Durchgriffskondition ausnahmsweise direkt gegen den beschenkten Dritten: Obwohl dieser sachenrechtlich wirksam Eigentum durch gutgläubigen Erwerb erworben hat, ist er gem. § 816 Abs. 1 S. 2 BGB bereicherungsrechtlich zur Rückübertragung des Eigentums verpflichtet (sog. Schwäche des unentgeltlichen Erwerbs). Dabei handelt es sich um eine Durchbrechung des sog. Subsidiaritätsdogmas (Vorrang der Leistungsbeziehung), die der Gesetzgeber ausdrücklich normiert hat, weil er den unentgeltlichen Erwerb für weniger schutzwürdig hält.

2. Verarbeitung, Verbindung und Vermischung

Zum anderen erleidet der Eigentümer einen Rechtsverlust, wenn die in seinem Eigentum stehende Sache durch Verarbeitung (§ 950 BGB), Verbindung (§§ 946 f. BGB) oder Vermischung (§ 948 BGB) kraft Gesetzes einer anderen Person zugeordnet wird. Dann setzt sich der Eigentumsschutz im sog.

Rechtsfortwirkungsanspruch des § 951 BGB fort, der auf das Bereicherungsrecht verweist. Dabei handelt es sich um eine sog. Rechtsgrundverweisung. Es ist damit nicht nur die Rechtsfolge des Bereicherungsrechts anzuwenden (sog. Rechtsfolgenverweisung), sondern es ist der gesamte Tatbestand der in Bezug genommenen Norm zu prüfen. Dadurch will die h.M. den Vorrang der Leistungskondition sicherstellen.¹⁶

II. Sonstige Eingriffe in den Zuweisungsgehalt des Eigentums

In den Zuweisungsgehalt des Eigentumsrechts kann man allerdings auch eingreifen, ohne einen Rechtsverlust des Eigentümers herbeizuführen. Das Eigentumsrecht umfasst nämlich die Befugnis, zu bestimmen, ob jemand die Sache (kostenfrei) nutzen kann. Nicht selten wird eine fremde Sache gegen oder ohne den Willen ihres Eigentümers genutzt. Solche Angriffe können mit den Ansprüchen, die auf „Verwirklichung“ des Eigentums gerichtet sind (§§ 985, 1004 BGB, s.o.), abgewehrt werden. Interessanterweise kann daneben ein kompensatorischer Anspruch treten. Dieser ergibt sich zwar nicht unbedingt aus dem Deliktsrecht, weil deliktische Schadensersatzansprüche einen Schaden voraussetzen und eine unbefugte Nutzung nicht zwangsläufig einen Schaden des Eigentümers zur Folge haben muss. Dem Eigentümer hilft aber das Bereicherungsrecht: Der Nutzer erlangt einen vermögenswerten Nutzungsvorteil, und anders als das Deliktsrecht setzt das Bereicherungsrecht keinen Nachteil oder Schaden beim Anspruchsteller voraus. Vielmehr erfolgt eine Bereicherung schon dann auf „Kosten eines anderen“, wenn in dessen Rechtsbereich eingegriffen wird. Der bereicherungsrechtliche Tatbestand ist also erfüllt, wenn jemand in den Zuweisungsgehalt des Eigentumsrechts dadurch eingreift, dass er die Sache unbefugt nutzt. Der Eigentümer kann dann Wertersatz gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 818 Abs. 1 und 2 BGB verlangen.

III. Schädigung

Wird das Eigentumsrecht dadurch beeinträchtigt, dass die Sache in ihrer Substanz verletzt wird, kann der Eigentümer Ersatz für die Beschädigung oder die Zerstörung verlangen. Auf welche Anspruchsgrundlage der Eigentümer sein Schadensersatzbegehren stützen

¹⁵ BeckOK-BGB/Wendehorst, Stand: 1.5.2024, § 816 Rn. 16 mit weiteren Nachweisen auch zur Gegenmeinung.

¹⁶ Umstritten ist hingegen die Frage, ob § 951 BGB nur auf die Nichtleistungskondition, sondern auch auf die

Leistungskondition verweist, s. BeckOK-BGB/Kindl, Stand: 1.5.2024, § 951 Rn. 2.

kann, hängt entscheidend von den Umständen des Einzelfalls ab.

1. Ansprüche aus dem EBV, §§ 987 ff. BGB

Eine besondere Konstellation hat der Gesetzgeber herausgegriffen und detailreich geregelt: das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (sog. EBV). Wenn jemand eine Sache rechtsgrundlos im Besitz hat, wird er diese möglicherweise nutzen, beschädigen oder verbessern. Es entsteht dann ein komplexes Interessengeflecht zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer, das durch die reine Herausgabe nach § 985 BGB nicht hinreichend aufgelöst werden kann. In den §§ 987 ff. BGB hat der Gesetzgeber deshalb Nutzungs-, Schadensersatz- und Verwendungsersatzansprüche geregelt und dabei sorgfältig nach der jeweiligen Schutzwürdigkeit von Eigentümer und Besitzer unterschieden. Um diese Wertungen nicht zu unterlaufen, entfalten die Regelungen des EBV grundsätzlich Sperrwirkung gegenüber den allgemeinen Ansprüchen (vgl. § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB).

2. Vertragliche Schadensersatzansprüche

Stehen Eigentümer und Schädiger in vertraglicher Beziehung zueinander, kann sich der Schadensersatzanspruch (vorrangig) aus einer vertraglichen Anspruchsgrundlage ergeben. Häufig ist dies der Fall, wenn das Eigentum bei der Vertragserfüllung beschädigt wird. Dann handelt es sich um eine vertragliche Nebenpflichtverletzung i.S. des § 241 Abs. 2 BGB, die zu

einem Schadensersatz neben der Leistung (§ 280 Abs. 1 BGB) führen kann. Auch quasivertragliche Ansprüche schützen das Eigentum wie bspw. die *culpa in contrahendo* (cic) gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 BGB.

3. Deliktische Schadensersatzansprüche

Schließlich schützt das Deliktsrecht das Eigentum vor Beeinträchtigungen. Bei Sachbeschädigungen kommen Ansprüche gem. § 823 Abs. 1 BGB, § 826 BGB oder §§ 823 Abs. 2 BGB i.V. mit § 303 StGB in Betracht. Voraussetzung ist aber neben der kausalen und rechtswidrigen Eigentumsverletzung in der Regel ein Verschulden des Anspruchsgegners, wenn nicht ausnahmsweise ein Tatbestand der verschuldensunabhängigen Gefährdungshaftung eingreift (z.B. § 833 BGB, § 7 StVG).

Wenn der Eigentümer wegen Notstands gem. § 904 S. 1 BGB eine Einwirkung auf seine Sachen dulden muss, kann er gem. § 904 S. 2 BGB Ersatz des ihm entstehenden Schadens verlangen. Ein ähnlicher Ausgleichsanspruch besteht gem. § 906 Abs. 2 S. 2 BGB, wenn der Eigentümer eines Grundstücks eine Einwirkung auf sein Grundstück gem. § 906 BGB zu dulden hat. Der Anspruch aus § 906 Abs. 2 S. 2 BGB steht im engen Zusammenhang mit dem allgemeinen Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch gem. § 1004 BGB und ist mitunter Gegenstand von ausgesprochen schwierigen Examensaufgaben.¹⁷

¹⁷ Siehe bspw. *Schroth/Flindt*, JuS 2020, 555.

C. Tabellarische Zusammenfassung: Übersicht Eigentumsschutzansprüche

Verwirklichung des Eigentums	Ausgleich für den Eingriff in den Zuweisungsgehalt	Ausgleich für Beschädigung und Zerstörung
Besitzentzug: § 985 § 861 § 1007 I und II § 812 I 1 Alt. 1 §§ 823 I, 249 I §§ 823 II i.V. mit Schutzgesetz	Wirksame Verfügung eines Nichtberechtigten: § 816 I 1 oder I 2 § 812 I 1 Alt. 2 § 823 I § 826	EBV: §§ 987, 990 (Nutzung) §§ 989, 990 (Schadensersatz) §§ 994 ff. (Verwendungsersatz)
Unrichtiges Grundbuch: § 894 § 812 I 1 Alt. 1 § 823 I	Gesetzlicher Eigentumsverlust: § 951 i.V.m. § 812 I 1 Alt. 2	Vertraglicher Schadensersatz: §§ 280 I, 241 II (Nebenpflicht) §§ 280 I, 241 II, 311 (cic)
Sonstige Störung: § 1004 I 1 (Beseitigung) § 1004 I 2 (Unterlassung)	Sonstiger Eingriff: § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1	Deliktischer Schadensersatz: § 823 I § 823 II i.V. mit § 303 StGB § 826 ggf. Gefährdungshaftung

Vorrats- und Mantel-GmbH

- leere Hülsen mit großem Potential -

Von Wiss. Hilfskraft Maximilian Schlereth, LL.B., Mannheim*

Der Beitrag soll eine Einführung in die Handhabung von Vorrats- und Mantelgesellschaften im Gesellschaftsrecht darstellen. Hierzu werden am Beispiel der GmbH sowohl deren Entstehung und Verwendung (**B.**, **C.**) als auch korrespondierende Haftungsfragen (**D.**) behandelt.

A. Einleitung

Es gibt kaum ein besseres Beispiel für die Prozessoptimierung in Bezug auf die Neugründung einer Kapitalgesellschaft als die Verwendung von Vorrats- bzw. Mantelgesellschaften.

Inhaltlich geht es dabei um abgekürzte Gesellschaftsgründungen: Eine bereits wirksam gegründete Gesellschaft wird (re-)aktiviert und kann alsbald den Geschäftsbetrieb aufnehmen.

Aufgrund der hierdurch ermöglichten Zeitersparnis erfreuen sich insbesondere Vorratsgesellschaften in der Praxis einer großen Beliebtheit.¹ Unter dieser Prämisse sollten die folgenden Grundsätze nicht unbekannt bleiben.

B. Entstehung einer Vorrats- oder Mantelgesellschaft

Häufig werden die Begriffe der Vorrats- und Mantelgesellschaft synonym verwendet oder miteinander vermengt.² Eine terminologische Präzisierung kann mit Blick auf die Entstehungsgeschichte der Gesellschaft folgendermaßen getroffen werden: Wird eine Gesellschaft gegründet, deren Geschäftsbetrieb erst in (unbestimmter) Zukunft aufgenommen werden soll, handelt es sich um eine Vorratsgründung (dazu **B. II.**).

Die hierdurch entstandene Vorratsgesellschaft ist bis zu ihrer Aktivierung (vgl. **C. III.**) eine leere Hülse. Wird hingegen bei einer bestehenden Gesellschaft der Geschäftsbetrieb eingestellt und infolgedessen kein aktives Unternehmen mehr betrieben, so entsteht ebenfalls eine leere Hülse³, die Mantelgesellschaft genannt wird (dazu **B. I.**). Sofern die inaktive Gesellschaft nicht aufgelöst wird, kann der verbliebene Mantel weiterhin Verwendung finden (vgl. **C.**). Zwar könnte man auch eine per Vorratsgründung entstandene Gesellschaft als Mantel bezeichnen, allerdings ist die hier vorgeschlagene semantische Differenzierung als Hinweis auf die differente Entstehungsgeschichte der jeweiligen Gesellschaft geboten.⁴

I. Zurückgebliebener Mantel

Die Entstehung einer Mantelgesellschaft geschieht ohne weiteres Zutun. Sie setzt voraus, dass die Gesellschaft kein aktives Unternehmen mehr betreibt, an das die Fortführung des Geschäftsbetriebs – sei es auch unter wesentlicher Umgestaltung, Einschränkung oder Erweiterung seines Tätigkeitsgebiets – in irgendeiner wirtschaftlich noch gewichtbaren Weise anknüpfen kann.⁵ Kurz: Die Gesellschaft muss ihren bisherigen Geschäftsbetrieb eingestellt haben und verfügt in der Regel über kein wirtschaftlich nennenswertes Vermögen mehr.⁶

Eine Abgrenzung zur Umstrukturierung einer Gesellschaft, bei der gerade keine Neugründung stattfindet, kann bisweilen Probleme bereiten.⁷

In praxi werden daher neben der obigen Definition die Änderung der Firma oder des

* Der *Verfasser* ist wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht, Medizinrecht sowie Privatversicherungsrecht und Tutor für Bürgerliches Recht sowie Handels- und Gesellschaftsrecht an der Universität Mannheim.

¹ Siehe hierzu auch **C. II., IV.**; *Bayer/Lieder/Hoffmann*, *GmbHR* 2022, 777 (778); beispielsweise waren 2008 unter den ersten UG-Gründungen bereits einige Vorrats-UG zu sehen, *Bayer/Hoffmann*, *GmbHR* 2018, 1156 (1161).

² So zum Beispiel *Meyding*, *Die Mantel-GmbH im Gesellschafts- und Steuerrecht*, 1989, S. 17; explizit gegen eine Differenzierung *Hell*, *GmbH-Mantelverwendung*, 2010, S. 14, 17 f.; zwischen „leerem“ und „sauberem“ Mantel differenzierend *Kantak*, *Mantelgründung und Mantelverwendung bei der GmbH*, 1989, S. 11 f.

³ Dieser plastische Begriff wird für den GmbH-Mantel bereits seit KG JW 1924, 1535 (1537) verwendet; jüngst auch KG FRPrax 2023, 24 (24) und mehrfach in BGH NJW 2010, 1459 (1459 Rn. 6 f.).

⁴ So auch *Schaub*, *NJW* 2003, 2125 (2126); *Wimber*, *Die Behandlung von Vorrats- und Mantelgesellschaften*, 2009, S. 5; *Weber*, *Gläubigerschutz bei der Verwendung von Mantel- und Vorratsgesellschaften*, 2008, S. 27 f.

⁵ BGH DStR 2010, 763 (764); KG FGPrax 2023, 24 (24); VG Stuttgart BeckRS 2024, 2199 (2199 Rn. 51).

⁶ Hierzu eingehend *Hancke*, *Vorrats- und Mantel-GmbH*, 2007, S. 23 f.

⁷ *Krafka*, *Registerrecht*, 12. Aufl. 2024, Rn. 1109; ausführlich zu dieser Abgrenzungsfrage *Winnen*, *RNotZ*, 2013, 389 (393 ff.).

Unternehmensgegenstandes, die Sitzverlegung, der Austausch der Geschäftsführung und die Veräußerung der Geschäftsanteile als Indizien für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Neugründung herangezogen.⁸

II. Vorratsgründung

Eine Vorratsgesellschaft entsteht, wenn eine Gesellschaft ohne die Absicht gegründet wird, die unternehmerische Tätigkeit in absehbarer Zeit aufzunehmen.⁹

Hierbei ist zwischen offener und verdeckter Vorratsgründung zu unterscheiden.

1. Offene Vorratsgründung

Die sog. offene Vorratsgründung liegt vor, wenn die Bestimmung der Gesellschaft als Vorratsgesellschaft bei der Bezeichnung des Unternehmensgegenstandes deutlich wird, wobei sich *in praxi* die zulässige Angabe „Verwaltung des eigenen Vermögens“ durchgesetzt hat.¹⁰

Eine solche Gründung ist nicht zu beanstanden.

2. Verdeckte Vorratsgründung

Von einer verdeckten Vorratsgründung wird gesprochen, wenn als Unternehmensgegenstand fälschlicherweise der Betrieb eines Unternehmens angegeben wird, obwohl dieser tatsächlich nur fiktiv ist oder zunächst nicht verfolgt wird.¹¹ Unschädlich ist es allerdings, wenn die Gesellschafter lediglich die üblichen Anlauf- und Vorlaufzeiten ausnutzen und daher nicht sofort zur Aufnahme des Betriebes schreiten.¹² Insbesondere liegt keine „leere Hülse“ und damit keine verdeckte Vorratsgründung vor, wenn die Gesellschaft konkrete Aktivitäten zur Planung und Vorbereitung der Aufnahme ihrer nach außen gerichteten Geschäftstätigkeit im Rahmen des Unternehmensgegenstandes entfaltet.¹³

Ist eine verdeckte Vorratsgründung erfolgt, so ist die entsprechende Satzungsbestimmung nach § 134 BGB, § 117 BGB oder unmittelbar aufgrund der

verletzten Gründungsvorschriften nichtig,¹⁴ was zur Nichtigkeit der Gesellschaftsgründung führt.¹⁵ Wurde die Gesellschaft trotzdem ins Handelsregister eingetragen, so sind eine Nichtigkeitsklage gem. § 75 GmbHG und ein Auflösungsverfahren nach §§ 397, 399 FamFG möglich, wobei gem. § 76 GmbHG der Mangel durch Gesellschafterbeschluss geheilt werden kann.¹⁶

C. Verwendung

Die Verwendungsmöglichkeiten nach (Re-)Aktivierung für die leeren Hülzen sind vielseitig.¹⁷

Hierfür muss zuerst zwischen Selbstgebrauch und Fremdgebrauch – insbesondere nach Veräußerung – differenziert und sodann auf den Vorgang der (Re-)Aktivierung eingegangen werden.

I. Selbstgebrauch

Die Gründung einer Vorratsgesellschaft oder das Ruhenlassen eines aufgrund von Umstrukturierung o.ä. verbliebenen Gesellschaftsmantels kann schon für einen etwaigen Selbstgebrauch attraktiv sein. So kann der Gründer selbst unmittelbar auf die fertig gegründete Kapitalgesellschaft zugreifen.

II. Fremdgebrauch

Daneben stellt jene fertig gegründete Kapitalgesellschaft einen nicht zu verachtenden Vermögenswert dar, für den es einen Markt gibt.

In diesem Kontext können das „Recycling“ einer Mantelgesellschaft durch deren Verkauf oder die Vorname von Vorratsgründungen als Geschäftsmodell gemeint sein.

Fest steht, dass die schnelle Eingabe der Stichworte „Mantelgesellschaft“ und „Vorratsgesellschaft“ in eine beliebige Internet-Suchmaschine eine Vielzahl

⁸ BGH FGPrax 2003, 278 (279); KG FGPrax 2023, 24 (24).

⁹ Vgl. *Altmeppen*, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 3 Rn. 56; *Wimber*, Die Behandlung von Vorrats- und Mantelgesellschaften, 2011, S. 4.

¹⁰ So schon die Leitentscheidung BGH NJW 1992, 1824 (1824); siehe auch *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 3 Rn. 11 f.

¹¹ *Auernhammer*, MittRhNotK 2000, 137 (138 ff.); *K. Schmidt*, NJW 2004, 1345 (1352).

¹² BGH NJW 1992, 1824 (1824); *Altmeppen*, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 3 Rn. 58.

¹³ BGH DSrR 2010, 763 (763); hierzu *Winnen*, RNotZ 2013, 389 (397).

¹⁴ Der BGH hat bislang offengelassen, welche Vorschrift einschlägig ist, BGH NJW 1992, 1824 (1826); zum Meinungsstand sowie der praktischen Relevanz des Streits für Einpersonengründungen *Pentz*, in: MüKo AktG, 6. Aufl. 2024, § 23 Rn. 91 und ausführlich *Ebenroth/Müller*, DNotZ 1994, 75 (78 ff.); *Hancke*, Vorrats- und Mantel-GmbH, 2007, S. 47 ff.

¹⁵ BGH NJW 1992, 1824 (1826); *Pentz*, in: MüKo AktG, 6. Aufl. 2024, § 23 Rn. 91; *Heckschen/Salomon*, Beck'sches Notar-Handbuch, 8. Aufl. 2024, § 23 Rn. 38.

¹⁶ *Altmeppen*, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 3 Rn. 57; *J. Schmidt*, in: Michalski u.a., GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 3 Rn. 114.

¹⁷ Siehe dazu unter **C. IV.**

von kommerziellen und professionalisierten¹⁸ Anbietern offenbart.

Häufig werden etliche Unternehmen auf Vorrat gegründet, die an einer laufenden Nummerierung und ähnlicher Firma erkennbar sind. Als Unternehmensgegenstand ist die Verwaltung des eigenen Vermögens eingetragen. Durch die Möglichkeit der Online-Gründung von Gesellschaften ist diese Geschäftspraxis noch einfacher geworden.¹⁹

III. (Re-)Aktivierung

Gesetzlich sind keine besonderen Voraussetzungen an die Aktivierung einer Vorrats- bzw. Reaktivierung einer Mantelgesellschaft gestellt. So könnte grundsätzlich die leere Gesellschafts-Hülse schlicht einen neuen Geschäftsbetrieb aufnehmen. Allerdings sehen die Rechtsprechung²⁰ und die herrschende Lehre²¹ – trotz anfänglicher Kritik²² – in diesem Vorgang eine wirtschaftliche Neugründung, auf die die jeweiligen Gründungsvorschriften analoge Anwendung finden.

Die mit der formellen Gründung vergleichbare Interessenlage wird darin gesehen, dass die Gesellschaft faktisch wie eine ganz neu gegründete Gesellschaft am Wirtschaftsverkehr teilnimmt.²³ Der BGH argumentierte dabei in seinen Leitentscheidungen um die Jahrtausendwende insbesondere mit der Prävention der Umgehung von den jeweiligen Gründungsvorschriften und damit dem Schutz des Rechtsverkehrs.²⁴

Beispiel 1:²⁵ Die X-GmbH wurde am 01.12.2013 mit dem Unternehmensgegenstand des Vertriebs von

Heil-, Hilfs- und Pflegemitteln und einem Stammkapital von 100.000 EUR ins Handelsregister eingetragen. Ende des Jahres 2023 verfügte sie über keine Aktiva mehr. Mitte 2024 beschließt die Gesellschafterversammlung eine Änderung der Firma in X-Vertriebs-GmbH, verlegt den Sitz, ändert den Unternehmensgegenstand in die Errichtung von Gebäuden, ersetzt die bisherigen Geschäftsführer und möchte nun die Geschäfte aufnehmen. In diesem Vorgang ist die wirtschaftliche Neugründung aus einer Mantelgesellschaft zu sehen; die Gründungsvorschriften des GmbHG finden analoge Anwendung.

Für die GmbH bedeutet dies, dass gegenüber dem Registergericht die wirtschaftliche Neugründung offenzulegen ist und insbesondere der Geschäftsführer die Versicherung analog §§ 8 Abs. 2 S. 1, 7 Abs. 2, Abs. 3 GmbHG abzugeben hat.²⁶ Er muss daher versichern, dass die in der Satzung bezeichneten Leistungen auf die Stammeinlagen bewirkt sind und der Gegenstand der Leistungen sich – weiterhin oder jedenfalls wieder – in seiner freien Verfügung befindet.

Nach einer verbreiteten Auffassung ist insbesondere bei der Mantelgründung darüber hinaus zu versichern, dass die Gesellschaft noch ein Mindestvermögen in Höhe des gesamten satzungsmäßigen und im Handelsregister verlautbarten (statutarischen) Stammkapitals besitzt.²⁷ Diese Auffassung knüpft vornehmlich an einen Beschluss des BGH aus dem Jahre 2003 an, in dem der zweite Senat feststellte, „dass im

¹⁸ Für Beispiele bei M&A Transaktionen *Linke/Fröhlich*, GWR 2014, 227 (227).

¹⁹ Im Überblick *Freiherr v. Proff*, NotBZ 2017, 171 (174 f.); *Priester*, GmbHR 2021, 1327 (1329 f.); *Keller/Schümmer*, NZG 2021, 573 (578); *J. Schmidt*, in: Michalski u.a., GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 5a Rn. 42.

²⁰ BGH NZG 2012, 539 (541); BAG NZI 2008, 450 (450 Rn. 61 f.); OLG Düsseldorf NZG 2004, 380 (381); OLG Jena NZG 2004, 1114 (1114); OLG Hamburg NZG 2005, 483 (484); OLG Celle GmbHR 2005, 1496 (1497); OLG Jena ZIP 2007, 124 (124); OLG Nürnberg FGPrax 2011, 194 (194); OLG Düsseldorf DNotZ 2013, 70 (70 Rn. 28).

²¹ *C. Schäfer*, in: Henssler/Strohn Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 3 Rn. 16; *Wicke*, in: MüKo GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 3 Rn. 32; *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 3 Rn. 12; *J. Schmidt*, in: Michalski u.a., GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 3 Rn. 128, 117; *Altmeyen*, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 3 Rn. 54; *C. Jaeger*, in: BeckOK GmbHG, 58. Ed., Stand 01.11.2023, § 3 Rn. 40; grundlegend bereits *Ulmer*, BB 1983, 1123 (1125 f.) und *Priester*, DB 1983, 2291 (2295 f.).

²² *Altmeyen*, NZG 2003, 145 (147 ff.); *Kallmeyer*, GmbHR 2003, 322 (322); *Schaub*, NJW 2003, 2125 (2126 f.); *K.*

Schmidt, NJW 2004, 1345 (1345); *Wicke*, NZG 2005, 409 (411 f.); *Habersack*, AG 2010, 845 (845); *Bachmann*, NZG 2011, 441 (442 ff.); *Hancke*, Vorrats- und Mantel-GmbH, 2007, S. 102 ff.; siehe auch den Bericht über die Diskussion des Referats Röhrich von *Teichmann*, in: Gesellschaftsrecht in der Diskussion, 2003, S. 37, 39 ff.

²³ Die wertungsmäßige Entsprechung von rechtlicher Neugründung und Mantelverwendung zutreffend herleitend *Auernhammer*, MittRhNotK 2000, 137 (142 ff.).

²⁴ BGH NJW 1992, 1824 (1825 f.) (für die Vorrats-AG); BGH NJW 2003, 892 (893) (für die Vorrats-GmbH); BGH NJW 2003, 3198 (3199) (für die Mantel-GmbH).

²⁵ Angelehnt an BGH NZG 2012, 539.

²⁶ BGH NJW 2003, 892 (893 f.); BGH NJW 2003, 3198 (3199 ff.); BGH NZG 2012, 539 (540 Rn. 13); KG FGPrax 2023, 24 (24).

²⁷ BGH NJW 2003, 3198 (3200); OLG Nürnberg FGPrax 2011, 194 (195); *Altmeyen*, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 3 Rn. 65; *Krafka*, Registerrecht, 12. Aufl. 2024, Rn. 1109b; *Lieder*, DStR 2012, 137 (139); zum Ganzen *Heidinger/Meyding*, NZG 2003, 1129 (1132).

Zeitpunkt der Offenlegung die Gesellschaft noch ein Mindestvermögen in Höhe der statutarischen Stammkapitalziffer besitzen muss²⁸. Das OLG Nürnberg verlangte daraufhin 2011 explizit, dass sich die Anmeldung auf das gesamte statutarische Stammkapital beziehen müsse.²⁹ Diese Anforderung geht evident über die Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 GmbHG hinaus,³⁰ da mehr als ein Viertel (§ 7 Abs. 2 S. 1 GmbHG) des statutarischen Stammkapitals, respektive mehr als die Hälfte (§ 7 Abs. 2 S. 2 GmbHG) des gesetzlichen Mindeststammkapitals, vorliegen müsste – nämlich 100 % der statutarischen Stammkapitalziffer.

Diese Ansicht ist daher abzulehnen. Konstruktiv handelt es sich bei der Rechtsprechung des BGH zur wirtschaftlichen Neugründung um eine Analogie betreffend die Gründungsvorschriften.³¹ Die Versicherung darf daher schon denklogisch nicht extensiver sein als bei einer erstmaligen regulären Neugründung.³² Zwar formuliert der BGH in neueren Entscheidungen diesbezüglich zurückhaltender und stellt fest, dass sich die Gründungsprüfung „jedenfalls auf die Erbringung der Mindeststammeinlagen und im Falle von Sacheinlagen auf deren Werthaltigkeit zu beziehen hat“³³. Allerdings wird insbesondere von gewerblichen Anbietern von Vorratsgesellschaften noch immer – auch unter Bezugnahme auf die frühere BGH-Rechtsprechung – darauf hingewiesen, dass bei wirtschaftlicher Neugründung die Versicherung in Bezug auf das gesamte Stammkapital abzugeben sei;³⁴ gleiches gilt für entsprechende Formularvorlagen³⁵.

Speziell für Mantelgesellschaften ist nochmal explizit darauf hinzuweisen, dass sich die zu

erbringenden Einlagen nach herrschender Meinung nicht an dem Mindeststammkapital aus § 5 Abs. 1 GmbHG, sondern an dem ggf. abweichenden statutarischen Stammkapital zu orientieren hat.³⁶

Fortsetzung Beispiel 1: Die neuen Geschäftsführer der X-Vertriebs-GmbH müssen daher neben der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht gem. § 8 Abs. 2 S. 1 GmbHG versichern, dass sich zum Zeitpunkt der Offenlegung noch mindestens ein Viertel (§ 7 Abs. 2 S. 1 GmbHG) des statutarischen Stammkapitals (100.000 EUR), also 25.000 EUR, jedenfalls aber die Hälfte des Mindeststammkapitals aus § 5 Abs. 1 GmbHG (§ 7 Abs. 2 S. 2 GmbHG), damit mindestens 12.500 EUR, wertmäßig in der freien Verfügung der Geschäftsführung befinden (str., siehe soeben)³⁷.

Das Registergericht prüft sodann analog § 9c GmbHG i.V.m. § 26 FamFG, ob zum Stichtag der Offenlegung die Mindeststammeinlagen erbracht wurden und etwaige Sacheinlagen werthaltig sind.³⁸ Hierbei beschränkt sich die Prüfung auf eine Plausibilitätskontrolle bzgl. der nach § 8 Abs. 2 GmbHG abgegebenen Versicherung und erweitert sich nur im Fall begründeter Zweifel an ihrer Richtigkeit.³⁹

Findet eine solche wirtschaftliche Neugründung statt, so ist die Satzung in aller Regel hinsichtlich des neuen Unternehmensgegenstands zu ändern; normalerweise werden auch Firma und Sitz geändert sowie

²⁸ BGH NJW 2003, 3198 (3200).

²⁹ OLG Nürnberg FGPrax 2011, 194 (195), wobei bzgl. der Vermögenssumme auch Zahlungsansprüche gegen die Gesellschafter und damit auch die Einlageverpflichtungen erfasst sein sollen.

³⁰ Dies unkritisch feststellend *Rusch*, GWR 2011, 286 (286).

³¹ BGH NJW 2003, 892 (892); BGH NJW 2003, 3198 (3199).

³² Vgl. auch *Berkefeld*, GmbHR 2018, 337 (342); *Wicke*, MüKo GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 3 Rn. 35; *Weber*, Gläubigerschutz bei der Verwendung von Mantel- und Vorratsgesellschaften, 2008, S. 139; vgl. auch OLG Stuttgart, DNotZ 2012, 154 (154 f.).

³³ BGH NZG 2012, 539 (540 Rn. 17).

³⁴ Beispielsweise https://www.sofort-gesellschaften.de/d/FAQ/faq_details.php?id=1 (zuletzt abgerufen am 14.05.2024); <https://www.vrb-gmbh.de/de/vorratsgesellschaften/gmbh/#c132> (zuletzt abgerufen am 14.05.2024).

³⁵ *Stelmaszczyk*, Beck'sche Online-Formulare Vertrag, 67. Ed. 2024, Stand: 01.12.2023, 7.8.1.3.5; *Krafka*, Registerrecht, 12. Aufl. 2024, Rn. 1109c; den Anspruch gegen die

Gesellschafter auf Zahlung der restlichen Einlagen berücksichtigend *Goslich*, Beck'sches Fb Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht, D-E, 5. Aufl. 2022, J. VI. 2.

³⁶ BGH NJW 2003, 3198 (3200); OLG Nürnberg FGPrax 2011, 194 (195); a.A. *Priester*, DB 1983, 2291 (2295 f.); *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 4 III. 3. d); zum Ganzen *Hancke*, Vorrats- und Mantel-GmbH, 2007, S. 76 ff.

³⁷ Nach anderer Ansicht muss zusätzlich versichert werden, dass die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Offenlegung noch ein Mindestvermögen in Höhe der statutarischen Stammkapitalziffer (100.000 EUR) besitzt.

³⁸ BGH NJW 2003, 892 (893); OLG Nürnberg FGPrax 2011, 194 (195); OLG Brandenburg FGPrax 2002, 129 (131); *Wicke*, MüKo GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 3 Rn. 31; *C. Jaeger*, BeckOK GmbHG, 58. Ed., Stand 01.11.2023, § 3 Rn. 42 f.

³⁹ KG NZG 2023, 888 (889 Rn. 11); *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 3 Rn. 13b; *Krafka*, Registerrecht, 12. Aufl. 2024, Rn. 980.

die Bestimmungen über die Gesellschaftsorgane neu gefasst.⁴⁰

Die entsprechenden Handelsregisteranmeldungen können zulässigerweise mit der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung verbunden werden.⁴¹

IV. Verwendungszweck

Die Möglichkeiten der Verwendung einer Mantel- oder Vorratsgesellschaft sind vielfältig. Selbstverständlich bieten sich insbesondere Verwendungszwecke an, die aus der Zeitersparnis⁴² durch das beschleunigte Gründungsverfahren Kapital schlagen können.

An dieser Stelle wird daher auf einige unterschiedliche Verwendungsoptionen eingegangen, um einen Eindruck der Verwendungsfülle zu geben.

Neben der Attraktivität von Vorratsgesellschaften für kleine Startup-Gründer⁴³ aufgrund schneller Geschäftsaufnahme werden die Gesellschaften „von der Stange“ auch von großen Unternehmensgruppen und Fonds z.B. als Akquisitionsvehikel sog. *special purpose vehicle* (SPV) eingesetzt, um etwa bei grenzüberschreitenden Sachverhalten Zielgesellschaften aufzukaufen.⁴⁴ Beteiligt sich das SPV an einem Bieterverfahren, tritt es als *bidding company* (BidCo) auf.⁴⁵ Nach der Transaktion kann das Vehikel dann entweder selbst operativ tätig werden, sog. *operating company* (OpCo), oder hält schlicht die Anteile an der eigenständig operativ tätigen Zielgesellschaft, sog. *holding company* (HoldCo).⁴⁶

Besonders attraktiv kann die Verwendung einer Vorratsgesellschaft auch dann sein, wenn ein schneller Börsengang beabsichtigt ist.⁴⁷ So ist für Vorrats-AG im Rahmen der Reformen des Zukunftsfinanzierungsgesetzes die Möglichkeit eröffnet worden, diese als *special purpose acquisition company* (SPAC)⁴⁸

einzusetzen: Die SPAC wird ohne eigenen Betrieb an die Börse gebracht und erwirbt später mit dem akquirierten Kapital ein nicht börsennotiertes Unternehmen (Zielgesellschaft) – durch diesen sog. De-SPAC wird Kleinanlegern faktisch die Beteiligung an Investitionschancen ermöglicht, die üblicherweise nur sehr vermögenden Anlegern durch *Private Equity* Transaktionen offenstehen.⁴⁹

Mantelgesellschaften wurden früher insbesondere zu körperschafts- und gewerbsteuerlichen Zwecken verwendet, indem etwaige zurückgebliebene Verluste für das neue Unternehmen vorgetragen wurden, was mittlerweile durch § 8c KStG deutlich eingeschränkt ist.⁵⁰

Nichtsdestotrotz kann es gerade innerhalb von Konzernen noch immer attraktiv sein, zurückgebliebene Gesellschaftsmäntel für etwaige Umstrukturierungen in der Hinterhand zu behalten, um möglichst flexibel agieren zu können.⁵¹

Ein weiterer Grund für die Verwendung eines Unternehmensmantels ist die Erhaltung der bisher geführten Firma⁵² – insbesondere, wenn diese in der Zielbranche bereits über eine gewisse Bekanntheit verfügt oder die gewünschte Assoziation trägt.

D. Haftungsgrundsätze

Neben der Konstruktion der wirtschaftlichen Neugründung als Pendant zur regulären Gründung ergeben sich auch Besonderheiten mit Blick auf die Haftungsgrundsätze des GmbHG,⁵³ auf diese wird folgend eingegangen.

Die Vermeidung von Haftungsrisiken ist ein weiterer Grund für die Verwendung einer Gesellschaftshülse.⁵⁴ Dies wird deutlich, wenn man die

⁴⁰ *Mailänder*, in: Weitnauer, Handbuch Venture Capital, 7. Aufl. 2022, Teil D. Rn. 338.

⁴¹ *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 8 Rn. 15a; *Mayer/Weiler*, Beck'sches Notar-Handbuch, 8. Aufl. 2024, § 22 Rn. 499.

⁴² Hierzu ausführlich *Wicke*, MüKo GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 3 Rn. 28; *Bohrer*, DNotZ 2003, 888 (890).

⁴³ *Wicke*, NZG 2005, 409 (410).

⁴⁴ *Tamcke/Adolph*, JA 2020, 938 (939).

⁴⁵ *Tamcke/Adolph*, JA 2020, 938 (939).

⁴⁶ Lehrreich hierzu *Tamcke/Adolph*, JuS 2019, 932 (935).

⁴⁷ *Grooterhorst*, NZG 2001, 145 (145).

⁴⁸ Vgl. *Harrer*, in: Habersack/Müllbert/Schlitt, Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, 4. Aufl. 2019, § 4 Rn. 4.155 ff.

⁴⁹ *Oxera/Kaserer*, Wie können Börsengänge für Start-ups in Deutschland erleichtert werden? Internationaler Vergleich und Handlungsempfehlungen, 2021, S. 31; *Joser*, ZIP 2023,

1006 (1007); *Harnos*, AG 2024, S53 (S53 f.); *Wittig/Hummelmeier*, WM 2024, 332 (332 f.); zum Ganzen kritisch *Florstedt*, NZG 2024, 139 (139).

⁵⁰ *Brandis*, in: Brandis/Heuermann, Ertragssteuerrecht, 170. EL, Dez. 2023, KStG § 8c Rn. 21; *Hancke*, Vorrats- und Mantel-GmbH, 2007, S. 30 ff.; *Plewka*, NJW 2011, 2562 (2565 f.); *Winnen*, RNotZ 2013, 389 (391).

⁵¹ Vgl. auch unter **C. I.**; *Wicke*, NZG 2005, 409 (410); *Winnen*, RNotZ, 2013, 389 (391).

⁵² *Weber*, Gläubigerschutz bei der Verwendung von Mantel- und Vorratsgesellschaften, 2008, S. 32 ff.; *Hell*, GmbH-Mantelverwendung, 2010, S. 13.

⁵³ Für einen systematischen Überblick über die Haftung in der GmbH und ihren Vorgesellschaften *Schlereth/Lamm*, BLJ 2023, 81.

⁵⁴ *von Bredow/Schumacher*, DStR 2003, 2032 (2032); *Wicke*, NZG 2005, 409 (410); *Hancke*, Vorrats- und Mantel-

Haftungsfolgen einerseits mit und andererseits ohne ordnungsgemäße⁵⁵ Offenlegung der Neugründung gegenüber dem Registergericht vergleicht.

I. Geschäftsaufnahme nach Offenlegung der Neugründung

Wird die wirtschaftliche Neugründung ordnungsgemäß gegenüber dem Registergericht offengelegt, so kann diese wie eine regulär gegründete GmbH im Geschäftsverkehr auftreten.⁵⁶

Die Offenlegung stellt insofern eine Zäsur dar; ab diesem Zeitpunkt steht die GmbH etwaigen Gläubigern grundsätzlich als einzige Schuldnerin mit ihrem gesamten Gesellschaftsvermögen zur Verfügung (§ 13 Abs. 1, 2 GmbHG).

Beispiel 2: A und B wollen ihre Geschäftsidee möglichst schnell in die Tat umsetzen. Sie erwerben daher gemeinsam die Y-Vorrats-GmbH. Hierzu übernehmen A und B jeweils 50 % der Gesellschaftsanteile (ein Anteil = ein Euro). Das statutarische Stammkapital entspricht dem gesetzlichen Mindeststammkapital von 25.000 EUR. In einer Handelsregisteranmeldung ändern sie den Geschäftszweck, bestellen Geschäftsführer, verlegen den Sitz, passen die Firma an und setzen das Registergericht darüber in Kenntnis, dass es sich um eine Vorratsgründung handelt. Die Versicherungen gem. § 8 Abs. 2 GmbHG werden ordnungsgemäß und wahrheitsgemäß abgegeben. Nimmt die Gesellschaft nun die Geschäfte auf, ergibt sich kein Unterschied zu einer regulär gegründeten GmbH.⁵⁷

Verläuft der Prozess der wirtschaftlichen Neugründung wie in **Beispiel 2** idealtypisch, dann materialisiert sich der Haftungsvorteil: Die Gesellschafter können alsbald die Geschäfte aufnehmen, ohne sich bis zur notariellen Beurkundung des Gesellschaftsvertrages innerhalb einer Vorgründungsgesellschaft⁵⁸ (GbR oder OHG) der persönlichen Haftung unterwerfen zu müssen. Auch die Handelndenhaftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG und die Verlustdeckungshaftung⁵⁹ im

Gründungsstadium⁶⁰ (ab notarieller Beurkundung des Gesellschaftsvertrages bis zur Handelsregistereintragung) wird hierdurch umschifft.⁶¹

Mit der unter **C. III.** dargestellten analogen Anwendung der Gründungsvorschriften geht die analoge Anwendung der Kapitalaufbringungsvorschriften einher. Dies betrifft insbesondere die §§ 9, 16 Abs. 2, 19, 20, 24 GmbHG und die Unterbilanzhaftung.⁶² Die einzige Besonderheit ergibt sich insofern daraus, dass der maßgebliche Zeitpunkt der Bewertung der Einlagen nicht die Anmeldung zum Handelsregister, sondern die Offenlegung gegenüber dem Registergericht ist.⁶³

Fortsetzung Beispiel 2: Im Rahmen der wirtschaftlichen Neugründung haben A und B den Gesellschaftsvertrag dahingehend geändert, dass A sein Kfz als Sacheinlage einbringen soll. Das restliche Stammkapital soll mit Barmitteln aufgefüllt werden. Im Zeitpunkt der Übereignung hatte das Kfz einen Wert von 10.000 EUR. Als A und B die wirtschaftliche Neugründung gegenüber dem Registergericht offenlegen, ist der Wert aufgrund eines konjunkturellen Einbruchs auf 5.000 EUR gesunken. A und B können nun wegen analoger Anwendung des § 7 Abs. 3 GmbHG die Versicherung des § 8 Abs. 2 GmbHG nicht abgeben. A muss analog § 9 Abs. 1 S. 1 GmbHG 5.000 EUR nachschießen.

Beispiel 3:⁶⁴ Wie im Grundfall von **Beispiel 1** soll eine Mantelgesellschaft mit statutarischem Stammkapital i.H.v. 100.000 EUR reaktiviert werden. Zum Zeitpunkt der Offenlegung ist kein Kapital mehr vorhanden. Die Gesellschafter trifft nun eine Zahlungspflicht gegenüber der Gesellschaft i.H.v. 100.000 EUR entsprechend ihren Beteiligungsverhältnissen (*pro rata*). Diese Pflicht kann man entweder mit einem Wiederaufleben der Einzahlungspflichten aus §§ 14 S. 1, 19 GmbHG oder der Unterbilanzhaftung begründen.⁶⁵ Da das Stammkapital in der Vergangenheit

GmbH, 2007, S. 35 f; *Hell*, GmbH-Mantelverwendung, 2010, S. 9 f.

⁵⁵ Siehe unter **C. III.**

⁵⁶ Vgl. BGH NZG 2012, 539 (540 f. Rn. 16 ff.).

⁵⁷ Dazu ausführlich *Schlereth/Lamm*, BLJ 2023, 81 (84 ff.).

⁵⁸ Zum Ganzen *Raff*, in: Rowedder/Pentz, GmbHG, 7. Aufl. 2022, § 2 Rn. 131 ff.; *Heinze*, in: MüKo GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 2 Rn. 261 f.

⁵⁹ Siehe dazu **D. II.**

⁶⁰ Zur Haftung im Gründungsstadium *Schlereth/Lamm*, BLJ 2023, 81 (81 ff.).

⁶¹ Siehe aber **D. II.**

⁶² Vgl. jeweils m.w.N. *Wicke*, GmbHG, 4. Aufl. 2020, § 3 Rn. 12; *Raff*, in: Rowedder/Pentz, GmbHG, 7. Aufl. 2022, § 3 Rn. 38 ff.

⁶³ BGH NJW 2003, 3198 (3200); OLG München, NZG 2010, 544 (545).

⁶⁴ Angelehnt an BGH NZG 2012, 539; vgl. auch für ein weiteres Fallbeispiel *Schlereth/Lamm*, BLJ 2023, 81 (83).

⁶⁵ Zu beiden Begründungsvarianten *Berkefeld*, GmbHR 2018, 337 (339 ff.).

bereits vollständig eingezahlt war, sprechen die besseren Gründe für die Anwendung der Unterbilanzhaftung.⁶⁶

II. Geschäftsaufnahme ohne Offenlegung der Neugründung

Problematischer ist der Fall, dass eine Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht nicht erfolgt oder fehlerhafte Angaben gemacht werden. Hier ergeben sich neben der soeben dargestellten analogen Anwendbarkeit der Kapitalaufbringungsvorschriften weitere Besonderheiten.

Letzteres Problem der fehlerhaften Angaben lässt sich wieder unter Rückgriff auf die analoge Anwendung der gesetzlichen Gründungsvorschriften auflösen. Analog § 9a GmbHG haften Gesellschafter und Geschäftsführer im Innenverhältnis zur Gesellschaft für unwahre Angaben gegenüber dem Registergericht.⁶⁷ Allerdings ist § 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG aufgrund des strafrechtlichen Analogieverbotes (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB) nicht anwendbar; damit sind falsche Angaben nicht strafbar.⁶⁸

Eine weitere Besonderheit ergibt sich daraus, dass mangels Offenlegung ein Stichtag für die Einlagenbewertung fehlt. Nach Rechtsprechung des BGH ist daher auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem die Gesellschaft im Rechtsverkehr erstmals in Erscheinung tritt.⁶⁹ Dies kann entweder durch die Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder Anmeldung der Satzungsänderungen beim Handelsregister⁷⁰ erfolgen.⁷¹ Wird nach Geschäftsaufnahme oder Anmeldung der Satzungsänderung die wirtschaftliche Neugründung nachträglich offengelegt, so ändert sich der Stichtag für die Einlagenbewertung nicht.⁷²

Beispiel 4: Wie im Grundfall von **Beispiel 2** möchten A und B möglichst schnell die wirtschaftliche Tätigkeit aufnehmen und erwerben zu diesem Zweck eine Vorrats-GmbH. Nur unterlassen A und B dieses Mal

die Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht und ändern lediglich den Gesellschaftszweck, bestellen Geschäftsführer, verlegen den Sitz, und passen die Firma an. Bei der Bewertung, ob A und B Einlagen nachschießen müssen, ist nun auf eine etwaige Unterbilanz im Zeitpunkt der Handelsregisteranmeldungen abzustellen.

Eine über die Stammeinlage hinausgehende Verlustdeckungshaftung der Gesellschafter, wie im Rahmen der Vor-GmbH, die ihre Geschäfte vor der Handelsregistereintragung aufnimmt, findet nicht statt.⁷³ Dies hängt damit zusammen, dass vor der wirtschaftlichen Neugründung bereits eine fertige juristische Person besteht – bei der Vor-GmbH dagegen noch nicht.⁷⁴

Beispiel 5: A und B erwerben je 50 % der Anteile an der Z-GmbH, die seit 10 Jahren inaktiv ist. Das statutarische Stammkapital beträgt 50.000 EUR. Umfangreiche Handelsregistereintragungen und eine Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht erfolgen nicht. Nun nehmen A und B die Geschäfte auf. Zu diesem Zeitpunkt sind 40.000 EUR Stammeinlage aufgebraucht. Das Geschäftsmodell geht nicht auf und die Z-GmbH muss mit etlichen Verlusten Insolvenz anmelden. Der Insolvenzverwalter wird nun A und B jeweils (*pro rata*) zum Ausgleich der Unterbilanz auffordern. Stichtag ist die Geschäftsaufnahme. Daher haften A und B je i.H.v. 20.000 EUR.

Der wesentliche Unterschied zu der Situation der ordnungsgemäßen Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung (vgl. **D. I.**) ist daher die Umkehr der

⁶⁶ Vgl. BGH NZG 2012, 539 (540 Rn. 15); OLG München NZG 2010, 544 (546); siehe auch den Fall bei C. Schäfer, Gesellschaftsrecht, 2023, § 32 Rn. 24.

⁶⁷ BGH NZG 2011, 1066 (1068 Rn. 13); BGH NZG 2012, 539 (542 Rn. 25); OLG Brandenburg NZG 2002, 641 (643); OLG Jena NZG 2004, 1114 (1115); OLG Oldenburg NZG 2008, 32 (35); *Altmeppen*, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 3 Rn. 67; gegen eine analoge Anwendung *Berkefeld*, GmbHR 2018, 337 (344 f.).

⁶⁸ BGH NZG 2012, 539 (542 Rn. 27) m.w.N.

⁶⁹ BGH NZG 2012, 539 (539 Rn. 7); BGH NZG 2014, 264 (264 Rn. 8); für eine zeitlich unbeschränkte Unterbilanzhaftung bis zur ordnungsgemäßen Anmeldung noch OLG Jena

NZG 2004, 1114 (1115); OLG München NZG 2010, 544 (546); K. Schmidt, NJW 2004, 1345 (1347).

⁷⁰ Gegen Handelsregisteranmeldungen als hinreichende Zäsur *Strohn*, DB 2012, 1137 (1142); *Raff*, in: Rowedder/Pentz, GmbHG, 7. Aufl. 2022, § 3 Rn. 35.

⁷¹ BGH NZG 2012, 539 (541 Rn. 20, 23); BGH NZG 2014, 264 (264 Rn. 8); KG BeckRS 2016, 20044 (Rn. 10); *Wicke*, in: MüKo GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 8 Rn. 69; *Altmeppen*, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 3 Rn. 69.

⁷² Hierzu eingehend *Tavakoli*, NJW 2012, 1855 (1856).

⁷³ Vgl. zur Verlustdeckungshaftung *Schlereth/Lamm*, BLJ 2023, 81 (82).

⁷⁴ BGH NZG 2012, 539 (542 Rn. 24 ff.).

Beweislast.⁷⁵ Diese liegt im Falle der unterlassenen Offenlegung bei den Gesellschaftern.⁷⁶ In **Beispiel 5** müssten A und B beweisen, dass zum Zeitpunkt der Geschäftsaufnahme bereits 50.000 EUR eingebracht waren. Hätten sie die wirtschaftliche Neugründung offengelegt, so hätte die Gesellschaft und damit der Insolvenzverwalter beweisen müssen, dass in diesem Zeitpunkt das statutarische Stammkapital nicht vorhanden war.⁷⁷

Mit Blick auf das Eingreifen der Unterbilanzhaftung ist umstritten, unter welchen persönlichen Voraussetzungen sie für die einzelnen Gesellschafter greift. Zum einen wird auch an dieser Stelle der im Rahmen der regulären Neugründung bekannte Streit⁷⁸ darüber ausgetragen, ob es überhaupt der Zustimmung der Gesellschafter bedarf, um eine sie betreffende Unterbilanzhaftung zu begründen. Der BGH hat dies 2012 auch für die wirtschaftliche Neugründung bejaht und führt damit die Linie der Rspr.⁷⁹ betreffend die reguläre Neugründung fort.⁸⁰ Legt man dies – trotz beachtlicher Kritik –⁸¹ zugrunde, so stellt sich zum anderen die Folgefrage, ob die Zustimmung bzw. Einwilligung aller Gesellschafter notwendig ist,⁸² oder ob es für die Begründung der individuellen Unterbilanzhaftung genügt,⁸³ dass der betroffene Gesellschafter zugestimmt hat.

Erkennt man die Anwendung der Unterbilanzhaftung für die wirtschaftliche Neugründung an, so sprechen die besseren Gründe für die letztgenannte Ansicht. Stimmt also ein (nicht unmittelbar handelnder) Gesellschafter der Aufnahme der Geschäfte bzw. umfassenden Handelsregisteranmeldungen zu und tritt die Gesellschaft hierdurch erstmals im Rechtsverkehr in Erscheinung, so haftet dieser nach Maßgabe der Unterbilanzhaftung.

Beispiel 6: Wie im Grundfall von **Beispiel 1** soll eine Mantelgesellschaft mit statutarischem Stammkapital

i.H.v. 100.000 EUR reaktiviert werden. Die Gesellschaftsanteile wurden je zu gleichen Teilen von A, B, C und D übernommen. Es findet keine Offenlegung gegenüber dem Registergericht statt. Zum Zeitpunkt der Vornahme des ersten Rechtsgeschäfts zur Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit weist das Gesellschaftsvermögen einen negativen Saldo auf. Für die Gesellschaft treten A und B als Geschäftsführer auf. C weiß von diesen Vorgängen und befürwortet sie. D war weder mit dem Geschäft einverstanden noch rechnet er mit einer unmittelbar bevorstehenden Geschäftsaufnahme. Nach hier vertretener Meinung trifft A, B und C die Pflicht zum Ausgleich einer etwaigen Unterbilanz zum Zeitpunkt der Geschäftsaufnahme. Damit haften A, B und C nach den Grundsätzen der Unterbilanzhaftung pro rata, also über je 25 %, bis zum Ausgleich einer etwaigen Unterbilanz, orientiert an der statutarischen Stammkapitalziffer. Die Beweislast für die Höhe des Gesellschaftsvermögens (hier bezogen auf den negativen Saldo) tragen A, B und C.

Für diese Lösung sprechen insbesondere folgende Gründe: Erstens folgt diese Lösung dem Verantwortungsprinzip: Nur aber auch gerade diejenigen Gesellschafter werden gegenüber der Gesellschaft zur Haftung berufen, denen die wirtschaftliche Neugründung zuzurechnen ist – die also dafür verantwortlich sind. Würde man die Zustimmung aller Gesellschafter verlangen, so wäre die Unterbilanzhaftung durch bewusste Umgehung einzelner Gesellschafter ausschließbar.⁸⁴ Zweitens ergibt sich im Zusammenspiel mit der analogen Anwendung von § 11 Abs. 2 GmbHG (dazu sogleich) kein Wertungswiderspruch. Es werden nach dieser Lösung nämlich auch diejenigen berücksichtigt, die nicht selbst im Rechtsverkehr aufgetreten sind, aber die Handelnden zu ihrem Auftreten bekräftigt haben. Drittens muss das schutzwürdige Vertrauen der jeweiligen Gesellschaftsgläubiger

⁷⁵ Jeep, NZG 2012, 1209 (1212); Winnen, RNotZ 2013, 389 (409); C. Schäfer, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2023, § 32 Rn. 23.

⁷⁶ BGH NZG 2012, 539 (544 Rn. 42) m.w.N.

⁷⁷ Vgl. BGH NZG 1998, 102 (102); BGH NZG 2003, 393 (394); BGH NZG 2012, 539 (544 Rn. 41).

⁷⁸ Im Überblick Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 11 Rn. 102 mit Fn. 247.

⁷⁹ BGH NJW 1981, 1373 (1375); OLG Hamburg BeckRS 2013, 716; LG Meiningen BeckRS 2016, 116579.

⁸⁰ BGH NZG 2012, 539 (543 Rn. 36).

⁸¹ Hancke, Vorrats- und Mantel-GmbH, 2007, S. 124 f.; Pentz, in: FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 871, 888 f.

⁸² So J. Schmidt, in: Michalski u.a., GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 3 Rn. 124; Altmeyen, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 3 Rn. 68; Bayer, GmbHR 2011, 1034 (1036); wohl auch BGH NZG 2012, 539 (540 Rn. 15).

⁸³ Dies bejahend Berkefeld, GmbHR 2018, 337 (341); Ulmer/Löbbe, in: Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 3 Rn. 166; Merkt, in: MüKo GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 11 Rn. 211; ganz gegen das Zustimmungserfordernis unter Hinweis auf die unbeschränkte Vertretungsmacht der Geschäftsführer Ulmer, ZIP 2012, 1265 (1270 f.); Scheller, in: Scholz, GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 3 Rn. 200.

⁸⁴ So auch Berkefeld, GmbHR 2018, 337 (341) m.w.N.

Berücksichtigung finden.⁸⁵ Erkennt man die analoge Anwendung der Gründungsvorschriften für die wirtschaftliche Neugründung an, so ist die Unterbilanzhaftung integraler Bestandteil des anwendbaren Gläubigerschutzsystems. Tritt die Gesellschaft sodann im Außenverhältnis in Erscheinung, kann über die Pflicht der Beteiligten zum Ausgleich der Unterbilanz nicht entscheidend sein, ob Uneinigkeiten im Innenverhältnis bestanden.

Die Unterbilanzhaftung wird durch analoge Anwendung der Handelndenhaftung aus § 11 Abs. 2 GmbHG ergänzt.⁸⁶ Nach § 11 Abs. 2 GmbHG haftet derjenige, der für die Vor-GmbH vor Handelsregistereintragung im Namen der Gesellschaft Verbindlichkeiten begründet hat, unmittelbar im Außenverhältnis.⁸⁷ Da bei der wirtschaftlichen Neugründung keine Vorgesellschaft besteht, gilt § 11 Abs. 2 GmbHG nur dann analog, wenn noch keine Offenlegung stattgefunden hat.⁸⁸ Die vergleichbare Interessenlage zur vorzunehmenden Handelsregisteranmeldung besteht hier darin, dass der Geschäftsführer zur ordnungsgemäßen Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung angehalten werden soll.⁸⁹

Insofern wird die gem. §§ 35 Abs. 1, 37 Abs. 2 GmbHG bestehende unbeschränkte Vertretungsmacht der Geschäftsführer der GmbH vor Offenlegung insoweit modifiziert, als dass sie zur persönlichen Haftung berufen werden. Dies kann aber nur dann gelten, wenn die Gesellschafter der Geschäftsaufnahme nicht zugestimmt haben.⁹⁰ Jedenfalls ab dem Zeitpunkt der Zustimmung ist der Rechtsverkehr sodann durch das Eingreifen der Unterbilanzhaftung geschützt.⁹¹

Fortsetzung Beispiel 6: A und B haften daher im Außenverhältnis analog § 11 Abs. 2 GmbHG. C ist trotz Zustimmung kein Handelnder i.S.v. § 11 Abs. 2 GmbHG. Auch D trifft keine Haftung. Damit werden A und B im Innenverhältnis zum Ausgleich der Unterbilanz und im Außenverhältnis zur Handelndenhaftung berufen.⁹² C haftet lediglich auf den Ausgleich der Unterbilanz (siehe im Grundfall).

E. Zusammenfassung

Wie gezeigt halten die (nicht so) leeren Hülsen im Rahmen von Vorratsgründung und Mantelverwendung nicht nur etliche Überraschungen in Form von Gründungs- und Haftungsfragen, sondern auch in Bezug auf Verwendungs- und Kommerzialisierungsoptionen parat. Trotz seit Jahrzehnten ausgetragenen dogmatischen Streits sind insbesondere Haftungsfragen bis heute nicht abschließend geklärt.⁹³

Die Praxis kann sich allerdings dank mehrerer Grundsatzurteile des BGH⁹⁴ an größtenteils klaren Leitlinien orientieren und die theoretische Auseinandersetzung der Literatur überlassen.

Festzustellen bleibt, dass Vorrats- und Mantelgesellschaften aufgrund ihrer Flexibilisierungsfunktion auch zukünftig relevant bleiben und auf ihre Entwicklung in Wissenschaft und Praxis besonderes Augenmerk gelegt werden sollte.⁹⁵

⁸⁵ Ähnl. *Berkefeld*, GmbHR 2018, 337 (341).

⁸⁶ BGH NZG 2003, 972 (975); BGH NZG 2011, 1066 (1067 f. Rn. 13); OLG Jena NZG 2004, 1114 (1115); *Hüffer*, NZG 2011, 1257 (1260); *Lieder*, DStR 2012, 137 (141); *Schaefer/Steiner/Link*, DStR 2016, 1166 (1166); *Geißler*, DZWIR 2017, 151 (160); *C. Jaeger*, in: BeckOK GmbHG, 59. Ed., Stand 01.02.2024, § 3 Rn. 43; gegen eine analoge Anwendung *Auernhammer*, MittRhNotK 2000, 137 (152 ff.); *Heidinger/Meyding*, NZG 2003, 1129 (1134); *Pelz*, RNotZ 2003, 415 (426 f.); *Simon/Hecht*, in: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 5. Aufl. 2021, § 3 Rn. 86; *Raff*, in: Rowedder/Pentz, GmbHG, 7. Aufl. 2022, § 3 Rn. 39; *Merkt*, in: MüKo GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 11 Rn. 226; *Hancke*, Vorrats- und Mantel-GmbH, 2007, S. 125 ff.

⁸⁷ Siehe *Schlereth/Lamm*, BLJ 2023, 81 (84).

⁸⁸ BGH NZG 2003, 972 (975); BGH NZG 2011, 1066 (1067 Rn. 12).

⁸⁹ *Hüffer*, NZG 2011, 1257 (1259); vgl. auch die Handlungsanweisungen für Geschäftsführer bei *Seibt*, NJW-Spezial 2004, 75 (76).

⁹⁰ BGH NZG 2003, 972 (975); BGH NZG 2011, 1066 (1067 Rn. 8, 11).

⁹¹ Hauptzweck der Handelndenhaftung ist insoweit das Ausfüllen von Haftungslücken, vgl. BGH NZG 2011, 1066 (1067 f. Rn. 12 f.) m.w.N.; *Lieder*, DStR 2012, 137 (141).

⁹² Zu dieser kumulativen Haftung *Altmeyden*, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 11 Rn. 116.

⁹³ *Geißler*, DZWIR 2017, 151 (151); *Berkefeld*, GmbHR 2018, 337 (337); *Priester*, GmbHR 2021, 1327 (1327); *Mayer/Weiler*, Beck'sches Notar-Handbuch, 8. Aufl. 2024, § 22 Rn. 505.

⁹⁴ Insbesondere BGH NJW 2003, 892 (für die Vorrats-GmbH); BGH NJW 2003, 3198 (für die Mantel-GmbH); siehe zu den verbleibenden Problemen der Praxis *Haas/Wolf*, ZAP 2022, 729 (736 ff.).

⁹⁵ So auch *Conte/Dello Russo*, BB 2023, 2947 (2956); interessant sind beispielsweise Fragen zur Verwendung von Vorrats-SE, vgl. *Bayer/Lieder/Hoffmann*, GmbHR 2022, 777 (784 Rn. 18); siehe auch *Schlosser*, RdA 2022, 350.

„Persönliche Haftung der GbR-Gesellschafter und Regressansprüche gegen die Gesellschaft sowie Mitgesellschafter“

- Examensklausurenkurs vom 06.04.2024 -

Von Professor Dr. **Johannes Wertenbruch**, Wiss. Mitarbeiter **Konstantin Döring**
und Stud. Hilfskraft **Melina Swiety**, Marburg*

Leistungsstufe: Examensklausurenkurs (EKK)

Schwierigkeitsgrad: gehoben bis schwer

Bearbeitungszeit: 5 Stunden

Klausurthemen und -probleme:

1) Akzessorische Gesellschafterhaftung nach § 721 BGB

2) Aufwendungsersatzanspruch aus § 716 BGB gegen die GbR und horizontaler Gesamtschuldregress zwischen den Gesellschaftern nach § 426 Abs. 1 und 2 BGB

3) Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters (Änderung durch das MoPeG)

Sachverhalt¹

Die aus den Gesellschaftern A, B und C bestehende und im Gesellschaftsregister eingetragene A-GbR ist im Rahmen eines kleingewerblichen Geschäftsbetriebs auf die Beförderung von Personen mit Sondergepäck zu Flughäfen und sonstigen Zielorten spezialisiert. C, der eine Einlage in Höhe von 10.000 Euro geleistet hat, ist durch den Gesellschaftsvertrag von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen. A und B sind alleinvertretungsberechtigt. Frau A und Herr B haben ebenfalls eine Einlage in Höhe von jeweils 10.000 Euro geleistet. Am 15.2.2024 wird von allen Gesellschaftern vereinbart, dass C zum 1.3.2024 gegen Zahlung einer dem aktuellen Wert seiner Beteiligung entsprechenden Abfindung aus der GbR ausscheidet. Das Ausscheiden des C aus der GbR wird am 1.3.2024 durch Zahlung einer unter Berücksichtigung der aktuellen Vermögenslage (einschließlich Gesellschaftsverbindlichkeiten) ordnungsgemäß berechneten Abfindung in Höhe von 7.000 Euro vollzogen. Die

Eintragung des Ausscheidens des C in das Gesellschaftsregister und die Bekanntmachung dieser Änderung erfolgen am 5.3.2024. Zu den zum Stichtag 29.2.2024 bestehenden Verbindlichkeiten der GbR gehört eine am 1.4.2024 fällig werdende Restkaufpreisforderung in Höhe von 3.000 Euro des Gebrauchtwagenhändlers G, der Anfang Februar 2024 auf Grundlage eines zwischen ihm und der GbR, vertreten durch A, am 31.1.2024 geschlossenen Kaufvertrags einen Kleintransporter zum Preis von 18.000 Euro an die GbR vertragsgemäß geliefert hat.

Die auf Erforschung des Sozialverhaltens von Wildtieren spezialisierte Wissenschaftlerin W hat eine mehrwöchige Expedition im Serengeti-Nationalpark (Tansania) geplant, die am 15.3.2024 beginnen soll. Gebucht wurde von ihr ein Flug von Frankfurt am Main nach Daressalam am 14.3.2024. Mit der A-GbR, vertreten durch B, vereinbarte W am 23.2.2024 eine Abholung am 14.3.2024 um 7.00 Uhr an ihrem Wohnort für die Fahrt zum Flughafen Frankfurt. Im Rahmen des Gesprächs mit B gab W auch ihre Flugnummer an und wies zudem besonders auf die vorgesehene Abflugzeit hin. Zum Sondergepäck der W gehören zwei Zelte, Filmkameras und Fernrohre. Der von der GbR für die Ausführung des Auftrags eingeteilte angestellte Fahrer F schätzt am Morgen des 14.3.2024 den Zeitaufwand für die Anfahrt zum Wohnsitz der W falsch ein, sodass er dort erst um 8.15 Uhr ankommt. Bei der Fahrt zum Flughafen verpasst F aufgrund einer Unachtsamkeit die Flughafen-Ausfahrt, sodass er in Richtung Frankfurter-Innenstadt weiterfahren muss und dann nach Verlassen der Autobahn in stockenden Berufsverkehr gerät. W erreicht dadurch das für ihren Flug bestimmte Abfluggate erst 30 Minuten nach dem „letzten Aufruf“ und kann am gebuchten Flug nicht mehr teilnehmen. Die verständigte Gesellschafterin A entschuldigt sich bei W für die entstandenen Unannehmlichkeiten und fährt sie – nach durchgeführter

* *Johannes Wertenbruch* ist Inhaber der Professur für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Philipps-Universität Marburg. *Konstantin Döring* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand. *Melina Swiety* ist studentische Hilfskraft an der Professur.

¹ Die Klausur wurde am 06.04.2024 im Examensklausurenkurs an der Philipps-Universität Marburg gestellt und war zum großen Teil auf Grundlage des noch nicht rechtformierten Personengesellschaftsrechts eine Original-Examensklausur des Prüfungstermins I/2023.

Umbuchung auf einen Flug von Amsterdam nach Daresalam am Folgetag – zum Flughafen Amsterdam Schiphol. Die Mehraufwendungen der W für eine Hotelübernachtung und den Ersatzflug betragen 800 Euro.

1. G fordert am 5.4.2024 von C persönlich die Zahlung von 3.000 Euro. Mit Recht?
2. Kann C, wenn er 3.000 Euro an G zahlt, von der A-GbR und/oder A und B Regress verlangen?
3. Kann W von der GbR und C persönlich die Mehraufwendungen in Höhe von 800 Euro beanspruchen?

Vorbemerkung

Die Klausur behandelt schwerpunktmäßig Fragen der persönlichen Haftung und des Regresses bei Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer GbR. Das Ausscheiden lässt die persönliche Haftung – in den Grenzen der Nachhaftung (§ 728b BGB) – grundsätzlich unberührt. Beim Regress gegen die GbR ist dann allerdings § 716 BGB wegen fehlender Gesellschafterstellung nicht mehr anwendbar, sondern § 426 BGB (h.M.) oder § 670 BGB. Beim Gesamtschuldregress gegen die früheren Mitgesellschafter ist ein eigener Verlustanteil – anders als bei unveränderter Gesellschafterstellung – nicht mehr anzurechnen, weil der Anteil an den Gesellschaftsverbindlichkeiten gem. § 728 BGB schon bei der Berechnung der Abfindung berücksichtigt worden ist und der Ausgeschiedene nach dieser Vorschrift im Innenverhältnis von Gesellschaftsschulden freigestellt werden muss. Der Sachverhalt enthält einen deutlichen Hinweis auf die Berücksichtigung der aktuellen Gesellschaftsschulden bei der Festsetzung der Abfindung.

In dem Fall, in dem das Ausscheiden aus der GbR nach Begründung eines Schuldverhältnisses, aber vor einer von der GbR zu vertretenden Handlung erfolgt, die einen Schadensersatzanspruch gegen die GbR begründet, greift die Nachhaftungsbegrenzung des § 728b Abs. 1 S. 2 BGB Platz.

² In eine OHG wandelt sich die GbR nur um, wenn zwischenzeitlich der Betrieb eines Handelsgewerbes i.S.d. § 105 Abs. 1 HGB aufgenommen wird (dann sog. Ist-OHG) oder eine konstitutive Handelsregistereintragung nach § 107 Abs. 1 HGB erfolgt. Ist die GbR im Gesellschaftsregister eingetragen, kann der Rechtsformwechsel zur OHG oder KG gem. § 106 Abs. 3 HGB nur durch Anmeldung des

Gutachten (Lösungsvorschlag)

Aufgabe 1 – Kaufpreisforderung des G

I. Anspruch des G gegen C aus § 433 Abs. 2 i.V.m. § 721 S. 1 BGB

1. Bestehen einer GbR

Das Vorliegen einer GbR ist laut Sachverhalt zu bejahen, da ein Gesellschaftsvertrag (§ 705 Abs. 1 BGB) besteht und die Aufnahme des Geschäftsbetriebs (§ 719 Abs. 1 BGB) ebenfalls gegeben ist. Die Außen-GbR ist gem. § 705 Abs. 2 Var. 1 BGB rechtsfähig. Eine OHG liegt nicht vor, da die Gesellschaft nach den Sachverhaltsangaben kein Handelsgewerbe iSd §§ 105 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 HGB, sondern nur einen kleingewerblichen Geschäftsbetrieb unterhält.²

2. Gesellschaftsverbindlichkeit

Die Verbindlichkeit der A-GbR aus § 433 Abs. 2 BGB folgt aus dem im Januar 2024 mit G geschlossenen Kaufvertrag über einen Kleintransporter. Die GbR wurde dabei wirksam durch A gem. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB vertreten, wobei sich ihre (organschaftliche) Vertretungsmacht in Abweichung zu dem (dispositiven) gesetzlichen Regelfall der Gesamtvertretungsbefugnis durch alle Gesellschafter gemeinsam nach § 720 Abs. 1 Hs. 1 BGB, aus einer im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Einzelvertretungsmacht ergibt, § 720 Abs. 1 Hs. 2 BGB.³ Mangels gegenteiliger Sachverhaltsangaben ist davon auszugehen, dass diese abweichende Vertretungsregelung auch im Gesellschaftsregister eingetragen worden ist. Der Umfang der Vertretungsmacht erstreckt sich gem. § 720 Abs. 3 BGB auf alle Geschäfte der Gesellschaft.

3. Gesellschafterstellung und Nachhaftung des C gem. § 728b BGB

a) Gesellschafterstellung

Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses (Januar 2024) zwischen der GbR und G war der C noch nicht aus der Gesellschaft ausgeschieden, sodass seine persönliche Haftung aus § 721 S. 1 BGB entstanden ist.

b) Nachhaftung

An dieser Rechtslage änderte sich durch seinen Austritt aus der GbR zum 1.3.2024 erst einmal nichts, da seine wirksam begründete Haftung nach § 728b Abs. 1

Statuswechsels nach § 707c Abs. 1 BGB beim Gesellschaftsregister als Ausgangsregister erfolgen, vgl. dazu Ebenroth/Boujong/Wertenbruch, 5. Aufl. 2024, § 107 HGB Rn. 57.

³ Vgl. zu den Einzelfragen der Vertretung der GbR, OHG und KG nach MoPeG Wertenbruch, GmbHR 2024, 1 ff.

S. 1 BGB in den dort bestimmten zeitlichen Grenzen fortwirkt. Die Nachhaftung besteht gem. § 728b Abs. 1 S. 1 BGB für vor dem Ausscheiden des Gesellschafters begründete Forderungen, sofern sie innerhalb von fünf Jahren nach dem Ausscheiden fällig werden.⁴ Dass die Forderung des G gegen die GbR erst nach dem Ausscheiden des C fällig geworden ist, steht daher nach dem eindeutigen Wortlaut des § 728b Abs. 1 S. 1 BGB seiner Nachhaftung i.H.v. 3000 € nicht entgegen.

4. Einreden und Einwendungen nach § 721b Abs. 1 BGB

Die Voraussetzungen einer Einrede des nicht erfüllten Vertrags (§ 721b Abs. 1 i.V.m. § 320 Abs. 1 S. 1 BGB) sind offensichtlich nicht gegeben, da G seine Leistungspflicht erfüllt hat.

5. Ergebnis

G kann damit die Zahlung der 3000 € aus § 433 Abs. 2 i.V.m. § 721 S. 1 BGB von C persönlich verlangen.

Aufgabe 2 – Regressforderungen des C

I. Anspruch des C gegen die A-GbR aus § 716 BGB

Ein Anspruch des C gegen die A-GbR aus § 716 Abs. 1 1. Fall BGB setzt nach ganz h.M. voraus, dass C als Gesellschafter („Macht ein Gesellschafter...“) Aufwendungen getätigt hat.⁵ Infolge seines Austritts aus der GbR fehlt es an einer Gesellschafterstellung zum Zeitpunkt der Vornahme der Aufwendung, sodass der persönliche Anwendungsbereich des § 716 Abs. 1 1. Fall BGB zu verneinen ist. Bei entsprechender guter Begründung ist auch eine Anwendbarkeit des § 716 BGB auf den ausgeschiedenen Gesellschafter vertretbar.⁶ Erforderlich ist aber, dass bei der Klausurbearbeitung die Abweichung vom Gesetzeswortlaut erkannt und problematisiert wird.

II. Anspruch des C gegen die A-GbR aus § 426 Abs. 1 sowie § 426 Abs. 2 i.V.m. § 433 Abs. 2 BGB

Nach welcher Anspruchsgrundlage ein ausgeschiedener Gesellschafter die nach dem Zeitpunkt des Ausscheidens noch entstandenen Aufwendungen von der GbR ersetzt verlangen kann, wird zwar nicht einheitlich beurteilt. Nach zutreffender Ansicht ergibt sich sein Regressanspruch aus § 426 Abs. 1 und Abs. 2

BGB (Gesamtschuldregress), da nach dem Ausscheiden ein Gesamtschuldverhältnis zwischen der GbR und dem ausgeschiedenen Gesellschafter besteht.⁷ Der Erstattungsanspruch des C aus § 426 Abs. 1 BGB besteht danach in voller Höhe der Zahlung an G, da die GbR im Verhältnis zum ausgeschiedenen Gesellschafter die Gesellschaftsverbindlichkeit allein tragen muss. Ein noch beteiligter Gesellschafter könnte nach § 716 BGB ebenfalls in voller Höhe Regress von der GbR verlangen. Daher geht im Rahmen der Legalzession des § 426 Abs. 2 BGB die Kaufpreisforderung des G aus § 433 Abs. 2 BGB auch in vollem Umfang auf C über.

III. Anspruch des C aus § 670 BGB analog und § 728 Abs. 1 S. 1 BGB gegen die A-GbR

Sofern der von der h.M. vertretene Gesamtschuldregress nach § 426 BGB verneint wird, ist die Annahme eines Aufwendungsersatzanspruchs analog § 670 BGB vertretbar.⁸ Aufwendungen liegen vor und im Verhältnis zwischen GbR und ausgeschiedenem Gesellschafter ist die GbR in vollem Umfang für die Erfüllung der Gläubigerverbindlichkeiten verantwortlich. Ein Anspruch aus § 728 Abs. 1 S. 1 BGB kommt nur in Betracht, sofern die Auseinandersetzung noch nicht durch Zahlung eines Abfindungsguthabens abgeschlossen ist.⁹ Laut Sachverhalt wurde eine Abfindung in Höhe von 7.000 € bereits ausgezahlt. Z.T. wird § 728 Abs. 1 S. 1 BGB aber auch für den Regressanspruch des ausgeschiedenen Gesellschafters herangezogen, sodass eine entsprechende Anwendung mit guter Begründung vertretbar ist.

IV. Anspruch des C gegen die Mitgesellschafter A und B aus § 426 Abs. 1 und § 426 Abs. 2 i.V.m. § 433 Abs. 2 BGB

Zwischen dem ausgeschiedenen Gesellschafter und den verbleibenden Gesellschaftern der A-GbR besteht ein Gesamtschuldverhältnis iSd § 421 ff. BGB. Bei der Festlegung der Höhe des eigenständigen Regressanspruchs aus § 426 Abs. 1 BGB und des Umfangs des gesetzlichen Übergangs der Kaufpreisforderung aus § 433 Abs. 2 BGB nach § 426 Abs. 2 BGB (Legalzession) auf C erfolgt aber – anders als beim Gesamtschuldregress im Falle einer bestehenden Gesellschaf-

⁴ Wertenbruch/Döring, GmbHR 2023, 649 f.; *Lieder*, in: Erman, 17. Aufl. 2023, § 728b BGB Rn. 3, 5.

⁵ Vgl. Wertenbruch, ZPG 2024, 1 (6); *Erman/Lieder*, in: Erman, 17. Aufl. 2023, § 716 BGB Rn. 4.

⁶ So zu § 110 HGB aF *Preuß*, ZHR 160 (1996), 163 (165); *Hadding*, in: FS Stimpel, 139 (155 f.). Es muss dann aber

das Tatbestandsmerkmal „Aufwendungen“ problematisiert werden.

⁷ Vgl. dazu Wertenbruch, ZPG 2024, 1 (8).

⁸ Vgl. *Hopt/Roth*, 43. Aufl. 2024, § 126 HGB Rn. 36, § 716 BGB Rn. 3.

⁹ Vgl. Wertenbruch, ZPG 2024, 1 (8).

terstellung – keine Anrechnung eines eigenen Verlustanteils zu Lasten des ausgeschiedenen Gesellschafters als Regressgläubiger. Denn sein Anteil an den Gesellschaftsschulden ist schon bei der Berechnung der Abfindung gem. § 728 Abs. 1 S. 1 BGB berücksichtigt worden, sodass C im Falle eines zusätzlichen Abzugs beim Gesamtschuldregress gegen die Mitgesellschafter insoweit doppelt belastet würde.¹⁰ Nach § 728 Abs. 1 S. 1 BGB ist das Auseinandersetzungsguthaben (Abfindung) unter Berücksichtigung der Gesellschaftsverbindlichkeiten zu berechnen und der ausgeschiedene Gesellschafter von den Schulden der Gesellschaft „zu befreien“. Es ist daher etwas anderes bestimmt i.S.d. § 426 Abs. 1 BGB, wonach alle Gesamtschuldner – und damit auch der Regressgläubiger – bei Fehlen einer abweichenden Bestimmung die gleichen Anteile tragen müssen.

Fraglich ist, ob der ausgeschiedene Gesellschafter vor einem Regress gegen die früheren Mitgesellschafter zunächst die GbR in Anspruch nehmen muss.¹¹ Hier ist mit entsprechender Begründung zwar beides vertretbar. Die Ableitung der Subsidiarität aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht überzeugt allerdings im Falle des Regresses eines ausgeschiedenen Gesellschafters nicht, weil dieser Gesellschafter grundsätzlich keinen Bindungen mehr aus dem Gesellschaftsverhältnis unterliegt.

C kann daher sowohl die Gesellschaft als auch die Mitgesellschafter in Regress nehmen, aber nicht kumulativ, sondern nur alternativ.

Aufgabe 3 – Ansprüche der W

I. Anspruch aus § 280 Abs. 1 und Abs. 3 i.V.m. § 283 BGB gegen die GbR

Der Beförderungsvertrag stellt als Werkvertrag i.S.v. § 631 BGB ein Schuldverhältnis i.S.d. § 280 Abs. 1 BGB dar. Ein Dienstvertrag i.S.d. § 611 BGB liegt nicht vor, weil ein bestimmter Erfolg – Beförderung zum Flughafen zum festgelegten Zeitpunkt – geschuldet

war. Die GbR war verpflichtet, W mit ihrem Sondergepäck so zum Flughafen zu bringen, dass sie ihren Flug nach Tansania erreicht. Da nach dem Klausursachverhalt der Transfer zu einem konkreten Flug vereinbart worden war (das folgt aus der Angabe der Flugnummer und der Abflugzeit), ist wegen Vorliegens eines absoluten Fixgeschäfts mit der verzögerungsbedingten Unerreichbarkeit des Flugs eine Unmöglichkeit i.S.d. §§ 275 Abs. 1, 283 BGB der konkret geschuldeten Werkleistung eingetreten.¹²

Ein Vertretenmüssen der GbR ist gem. §§ 276, 278 i.V.m. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB aufgrund sorgfaltswidrigen Verhaltens des F unzweifelhaft gegeben. F ist als Erfüllungsgehilfe (§ 278 BGB) der GbR anzusehen.

Auch vertretbar ist die Annahme eines Werkmangels in Gestalt eines Sachmangels nach § 633 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB. Die verspätete Ankunft wäre dann ein Sachmangel der Beförderung. Dann ergibt sich der Schadensersatzanspruch aus § 634 Nr. 4 i.V.m. § 280 Abs. 1 BGB. Ein Vorrang der Nacherfüllung greift nicht ein, weil diese wegen Unerreichbarkeit des gebuchten Flugs nicht möglich ist. Die Annahme einer Unmöglichkeit ist aber deshalb überzeugender, weil die Ankunft zu einem bestimmten Zeitpunkt wesentlicher Inhalt der vereinbarten Beförderungsleistung war.

II. Anspruch aus § 280 Abs. 1 und Abs. 3 i.V.m. § 283 BGB, § 721 S. 1 BGB gegen C

Ein Anspruch der W gegen C könnte sich aus § 280 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 i.V.m. § 283 BGB und § 721 S. 1 BGB ergeben. Hier ist allerdings wiederum die Nachhaftungsbegrenzung nach § 728b BGB zu beachten. Der Beförderungsvertrag wurde zwar vor dem Ausscheiden des C abgeschlossen. Die zum Schadensersatzanspruch führende Handlung erfolgte hingegen erst nach dem Austritt des C aus der GbR. Für diesen Fall bestimmt § 728b Abs. 1 S. 2 BGB, dass der ausgeschiedene Gesellschafter nur dann auf Schadensersatz haftet, wenn auch die zum Schadensersatz führende Verletzung vertraglicher oder gesetzlicher Pflichten vor seinem Ausscheiden eingetreten ist.¹³

¹⁰ Wertenbruch, ZPG 2024, 1 (9 m.w.N.).

¹¹ Bejahend Oetker/Boesche/Fest, 8. Aufl. 2024, § 126 HGB Rn. 41; verneinend BeckOGK/Markworth, Stand: 1.1.2024, § 126 HGB Rn. 175; gegen eine derartige Verpflichtung schon bei bestehender Mitgliedschaft Ebenroth/Boujong/Noack, 5. Aufl. 2024, § 126 HGB Rn. 14; Wertenbruch, ZPG 2024, 1 (9).

¹² Vgl. dazu auch Grüneberg/Grüneberg, 83. Aufl. 2024, § 271 BGB Rn. 17; MünchKommBGB/Ernst, 9. Aufl. 2022, § 286 BGB Rn. 56.

¹³ Vgl. zu den Einzelheiten der Anwendung des § 728b BGB Wertenbruch/Döring, GmbHR 2023, 649 (651 ff.). Umstritten ist die Frage, ob eine Nachhaftung für Ansprüche auf Schadensersatz statt der Leistung wegen Nichterfüllung einer Forderung aus einem vor dem Ausscheiden geschlossenen Vertrag (z.B. § 433 Abs. 1 BGB) entgegen dem eindeutigen Wortlaut des § 728b Abs. 1 S. 2 (§ 137 Abs. 1 S. 2 HGB) im Wege einer teleologischen Reduktion zu bejahen ist, soweit sie an die Stelle des noch vor dem Aus-

Dabei besteht im Klausurfall noch die Besonderheit, dass das Ausscheiden des C erst kurz vor der Pflichtverletzung in das Gesellschaftsregister eingetragen wurde (5.3.2024 bzw. 14.3.2024). Die Publizitätsregelung des § 15 Abs. 2 S. 2 HGB gilt zwar primär nur für Eintragungen im Handelsregister. § 707a Abs. 3 S. 1 BGB ordnet aber die entsprechende Anwendung des § 15 HGB an, soweit es sich um eine in das Gesellschaftsregister einzutragende Tatsache handelt. Gemäß § 15 Abs. 2 S. 2 HGB muss der Dritte eine einzutragende Tatsache grundsätzlich erst 15 Tage nach der Bekanntmachung der Eintragung gegen sich gelten lassen. Das Ausscheiden eines Gesellschafters ist nach § 707 Abs. 3 S. 2 BGB eine eintragungspflichtige Tatsache. Im vorliegenden Fall ist die zum Schadensersatz führende Handlung neun Tage nach der Eintragung und Bekanntmachung erfolgt, also vor Ablauf der 15-Tages-Frist. Nach § 707a Abs. 3 S. 1 BGB i.V.m. § 15 Abs. 2 S. 2 HGB kann sich C daher gegenüber W noch nicht auf sein Ausscheiden berufen. Eine Haftung greift daher im Ergebnis doch Platz.

scheiden begründeten Primäranspruchs treten (für eine solche teleologische Reduktion *Schäfer*, in: *GbR/PartG*, 9. Aufl. 2023, § 728b BGB Rn. 9; a.A. *Wertenbruch/Döring*,

GmbHR 2023, 649 (652 f. m.w.N.); *Guntermann*, in: *Koch, Personengesellschaftsrecht*, 2024, § 728b BGB Rn. 12; *Ebenroth/Boujong/Saam*, 5. Aufl. 2024, § 137 HGB Rn. 11).

Die Beurteilung der Sozialversicherungspflicht von Gesellschafter-Geschäftsführern in Kapitalgesellschaften

Von Direktor des Sozialgerichts Professor Dr. **Henning Müller**, Darmstadt*

Rechtsstreitigkeiten bei denen vordergründiger Streitgegenstand die Beurteilung der Versicherungspflicht ist, machen weniger als fünf Prozent der Verfahren eines Sozialgerichts aus. Schaut man jedoch die Altbestände eines Sozialgerichts an, zeigt sich, dass hierunter besonders viele Verfahren mit diesem Streitgegenstand sind. Der Grund ist, dass die Beurteilung nicht nur hinsichtlich der Feststellung der Tatsachen aufwendig ist – Zeugenvernehmungen, Auswertungen von Gesellschaftsverträgen, oft sogar von Akten aus parallelen Strafverfahren –, auch die rechtliche Beurteilung ist nicht trivial. Es gibt keine „richtigen“ oder „falschen“ Entscheidungen, sondern maßgeblich ist die Abwägung und Einordnung eines ganzen Baukastens von Indizien. Hinzu tritt, dass das von den Beteiligten Gewollte und das, was objektiv nachweisbar ist, oft verblüffend wenig miteinander zu tun haben. Jüngst streiten vor allem Gesellschafter-Geschäftsführer um ihre sozialversicherungsrechtliche Einordnung. Hintergrund ist eine Änderung der Rechtsprechungslinie des Bundessozialgerichts (BSG). In Betriebsprüfungen folgen die prüfenden Rentenversicherungsträger dieser neuen Linie und überraschen die geprüften Kapitalgesellschaften mit teils enorm hohen Beitragsnachforderungen. Aufgrund der hohen Streitwerte hängt an dem Sozialgerichtsprozess nicht selten die wirtschaftliche Existenz des betroffenen Unternehmens.

A. Der Beschäftigungsbegriff im Sozialrecht

Der sozialrechtliche Beschäftigungsbegriff ist die praktisch wichtigste Voraussetzung für den Schutz der Sozialversicherung in allen Versicherungszweigen (vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, § 1 Nr. 1 SGB VI, § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII). Die Legaldefinitionen des § 7 gelten einheitlich für den Anwendungsbereich des SGB IV, vgl. § 1 Abs. 1 SGB IV, sodass ein abweichendes, bereichsspezifisches Verständnis von „Beschäftigung“ in dem einen oder anderen Versicherungszweig grundsätzlich ausgeschlossen ist.¹

Liegen die Voraussetzungen des § 7 SGB IV vor, so besteht lediglich ein sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis. Unabhängig davon ist zu beurteilen, ob auch privat- und arbeitsrechtliche Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber entstanden sind. Die öffentlich-rechtliche Beurteilung des Sozialversicherungsrechts hat allerdings auch Folgen für andere öffentlich-rechtliche Arbeitgeberpflichten, insbesondere für dessen Meldepflicht und seine Aufzeichnungspflichten gem. §§ 28a, 28f SGB IV, sowie die Auskunfts- und Vorlagepflichten des Arbeitnehmers gem. § 28o Abs. 2 SGB IV.

Wenn eine selbstständige Tätigkeit mit einer abhängigen Beschäftigung derart verbunden ist, dass sie nur aufgrund der abhängigen Beschäftigung ausgeübt werden kann und insgesamt wie ein Teil der abhängigen Beschäftigung erscheint, nimmt die Rechtsprechung ein „einheitliches Beschäftigungsverhältnis“ an, das dann insgesamt als abhängig zu bewerten ist. Dies findet eine Grenze dort, wo der Zusammenhang zwischen Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit kein notwendiger mehr ist, insbesondere wenn weder die selbstständige Tätigkeit als solche noch die konkrete Art und Weise ihrer Ausübung vom Bestand der Beschäftigung abhängig sind. Im Übrigen gilt, dass jedes Beschäftigungsverhältnis bzw. jede Tätigkeit für sich zu betrachten ist, so dass dieselbe Person sowohl in ihrer einen Tätigkeit selbständig, in einer anderen Tätigkeit dagegen abhängig beschäftigt sein kann.

Wer Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsrechts ist, ist schon aufgrund des eindeutigen Gesetzeswortlauts im Regelfall auch Beschäftigter im Sinne des Sozialversicherungsrechts („insbesondere in einem Arbeitsverhältnis“). Maßgeblich für den Arbeitnehmerbegriff ist insoweit § 611a BGB. Dem Urteil eines Arbeitsgerichts, das die Arbeitnehmereigenschaft bejaht hat, kommt entsprechend eine erhebliche Indizwirkung auch für die Bestimmung des sozialversicherungsrechtlichen Status zu.² Auf der anderen Seite hat nach dem BSG ein zur Beendigung eines Rechtsstreits vor

* Der Autor ist Honorarprofessor der Hochschule für Wirtschaft und Gesellschaft Ludwigshafen und Lehrbeauftragter der Philipps-Universität Marburg. Er betreibt unter www.ervjustiz.de einen Blog zum elektronischen Rechtsverkehr.

¹ BeckOGK/Zieglmeier, Stand: 15.5.2024, SGB IV § 7 Rn. 10.

² BeckOGK/Zieglmeier, Stand: 15.5.2024, SGB IV § 7 Rn. 16, 17.

dem Arbeitsgericht geschlossener Vergleich, der die Feststellung einer persönlich abhängigen Beschäftigung enthält, für die sozialversicherungsrechtliche Statusbeurteilung keine Bedeutung.³ Begründet wird dies damit, dass das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung und die hieran anknüpfende Versicherungspflicht nicht zur Disposition der Beteiligten stehen. Die arbeitsgerichtliche Entscheidungspraxis beruht dabei darauf, dass der privatautonomen Entscheidung der Vertragsparteien im Arbeitsrecht eine besondere Bedeutung beigemessen wird. Die Sozialversicherung dient hingegen neben der sozialen Absicherung des Einzelnen auch dem Schutz der Mitglieder der Pflichtversicherungssysteme, die in einer Solidargemeinschaft zusammengeschlossen sind.⁴

Eine Beschäftigung kann jedoch auch dann vorliegen, wenn kein Arbeitsverhältnis besteht. Diese Diskrepanz rückt auch und gerade bei dem hier besprochenen Gesellschafter-Geschäftsführer in den Fokus.⁵ Die von einem Gesellschafter-Geschäftsführer geleisteten Dienste sind nach ihrer sozialen Typik regelmäßig nicht mit denen eines Arbeitnehmers vergleichbar. Dies ergibt sich zumeist aus der mit ihrem Amt verbundenen Rechtsstellung. Der Geschäftsführer einer GmbH verkörpert als gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft (vgl. § 35 Abs. 1 GmbHG) den Arbeitgeber. Er nimmt Arbeitgeberfunktionen wahr und ist deshalb keine arbeitnehmerähnliche, sondern eine arbeitgebergleiche Person.⁶ Durch die gesetzlichen und nach außen nicht beschränkbaren Vertretungsbefugnisse unterscheidet sich der Geschäftsführer einer GmbH grundlegend von anderen leitenden oder nicht leitenden Arbeitnehmern.⁷ Der arbeitgeberähnlichen Stellung eines Gesellschafter-Geschäftsführers entsprechen zumeist auch die Regelungen des seiner Organisation zugrunde liegenden Dienstvertrags. Sie weisen einen Geschäftsführer üblicherweise uneingeschränkt als Vertreter seines Arbeitgebers und zugleich als sozialen Gegenspieler der Arbeitnehmerschaft aus, indem ihm die Führung der laufenden Geschäfte der Gesellschaft und deren gerichtliche sowie außergerichtliche Vertretung zugewiesen werden. Zudem hat der Geschäftsführer zumeist die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers im Sinne der arbeits- und

sozialrechtlichen Vorschriften wahrzunehmen und ist hierdurch letztlich der Vorgesetzte der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Gesellschaft und diesen gegenüber weisungsbefugt.

B. Kriterien für die Sozialversicherungspflichtigkeit einer Tätigkeit

Die Abgrenzung des sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsbegriffs von einer selbständigen Tätigkeit kann indes nicht generalisiert, typisiert und wohl auch ernüchternderweise nicht trennscharf erfolgen, sondern bedarf einer Einzelfallbeurteilung unter Betrachtung von der Rechtsprechung herausgebildeter Anhaltspunkte.⁸

Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Die Eingliederung in den Betrieb wird deutlich an der Unterordnung unter ein vor allem bezüglich Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung umfassendes Weisungsrecht des Arbeitgebers (sog. Direktionsrecht), das dieser auch an andere Personen weitergeben kann. Es muss eine fremdbestimmte Leistung verbleiben, die Dienstleistung also zumindest in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung eines Betriebes aufgehen.

Ist ein Weisungsrecht nicht vorhanden, kann der Betreffende seine Tätigkeit also im Wesentlichen frei gestalten, insbesondere über die Arbeitskraft, über Arbeitsort und Arbeitszeit frei verfügen, oder fügt er sich nur in die von ihm selbst vorgegebene Ordnung des Betriebes ein. Damit liegt keine abhängige, sondern eine selbstständige Tätigkeit vor, die zudem regelmäßig durch ein Unternehmerrisiko gekennzeichnet ist.

Ein Unternehmerrisiko, das abzugrenzen ist von einem bloßen Einkommensrisiko, kennzeichnet sich durch weitere Aufwendungen, die der Gefahr unterliegen, frustrierte Investitionen zu werden, sofern sich eine unternehmerische Hoffnung nicht realisiert. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn eigene Betriebsmittel beschafft oder eigene Angestellte fest eingestellt werden.⁹ Einem Unternehmerrisiko steht stets eine Unternehmerchance gegenüber. Unter einer Unternehmerchance ist die unmittelbare Teilhabe am

³ BSG, Urt. v. 27.04.2021, Az. B 12 R 16/19 R, juris.

⁴ BSGE 129, 106 ff.

⁵ BSG ZInsO 2018, 1910 ff.; m. Anm. Stäbler, NZS 2018, 670 im Vergleich zu BAGE 165, 61 ff. = GmbHR 2019, 538 ff.

⁶ BAGE 107, 165 ff. = GmbHR 2003, 1208 ff.; BVerwG NZA 2003, 1094 ff.

⁷ BAG GmbHR 2018, 419 ff.

⁸ Bspw. für Fahrlehrer: *Bechtelsheimer/Dahringler/von Minckwitz/Schneider*, AL 4/2022, 315 (322 ff.).

⁹ Bayerisches LSG, Urt. v. 18.05.2004, Az. L 5 KR 167/01, juris.

Unternehmenserfolg vor allem durch Beteiligung am Gewinn zu verstehen. Indizien für eine weisungsfreie und deshalb unternehmerische Tätigkeit sind ferner das Fehlen eines schriftlichen Anstellungsvertrages sowie abweichende Tätigkeitsregelungen im Vergleich zu den übrigen Arbeitnehmern.¹⁰

Die Kriterien für die Annahme einer abhängigen Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit sind gegeneinander abzuwägen. Jedes Kriterium hat indizielle Wirkung. Entscheidend ist, welche Merkmale überwiegen.¹¹ Maßgeblich ist das Gesamtbild der Tätigkeit. Dabei kommt es für die Frage, ob eine abhängige Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit vorliegt, vorrangig auf die tatsächliche Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses an, die vertraglich vereinbarte Rechtslage ist demgegenüber nachrangig, wenn auch Ausgangspunkt der Beurteilung und unter dem Aspekt der Privatautonomie zu berücksichtigen.¹²

C. Besonderheiten in Kapitalgesellschaften

Nach bereits seit langem gesicherter Rechtsprechung ist die Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit bei Gesellschafter-Geschäftsführern von Kapitalgesellschaften gefestigt. Ist ein Geschäftsführer zugleich als Gesellschafter am Kapital der Gesellschaft beteiligt, sind der Umfang der Kapitalbeteiligung und das Ausmaß des sich daraus für ihn ergebenden Einflusses auf die Gesellschaft die wesentlichen Merkmale bei der Abgrenzung von abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit.

Ein Gesellschafter-Geschäftsführer ist also nicht per se kraft seiner Kapitalbeteiligung selbstständig tätig im sozialversicherungsrechtlichen Sinne, sondern muss, um nicht als abhängig beschäftigt angesehen zu werden, über seine Gesellschafterstellung hinaus die Rechtsmacht besitzen, durch Einflussnahme auf die Gesellschafterversammlung die Geschicke der Gesellschaft bestimmen zu können. Eine solche Rechtsmacht ist bei einem Gesellschafter gegeben, der mehr als 50 v.H. der Anteile am Stammkapital hält.

Ein Geschäftsführer, der nicht über diese Kapitalbeteiligung verfügt und damit als Mehrheitsgesellschafter ausscheidet, ist dagegen grundsätzlich unabhängig beschäftigt. Er ist ausnahmsweise nur dann als Selbständiger anzusehen, wenn er exakt 50 v.H. der

Anteile am Stammkapital hält oder ihm bei einer geringeren Kapitalbeteiligung nach dem Gesellschaftsvertrag eine umfassende, die gesamte Unternehmenstätigkeit erfassende Sperrminorität eingeräumt ist. Denn der selbstständig tätige Gesellschafter-Geschäftsführer muss eine Einflussmöglichkeit auf den Inhalt von Gesellschafterbeschlüssen haben und zumindest ihm nicht genehme Weisungen der Gesellschafterversammlung verhindern können. Demgegenüber ist eine auf bestimmte Gegenstände begrenzte Sperrminorität nicht geeignet, die erforderliche Rechtsmacht zu vermitteln.¹³ Denn nur in den vorgenannten Fällen kann er entweder eigene Entscheidungen durchsetzen oder zumindest ihm nicht genehme Beschlüsse verhindern. Dabei ist unerheblich, ob der Geschäftsführer von seinen Rechten tatsächlich Gebrauch macht oder die Entscheidungen anderen überlässt, weil ihm beispielsweise die Sachkunde fehlt.

I. Frühere „Kopf und Seele“-Rechtsprechung

Das Bundessozialgericht hatte in der Vergangenheit einem Minderheitsgesellschafter bereits ausreichende Rechtsmacht im Unternehmen zugesprochen, der im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen konnte. Die Entscheidungen bezogen sich insbesondere auf Geschäftsführer in Familienunternehmen, wobei die familiären Beziehungen dazu führen konnten, dass die Geschäftsführertätigkeit überwiegend durch familiäre Rücksichtnahme geprägt ist und es an der Ausübung eines Direktionsrechts durch die Gesellschafter mangelt.

Maßgeblich war die faktische Dominanz des Geschäftsführers („Kopf und Seele“ des Unternehmens). Erteilte etwa die Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführerin ihrem ebenfalls geschäftsführenden Ehemann praktisch keine Weisungen, reichte dies für die Annahme von Selbstständigkeit aus. Bei einem Fremdgeschäftsführer war ggf. auseichend, dass er spezielle Fach- und Branchenkenntnisse vorweisen konnte, aufgrund derer es den Gesellschaftern faktisch unmöglich war, ihm Weisungen zu erteilen.¹⁴

II. Neue Linie der Rechtsprechung

Diesen Vorrang faktischer Verhältnisse hat das Bundessozialgericht im Jahr 2015 aber (endgültig)

¹⁰ Reiserer, BB 1999, 2026 (2028).

¹¹ BSGE 68, 24 ff.; vgl. auch Müller, Causa Sport 2007, 12 ff.

¹² BSGE 68, 24 ff.; BSG GmbHR 1991, 461 ff.; BSGE 66, 168 ff.; Schleswig-Holsteinisches LSG, Urt. v. 26.10.2005,

Az. L 5 KR 86/04, juris; SG Speyer, Urt. v. 13.12.2006 – S 7 RI 462/06, unveröffentlicht.

¹³ BSG NZS 2021, 643 (644) Rn. 16f.; LSG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 17.02.2021, Az. L 6 BA 15/20, juris, Rn. 26.

¹⁴ Siehe mit zahlreichen Nachweisen Lau, NZS 2019, 452 (453).

aufgegeben.¹⁵ Bereits zuvor war die „Kopf und Seele“-Rechtsprechung als „Schön-Wetter-Selbständigkeit“ zu kritisieren gewesen. Dass faktisch keine Weisungen erteilt wurden oder, dass ein möglicherweise besonders fachkundiger Geschäftsführer ggf. aufgrund seiner Expertise das Unternehmen tatsächlich dominieren konnte, funktioniert letztlich immer nur so lange, wie es nicht zum Konfliktfall kommt. Tritt aber doch ein Zerwürfnis zwischen Mehrheitsgesellschaftern und Experten-Geschäftsführern ein, sitzen die Mehrheitsgesellschafter letztlich rechtlich eindeutig am längeren Hebel. Sie können nicht nur die Entscheidungen des Geschäftsführers verhindern oder umkehren, sondern sogar dem Geschäftsführer kündigen. Ob dies dem Unternehmen wirtschaftlich im Ergebnis schadet oder sogar seine Existenz bedroht, weil es durch den Verlust des Experten das wesentliche Fachwissen einbüßt, ist lediglich betriebswirtschaftlich interessant, sozialversicherungsrechtlich dagegen völlig unerheblich. Immerhin ist ja nicht einmal ausgeschlossen, dass die Mehrheitsgesellschafter auch einen neuen Experten finden können, der die vakante Position von „Kopf und Seele“ des Unternehmens in gleicher Weise ausfüllt.

D. Betriebsprüfungen oder Statusfeststellung als verfahrensrechtlicher Ausgangspunkt

Verwaltungsverfahrenrechtlich geht dem sozialgerichtlichen Verfahren zumeist eine Betriebsprüfung durch einen Träger der Rentenversicherung voraus, in selteneren Fällen ein sog. Statusfeststellungsverfahren.

I. Betriebsprüfung

Rechtsgrundlage für die Betriebsprüfung ist § 28p SGB IV. Nach § 28p Abs. 1 SGB IV prüfen die Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern, ob diese ihre Meldepflichten und ihre sonstigen Pflichten nach dem SGB IV, die im Zusammenhang mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag stehen, ordnungsgemäß erfüllen; sie prüfen insbesondere die Richtigkeit der Beitragszahlungen und der Meldungen mindestens alle vier Jahre. Die Prüfung soll in kürzeren Zeitabständen erfolgen, wenn der Arbeitgeber dies verlangt. Die Einzugsstelle – d.h. eine Krankenkasse – unterrichtet den für die Arbeitgeber zuständigen Träger der Rentenversicherung, wenn sie eine alsbaldige Prüfung bei dem Arbeitgeber für erforderlich hält.

Die Prüfung umfasst auch die Entgeltunterlagen der Beschäftigten, für die Beiträge nicht gezahlt werden. Die Träger der Rentenversicherung erlassen im

Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und zur Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung einschließlich der Widerspruchsbescheide gegenüber den Arbeitgebern; insofern gelten § 28h Abs. 2 SGB IV sowie § 93 i.V.m. § 89 Abs. SGB X nicht. Zwar entscheidet grundsätzlich gemäß § 28h Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 SGB IV die Einzugsstelle über die Versicherungspflicht und die Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Dies gilt aber nicht für Entscheidungen im Rahmen einer Arbeitgeberprüfung. Nach § 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV erlassen die Träger der Rentenversicherung im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung einschließlich der Widerspruchsbescheide gegenüber den Arbeitgebern.

Hier kommen oft beträchtliche Summen an Nachforderungen von Sozialversicherungsbeiträgen zusammen, wenn sich im Rahmen der Betriebsprüfung ergibt, dass über den gesamten Betriebsprüfungszeitraum – regelmäßig vier Jahre – für einen oder mehrere Arbeitnehmer, die fälschlicherweise als selbständig angesehen worden sind, Beiträge nicht abgeführt worden waren. Fünf- bis sechstellige Streitwerte sind hier keine Seltenheit. Die Beitragspflicht ist grundsätzlich sofort zu begleichen, weil Widerspruch und Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung haben, § 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG. Selbst wenn in einem Eilverfahren die Anordnung der aufschiebenden Wirkung erlangt wird – die Hürden sind hoch – oder, wenn eine Ratenzahlungsvereinbarung mit der Einzugsstelle geschlossen wird, lastet die hohe Nachforderungssumme auf dem betroffenen Unternehmen oft wie ein Damoklesschwert und schränkt die wirtschaftlichen Entwicklungsmöglichkeiten ein, weil letztlich eine entsprechende Rückstellung gebildet werden muss. Gerade hier sind die langen Verfahrenslaufzeiten vor den Sozialgerichten von mindestens zwei Jahren oder mehr ein echter (in diesem Fall negativer) Wirtschaftsfaktor; die ausreichende Ausstattung mit Richterarbeitskraft ist hier mindestens im wirtschaftspolitischen Blick zu behalten.

II. Statusfeststellung

Um der Unsicherheit einer nachträglichen Beurteilung – und dadurch Nachforderung – durch die

¹⁵ BSGE 119, 216 ff.

Betriebsprüfung zu entgehen, hat der Gesetzgeber das sog. Statusfeststellungsverfahren gem. § 7a SGB IV eingeführt.

Sowohl der Auftraggeber/Arbeitnehmer als auch der Auftragnehmer/Arbeitgeber können bei der Deutschen Rentenversicherung Bund eine Entscheidung beantragen, ob bei einem Auftragsverhältnis eine Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit vorliegt, es sei denn, die Einzugsstelle (also die Krankenkasse) oder ein anderer Versicherungsträger hatte im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung von Versicherungspflicht auf Grund einer Beschäftigung eingeleitet. Die Einzugsstelle hat ihrerseits einen Antrag zu stellen, wenn sich aus der Meldung des Arbeitgebers gem. § 28a SGB IV ergibt, dass der Beschäftigte Ehegatte, Lebenspartner oder Abkömmling des Arbeitgebers oder geschäftsführender Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist.

Die Deutsche Rentenversicherung Bund entscheidet durch ihre sog. „Clearingstelle“ auf Grund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles, ob eine Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit vorliegt. Wird die vereinbarte Tätigkeit für einen Dritten erbracht und liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass der Auftragnehmer in dessen Arbeitsorganisation eingegliedert ist und dessen Weisungen unterliegt, stellt sie bei Vorliegen einer Beschäftigung auch fest, ob das Beschäftigungsverhältnis zu dem Dritten besteht. Bei der Beurteilung von Versicherungspflicht auf Grund des Auftragsverhältnisses sind andere Versicherungsträger – insbesondere also die Krankenkasse als Einzugsstelle, aber eben auch die Rentenversicherungsträger selbst im Rahmen einer späteren Betriebsprüfung – an die Entscheidungen der Clearingstelle gebunden.

Auf Antrag der Beteiligten entscheidet die Deutsche Rentenversicherung Bund bereits vor Aufnahme der Tätigkeit. Nachforderungen als unliebsame „Überraschung“ und wirtschaftliches Risiko können dadurch von vornherein vermieden werden. Hierfür legt die Clearingstelle neben den schriftlichen Vereinbarungen die beabsichtigten Umstände der Vertragsdurchführung zu Grunde, die in Form von strukturierten Fragebögen dezidiert abgefragt werden.

Aufgrund der Entscheidung der Clearingstelle wird ein Vertrauensschutztatbestand geschaffen, der tatsächliche und wirtschaftliche Sicherheit schafft. Die Entscheidung der Clearingstelle hat solange Bestand, wie die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse gleichbleiben. Sie kann (nur) unter den Voraussetzungen der §§ 44 ff. SGB X, insbesondere bei einer Änderung der Verhältnisse gem. § 48 SGB X, aufgehoben werden.

III. Aufzeichnungspflichten

Reflex der Prüfpflichten des (möglichen) Arbeitgebers einerseits, der Sozialversicherungsträger andererseits, ist, dass der Arbeitgeber seinen Aufzeichnungspflichten gem. § 28f SGB IV nachkommen muss. Ohne eine hinreichende Erfüllung der Aufzeichnungspflichten ist die weitgehend retrospektive Prüfung schlicht nicht möglich.

Der Arbeitgeber hat für jeden Beschäftigten, getrennt nach Kalenderjahren, Entgeltunterlagen im Geltungsbereich dieses Gesetzes in deutscher Sprache zu führen und bis zum Ablauf des auf die letzte Prüfung folgenden Kalenderjahres geordnet aufzubewahren, § 28f Abs. 1 SGB IV. Welche Angaben der Arbeitgeber über den Beschäftigten aufzuzeichnen hat, ist grundsätzlich in § 8 Abs. 1 BVV¹⁶ konkretisiert. Zwingend sind die in § 8 Abs. 2 BVV genannten Unterlagen zu den Entgeltunterlagen zu nehmen.¹⁷ Entgeltunterlagen und Beitragsabrechnung sind so zu führen, dass bei einer Prüfung innerhalb angemessener Zeit ein Überblick über die formelle und sachliche Richtigkeit der Entgeltabrechnung des Arbeitgebers gewährleistet ist (§ 10 Abs. 1 S. 1 BVV).¹⁸ Nicht ordnungsgemäß erfüllt werden die arbeitgeberseitigen Aufzeichnungspflichten dann, wenn die aufzeichnungspflichtigen Tatsachen gemäß § 8 BVV nicht, nicht vollständig, nicht richtig oder nicht zeitgerecht oder in einer Weise geführt werden, die einem sachverständigen Dritten in angemessener Zeit keinen Überblick über die Lohnabrechnung erlaubt.¹⁹ Eine ausreichende Aufzeichnung ist deshalb nur dann gegeben, wenn im Rahmen der Betriebsprüfung ermöglicht wird, das beitragspflichtige Entgelt der Höhe nach zu

¹⁶ Verordnung über die Berechnung, Zahlung, Weiterleitung, Abrechnung und Prüfung des Gesamtsozialversicherungsbeitrages (BVV).

¹⁷ BeckOK SozR/Wagner, 72. Ed., Stand: 01.03.2024, SGB IV § 28f Rn. 3.

¹⁸ Krauskopf/Stäbler, 121. EL Februar 2024, SGB IV § 28f Rn. 6.

¹⁹ Werner, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IV, 3. Aufl. 2016, § 28f Rn. 51; LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 29.05.2019, Az. L 8 R 758/17, juris.

ermitteln und hierzu auf die Nachweise der zur Berechnung erforderlichen Tatsachen zurückzugreifen.²⁰

Prozessuale Auswirkungen hat die Verletzung von Aufzeichnungspflichten vor allem im Hinblick auf die Beweislastverteilung, falls eine retrospektive Prüfung mangels hinreichender Aufzeichnungen schlicht nicht mehr möglich ist. Allgemein gilt, dass derjenige die objektive Beweislast für die Tatsachen trägt, die den von ihm geltend gemachten Anspruch begründen. Dies betrifft das Vorhandensein der positiven und das Fehlen der negativen Tatbestandsvoraussetzungen.²¹ Nach diesen allgemeinen Grundsätzen trifft die objektive Beweislast daher den im sozialgerichtlichen Verfahren beklagten Renten- oder Krankenversicherungsträger.

Unter Anwendung der sog. Sphärentheorie²², wonach sich die Beweislastverteilung an den Verantwortungsbereichen von Kläger und Beklagtem zu orientieren hat, ist davon auszugehen, dass eine Beweislosigkeit hinsichtlich der Erfüllung der Aufzeichnungspflichten zulasten des klagenden Unternehmens geht. Werden gar keine Unterlagen vorgelegt, kann die Beklagte schlicht nicht erkennen, ob die Aufzeichnungspflichten so erfüllt sind, dass die Beitragsberechnung nachvollzogen werden kann. Gleiches gilt erst Recht für das Gericht. Es ist deshalb bei Vorliegen einer Aufzeichnungspflichtverletzung im Ergebnis von einer Umkehr der Beweislast auszugehen.

E. (Keine) Berücksichtigung von Vertrauensschutz

Gerade bei hohen Nachforderungssummen im Rahmen einer durchgeführten Betriebsprüfung führen die betroffenen Unternehmen oft Vertrauensschutz argumentativ ins Feld. Sie tragen hier vor allem vor, dass in früheren Betriebsprüfungen durch die Rentenversicherungsträger nicht beanstandet worden sei, dass ein Gesellschafter-Geschäftsführer als selbständig beurteilt wurde. Dies ist vor allem durch den Schwenk in der Rechtsprechungslinie erklärbar: Wurde die vorherige Betriebsprüfung noch unter der Annahme der sog. „Kopf und Seele“-Rechtsprechung durchgeführt, wäre die Beurteilung damals ja „richtig“ gewesen, heute aber durch die Aufgabe dieser Rechtsprechung anders

zu beurteilen. Damit konnte das Unternehmen tatsächlich kaum rechnen.

Nach der nahezu einhelligen Auffassung in der Rechtsprechung kann sich ein Unternehmen dennoch nicht auf Vertrauensschutzgesichtspunkte aufgrund früherer Betriebsprüfungen berufen. Vertrauensschutz hätte nur ein bestandskräftiger Statusfeststellungsbescheid i.S.v § 7 a SGB VI herbeiführen können.²³

Auf einen Vertrauensschutz auf die Fortführung der sog. „Kopf und Seele“-Rechtsprechung des BSG kann sich ein Unternehmen jedenfalls nach überwiegender Auffassung nicht berufen. Zwar liegt in der Aufgabe der sog. „Kopf und Seele“-Rechtsprechung eine Änderung höchstrichterlicher Rechtsprechung.²⁴ Auf Vertrauensschutz könnte sich ein hiervon Betroffener aber nur dann berufen, wenn er aus Treu und Glauben von der Maßgeblichkeit der Rechtsprechung hätte ausgehen dürfen. Dass Gesellschafter-Geschäftsführer allerdings bereits im Sinne eines Gewohnheitsrechts davon ausgehen durften, aufgrund der „Kopf und Seele“-Rechtsprechung des BSG von der Sozialversicherungspflicht verschont zu bleiben, ist nicht anzunehmen; hiergegen spricht, dass das BSG auf diese Rechtsfigur schon früher nur sehr vereinzelt zurückgegriffen hat. Letztlich war die Anwendung der „Kopf und Seele“-Rechtsprechung stets eine Frage des tatsächlichen Einzelfalls und insoweit nicht nur von Fall zu Fall, sondern auch von Zeitraum zu Zeitraum neu zu entscheiden, weil sich Gesellschaften hinsichtlich ihrer inhaltlichen Geschäftstätigkeit und auch hinsichtlich ihrer personellen Zusammensetzung verändern können und beides Auswirkungen auf die tatsächliche Beurteilung hätte.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass mit § 7 a SGB IV die Möglichkeit offen gestanden hätte, den Status der Versicherungspflicht rechtsverbindlich feststellen zu lassen.²⁵ Entsprechend konnten auch frühere Betriebsprüfungen keine erhebliche Wirkung enthalten. Dies gilt umso mehr, weil Betriebsprüfungen üblicherweise als Stichprobenprüfungen ausgestaltet sind und eine fehlende Beanstandung durch den Rentenversicherungsträger nicht darauf schließen lässt, dass die Sozialversicherungspflicht eines

²⁰ Vgl. auch SG Karlsruhe, Urt. v. 28.01.2014, Az. S 16 R 4136/12, Rn. 57, juris, für Fälle der Arbeitnehmerüberlassung.

²¹ BeckOGK/Müller, Stand: 1.5.2024, SGG § 103 Rn. 49.

²² Vgl. OLG Schleswig, Urt. v. 16.02.2007, Az. 4 U 151/06, juris; Müller, in: Ory/Weth, jurisPK-ERV, Band 2, Stand: 04.06.2024, ZPO § 371 b Rn. 35.3.

²³ BSGE 115, 1 ff..

²⁴ A.A. LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 22.12.2017, Az. L 10 R 1637/17, juris.

²⁵ So im Ergebnis auch Lau, NZS 2019, 452 (454 f.).

einzelnen Beschäftigten überhaupt Gegenstand der Prüfung war.

F. Säumniszuschläge als besonderes wirtschaftliches Risiko

Gem. § 24 Abs. 1 SGB IV hat ein Arbeitgeber für Beiträge und Beitragsvorschüsse, die er nicht bis zum Ablauf des Fälligkeitstages gezahlt hat, für jeden angefangenen Monat der Säumnis einen Säumniszuschlag in Höhe von einem Prozent des rückständigen Betrages zu zahlen. Hierdurch kommen – bei einem vierjährigen Prüfungszeitraum – schnell enorme Summen zusammen, die sogar den Nachforderungsbetrag an Sozialversicherungsbeiträgen übersteigen können.

Gem. § 24 Abs. 2 SGB IV ist ein darauf entfallender Säumniszuschlag nicht zu erheben, soweit der Beitragsschuldner glaubhaft macht, dass er unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht hatte, wenn eine Beitragsforderung durch Bescheid mit Wirkung für die Vergangenheit festgestellt wurde. Um das Verschuldenselement wird deshalb in der Praxis der Sozialgerichte besonders erbittert gestritten – hier setzen oft auch Vergleichsmöglichkeiten an.

Der Verschuldensmaßstab des § 24 Abs. 2 SGB IV ergibt sich nicht aus § 276 BGB, umfasst also nicht Vorsatz und Fahrlässigkeit. Es handelt sich vielmehr um einen eigenständigen Verschuldensmaßstab.²⁶ Danach setzt Verschulden wenigstens bedingten Vorsatz voraus. Der Arbeitgeber trägt jedoch die objektive Beweislast seines Unverschuldens, wobei die Glaubhaftmachung genügt. Gestützt wird diese Auslegung durch teleologische Aspekte. Es entspricht nicht der Zielsetzung des Gesetzgebers, für das Verschulden bereits Fahrlässigkeit ausreichen zu lassen. Säumniszuschläge sanktionieren eine verspätete Beitragszahlung. Durch sie soll – ähnlich einem Zwangsgeld – einerseits Druck auf den Zahlungspflichtigen ausgeübt werden, fällige Beiträge rechtzeitig zu zahlen²⁷, und es den Sozialversicherungsträgern andererseits ermöglicht werden, ihren Leistungsaufgaben fristgerecht nachzukommen.²⁸ Die mit der Erhebung von Säumniszuschlägen angestrebte Drucksituation bleibt aber unspezifisch und ist nicht zur Durchsetzung der rechtzeitigen Zahlung im Einzelfall geeignet, wenn der

Zahlungspflichtige keinen hinreichenden Anhaltspunkt für seine Beitragsschuld hat. Unter Berücksichtigung des bei der Festsetzung von Säumniszuschlägen zu beachtenden verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips²⁹ kann der Zweck der Säumniszuschläge, die rechtzeitige Zahlung der Beiträge durchzusetzen, rechtmäßig nur erreicht werden, wenn der betroffene Arbeitgeber seine Zahlungspflicht zumindest für möglich hält und billigend in Kauf nimmt.

Soweit nun das jeweilige Unternehmen hinsichtlich vermeintlich als „Kopf und Seele“ bezeichneten nicht sozialversicherungspflichtigen Geschäftsführern vorträgt, dass es unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht hatte, wird dieser Vortrag die Gerichte kaum überzeugen. Auch im Rahmen der „Kopf und Seele“-Rechtsprechung mussten schließlich alle Einzelfallumstände berücksichtigt werden. Insofern durfte kein sorgfältiges Unternehmen schlicht darauf vertrauen, dass die „Kopf-und-Seele“-Rechtsprechung einschlägig ist.

G. Fazit und Praxistipp zur Risikovermeidung

Rechtsklarheit kann letztlich stets nur ein Statusfeststellungsverfahren gem. § 7a SGB IV schaffen. Nur dann kann sich Vertrauensschutz bilden und nur dann können sicher Säumniszuschläge aufgrund von (langjährigen) Nachforderungen vermieden werden. Ein wirtschaftlich und sorgfältig agierendes Unternehmen wird deshalb jeden Zweifelsfall der Statusfeststellung zuführen, anstatt auf ein positives Ergebnis in der nächsten Betriebsprüfung zu hoffen.

Zweifelsfälle sind bei Kapitalgesellschaften letztlich alle Fälle, in denen sich nicht die objektive Rechtsmacht des Geschäftsführers eindeutig aus dessen Stammkapitalmehrheit oder einer Sperrminorität im Gesellschaftervertrag ergibt. Hierauf hinzuweisen ist wesentlicher Inhalt entsprechender anwaltlicher Beratung. Entsprechend zeigt sich an diesem Beispielfall wie wichtig auch für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, die ihren Beratungsschwerpunkt im Gesellschafts-, Arbeits-, Wirtschafts- oder Steuerrecht haben, Grundkenntnisse im Sozialrecht sind. Umso sträflicher ist es, wenn stiefmütterliches Dasein das Sozialrecht in der juristischen Ausbildung fristet.³⁰

²⁶ So auch BSGE 127, 125 ff.; a.A. LSG Niedersachsen-Bremen, Urt. v. 19.12.2018, Az. L 2 BA 39/18, juris, unter Hinweis auf die Gesetzesbegründung; zweifelnd ferner BeckOK SozR/Wagner, 63. Ed., Stand: 01.12.2021, SGB IV § 24 Rn. 12c.

²⁷ Vgl. BSG NZS 2016, 231 ff.; BSGE 111, 268 ff.; BSGE 88, 146 ff.

²⁸ BSGE 92, 150 (157).

²⁹ Vgl. BSG BeckRS 2013, 66048, Rn. 21; zum Nachzahlungszins gemäß §§ 233a, 238 AO vgl. BFHE 260, 431 ff.

³⁰ Anders mit der Marburger Fachausbildung im Sozialrecht, siehe dazu *Bechtelsheimer/Dahringer/von Minckwitz/Schneider*, *MLR* 2021, 156 ff. (zum alten Lehrplan).

Trump's Troubles

- Die verfassungsrechtlichen Fragen von Trumps Gerichtsverfahren -

Von Wiss. Mitarbeiter **Jannik Kellermann**, Marburg*

Die Präsidentschaft von *Donald Trump* endete mit einem Paukenschlag. Wenige Tage vor der Amtseinführung seines Nachfolgers ließ *Trump* seine getreue Anhängerschaft in Washington D.C. aufmarschieren. Während an diesem 6. Januar 2021 die beiden Kammern des Kongresses gemeinsam tagten, um offiziell die Wahlmännerstimmen zu zählen, vertiefte der 45. Präsident der Vereinigten Staaten seine Predigt eines angeblichen Wahlbetrugs. Die nachfolgenden Geschehnisse – der blutige Sturm auf das Kapitol – dürften jedem Leser bekannt sein. Hierfür trägt der Präsident eine politische, moralische oder gar strafrechtliche Verantwortung.

Vor nicht allzu langer Zeit wäre eine derart chaotische Präsidentschaft nicht denkbar gewesen. Am wenigsten wäre wohl damit zu rechnen gewesen, dass ein Präsident, der Gewalt in der Hauptstadt heraufbeschwört, im nächsten Wahldurchgang erneut realistische Chancen hat, das Amt wieder zu bekleiden. Allerdings befinden wir uns nicht mehr in normalen Zeiten. Politisch befinden sich die Vereinigten Staaten momentan in einem *Déjà-vu*. Die zwei großen Parteien lassen im politischen Wettkampf wieder die Kandidaten antreten, die schon 2020 um die Wählergunst rangen.

Es gab jedoch Bestrebungen, es nicht auf die politische Verhinderung *Trump*s ankommen zulassen. Unter Rückgriff auf eine zu dem Zeitpunkt antiquarische Verfassungsnorm sollte *Trump* generell von der Präsidentschaft ausgeschlossen werden (A.). *Trump* wurde bezichtigt, einen Aufstand gegen die Staatsgewalt heraufbeschwört zu haben und so seinen Eid zum Schutz der Staatsverfassung verletzt zu haben. Das sollte ihn bis zu einer Rehabilitierung durch den Kongress vorerst von sämtlichen staatlichen und militärischen Positionen ausschließen.

Daneben ignorierte das amerikanische Strafrecht *Trump* und die Ereignisse des 6. Januars 2021 nicht völlig. *Donald J. Trump* schrieb Geschichte, indem er als erster Präsident der Vereinigten Staaten angeklagt wurde. Insgesamt vier Strafverfahren wurden gegen ihn eröffnet.¹ Allerdings haben nur zwei einen Bezug zur Präsidentschaftswahl von 2020. Zwei weitere Prozesse spielen in New York City und Florida. Das Verfahren in New York City thematisierte eine mögliche strafrechtsrelevante Wahlrechtsverzerrung im Jahr 2016. Am 30. April 2024 befanden ihn die Geschworenen in allen Anklagepunkten schuldig.² Es könnte das einzige Verfahren bleiben, dass vor der diesjährigen Präsidentschaftswahl abgeschlossen wird. In Florida basiert die Anklage darauf, dass er rechtswidrig Dokumente einbehalten haben soll. Jedoch vertagte die Richterin das Verfahren auf unbestimmte Zeit.³

Die beiden weiteren Anklagen thematisieren die letzte Präsidentschaftswahl. In Georgia wird *Trump* zur Last gelegt, dass er versucht hat, die zuständigen Wahlaufsichtsbehörden dazu zu bewegen, das Wahlergebnis zu seinen Gunsten zu verfälschen. In Washington D.C. dreht sich die Anklage um den 6. Januar 2021, also den unrühmlichen Abgang *Donald Trump*s aus dem Weißen Haus. Diesem letztgenannten Verfahren soll Aufmerksamkeit geschenkt werden (B.). Denn der ehemalige Präsident hat in diesem Prozess schon einige interessante verfassungsrechtliche Bemerkungen zu seinen Gunsten erhoben. Er führt die Behauptung, dass verfassungsrechtliche Gründe die strafrechtliche Verfolgung seiner Beteiligung am Sturm auf das Kapitol ausschließen. Der Hintergrund seines verfassungsrechtlichen Ansatzes soll näher beleuchtet werden.

* Der *Verfasser* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Qualifikationsprofessur für Öffentliches Recht und Recht der Digitalisierung bei Herrn Prof. Dr. *Johannes Buchheim*, LL.M. (Yale) an der Philipps-Universität Marburg.

¹ Eine Zusammenstellung und Erklärung der Anklageschriften findet sich bei *Murray/Weissman*, *The Trump Indictments*, 2024.

² Die verfahrensrelevanten Unterlagen und Protokolle der Verhandlungen in *The People of the State of New York v. Donald Trump* werden von der New Yorker Justiz online zu Verfügung gestellt, (abrufbar unter:

<https://ww2.nycourts.gov/people-v-donald-j-trump-criminal-37026>) (letzter Zugriff: 04.06.2024). Auf den S. 4946 des Gerichtsprotokolls teilt das Gericht mit, dass die Geschworenen ein Urteil gefällt haben. Der Schuldspruch durch die Geschworenen zu allen Anklagepunkten findet sich auf den S. 4949 ff.

³ *Johnson*, *Trump's classified documents trial in Florida is delayed indefinitely*, 08.05.2024, (abrufbar unter: <https://www.npr.org/2024/05/08/1250052834/trumps-classified-documents-trial-in-florida-is-delayed-indefinitely>) (letzter Zugriff: 17.05.2024).

A. Ist Trump von der Präsidentschaft verfassungsrechtlich ausgeschlossen?

Im November 2023 verkündete das Oberste Gericht Colorados, dass *Donald J. Trump* nicht erneut an der Präsidentschaftswahl teilnehmen dürfte und ordnete an, ihn von den Wahlzetteln für Colorados Vorwahl zu entfernen.⁴ Das Gericht fällte seine Entscheidung unter Rückgriff auf eine Verfassungsnorm, die im Zuge des Bürgerkriegs Einzug in die Verfassung fand. Der dritte Absatz des 14. Verfassungszusatzes lautet:

No person shall be a Senator or Representative in Congress, or elector of President and Vice President, or hold any office, civil or military, under the United States, or under any state, who, having previously taken an oath, as a member of Congress, or as an officer of the United States, or as a member of any state legislature, or as an executive or judicial officer of any state, to support the Constitution of the United States, shall have engaged in insurrection or rebellion against the same, or given aid or comfort to the enemies thereof. But Congress may by a vote of two-thirds of each House, remove such disability.

Der Sturm auf das Kapitol warf das Scheinwerferlicht auch in akademischen Kreisen auf die Vorschrift.⁵ Schon im August 2023 veröffentlichten *William Baude* und *Michael Stokes Paulsen* eine viel gesehene Abhandlung über die Disqualifikationsvorschrift, die zum Ergebnis kam, dass *Donald Trump* von einer erneuten Präsidentschaft ausgeschlossen ist.⁶

I. Rechtliche Behandlung in Colorado

Bezogen auf *Donald Trump* und den 6. Januar 2021 lassen sich einige problematische Punkte durch bloße

Betrachtung des Verfassungstexts erkennen. Warum sind der Präsident und sein Stellvertreter nicht ausdrücklich aufgeführt? Ist er als Präsident ein *officer of the United States*, um in den Anwendungsbereich der Norm zu fallen? War der 6. Januar 2021 eine *insurrection* und hat *Trump* daran teilgenommen (*engage*) oder die Handlungsträger mit Rat und Tat unterstützt (*given aid or comfort*)? Ist die Präsidentschaft ein *office under the United States*, um von der Rechtsfolge, dem Ausschluss der Amtsfähigkeit gedeckt zu sein?

Der District Court in Colorado in *Anderson v. Griswold*⁷ stuft den 6. Januar als Aufstand ein und akzeptierte *Trumps* Rede im Vorfeld ebenso als ausreichende Teilnahme.⁸ Die Richterin vertrat jedoch die Ansicht, dass es sich beim Präsidenten nicht um einen *officer* bzw. bei der Präsidentschaft um ein *office* handle. Für den District Court überwiegte die Deutung, dass die Nichtaufzählung der Präsidentschaft ein Anzeichen dafür sei, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber den Präsidenten nicht von der Norm umfassen wollte.⁹ Daneben überzeugte das Gericht, dass es einige verfassungsrechtlichen Vorschriften gibt, die den Schluss zulassen, dass der Präsident eine Position *sui generis* bekleidet und eher als Gegensatz zu *officers* verstanden wird.¹⁰

Wenn Präsident und Vizepräsident ausgenommen werden, handelt es sich auf den ersten Blick um ein bemerkenswertes Ergebnis, da ansonsten jede staatliche und militärische Position in beiden bundesstaatlichen Sphären betroffen ist. Aus historischer Perspektive wäre es nicht gänzlich unverständlich. Denn der 14. Verfassungszusatz war das zentrale Werkzeug der sog. *Reconstruction*. Mit der *Reconstruction*, also dem Wiederaufbau, sollten die vor dem Bürgerkrieg bestehenden Machtzentren der südstaatlichen *Slavocracy* beseitigt werden.¹¹ Der verfassungsändernde Gesetzgeber wollte eher auf die Gliedstaaten einwirken,

⁴ 543 P.3d 283, 342 (2023).

⁵ Schon vor den Ereignissen des 6. Januars 2021 wurde etwa der Beitrag von Lynch verfasst; *Lynch, Disloyalty & Disqualification: Reconstructing Section 3 of the Fourteenth Amendment*, 30 Wm. & Mary Bill Rts. J. 153 (2021).

⁶ *Baude/ Paulsen, The Sweep and Force of Section Three*, 172 U. Pa. L. Rev. 605 (2024). Laut den Angaben auf SSRN rangiert der Beitrag auf dem ersten Platz der meisten Downloads in den letzten zwölf Monaten. Seit dem Einstellen des Beitrags wurde er mehr als 107.000 Mal heruntergeladen; (https://hq.ssrn.com/rankings/Ranking_display.cfm?TRN_gid=10).

⁷ 2023 WL 8006216 (Colo. Dist. Ct.).

⁸ 2023 WL 8006216, Rn. 257 (Colo. Dist. Ct.).

⁹ 2023 WL 8006216, Rn. 302 (Colo. Dist. Ct.).

¹⁰ 2023 WL 8006216, Rn. 311 ff. (Colo. Dist. Ct.). Von dem Gericht hervorgehoben wurden unter anderem art. II, sec. 3 und 4 der US-Verfassung. Bei beiden wird dieses Wortlautargument gut deutlich. In art. II, sec. 3 aE heißt es: „He [gemeint: der Präsident] [...] shall Commission all the Officers of the United States.“ Ebenso in art. II, sec. 4: „The President, Vice President and all civil Officers [...]“. Wenn der Präsident davon umfasst wäre, hätte es hier eher „The President, Vice President and all **other** civil Officers“ heißen müssen.

¹¹ Ausführlich zu den Hintergründen und (verfehlten) Zielen der Zeit nach dem Bürgerkrieg: *Foner, Reconstruction: America's Unfinished Revolution, 1863-1877*, 1988.

anstatt Vorsorge vor einem aufständischen Präsidenten zu treffen.

Dennoch ist es nicht gänzlich unmöglich, den Präsidenten tatbestandlich als *officer* und die Präsidentschaft in der Rechtsfolge als *office* zu begreifen. Dafür spricht, dass der Präsident öfter im gewöhnlichen Sprachgebrauch als *officer* verstanden wurde.¹² Daneben ist auch die vom District Court hervorgehobene Systematik nicht gänzlich eindeutig. In art. II, sec. 1, cl. 8 der US-Verfassung heißt es für den präsidentiellen Amtseid, dass er ihn zu schwören hat bevor er sein „Office“ antritt. Das ist nur ein Beispiel von einigen an denen deutlich wird, dass die Verfassung nicht zwangsläufig den Präsidenten in einer Position sui generis bekleidet. Deswegen wird es teilweise als näherliegender erachtet, die Begriffe nicht haarspalterisch zu begreifen, sondern ihnen ein natürliches Verständnis beizumessen. Dadurch, dass der Präsident im sonstigen Sprachgebrauch als *officer* begriffen wird, muss er auch unter die Norm fallen.¹³

Diese Deutungsweise hat sich auch der Supreme Court von Colorado zu Eigen gemacht. Die dortige Mehrheit der Richter orientierte sich am natürlichen Sprachgebrauch und wies darauf hin, dass es genügend Stellen in der Verfassung gibt, die den Präsidenten als *officer* charakterisieren.¹⁴

II. Trump v. Anderson

Der Supreme Court von Colorado kam zu der Schlussfolgerung, dass die Disqualifikation im 14. Verfassungszusatz auf *Trump* anwendbar ist und sämtliche Voraussetzungen vorliegen. Das Gericht ordnete an, dass die zuständige gliedstaatliche Behörde *Trump* von den Wahlzetteln für Colorados Vorwahl zu entfernen habe. Das Gericht war sich der rechtlichen und politischen Tragweite der Entscheidung bewusst, sodass es die Wirksamkeit zurückstellte. Die Entscheidung sollte erst am 4. Januar 2024 wirksam werden und nur dann, wenn der Supreme Court bis dahin nicht angezeigt hat, dass er über die Rechtssache entscheiden möchte.¹⁵

Natürlich ersuchte der ehemalige Präsident Rechtsschutz in Washington D.C. und der Oberste Gerichtshof entschied sich dazu, die Entscheidung zu überprüfen. Durch die anstehenden Vorwahlen war der Supreme Court bemüht, rasch Rechtsklarheit herbeizuführen. Die mündliche Verhandlung fand am 8. Februar 2024 statt und knapp einen Monat später, am 4. März 2024, verkündete das Gericht seine Rechtsansicht. *Trump* obsiegte vor dem Supreme Court, der die Aufhebung des gliedstaatlichen Urteils anordnete.

1. Bundesstaatliche Erwägungen stehen Colorado entgegen

Das Ergebnis wurde von allen Richtern am Supreme Court mitgetragen, wobei sich dennoch inhaltlich Differenzen zwischen den Richtern gezeigt haben. Die Disqualifikationsvorschrift hat einen ganzen Fundus an inhaltlichen Schwierigkeiten, zu der das Gericht hätte beitragen können, wie etwa die schon angesprochene Officer-office Thematik für den Präsidenten. Der Supreme Court hielt in *Trump v. Anderson*¹⁶ weitestgehend Abstand von materiell rechtlichen Fragestellungen.¹⁷ Alle neun Richter waren der Auffassung, dass es jedenfalls nicht einem gliedstaatlichen Gericht zustehen könne, einen Kandidaten für ein Bundesamt auszuschließen. Auf die Präsidentschaft bezogen könnte das ansonsten zu einem Flickenteppich führen.¹⁸ Eine Ausschlussentscheidung für ein Amt im Bund muss also bundeseinheitlich ergehen. Das verhindert regionale Differenzen und trägt zur Rechtssicherheit bei. Dieser Argumentationsstrang kann überzeugen.

2. Die Disqualifikationsvorschrift ist nicht selbstvollziehend

Die Einigkeit des Gerichts endete an diesem Punkt. Fünf Richter nutzen den Anlass, um eine offene inhaltliche Frage aufzuwerfen und zu entscheiden. Gegen die Anwendung der Disqualifikation wurde im Vorfeld das Argument angeführt, dass dieser Absatz des 14. Verfassungszusatzes nicht selbstvollziehend sei,

¹² Etwa in der berühmten Habeas Corpus Entscheidung, *Ex parte Merryman*, während des Bürgerkriegs und damit nur wenige Jahre vor Verabschiedung des 14. Verfassungszusatzes. Chief Justice Taney richtete sich zum Schluss seiner Entscheidung an den Präsidenten mit den Worten: „It will then remain for that high officer [...]“; *Ex parte Merryman*, 17 F.Cas. 144, 152 (1861) (Hervorhebung durch Bearbeiter). Andere historische Beispiele werden auch vom District Court erwähnt, 2023 WL 8006216, Rn. 310 (Colo. Dist. Ct.).
¹³ *Baude/Paulsen*, The Sweep and Force of Section Three, 172 U. Pa. L. Rev. 605, 726 (2024).

¹⁴ *Anderson v. Griswold*, 543 P.3d 283, 320 f. (2023).

¹⁵ 543 P.3d 283, 342 (2023).

¹⁶ 601 U.S. 100 (2024).

¹⁷ Zum Ende der Entscheidung führte die Mehrheit aus, dass Colorado nicht nur aus den soeben vorgestellten Gründen, die Vorschrift nicht gegen Präsident Trump anwenden kann. Das könnte dafür sprechen, dass die Mehrheit der Richter auch in der Auslegung der Voraussetzung selbst, vom Gerichtshof in Colorado abgewichen wären; 601 U.S. 100, 117 (2024).

¹⁸ 601 U.S. 100, 116 f. (2024).

sondern es einer einfach rechtlichen Umsetzung bedürfe. In der Tat sieht der letzte Absatz des 14. Verfassungszusatz eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes vor, um erforderliche Rechtsakte zu erlassen.

Gegen diese Deutung lässt sich hervorbringen, dass die Norm geradlinig formuliert ist. Tatbestand und Rechtsfolge sind eindeutig bestimmbar. Diese Auslegung würde die Disqualifikation eher zu einer verfassungsrechtlichen Idee herunterstufen, die erst dann Werthaltigkeit genießt, wenn der Bund sie im einfachen Gesetz umsetzt. Eine Übertragung dieses Verständnisses auf die anderen Absätze des 14. Verfassungszusatzes hat nie stattgefunden.¹⁹ Ebenso wenig wurde es bei der Abschaffung der Sklaverei (13. Verfassungszusatz) oder der Ausweitung des Wahlrechts auf afroamerikanische Bürger (15. Verfassungszusatz) vertreten, obwohl in beiden Vorschriften eine identische Gesetzgebungskompetenz verankert ist.

Für das Bedürfnis gesetzlicher Umsetzung stritt jedoch ein Urteil aus Zeiten der Reconstruction. Chief Justice Chase entschied *Griffin's Case*²⁰, dass die Disqualifikation einfachrechtliche Maßnahmen durch den Kongress verlange, um großflächig zu wirken. Es stand damit eine Rechtsprechung im Raum, die möglicherweise als Präzedenz den Fall beherrschen könnte.

Die Mehrheit der Richter bestätigte die Entscheidung. Die Disqualifikation ist demnach, anders als etwa der wichtige erste Absatz des 14. Verfassungszusatz, keine selbstvollziehende Verfassungsnorm, sondern verlangt besondere Rechtssetzung durch den Gesetzgeber.²¹

Nach normaler Logik wäre es denkbar gewesen, diesen Argumentationsstrang als *obiter dictum* einzuordnen.²² Der konkrete Sachverhalt benötigte gerade

keine Darlegung, wie die Norm im Bund zur Anwendung gelangen kann, da sich nur eine gliedstaatliche Stelle auf sie stützte. Dagegen wehrt sich die Mehrheit präventiv, indem sie ausdrücklich kenntlichmacht, dass die Entscheidung gerade auf der Kombination der Argumente beruht.²³

Der progressive Flügel des Supreme Courts wollte diese Kombination nicht mittragen. Die drei Richterinnen betonten, dass die Entscheidung allein mit den bundesstaatlichen Erwägungen hätte getroffen werden können.²⁴ Es gehe allein um die Frage, ob ein einzelner Gliedstaat die Verfassungsnorm durchsetzen könne und nicht, inwiefern die Norm auf Bundesebene zur Geltung zu bringen ist.²⁵

Erstaunlich ist auch die Wortwahl der Richterinnen, wenn sie einleiten: „[T]he Court must decide whether Colorado may keep a Presidential candidate off the ballot on the ground that **he is an oathbreaking insurrectionist**“.²⁶ Der Indikativ an dieser und an weiteren Stellen ist bemerkenswert, da es zu erkennen gibt, dass die Richterinnen davon ausgehen, dass Trump die inhaltlichen Vorgaben der Verfassungsnorm erfüllt.²⁷ Die Kritik der Richterinnen ist berechtigt, auch wenn man an ihren Ausführungen anmerken könnte, dass sie keine Hinweise darauf geben, wie die Verfassungsnorm auf Ebene des Bundes Anwendung finden könnte.²⁸

Insgesamt führt die Entscheidung der Mehrheit der Richter dazu, dass der Disqualifikationsvorschrift auf Bundesebene ihr Anwendungsbereich in Gänze genommen wird. Es bräuchte Rechtssetzung durch den Kongress, die bei einer realistischen Betrachtung nicht passieren wird.²⁹ Ein schon seit Jahren durch parteipolitische Polarisierung gelähmter Gesetzgeber wird

¹⁹ Baude/ Paulsen, The Sweep and Force of Section Three, 172 U. Pa. L. Rev. 605, 655 (2024).

²⁰ 11 F.Cas. 7 (C.C.D. Va. 1869). Zur berechtigten Kritik an der dortigen Auslegung s. etwa Baude/ Paulsen, The Sweep and Force of Section Three, 172 U. Pa. L. Rev. 605, 644 ff. (2024).

²¹ 601 U.S. 100, 109 f. (2024).

²² Ein *obiter dictum* ist „[a] judicial comment made while delivering a judicial opinion, but one that is unnecessary to the decision in the case and therefore not precedential (although it may be considered persuasive.“ Garner, Black's Law Dictionary, 11. Aufl. 2019, *Dictum*.

²³ 601 U.S. 100, 117 (2024).

²⁴ 601 U.S. 100, 118 f. u 123 (2024) (Sotomayor, Kagan, Jackson, JJ., concurring in the judgment).

²⁵ 601 U.S. 100, 118 u 121 f. (2024) (Sotomayor, Kagan, Jackson, JJ., concurring in the judgment).

²⁶ 601 U.S. 100, 118 (2024) (Sotomayor, Kagan, Jackson, JJ., concurring in the judgment) (Hervorhebung durch Bearbeiter).

²⁷ Vance, The „Oathbreaking Insurrectionists“, Civil Discourse, 05.03.2024, (abrufbar unter: <https://joycevance.substack.com/p/the-oathbreaking-insurrectionist>) (letzter Zugriff: 15.05.2024); Graber, Trump and the American Problem of the Commons, VerfBlog, 05.03.2024, (abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/trump-and-the-american-problem-of-the-commons/>) (letzter Zugriff: 15.05.2024).

²⁸ Dorf, Nine Justices in Search of an Excuse to Nullify Section 3 of the 14th Amendment, Dorf on Law, 05.03.2024, (abrufbar unter: <https://www.dorfonlaw.org/2024/03/nine-justices-in-search-of-excuse-to.html>) (letzter Zugriff: 15.05.2024).

²⁹ Dorf, Nine Justices in Search of an Excuse to Nullify Section 3 of the 14th Amendment, Dorf on Law, 05.03.2024, (abrufbar unter: <https://www.dorfonlaw.org/2024/03/nine-justices-in-search-of-excuse-to.html>) (letzter Zugriff: 15.05.2024).

nicht im Stande sein, diese fundamentale Angelegenheit in der nächsten Zeit zu regeln.³⁰

B. Trump v. United States

Kann ein Präsident nach dem Verlassen des Weißen Hauses strafrechtlich dafür zur Verantwortung gezogen werden, dass er in seiner Amtszeit die Sondereinsatzkräfte beauftragt hat, einen politischen Rivalen zu exekutieren?³¹

Vor nicht allzu langer Zeit wäre es nicht denkbar gewesen, dass ein solches Szenario ernsthaft vor Gericht debattiert wird. Es hätte höchstens als glasklares Beispiel in staatsrechtlichen Vorlesungen dienen können, um zu verdeutlichen, dass auch der Präsident nicht selbstherrlich ist, sondern Rechenschaft ablegen muss. Doch in diesen Zeiten befinden wir uns nicht mehr. Am Circuit Court in Washington D.C. und beim Supreme Court wurde die Frage tatsächlich an *Trump's* Rechtsbeistand herangetragen. Dessen Antwort war paraphrasiert: es kommt drauf an.

Trump's Anwälte bringen zwei verfassungsrechtliche Erwägungen vor, an denen eine Strafverfolgung scheitern soll. Ein Strafverfahren sei ausgeschlossen, da *Trump* nicht des Amtes enthoben wurde. Daneben kommt einem Präsidenten eine umfassende Immunität zu, die ihn davor schützt, dass er wegen etwaiger strafrechtlicher Verfehlungen im Amt im Nachhinein verfolgt wird. Beide Punkte sind auf den ersten Blick sehr weitreichend und könnten, wenn sie von den Konsequenzen betrachtet werden, fatal wirken. Dennoch sind das Amtsenthebungsargument und die Immunität nicht aus dem luftleeren Raum gegriffen, sondern es

fußt auf nachvollziehbaren gedanklichen Ausgangspunkten. Das heißt jedoch nicht, dass die daraus gezogenen Schlussfolgerungen zustimmungswürdig sind.

I. Strafverfahren durch gescheiterte Amtsenthebung gesperrt?

Das Amtsenthebungsargument ergibt sich durch ein Zusammenspiel aus den Rechtsfolgen der Amtsenthebung und dem Doppelbestrafungsverbot. Damit es besser verständlich ist, ist ein Rekurs auf das Amtsenthebungsverfahren dienlich.

1. Das Amtsenthebungsverfahren

In der langen Geltungszeit der amerikanischen Bundesverfassung sind Amtsenthebungen eine seltene Erscheinung. Erfolgreiche Verfahren hat es bisher nur gegen Bundesrichter gegeben.³² Gegen einen Präsidenten ist das Amtsenthebungsverfahren bisher stets gescheitert und erst drei Präsidenten mussten sich diesem stellen. *Andrew Johnson* war 1868 der Erste und ihn rettete nur eine Stimme im Senat das Amt.³³ Erst 130 Jahre später wurde das Verfahren erneut gegen einen Präsidenten zum Einsatz gebracht. *William J. Clinton* wurde wegen Meineides und *obstruction of justice* in einem zivilrechtlichen Verfahren angeklagt. Im Senat fanden diese Vorwürfe nicht mehr als eine einfache Mehrheit.³⁴ Ebenso fern ab von der benötigten Zweidrittelmehrheit war *Donald Trump's* erste Amtsenthebung. Dort wurde ihm vorgeworfen Militärhilfe für die Ukraine zurückzuhalten, um Präsident *Selenskyj* dazu zu bewegen, eine Ermittlung gegen *Hunter Biden* anzustrengen. Das zweite Amtsenthebungsverfahren wurde durch den 6. Januar ausgelöst. Auch

[justices-in-search-of-excuse-to.html](#)) (letzter Zugriff: 15.05.2024).

³⁰ Der sog. „Gridlock“ des Kongresses ist kein erst kürzlich entstandenes Phänomen, das unmittelbar aus der Präsidentschaft Donald Trumps resultierte. Beispielsweise hielt die Boston University schon 2008 ein Symposium zu diesem Thema ab, s. 89 B. U. L. Rev. 331 ff. (2009). Der Ausfall des Kongresses führt sowohl dazu, dass der Gesetzgeber wichtige, gesellschaftliche Probleme offenlässt und natürlich ebenso, dass seine in der Gewaltenteilung geforderte Kontrolltätigkeit ausbleibt. Eine normative Lösung, wie sie etwa die deutsche Verfassung im Gesetzgebungsnotstand des Art. 81 GG vorsieht, kennt das amerikanische Verfassungsrecht nicht. Zum Problem des Gridlock und rechtsstaatlicher Kontrolle, s. *Teter*, Congressional Gridlock's Threat to Separation of Powers, 2013 Wis. L. Rev. 1097.

Exemplarisch für den Tiefpunkt der politischen Debatte kann die vor kurzem stattgefundene Ausschusssitzung im Repräsentantenhaus herangezogen werden. Anstatt sich auf das Thema zu fokussieren, artete die Sitzung zu wechselseitigen Beleidigungen zwischen Demokraten und

Republikanern aus; *Broadwater*, 'Oversight After Dark': Lawmakers Hurl Insults at Session, New York Times, 17.05.2024, (abrufbar unter: <https://www.nytimes.com/2024/05/17/us/politics/marjorie-taylor-green-insults-crockett.html>) (letzter Zugriff: 19.05.2024).

³¹ Diese Frage wurde schon im Verfahren vor dem Circuit Court in Washington D.C. gestellt. Justice Sonia Sotomayor griff es bei der mündlichen Verhandlung vor dem Supreme Court erneut auf; *Trump v. U.S.*, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 25.04.2024, S. 9, (abrufbar: https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2023/23-939_f2qg.pdf) (letzter Zugriff: 17.05.2024).

³² Ein Überblick über die Amtsenthebungsverfahren: <https://www.senate.gov/about/powers-procedures/impeachment/impeachment-list.htm> (letzter Zugriff: 16.04.2024).

³³ *Rehnquist*, Grand Inquests, 1992, S. 234 f.

³⁴ Zum Verfahren gegen Bill Clinton s. etwa *Kyvig*, The Age of Impeachment, 2008, S. 310 ff.

hier kam letztlich nicht die nötige qualifizierte Mehrheit zustande.³⁵

Der Ablauf des Verfahrens ist zweigeteilt. Nach art. I, sec. 2, cl. 5 der US-Verfassung hat das Repräsentantenhaus „*the sole Power of Impeachment*“. Das Repräsentantenhaus fungiert damit als Anklagebehörde. Die Verfassung regelt, dass die Amtsenthebung gegen den Präsidenten, Vizepräsidenten, die Bundesbeamten und -richter vorgenommen werden kann. Das Repräsentantenhaus ist zur Anklage berechtigt, wenn es davon überzeugt ist, dass der betroffenen Person „*Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors*“ (art. II, sec. 4 der US-Verfassung) vorgeworfen werden kann.

Anders als die Ministeranklage (Art. 115 HV) oder die Präsidentenanklage (Art. 61 GG) findet das Verfahren nicht vor einem Gericht statt, sondern vor dem Senat. Der Senat hat nach art. I, sec. 3, cl. 6 der US-Verfassung die Kompetenz alle Impeachment Verfahren zu leiten, wobei der Vorsitzende Richter am Obersten Gerichtshof den Vorsitz zu führen hat, wenn der Präsident angeklagt wird.

Trumps Anwälte stützen sich auf die Vorschrift, die sich mit der Rechtsfolge der Amtsenthebung beschäftigt, der sog. Impeachment Judgment Clause. Art. I, sec. 3, cl. 7 der US-Verfassung bestimmt:

Judgment in Cases of Impeachment shall not extend further than to removal from Office, and disqualification to hold and enjoy any Office of honor, Trust or Profit under the United States: but the Party convicted shall nevertheless be liable and subject to Indictment, Trial, Judgment and Punishment, according to Law.

Trumps Rechtsansicht betont das Ende der Norm (*the Party convicted*). Der entfernte Amtsträger soll sich neben der Amtsenthebung auch noch dem ordentlichen Strafprozess stellen müssen. Die Vorschrift schweigt jedoch zum gegenteiligen Fall, dem Freispruch.³⁶ Hier müssten nach seiner Deutung die üblichen verfassungsrechtlichen Beschränkungen greifen. Dazu zählt auch der 5. Verfassungszusatz, der das

Doppelbestrafungsverbot verankert („*nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb*“).

2. Der gedankliche Hintergrund von Trumps rechtlichem Standpunkt

Trumps Standpunkt ist davon abhängig, welcher Rechtsnatur dem Amtsenthebungsverfahren zukommt. Seine an das Doppelbestrafungsverbot angelehnte Argumentation setzt darauf, dass die Amtsenthebung an sich ein strafrechtliches Instrument ist.

Ein oberflächlicher Blick auf den Verfassungstext könnte diese Deutung stützen. Dafür streiten etwa die Voraussetzungen des Amtsenthebungsverfahrens. Die Norm knüpft an zwei klassische Straftaten an und spricht im Weiteren von „*other high Crimes and Misdemeanors*“, also anderen schweren Verbrechen und Vergehen. Das deutet schon inhaltliche Verbindungen zum Strafrecht an.

Ebenso die Tatsache, dass das Verfahren gegen den Präsidenten vom Vorsitzenden Richter des Supreme Court geleitet wird und die Senatoren, in ihrer Funktion als Geschworene, einen besonderen Eid schwören müssen, weckt Parallelen zum Strafrecht.

Letztlich ließe sich noch art. II, sec. 2, cl. 1 der US-Verfassung anführen. Der Präsident hat danach die Befugnis, Begnadigungen für den Bund auszusprechen („*Pardons for Offenses against the United States*“), außer im Falle der Amtsenthebung.

Aus diesem Blickwinkel würde es einleuchten, dass möglicherweise auch das Doppelbestrafungsverbot greifen könnte. Dann müsste ein Freispruch im Impeachment akzeptiert werden und könnte nicht dazu führen, dass die betroffene Person auch noch der ordentlichen Gerichtsbarkeit ausgesetzt wird.³⁷

Jedoch trägt der Schein, dass das *Impeachment* quasi strafrechtlicher Natur ist. Es soll nicht in erster Linie pönalisieren, sondern es soll die rechtmäßige Kompetenzausführung im Verfassungsgefüge sicherstellen. Dafür gibt es dem Parlament die Möglichkeit an die Hand, Missstände durch Amtsträger abzustellen, indem der betroffene aus seiner Stellung entlassen und möglicherweise sogar dauerhaft gesperrt wird.³⁸ Selbst das britische Verfassungsrecht, das für das

³⁵ Eine Darstellung der beiden Amtsenthebungsverfahren und die Darstellung der wichtigsten Probleme und wie sie im Kongress debattiert wurden, findet sich bei *Nourse, The Impeachments of Donald Trump*, 2021.

³⁶ 91 F.4th 1173, 1201 (D.C. Cir. 2024): „In former President Trump's view, however, the word 'convicted' in the second phrase implicitly bestows immunity on Presidents who are *not* convicted, based on a negative implication.“

³⁷ 91 F.4th 1173, 1201 (D.C. Cir. 2024): „In former President Trump's view, however, the word 'convicted' in the second phrase implicitly bestows immunity on Presidents who are *not* convicted, based on a negative implication.“

³⁸ Die Amtsenthebung wurde schon früh als politisches Sicherungssystem charakterisiert, so etwa bei *Story, Commentaries on the Constitution of the United States*, 1833, § 385.

amerikanische *Impeachment* Vorbild war und dem viel eher ein strafender Charakter zugesprochen werden kann, betonte stets, dass das Verfahren in erster Linie politischer Natur ist.³⁹

Trump ist tatsächlich nicht die erste Person, die versucht, das Unterlassen eines Amtsenthebungsverfahrens als für die Strafverfolgung sperrend zu deuten.⁴⁰ Gegen diese Auslegung spricht vor allem eine schon frühe und jahrzehntelang gängige Praxis, die Strafverfolgung von Amtsträgern ermöglichte, sogar schon vor einem Amtsenthebungsverfahren.⁴¹ Daraus ergibt sich auch, dass der Begriff „*nevertheless*“ in art. I, sec. 3, cl. 7 der US-Verfassung nicht nur als Hinweis für das Doppelbestrafungsverbot gesehen wurde, sondern das damit gekennzeichnet werden soll, dass strafrechtliche Verfolgung vor Amtsenthebung möglich ist.⁴²

Wenn *Trump*s Verständnis gänzlich übernommen würde, wäre es genauso verheerend wie die praktische Ausschaltung der Disqualifikation im 14. Verfassungszusatz. Das Amtsenthebungsverfahren hat sich in der Rechtspraxis als selten gezogenes Instrument erwiesen, was anhand der geringen Fallzahlen abzulesen ist. Die Rechtsordnung vertraut darauf, dass strafrechtlich relevantes Verhalten durch das Strafrecht

geahndet werden kann und/oder dass Beamte wegen Fehlverhalten von der Exekutive abberufen werden können.⁴³ Wenn tatsächlich für jeden Amtsträger in Judikative und Exekutive erst ein Amtsenthebungsverfahren benötigt würde, bevor eine Anklage erhoben werden dürfte, könnte der Kongress durch dieses zeitintensive Vorgehen komplett lahmgelegt werden.⁴⁴

II. „No one is above the law“ vs. absolute präsidentielle Immunität

Im Zuge der Unabhängigkeitsbewegung veröffentlichte *Thomas Paine* ein Pamphlet, das nach seiner Veröffentlichung schnell in den damals noch britischen Kolonien Nordamerikas zirkulierte. Schon im Januar 1776 urteilte er über das rechtsstaatliche Verständnis in den Kolonien: „[I]n America *the law is king*. For as in absolute governments the king is law, so in free countries the law ought to be king; and there ought to be no other.“⁴⁵ Für das amerikanische Rechtsverständnis wird diese Herrschaft des Rechts auch oft mit dem Ausdruck verbunden, dass sich niemand den Rechtsfolgen der Gesetze entziehen kann („*No one is above the law*“).⁴⁶

Dieser Grundpfeiler könnte dadurch erschüttert werden, dass der Präsident für seine Handlungen

³⁹ In Großbritannien war es dem Parlament unbenommen, welche Sanktionen an das Impeachment Verfahren gehängt werden. Das *House of Lords* konnte neben der Beendigung des Amtes noch tatsächlich strafend auf den Betroffenen einwirken. *Bowman* beschreibt, dass dies zu einem wachsenden Ungerechtigkeitsgefühl mit der Zeit geführt hat. Dadurch, dass Impeachment auch bei politischem Fehlverhalten, das keine Strafnorm verletzt hat, Anwendung finden konnte, bildete sich eine Spannung mit dem Gesetzlichkeitsgrundsatz, wenn das *House of Lords* daran wirkliche Strafen knüpfte; *Bowman*, *British Impeachments (1376-1787) and the Preservation of the American Constitutional Order*, 46 *Hastings Const. L. Q.* 745, 781 (2019). Der Autor beschreibt, dass es dem amerikanischen Verfassungsgeber darum ging, deutlicher zu zeigen, dass Impeachment für das politische System ein Sicherungsinstrument sein sollte. Das gelang dadurch, dass die Möglichkeiten des Senats auf Amtsenthebung und zukünftige Disqualifikation begrenzt wurden; *Bowman*, aaO, 783 f.

⁴⁰ *Gerhardt*, *Constitutional Limits to Impeachment and its Alternatives*, 68 *Tex. L. Rev.* 1, 77 (1989).

⁴¹ *Freedman*, *The Law as King and the King as Law: Is a President Immune from Criminal Prosecution before Impeachment*, 20 *Hastings Const. L. Q.* 7, 22 ff. (1992). Für die Causa *Trump* ist der erste historische Präzedenzfall, Aaron Burr. Er erschoss als Vizepräsident in einem Duell Alexander Hamilton und wurde im Anschluss strafrechtlich verfolgt. *Freedman* beschreibt, dass sich einige Senatoren bemühten, die Strafverfahren einzustellen, damit *Burr* als Präsident des Senats nicht als „*common*

murderer“ erscheine. Es erhob niemand die Behauptung, *Burr* genieße Immunität; *Freedman*, aaO, 23.

⁴² *Dixon*, Memorandum from Robert G. Dixon, Re: Amenableity of the President, Vice President and Other Civil Officers to Federal Criminal Prosecution while in Office, 24.09.1973, S. 3.

⁴³ In den Kompetenzen des Präsidenten findet sich im Verfassungstext keine Ermächtigung, dass er Beamte entlassen kann. Allerdings wurde schon früh angenommen, dass es möglich sein muss, Positionen in der Verwaltung mit neuen Personen zu besetzen. *Justice Story* beschreibt, dass sich in der breiten Öffentlichkeit schon früh das Bild durchgesetzt habe, dass dies dem Präsidenten zu steht; *Story*, *Commentaries on the Constitution of the United States*, 1833, § 799. Die Gerichtsbarkeit bezog zu dieser Rechtsfrage erst ab dem 20. Jahrhundert Stellung. Allgemein zur Removal Power s. *Chemerinsky*, *Constitutional Law*, 6. Aufl. 2019, S. 380 ff.

⁴⁴ Die Bundesverfassung kennt gerade keine Einschränkung im Anwendungsbereich. Anders sieht die Lage in einigen gliedstaatlichen Verfassungen aus. In Kalifornien unterfallen nur die gesamtstaatlich gewählten Exekutivpositionen, Richter und die Angehörigen des State Board of Equalization unter die Amtsenthebung, art. IV, sec. 18 (b) der Verfassung Kaliforniens. In art. XV der Verfassung Texas findet sich ein ähnliches Bild, indem nicht alle Beamten erfasst sind.

⁴⁵ *Paine*, *Common Sense*, S. 36, (New York: Peter Eckler Publishing Co. 1922), [Hervorhebung im Original].

⁴⁶ Eine Beschreibung des Supreme Courts hierfür findet sich etwa in *U. S. v. Lee*, 106 U.S. 196, 220 (1882).

grundsätzlich keine Rechenschaft fürchten müsste. Das könnte im äußersten Fall auf eine verfassungsrechtliche Wertung hinauslaufen, die einer Unverletzlichkeit seiner Stellung gleichkommt.

Dennoch kommt auch die Idee einer strafrechtlichen Immunität nicht aus heiterem Himmel. Im amerikanischen Rechtskreis wurden zwei verwandte Fragen schon diskutiert, auf die *Trump's* Rechtsbeistand nun aufbaut. Zum einen die Problematik, ob der Präsident zivilrechtlich für Amtshandlungen einstehen muss. Zum anderen, ob eine strafrechtliche Untersuchung während der Amtszeit eines Präsidenten möglich ist.

1. Zivilrechtliche Immunität

A. *Earnest Fitzgerald* war angestellt bei der amerikanischen Luftwaffe und warf dem 37. Präsidenten der Vereinigten Staaten, *Richard Nixon*, vor, dass er ihn aus persönlichen Motiven (und damit rechtswidrig) aus seiner Stellung entlassen habe. *Fitzgerald* verklagte *Nixon* auf Schadensersatz.⁴⁷

Die aus diesem Rechtsstreit entstehende Supreme Court Entscheidung, *Nixon v. Fitzgerald*⁴⁸, ist bedeutend für die präsidentielle Stellung in haftungsrechtlichen Fragen. Um die Entscheidung des Gerichts besser zu verstehen, ist es hilfreich, sich das staatshaftungsrechtliche Grundverständnis in den Vereinigten Staaten kurz in den Sinn zu rufen.

a) Grundgedanken des amerikanischen Staatshaftungsrechts

Eine rechtswidrige, schädigende Handlung durch einen staatlichen Bediensteten in Ausführung seines Amtes führt im deutschen Recht zur Haftung des Staates. Diese in Art. 34 GG verankerte Grundwertung ist keine Besonderheit der deutschen Verfassung, sondern in Kontinentaleuropa weitverbreitet.⁴⁹ In den Vereinigten Staaten sucht man eine solche grundsätzliche Haftungsüberleitung vergeblich.

aa) Grundsatz: Sovereign Immunity

„*The King can do no wrong*“ ist ein alter Rechtssatz des Common Laws, der besagt, dass der britische Staat nicht gegen seinen Willen verklagt werden kann.⁵⁰ Trotz der Lossagung von Großbritannien und seinen monarchischen Strukturen übernahm das amerikanische Verfassungsrecht diesen Grundsatz, dass der Staat als solcher nur bei seinem Einverständnis haften kann.

Diesen Gedanken formuliert schon *Alexander Hamilton* in den *Federalist Papers*. Er beschreibt darin, dass die Kritiker der Bundesverfassung in art. III, sec. 2 der US-Verfassung („*The judicial Power shall extend to all Cases [...] between a State and Citizens of another State*“) die Gefahr sehen, dass die Gliedstaaten sich vor den Bundesgerichten zivilrechtlich verantworten müssten. *Hamilton* erklärt, dass es bereits aus dem Wesen der Souveränität folge, dass ein Staat niemals gegen seinen Willen Teil eines Rechtsstreits werden könne. Nur wenn der betroffene Staat zustimme, könne die Bundesgerichtsbarkeit einen Rechtsstreit entscheiden.⁵¹

Tatsächlich verneinte der Supreme Court zunächst das Prinzip der *Sovereign Immunity* in *Chisholm v. Georgia*⁵² für die Gliedstaaten.⁵³ Das bewog den verfassungsändernden Gesetzgeber dazu, die erwähnte Zuständigkeitsvorschrift im dritten Artikel durch die Einfügung des Elften Verfassungszusatzes zu streichen. In *Hans v. Louisiana*⁵⁴ übertrug der Oberste Gerichtshof die *Sovereign Immunity* schließlich noch auf die Konstellation zwischen Gliedstaat und dessen eigenen Bürgern.⁵⁵

Für den Bund ist es ebenfalls ein eiserner Grundsatz, dass er nur bei seinem Einverständnis Teil eines Rechtsstreits werden kann.⁵⁶ *Sovereign Immunity* ist eine umstrittene Komponente des amerikanischen Rechts, deren theoretische Rechtfertigung große

⁴⁷ 457 U.S. 731, 731 (1982).

⁴⁸ 457 U.S. 731 (1982).

⁴⁹ *Wieland*, in: Dreier, GG, 2. Band, 3. Aufl. 2015, Art. 34, Rn. 28.

⁵⁰ Zum Hintergrund des englischen Rechts, s. etwa *Blackstone*, Commentaries on the Laws of England, 2. Band, 1825, S. 254 ff. Jedoch erkannte auch das englische Recht, dass unhaltbare Ungerechtigkeiten hervortreten, wenn keine Form der Abhilfe bestünde. Deswegen fand das Recht Lösungsansätze und schraubte 1947 die Immunität der Krone weitestgehend zurück; *Endicott*, Administrative Law, 5. Aufl. 2021, S. 553 f.

⁵¹ *Hamilton/Madison/Jay*, The Federalist Papers, Nr. 83, S. 435, (Chartwell Classics, 2017).

⁵² 2 U.S. 419 (1793).

⁵³ 2 U.S. 419, 456 (1793).

⁵⁴ 134 U.S. 1 (1890).

⁵⁵ 134 U.S. 1, 15 u 20 f. (1890).

⁵⁶ *Sisk*, A Primer on the Doctrine of Federal Sovereign Immunity, 58 Okla. L. Rev. 439, 440 (2005). Dabei muss erwähnt werden, dass der Bund in zahlreichen Fällen gesetzlich vorgesehen hat, dass er Teil eines Rechtsstreits werden kann.

Schwierigkeiten aufweist.⁵⁷ Für den hiesigen Kontext ist diese spannende theoretische Debatte jedoch nicht von Relevanz.

bb) Folge: Haftung des Bediensteten

Wenn der Staat für Verfehlungen grundsätzlich nicht den Schaden zu begleichen hat, verbleiben zunächst zwei Möglichkeiten. Es wäre denkbar, dass der geschädigte Bürger auf dem Schaden sitzenzubleiben hat. Die weitere Option wäre, dass der Beamte für die Schädigung geradestehen muss. Das war im deutschen Recht die ursprüngliche Lösung, wie sie in §§ 88 f. II 10 ALR und heute in § 839 BGB zum Ausdruck kommt. Das amerikanische Recht, 42 U.S.C. § 1983⁵⁸, entschied sich für die Haftung des staatlichen Bediensteten

cc) Haftungsbeschränkungen

Schon das monarchisch geprägte Haftungsrecht in Deutschland erkannte, dass eine vollumfängliche Haftung seiner Bediensteten für die Verwaltung schädlich sein könnte, wodurch sich Privilegien in § 91 II 10 ALR und heute in § 839 Abs. 1 S. 2 BGB finden.⁵⁹ Das amerikanische Recht will ebenfalls nicht für jedes Fehlverhalten eine Haftung vorsehen. Dieses Ergebnis wird in beiden Rechtskreisen von den gleichen Zweckvorstellungen geprägt. Eine unbegrenzte Haftung könnte sich nachteilig auf die Funktionsfähigkeit der Verwaltung auswirken, indem der Beamte aus Angst vor Haftung davor zurückschreckt, seine Pflichten auszuführen.⁶⁰

Für die Exekutive⁶¹ hat sich im Laufe der Zeit die Rechtsfigur der „*Qualified Immunity*“ herausgebildet. Ein Amtsträger muss nur dann für eine

Rechtsverletzung Schadensersatz leisten, wenn offensichtlich war, dass die Handlung einem Dritten einen Schaden zuführt. Mit Offensichtlichkeit ist in dem Falle gemeint, dass ein Durchschnittsbeamter die Rechtswidrigkeit der Handlung erkannt hätte.⁶²

Dem Begriff der Immunität kommt dadurch im amerikanischen eine weiterreichende Bedeutung zu als im deutschen Recht. Immunität im Sinne des Art. 46 Abs. 2 GG ist im deutschen Recht auf die Legislative zugeschnitten (wobei auch der Bundespräsident Immunität genießt, Art. 60 Abs. 4 GG). Des Weiteren bezeichnet Immunität den Schutz vor Strafverfolgung. Die Immunität hat keine Auswirkungen auf zivilrechtliche Ansprüche.⁶³

b) Nixon v. Fitzgerald

Qualified Immunity für alle Staatsangestellten war ein Zwischenergebnis des amerikanischen Rechts. Das Gericht deutete an, dass es daneben auch eine allgemeine Immunität geben könnte. In *Butz v. Economou*⁶⁴ befasste sich das Gericht hiermit und kam zu der Schlussfolgerung, dass es Ämter geben könne, die absolute Immunität genießen. Das folgt jedoch nicht per se aus dem Amt, sondern aufgrund der im Einzelfall wahrgenommenen Funktion.⁶⁵

Fünf Richter in *Nixon v. Fitzgerald* griffen dies für den Präsidenten in ihrer Rechtseinschätzung auf. Die Mehrheit des Supreme Courts befand, dass der Präsident absolute Immunität genieße.⁶⁶ Das Gericht kennzeichnete, dass gerichtliche Überprüfung des Präsidenten stets eine Interessensabwägung zugunsten eines gerichtlichen Eingriffs in die präsidentielle Sphäre benötige.⁶⁷

⁵⁷ Ablehnend am weiterhin praktizierten Festhalten an Sovereign Immunity etwa *Chemerinsky*, *Against Sovereign Immunity*, 53 Stan. L. Rev. 1201 (2001). Die Übernahme des britischen Verständnisses kann wahrscheinlich praktisch erklärt werden, dass nach der Revolution die noch sehr unsicheren Staatsfinanzen nicht durch Rechtsstreitigkeiten belastet werden sollten; *Yukins-Karitzky*, AöR 87 (1962), 370 (371).

⁵⁸ 18 U.S.C. § 1983: „Every person who, under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage, of any State or Territory or the District of Columbia, subjects, or causes to be subjected, any citizen of the United States or other person within the jurisdiction thereof to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured by the Constitution and laws, shall be liable to the party injured in an action at law, suit in equity, or other proper proceeding for redress, except that in any action brought against a judicial officer for an act or omission taken in such officer's judicial capacity, injunctive relief shall not be granted unless a declaratory decree was violated or declaratory relief was unavailable.

For the purposes of this section, any Act of Congress applicable exclusively to the District of Columbia shall be considered to be a statute of the District of Columbia.”

⁵⁹ Zur Kritik an der weiterhin gültigen Subsidiaritätsklausel s. *Ossenbühl/Cornils*, *Staatshaftungsrecht*, 6. Aufl. 2013, S. 81 mwN.

⁶⁰ *Cass*, *Suits against Public Officers*, 129 U. Pa. Law Rev. 1110, 1124 (1981).

⁶¹ Es gibt eigene Haftungsbeschränkungen für die Legislative und Judikative. Diese finden hier keine Betrachtung.

⁶² *Obasogie/ Zaret*, *Plainly Incompetent: How Qualified Immunity Became An Exculpatory Doctrine of Police Excessive Force*, 170 U. Pa. Law Rev. 407, 410 f. (2022).

⁶³ *Butzer*, in: BeckOK GG, 57. Ed. 15.01.2024, Art. 46, Rn. 14.

⁶⁴ 438 U.S. 478 (1978).

⁶⁵ 438 U.S. 478, 506 f. (1978).

⁶⁶ 457 U.S. 731, 749 (1982).

⁶⁷ 457 U.S. 731, 754 (1982).

Laut der Mehrheit des Gerichts überwiegen systematisch-teleologische Erwägungen, die den Präsidenten vor Schadensersatzklagen im Amt schützen. Denn im Verfassungsgefüge der Vereinigten Staaten ist die Exekutive die einzige Gewalt, in der sich die Kompetenz in einer Person bündelt. Diese einzigartige Stellung und die Effektivität der Bundesregierung könnte in Gefahr geraten, wenn der Präsident fürchten müsste, privaten Rechtsstreitigkeiten ausgesetzt zu sein.⁶⁸ Das Argument, wenn man es für gewichtig hält, wurzelt nicht im konkreten Fall, sondern dient der zukünftigen Rechtsentwicklung. *Nixon* war bekanntlich zum Zeitpunkt der Entscheidung nicht mehr im Amt, sodass ein Prozess die Arbeitsfähigkeit der Bundesregierung nicht beeinflussen konnte.

Das Gericht überlegte, ob der Präsident nur dann absolut von einer zivilrechtlichen Haftung ausgenommen sein soll, wenn die schädigende Handlung mit Kernbereichen seines Amtes korrespondiert. Das Mehrheitsvotum verwarf diese Idee, da auch diese Begrenzung das Potential haben könnte, den präsidentiellen Arbeitsalltag zu torpedieren.⁶⁹ Um die Funktionsfähigkeit effektiv sicherzustellen, soll der Präsident eine Haftungsbefreiung für alle Handlungen genießen, solange sie zumindest im Randbereich seiner Kompetenzen liegen.⁷⁰ Es darf sich also nur nicht um eine rein private Angelegenheit handeln. Das gerügte schädigende Verhalten muss irgendeine Verbindung zum Amt aufweisen, damit der Präsident von der Haftung ausgenommen ist.⁷¹

An sich müsste die Arbeitsfähigkeit eines Präsidenten auch dann leiden, wenn er sich in einer privaten Stellung Verfehlungen leistet und mit Gerichtsverfahren überzogen wird. Das wird vom amerikanischen Recht anscheinend akzeptiert. Wenn der Ausgangspunkt die angesprochene Interessensabwägung ist, ist es nachvollziehbar. Für die Haftungsbefreiung streitet nicht die Stellung des Präsidenten als solche, sondern dass der Schadenseintritt mit seinen amtlichen Funktionen zusammenhängt. Wenn diese nicht vorliegen,

gibt es keinen Grund, der einer grundsätzlichen gerichtlichen Kontrolle entgegensprechen sollte.

Es muss noch angemerkt werden, dass die abweichenden Richter das Urteil scharf kritisierten. Das Sondervotum meldete erhebliche rechtstaatliche Bedenken an. Bei einer praktischen Betrachtung werde der Präsident von rechtlichen Anforderungen freigestellt, sodass ihn nichts daran hindere, Dritten vorsätzlich Schaden zuzufügen.⁷²

Die Mehrheit des Gerichts versuchte diese Kritik abzufedern, indem sie darauf hinwies, dass der Präsident nicht in eine verantwortungslose Sphäre entlassen wird. Die Verantwortlichkeit bestehe in Kontrollmechanismen des Parlaments, etwa in Untersuchungsausschüssen, aber auch im „schärfsten Schwert“ – dem Impeachmentverfahren.⁷³ Daneben betonte der Supreme Court die kontinuierliche Beobachtung des Präsidenten durch die Presse, die ihn vor Rechtsverletzungen zurückschrecken lassen wird.⁷⁴ Die vier abweichenden Richter konnte es nicht überzeugen, dass diese verbleibenden Kontrollmechanismen genügen, um eine rechtsstaatlich zufriedenstellende Lösung zu finden.⁷⁵

2. Strafverfahren gegen amtierenden Präsidenten

Richard Nixons Amtszeit warf gleich zweimal die Problematik auf, ob ein amtierender Amtsträger sich strafrechtlich verantworten muss. Zunächst geriet sein Vizepräsident, *Spiro Agnew*, ins Visier der Staatsanwaltschaft. *Agnew* trat von seinem Amt zurück und akzeptierte die Strafe.⁷⁶ *Richard Nixon* und die *Watergate* Affäre rückten die strafrechtliche Verantwortung ebenfalls ins Rampenlicht. Sein Rücktritt samt der umfassenden Begnadigung durch seinen Nachfolger beendete jegliche strafrechtliche Debatte.⁷⁷

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit wurde unter Präsident *Clinton* erneut Thema. Sowohl in der *Causa Nixon* als auch der Skandal um *Bill Clinton* bewegte das *Office of Legal Counsel*, eine Abteilung des Justizministeriums, dazu, die Angelegenheit juristisch zu prüfen. In beiden Fällen wurde festgestellt, dass der

⁶⁸ 457 U.S. 731, 749 ff. (1982).

⁶⁹ 457 U.S. 731, 756 (1982).

⁷⁰ 457 U.S. 731, 755 (1982).

⁷¹ Der Präsident kann auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden für Handlungen vor seiner Amtszeit, *Clinton v. Jones*, 520 U.S. 681 (1997). Der Präsident genießt keine Haftungsbefreiung für rein private, schädigende Handlungen während seiner Amtszeit, *Blassingame v. Trump*, 87 F.4th 1, 4 (D.C. Cir. 2023): „When he acts in an unofficial, private capacity, he is subject to civil suits like any private citizen.“

⁷² 457 U.S. 731, 766 f. (1982) (White, J., dissenting).

⁷³ 457 U.S. 731, 757 (1982).

⁷⁴ 457 U.S. 731, 757 (1982).

⁷⁵ 457 U.S. 731, 767 Fn. 2 (1982) (White, J., dissenting).

⁷⁶ Zum Hintergrund der Kontroverse um *Spiro Agnew* s. *Coon*, der gleichzeitig die Auffassung vertritt, dass auch dem Vizepräsidenten absolute Immunität vor Strafverfolgung zukommen sollte; *Coon*, 9 ConLawNOW 209, 211 ff. u 218 ff. (2017-2018).

⁷⁷ *Chemerinsky*, *Constitutional Law*, 6. Aufl. 2019, S. 396 f.

amtierende Präsident nicht strafrechtlich belangt werden könnte.⁷⁸ Es wurde dabei unter anderem geltend gemacht, dass ein Strafverfahren die Arbeitsfähigkeit der Regierung in Frage stellen würde, wenn ein einzelner Staatsanwalt im Tandem mit einer Grand Jury den Präsidenten anklagt.⁷⁹ Ebenso wurde angemerkt, dass ein strafrechtliches Verfahren das Amt des Präsidenten mit einem Reputationsschaden belegen würde.⁸⁰ Richtigerweise wurde darauf hingewiesen, dass die Anklage eines Präsidenten zu einem Spannungsverhältnis mit anderen Kompetenzen des Präsidenten führen könnte. Als Spitze der Exekutive steht er der Staatsanwaltschaft vor und die Verfassung gibt ihm die Möglichkeit, Begnadigungen zu erteilen.⁸¹ Das Argument trifft jedenfalls nur dann zu, wenn es sich um eine *bundesstrafrechtliche* Verfolgung handelt, jedoch nicht, wenn ein Verstoß gegen gliedstaatliches Strafrecht im Raum steht.⁸²

3. Trumps Kombination

Schon das Sondervotum in *Nixon v. Fitzgerald* merkte an, dass sich die Immunität auf das Strafrecht durchschlagen könnte.⁸³ *Trump* baut auf die umfangreiche strafrechtliche Immunität auf, die sich während *Nixon* und *Clinton* für einen amtierenden Präsidenten herausgebildet hat. Aus dem zivilrechtlichen Verständnis zieht er die zukunftsgerichtete Argumentation, die die Interessenabwägung beherrschen soll.

Vor dem Circuit Court in Washington D.C. argumentierte der Präsident, dass ein ehemaliger Präsident vor strafrechtlicher Verfolgung bewahrt werden müsse, da das Strafrecht ansonsten wie ein Damoklesschwert über einem amtierenden Präsidenten hängen würde, was die Funktionsfähigkeit der Exekutive hemmen müsste.⁸⁴

Für die drei Richterinnen am Circuit Court war dies eine zu virtuelle Gefahr. Die Tatsache, dass die Verfassung in art. I, sec. 3, cl. 7 der US-Verfassung klarstellt, dass strafrechtliche Bestrafung vom Impeachmentverfahren unabhängig sei, verdeutliche jedem Präsidenten, dass das Strafrecht sie betreffen kann.⁸⁵ Das Gericht betrachtete eine mögliche strafrechtliche Ahndung eher in einem positiven Licht, da es den Amtsträger davon abhalten könne, seine Machtstellung zu missbrauchen.⁸⁶

Das Gericht beschrieb, dass generell ein starkes öffentliches Interesse bestehe, das allgemeine Strafrecht gleichmäßig, ohne Ansehen der Person, zur Anwendung zu bringen.⁸⁷ Umso mehr bestünde ein öffentliches Interesse im konkreten Fall, da der strafrechtliche Vorwurf das Grundgerüst des amerikanischen Verfassungsstaates berühre.⁸⁸ Die Interessenabwägung ging damit zulasten einer Immunität.

III. Ausblick auf den Supreme Court

Erst in einigen Wochen werden wir wissen, wie der Supreme Court sich in der strafrechtlichen Verfolgung positionieren wird.

In welche Richtung die Entscheidung des Supreme Courts geht, ist bisher noch offen. Zumindest bei einem der Richter könnte aus vorherigen Stellungnahmen im Schrifttum geschlossen werden, dass keine absolute Straffreiheit bestehen kann. Justice *Kavanaugh* schlug sich auf die Seite, dass ein amtierender Präsident nicht der Strafverfolgung unterliegt, aber er dann zur Rechenschaft gezogen werden kann, wenn er aus dem Amt scheidet oder durch die Amtsenthebung abgesetzt wird.⁸⁹ Rechtspolitisch setzte sich *Kavanaugh* dafür ein, dass einfachgesetzlich ein Ruhen der

⁷⁸ *Dixon*, Memorandum from Robert G. Dixon, Re: Amenity of the President, Vice President and Other Civil Officers to Federal Criminal Prosecution while in Office, 24.09.1973, S. 18 ff; *Moss*, 24 Op. Off. Legal Counsel 222, 223 (2000).

⁷⁹ *Dixon*, Memorandum from Robert G. Dixon, Re: Amenity of the President, Vice President and Other Civil Officers to Federal Criminal Prosecution while in Office, 24.09.1973, S. 28.

⁸⁰ *Dixon*, Memorandum from Robert G. Dixon, Re: Amenity of the President, Vice President and Other Civil Officers to Federal Criminal Prosecution while in Office, 24.09.1973, S. 30.

⁸¹ *Dixon*, Memorandum from Robert G. Dixon, Re: Amenity of the President, Vice President and Other Civil Officers to Federal Criminal Prosecution while in Office, 24.09.1973, S. 26. Ob ein Präsident sich selbst begnadigen kann, musste gerichtlich noch nie entschieden werden. In

der Literatur hat es zu einigen Diskussionen geführt. Gegen die Verfassungsmäßigkeit s. *Kalt*, Pardon Me? The Constitutional Case Against Presidential Self-Pardons, 106 Yale L. J. 779 (1996). Für die Verfassungsmäßigkeit einer Selbstbegnadigung *Kelley*, The Constitutionality of the Self-Pardon and Its Compatibility with Lockean Prerogative, 64 N.Y.L. Sch. R. Rev. 185 (2019-2020).

⁸² *Ex parte Grossman*, 267 U.S. 87, 113 (1925).

⁸³ 457 U.S. 731, 765 (1982) (White, J., dissenting).

⁸⁴ 91 F.4th 1173, 1195 (D.C. Cir. 2024).

⁸⁵ 91 F.4th 1173, 1195 f. (D.C. Cir. 2024).

⁸⁶ 91 F.4th 1173, 1196 (D.C. Cir. 2024).

⁸⁷ 91 F.4th 1173, 1197 (D.C. Cir. 2024).

⁸⁸ 91 F.4th 1173, 1199 (D.C. Cir. 2024).

⁸⁹ *Kavanaugh*, The President and the Independent Counsel, 86 Geo. L. J. 2133, 2137 u 2146 (1998). Problematisch könnte jedoch sein, dass *Kavanaugh* davon spricht, dass die

Verjährung während der Präsidentschaft angeordnet werden sollte.⁹⁰

In der mündlichen Verhandlung machten einige der Richter Anzeichen, dass zwischen privaten und offiziellen Handlungen differenziert werden könnte, wobei erstere keine Immunität genießen sollten.⁹¹ Justice *Kavanaugh* deutete an, dass offizielle Handlungen möglicherweise nur dann strafrechtlich verfolgt werden könnten, wenn ein Gesetz ausdrücklich feststellt, dass die Norm auch den Präsidenten bindet.⁹²

Die genaue Differenzierung zwischen privaten und offiziellen Handlungen warf Probleme auf, was zwei Richterinnen nutzen, um mit hypothetischen Szenarien von Trumps Anwalt zu erfahren, wie er sich dazu positionieren würde. Justice *Barrett* orientierte sich an einigen Vorwürfen in der Anklage.⁹³ Justice *Kagan* griff mit einem geplanten Staatsstreich erneut ein Extrembeispiel auf und nagelte Trumps Rechtsbeistand darauf fest, ob solch ein Verhalten als offizielle Handlung und damit als grundsätzlich immun zu betrachten sei.⁹⁴ Die ausweichend formulierten Antworten tendierten dazu, eine Immunität für einen geplanten Staatsstreich nicht auszuschließen.⁹⁵

Mit Spannung kann darauf gewartet werden, wie der Supreme Court die strafrechtliche Verantwort-

lichkeit eines ehemaligen Präsidenten wegen Vorfällen im Amt letztendlich entscheidet. In der Sache stehen dem Gericht zwei Gegenpole gegenüber, indem Immunität entweder ausgeschlossen oder der Präsident weitestgehend von strafrechtlicher Rechenschaft ausgenommen wird. Natürlich muss sich der Supreme Court nicht für eine dieser beiden Möglichkeiten entscheiden. Es wird dem Gericht auch möglich sein, die Entscheidung in einer engeren Perspektive zu entscheiden, was auch wahrscheinlich erscheint. Denn kein Richter schien gewillt, Trumps sehr weitreichenden Standpunkt genauso zu übernehmen.

Dennoch kann der Rechtsstreit als Scheideweg für das amerikanische Staatsrecht betrachtet werden. Entweder es wird sichergestellt, dass das Recht Missbrauch durch den Präsidenten abfedern kann oder, wenn sich die Trumpsche Rechtsansicht durchsetzt, wird der Präsident endgültig in eine sakrosankte Stellung entlassen.⁹⁶ „No man is above the law“ müsste zwingend herabgestuft werden zu „No man is above the law, except the President“. Der Präsident hätte dann eine verfassungsrechtliche Stellung, wie sie im deutschen Recht früher der preußische Monarch genoss.⁹⁷ Für eine republikanische Verfassungsordnung,

Strafverfolgung beginnen kann, wenn er freiwillig das Amt verlässt („leaves office voluntarily“). Das könnte eng verstanden werden, dass es nur den Rücktritt umfasst und nicht die Abwahl eines Präsidenten. Dann ist es gerade nicht sein eigener Willensentschluss, sondern ein von Rechtswegen angeordnetes Ausscheiden aus der Position.

⁹⁰ *Kavanaugh*, The President and the Independent Counsel, 86 Geo. L. J. 2133, 2146 (1998). Im deutschen Strafrecht ist ein Ruhen der Verjährung in § 79a Nr. 1 StGB angeordnet.

⁹¹ *Trump v. U.S.*, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 25.04.2024, S. 22 ff., (abrufbar: https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2023/23-939_f2qg.pdf) (letzter Zugriff: 17.05.2024).

⁹² *Trump v. U.S.*, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 25.04.2024, S. 50 f., (abrufbar: https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2023/23-939_f2qg.pdf) (letzter Zugriff: 17.05.2024).

⁹³ *Trump v. U.S.*, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 25.04.2024, S. 28 ff., (abrufbar: https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2023/23-939_f2qg.pdf) (letzter Zugriff: 17.05.2024).

⁹⁴ *Trump v. U.S.*, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 25.04.2024, S. 41 ff., (abrufbar: https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2023/23-939_f2qg.pdf) (letzter Zugriff: 17.05.2024).

⁹⁵ Treffend hierzu dann Justice Kagans Resümee: „That answer sounds to me as though it's like, yeah, under my test, it's an official act, but that sure sounds bad, doesn't it?"; *Trump v. U.S.*, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 25.04.2024, S. 43., (abrufbar: https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2023/23-939_f2qg.pdf) (letzter Zugriff: 17.05.2024).

⁹⁶ Justice Jackson beschrieb in seiner Rechtsansicht in *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952), bereits, dass die präsidentielle Stellung in Kompetenz und öffentlicher Wahrnehmung ausufert. Die tatsächlichen präsidentiellen Kompetenzen seien viel weiter als der Blick auf die Verfassung ergibt; aaO, 653 (Jackson, J., concurring). Im Verfassungsgefüge selbst stellt Jackson ihn schon quasi als Fixstern fest, auf den sich die öffentliche Wahrnehmung bündelt: „In drama, magnitude and finality, his decisions so far overshadow any others that, almost alone, he fills the public eye and ear. No other personality in public life can begin to compete with him in access to the public mind through modern methods of communications. By his prestige as head of state and his influence upon public opinion, he exerts a leverage upon those who are supposed to check and balance his power which often cancels their effectiveness.“ aaO, 653 f. (Jackson, J., concurring).

⁹⁷ Zum Haftungsumfang des preußischen Königs s. etwa v. *Stengel*, Das Staatsrecht des Königreichs Preußen, 1894, S. 37 f.

die an sich auch auf Verantwortlichkeit ihrer Amtsträger setzt, ist das ein absurdes Resultat.

C. Fazit

Dem Recht ist es nicht gelungen, *Trumps* Beitrag zu den Geschehnissen am 6. Januar 2021 zu verarbeiten. Die Idee, ihn mittels des 14. Verfassungszusatzes von der Wahl gänzlich zu entfernen, war ambitioniert und scheiterte. Die Mehrheit des Gerichts wählte bei der Ausgestaltung der Entscheidungsgründe einen zu bemängelnden Weg, indem die Norm faktisch zu einem Nullum degradiert wurde. Die Disqualifikation ist ein weitreichender und schwerwiegender Eingriff in die Möglichkeiten des Einzelnen, sich für den Staat einzusetzen. Dennoch ist diese Vorschrift kein nutzloser Überrest im Verfassungsgefüge, sondern soll, ähnlich wie in Deutschland Art. 18 und 21 GG, im Notfall den Eigenschutz der Verfassung gewährleisten.

Es ist positiv, dass mittels Strafverfahren versucht wurde, *Trump* für den 6. Januar 2021 zur Verantwortung zu ziehen. Eine realistische Betrachtung muss jedoch eingestehen, dass *Trumps* Verzögerungstaktik aufgegangen ist. Die Verfahren in Washington D.C. und Georgia werden wahrscheinlich vor der diesjährigen Wahl nicht mehr starten; jedenfalls werden sie im Vorfeld nicht mehr zu einem Abschluss gelangen. *Trumps* bisherige Einwände sind keine ausgedachten Ideen, die keine gedankliche Grundlage aufweisen. Auch wenn es nachvollziehbar erscheint, woher seine Argumente stammen, ringt sich das amerikanische Recht hoffentlich dazu durch, sie zu verwerfen. Der Präsident hat eine herausragende und mächtige Stellung im Verfassungsgefüge der Vereinigten Staaten – aus diesem Fakt sollte nicht der Schluss gezogen werden, präsidentielle Handlungen von strafrechtlicher Rechenschaft zu lösen. Ein Rechtsstaat kann nicht zulassen, dass eine einflussreiche Position der Kontrolle enteilen kann – „*with great power comes great responsibility*“ ist die Verdeutlichung dieser Maxime.⁹⁸ Bei dieser Verantwortung kann sich ein Rechtsstaat nicht nur auf den moralischen Kompass des Amtsträgers verlassen, sondern er muss Kanäle offenhalten, sie rechtlich einzufordern und sicherzustellen.

„*I could stand in the middle of Fifth Avenue and shoot somebody, and I wouldn't lose any voters, OK?*“

sagte der damalige Präsidentschaftskandidat, *Donald J. Trump*, kurz vor der ersten Vorwahl im Präsidentschaftswahlkampf 2016.⁹⁹ Er hat in seiner ersten Amtszeit zwar niemanden erschossen, aber er war an einem schwerwiegenden Übergriff auf die amerikanische Demokratie involviert. Es hat nicht funktioniert, *Trumps* Handlungen am 6. Januar 2021 gerichtlich zu verhandeln und zu klären, ob er strafrechtliche Normen verletzt hat. Seine damalige düstere Prophezeiung, dass negatives Verhalten seinerseits keine Auswirkungen auf die Wählergunst haben würde, könnte sich bewahrheiten. Es liegt nun beim Wähler, *Trumps* Machenschaften am Ende seiner letzten Amtszeit zu bewerten. Ob sie sich negativ auswirken oder nicht, werden wir am 5. November 2024 erfahren.

⁹⁸ Diese ursprünglich aus Spiderman stammenden geflügelten Worte fanden Eingang in die Rechtsprechung des Supreme Courts, *Kimble v. Marvel Entertainment, LLC*, 576 U.S. 446, 465 (2015).

⁹⁹ *Dwyer*, Donald Trump: 'I could ... Shoot Somebody, and I Wouldn't Lose Any Voters', 23.01.2016, (abrufbar unter:

<https://www.npr.org/sections/thetwo-way/2016/01/23/464129029/donald-trump-i-could-shoot-somebody-and-i-wouldnt-lose-any-voters>) (letzter Zugriff: 17.05.2024).

Genderaspekte in der Strafzumessung

Von Ref. iur. Dipl.-Jur. **Patricia Kloninger**, Marburg/Gießen*

A. Einleitung

„Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“ – so sagt es jedenfalls das Grundgesetz in Art. 3 Abs. 1 GG. Daraus folgt, dass Menschen jeden Geschlechts vor dem Gesetz gleichbehandelt werden sollen.

Aber wie sieht die Wirklichkeit in der Strafzumessung aus?

Während in der Rechtswissenschaft vielfach davon ausgegangen wird, dass Recht neutral ist und alle Menschen gleichbehandelt, gibt es Anzeichen dafür, dass das Geschlecht einen Einfluss auf die Urteilsfindung haben könnte. Insbesondere lässt ein Blick in die Kriminalstatistik schnell den Rückschluss auf einen Frauenbonus in der Strafzumessung zu.¹

Damit stellt sich die wichtige Frage, welche Bedeutung das Gender des bzw. der Angeklagten in der Strafzumessung tatsächlich hat. Gibt es so etwas wie einen „Frauenbonus“ und wie verhält es sich bei der Strafzumessung hinsichtlich LGBTQ-Personen? Gender meint in diesem Rahmen das soziale Geschlecht, also die von der Gesellschaft geprägten Geschlechterrollen. Auf persönlicher Ebene ist Gender die Erfahrung und der Ausdruck der eigenen Person als „weiblich“ oder „männlich“ (oder keines von beiden).²

B. Grundsätze der Strafzumessung

Hinsichtlich der Entscheidung über die Sanktion und Bildung des Strafmaßes kommt den Richter*innen ein

Ermessensspielraum zu, da der gesetzliche Strafrahmen sehr weit ist und § 46 StGB nur sehr allgemein Kriterien dafür gibt, wie dieser Rahmen zu füllen ist.³ Damit erfolgt zunächst eine Orientierung an dem vom Gesetz vorgegebenen Strafmaß des jeweiligen Delikts. Für eine weitere Konkretisierung sind dann Strafzumessungsüberlegungen wie Vorstrafen, Schwere des Delikts und Gefährdung der Allgemeinheit einzubeziehen.⁴ Darüber hinaus sind auch subjektive Faktoren wie die Ermittlung des Motivs und der Handlungsabsicht des Täters bzw. der Täterin zu erforschen.⁵

Zu betonen ist, dass die Gleichheit vor dem Gesetz gesetzlich in Art. 3 Abs. 1 GG verankert ist, woraus sich ableiten lässt, dass Faktoren wie Geschlecht, Abstammung, Sprache und Glauben keine Grundlage für eine Ungleichbehandlung sein dürfen.⁶

Nichtsdestotrotz spielt auch die persönliche Einstellung der Richter*innen eine gewisse Rolle. Insbesondere wird den Richter*innen vom Gesetz nicht vorgeschrieben, welche Folgerungen und Schlüsse sie aus erhaltenen Informationen zu ziehen haben und welchen Beweiswert sie diesen zuordnen müssen (Grundsatz der freien Beweiswürdigung, § 261 StPO).⁷ Daher ist es erforderlich, auch diesen Bereich genauer zu betrachten.

* Die Verfasserin ist Rechtsreferendarin im Landgerichtsbezirk Gießen. Die Seminararbeit wurde im Sommersemester 2023 im Seminar „Geschlecht, Gender und Feminismus im Strafrecht“ bei Frau Prof. Dr. Stefanie Bock an der Philipps-Universität Marburg verfasst und mit 17 Punkten bewertet.

¹ Vgl. dazu Schwartz/Isser, Neonaticide: an appropriate application for therapeutic jurisprudence?, Vol. 12 Issue 5-6, 2002, S.703-718; Marks/Kumar, Infanticide in Scotland, in: Medicine, Science and the Law, Volume 36, Issue 4, 1996, S.299-305; Nowara, Psychisch kranke Straftäterinnen, in: Leygraf, R. Volbert, H. Horstkotte & S. Fried, Die Sprache des Verbrechen – Wege zu einer klinischen Kriminologie, Festschrift für Wilfried Rasch 1993, S.266-275; Neubauer, Strafzumessung und Geschlecht -Eine Untersuchung forensisch-psychiatrisch begutachteter Frauen, Dissertation 2012, S.17; Dinkel/Kestermann/Zolondek, Internationale Studie zum Frauenvollzug: Bestandsaufnahme, Bedarfsanalyse und "best practice", 2005, S.6ff.

² Vgl. Clarke/Braun, Gender, in: Fox, D./ Prilleltensky, I./ Austin, S., Critical Psychology: An Introduction, 2008, S.29.

³ Raab, Männliche Richter-Weibliche Angeklagte- Einstellungen und Alltagstheorien von Strafrichtern, 1993, S.11.

⁴ Pennington/Lloyd-Bostock, The Psychology of Sentencing: Approaches to Consistency and Disparity, 1987; vgl. Neubauer, Strafzumessung und Geschlecht -Eine Untersuchung forensisch-psychiatrisch begutachteter Frauen, Dissertation 2012, S.15.

⁵ Vgl. Boy/Lautmann, Die forensische Kommunikationssituation- soziologische Probleme, in: R. Wassermann, Menschen vor Gericht, 1979, S.41-67; Sessar, Rechtliche und soziale Prozesse einer Definition der Tötungskriminalität, 1982, S.3ff.; Raab, Männliche Richter- Weibliche Angeklagte- Einstellungen und Alltagstheorien von Strafrichtern, 1993, S.13ff.; vgl. Neubauer, Strafzumessung und Geschlecht -Eine Untersuchung forensisch-psychiatrisch begutachteter Frauen, Dissertation 2012, S.16.

⁶ Leuschner, Der Einfluss von Geschlecht auf die justizielle Entscheidungsfindung in Deutschland, in: Gender & Crime, 2022, S.109.

⁷ Raab, Männliche Richter- Weibliche Angeklagte -Einstellungen und Alltagstheorien von Strafrichtern, 1993, S.11.

C. Überblick über die Kriminalstatistik

I. Hypothese 1: Die Strafgerichte beurteilen Frauen für ähnliche Delikte im Vergleich zu Männern tendenziell milder

Hinsichtlich der Statistik ist anzumerken, dass sich diese im Folgenden auf die Geschlechter von Mann und Frau bezieht. Ob sich auch Unterschiede hinsichtlich weiterer Geschlechter bei der Strafzumessung ergeben, folgt anschließend.

Aus zahlreichen Studien wird ersichtlich, dass Frauen vor Gericht bei vergleichbaren Delikten gegenüber Männern zum Teil milder abgeurteilt werden.⁸ Ein vergleichbares Ergebnis zeigen auch Veröffentlichungen in einer um 2006 durchgeführten Studie. Diese zeigt, dass Frauen hinsichtlich Eigentums- und Drogendelikten seltener zu Haftstrafen verurteilt wurden als Männer. Soweit es zu einer Verurteilung kam, fiel diese bei Frauen milder aus, d.h. die Haftstrafe war kürzer. Hinsichtlich des Vergleiches bei Gewaltdelikten wurde festgestellt, dass Frauen und Männer hier zwar gleich häufig Gefängnisstrafen erhielten, die Haftdauer bei Frauen allerdings erneut kürzer war.⁹

Damit scheint es nach Maßgabe der Statistik einen Trend zu geben, Frauen für vergleichbare Delikte gegenüber Männern milder zu verurteilen. Darin liegt zugleich die Bestätigung der ersten Hypothese. Ob darin zugleich eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts zu sehen ist oder ob sich diese Divergenz durch andere Faktoren erklären lässt, ist damit aber noch nicht geklärt und soll im folgenden großen Abschnitt genauer untersucht werden.

II. Hypothese 2: LGBTQ-Personen werden durch Strafgerichte durchschnittlich härter bestraft im Vergleich zu Nicht-LGBTQ-Personen

Hinsichtlich der Strafzumessung bei queeren Personen mangelt es an Forschung und Daten. Mit „*queer*“ ist

dabei der Oberbegriff für LGBTQ-Personen¹⁰ sowie für eine kritische Theorie, die die Kategorien lesbisch und schwul in Frage stellt, gemeint.¹¹

Insoweit gibt es nicht ausreichend Statistiken zu Frage, wie sich die Identität als queere Person vor Gericht in der Strafzumessung auswirkt. Lediglich in den USA gibt es eine Studie, in welcher festgestellt werden konnte, dass sich Transphobie und Homophobie negativ auf das Strafmaß auswirken.¹²

Allerdings bedarf es für eine abschließende Beantwortung der Hypothese, dass LGBTQ-Personen härter bestraft werden, im Ergebnis mehr empirischer Forschung.

D. Empirische Forschung zur Frage nach dem Geschlecht als Variable und mögliche Erklärungsansätze

Wie zuvor festgestellt, werden Frauen für vergleichbare Delikte milder bestraft als Männer. Was könnte also die Erklärung für die beobachtete geschlechtsdifferenzierende Sanktionierung durch die Gerichte sein?

I. Theorien, die einen Einfluss von Geschlecht bejahen

1. Kavalierstheorie

Eine der in diesem Rahmen vertretenen älteren Auffassung ist die sog. Kavalierstheorie. Eine mildere Bestrafung von Frauen ist nach der Kavalierstheorie auf die Ritterlichkeit der strafverfolgenden Männer zurückzuführen.¹³ Diese männlich dominierten Instanzen sollen sich fürsorglich beschützend und väterlich gegenüber Frauen vor Gericht verhalten und so Gnade walten lassen.¹⁴ Zudem sollen diese Instanzen davon ausgehen, dass Frauen schwächer und somit den

⁸ *Schwartz/Isser*, Neonaticide: an appropriate application for therapeutic jurisprudence?, Vol. 12 Issue 5-6, 2002, S.703- 718; *Marks/Kumar*, Infanticide in Scotland, in: *Medicine, Science and the Law*, Volume 36, Issue 4, 1996, S.299-305; *Nowara*, Psychisch kranke Straftäterinnen, in: *Leygraf, R. Volbert, H. Horstkotte & S. Fried*, Die Sprache des Verbrechens – Wege zu einer klinischen Kriminologie, Festschrift für Wilfried Rasch 1993, S.266-275; *Neubauer*, Strafzumessung und Geschlecht -Eine Untersuchung forensisch-psychiatrisch begutachteter Frauen, Dissertation 2012, S.17.

⁹ *Rodriguez/Curry/Lee*, Gender Differences in Criminal Sentencing: Do Effects Vary Across Violent, Property, and Drug Offenses?, in: *Social Science Quarterly*, Volume 87, Issue 2, 2006, S.318ff.; *Neubauer*, Strafzumessung und

Geschlecht -Eine Untersuchung forensisch-psychiatrisch begutachteter Frauen, Dissertation 2012, S.17.

¹⁰ LGBTQ ist die aus dem englischen Raum übernommene Abkürzung für "Lesbisch, Schwul, Bisexuell, Transgender und Queer."

¹¹ Vgl. *Clarke/Braun*, Gender, in: *Fox, D./ Prilleltensky, I./ Austin, S.*, *Critical Psychology: An Introduction* 2008, S.13.

¹² Vgl. *Buist/Lenning*, *Queer Criminology*, 2016.

¹³ *Pollak*, *The Criminality of Women*, 1961, S.151; *Köhler*, *Straffällige Frauen - Eine Untersuchung der Strafzumessung und Rückfälligkeit*, in: *Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften*, Band 22, 2012, S.100.

¹⁴ *Pollak*, *The Criminality of Women*, 1961, S.15; Vgl. *Neubauer*, *Strafzumessung und Geschlecht -Eine Untersuchung forensisch-psychiatrisch begutachteter Frauen*, Dissertation 2012, S.3.

Belastungen einer Inhaftierung in größerem Maße ausgeliefert sind.¹⁵

Die genannte Auffassung ist kritikwürdig und kann nicht überzeugen, jedenfalls nicht mehr.¹⁶ Ausgangspunkt der Ansicht ist, dass die Strafverfolgung und der Urteilspruch nur durch Männer als „Ritter“ erfolgt, was nicht mehr zeitgemäß ist, da in Deutschland etwa die Hälfte der Akteur*innen bei Staatsanwaltschaft und Gericht weiblich sind.¹⁷ Zudem basiert die Ritterlichkeitstheorie nicht auf empirischen Untersuchungen, sondern gründet vor allem auf den Vorstellungen der Vertreter über das Wesen der Frau.¹⁸ Somit ist die Kavaliertheorie nicht haltbar und kann die pauschale Behauptung einer mildernden Bestrafung von Frauen nicht stützen.¹⁹

2. Stereotypisierte Wahrnehmungen

Da das Geschlecht jedenfalls keine direkte Rolle in der Strafzumessung spielt, stellt sich die Frage, ob das Geschlecht als mittelbarer Faktor anhand von Stereotypen in der Strafzumessung Bedeutung erlangt.²⁰

a) Bounded rationality und focal-Concerns-Theorie

Auf dem eingeleiteten Gedanken der Genderstereotypen fußen auch die Theorien der *bounded rationality*²¹ und der *Focal-Concerns-Theorie*²². Danach sollen allgemeine Stereotypen von Akteur*innen in der Justiz Einfluss in die Aburteilung finden. Insbesondere soll dabei auf Stereotypen zurückgegriffen werden, wenn es an weiteren Informationen mangelt. Das heißt, die Lücke an Informationen wird durch stereotypengeprägte Annahmen ausgefüllt, welche die justiziellen Akteur*innen z.B. aus Erfahrung und Alltag ableiten.²³

Die *Focal-Concerns-Theorie* geht darüber hinaus davon aus, dass sog. *Focal-Concerns*, wie die Schuld der Täter*innen, der Schutz der Allgemeinheit sowie mit der Sanktionierung einhergehende Kosten der Inhaftierung, in die Entscheidung miteinbezogen werden. Hinsichtlich der Urteilsfindung fließen danach bei fehlender Information etwaiger *Focal Concerns* genderspezifische Stereotypen ein.²⁴

¹⁵ Anderson, The "Chivalrous" Treatment of the Female Offender in the Arms of the Criminal Justice System: A Review of the Literature, in: Social Problems, Volume 23, Issue 3, 1976, S.350; Crew, Sex differences in criminal sentencing: Chivalry or Patriarchy?, in: Justice Quarterly, Volume 8, Issue 1, 1991, S.59; Nagel/Hagan, Gender and Crime: Offense Patterns and Criminal Court Sanctions, in: Crime and Justice, Volume 4, 1983, S.91; Bontrager/Barrick/Stupi, Gender and sentencing: A Meta-Analysis of Contemporary Research, in: The Journal of Gender, Race, and Justice, Volume 16, 2013, S.359; Leuschner, Der Einfluss von Geschlecht auf die justizielle Entscheidungsfindung in Deutschland, in: Gender & Crime 2022, S.112.

¹⁶ vgl. Schneider, in: Internationales Handbuch der Kriminologie, Band 1: Grundlagen der Kriminologie 2007, S.435, 448; Köhler, Straffällige Frauen, - Eine Untersuchung der Strafzumessung und Rückfälligkeit, in: Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften, Band 22, 2012, S.70.

¹⁷ Köhler, Straffällige Frauen, - Eine Untersuchung der Strafzumessung und Rückfälligkeit, in: Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften, Band 22, 2012, S.71; Leuschner, Der Einfluss von Geschlecht auf die justizielle Entscheidungsfindung in Deutschland, in: Gender & Crime 2022, S.113; Bundesamt für Justiz, Personalbestand 2020, https://www.bundesjustizamt.de/DE/Service/Justizstatistiken/Justizstatistiken_node.html (Stand: 22.9.2022, abgerufen am: 20.04.2023).

¹⁸ Neubauer, Strafzumessung und Geschlecht -Eine Untersuchung forensisch-psychiatrisch begutachteter Frauen, Dissertation 2012, S.17.

¹⁹ Vgl. Ludwig-Mayerhofer/Rzepka, Noch einmal: Geschlechtsspezifische Kriminalisierung im Jugendstrafrecht? in: Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, 43, 1991, S.542 ff.; Frommel, Feministische Kriminologie,

in: Liebl, Karlhans, Kriminologie im 21. Jahrhundert 2007, S.116.

²⁰ Vgl. Temme/ Künzel, Hat Strafrecht ein Geschlecht? Zur Deutung und Bedeutung der Kategorie Geschlecht in strafrechtlichen Diskursen vom 18. Jahrhundert bis heute, 2010, S.12f.

²¹ Albonetti, Criminality, Prosecutorial Screening, and Uncertainty: Toward a Theory of Discretionary Decision Making in Felony Cases Proceedings, in: Criminology, Volume 24, Issue 4, 1986, S.213.

²² Steffensmeier/Ulmer/Kramer, The interaction of race, gender and age in criminal sentencing: The punishment cost of being young, black, and male, in: Criminology, Volume 36, Issue 4, 1998, S.763; Steffensmeier/Kramer/ Streifel, Gender and imprisonment decisions, in: Criminology, Volume 31, Issue 3, 1993, S.411.

²³ Albonetti, Criminality, Prosecutorial Screening, and Uncertainty: Toward a Theory of Discretionary Decision Making in Felony Cases Proceedings, in: Criminology, Volume 24, Issue 4, 1986, S.213; Steffensmeier/Ulmer/Kramer, The interaction of race, gender and age in criminal sentencing: The punishment cost of being young, black, and male, in: Criminology, Volume 36, Issue 4, 1998, S.763; Leuschner, Der Einfluss von Geschlecht auf die justizielle Entscheidungsfindung in Deutschland, in: Gender & Crime 2022, S.113.

²⁴ Albonetti, Criminality, Prosecutorial Screening, and Uncertainty: Toward a Theory of Discretionary Decision Making in Felony Cases Proceedings, in: Criminology, Volume 24, Issue 4, 1986, S.213; Steffensmeier/Kramer/Streif, Gender and imprisonment decisions, in: Criminology, Volume 31, Issue 3, 1993, S.411; Steffensmeier/Ulmer/Kramer, The interaction of race, gender and age in criminal

Einen ähnlichen Ansatz verfolgen auch weitere Theorien. So wurden im Rahmen einer weiteren Studie Datensätze bei Männern und Frauen hinsichtlich Diebstählen²⁵ und Tötungsdelikten an Kindern²⁶ untersucht. Im Ergebnis zeigte sich, dass eine genderungleiche Behandlung durch die Justiz bei leichten Delikten vorkommt. Danach erfolgt eine Besserstellung der Frauen oftmals durch Einstellung des Verfahrens hinsichtlich Diebstahlsdelikten. Auch hinsichtlich Tötungsdelikten an Kindern zeigte sich eine Tendenz zur mildereren Bestrafung von Frauen.

Allerdings konnte sich diese Divergenz durch eine Kontrolle verschiedener Drittvariablen auflösen. So ließen sich die zuvor gefundenen Ergebnisse durch eine Berücksichtigung von Vorleben, persönlichen Verhältnissen und gesetzlichen Minderungsgründen erklären.²⁷ Damit verlor der Faktor Geschlecht an Bedeutung.

Jedoch ist zu berücksichtigen, dass die Anwendung der gesetzlichen Milderungsgründe möglicherweise ihrerseits geschlechtsspezifisch erfolgt, bzw. selbst auf Stereotype zurückgeht. Eine genauere Erläuterung dazu in Abschnitt D. I. 2. e).

Insgesamt lässt sich festhalten, dass sich eine genderspezifische Ungleichbehandlung tendenziell bei leichten Delikten finden ließ. Im Gegensatz dazu konnten bei der Verurteilung wegen Tötungsdelikten an Kindern keine Geschlechterunterschiede festgestellt werden. Dies stützt die *Focal-Concerns-Theorie*, indem bezüglich routinierter Bearbeitung von Fällen mehr auf das Geschlecht zurückgegriffen wurde.²⁸ Allerdings ist nicht auszuschließen, dass eine mögliche Erklärung hinsichtlich der Divergenz darin liegen

könnte, dass Frauen ein zuverlässigeres und kooperativeres Verhalten im Strafverfahren zeigen, zumal sich Frauen auch erwiesen häufiger im Verfahren äußern und versuchen die Tat aufzuklären.²⁹

b) informelle soziale Kontrolle

Eine weitere Konzeption baut auf den Überlegungen der informellen sozialen Kontrolle auf. Dabei soll die unterschiedliche Bestrafung abweichenden Verhaltens im Vordergrund stehen. Dies ist sowohl durch das Justizsystem möglich als auch durch informelle soziale Kontrolle. Unter informeller sozialer Kontrolle versteht man insoweit die Kontrolle von Frauen im Bereich der Privatsphäre, in welcher Frauen der Kontrolle seitens ihrer Männer überlassen werden. Insgesamt stellt dies eine funktionale Einrichtung im „privaten“ Bereich dar und geht häufig mit Verhaltenslenkung, Machtunterworfenheit und Subordination unter einen privaten Herrscher einher.³⁰ Angewendet darauf unterscheidet sich nach dieser Theorie die Ausübung der Bestrafung bei Männern und Frauen, wobei bei Frauen das abweichende Verhalten weniger auf justizieller Ebene durch den Staat bestraft wird, sondern härter durch informelle soziale Kontrolle ausgeglichen wird. Dies ist nach dieser Theorie der Grund für die weniger harte offizielle Sanktionierung der Frauen.³¹ Allerdings ist die Annahme einer härteren sozialen Kontrolle bei Frauen nur schwer überprüfbar.

c) Geschlechtsspezifische Statuslagen

Ein weiterer Ansatz erklärt die strafrechtliche Divergenz zwischen Mann und Frau in der Strafzumessung anhand von Stereotypen über geschlechtsspezifische Statuslagen.

sentencing: The punishment cost of being young, black, and male, in: *Criminology*, Volume 36, Issue 4, 1998, S.763; *Leuschner*, Der Einfluss von Geschlecht auf die justizielle Entscheidungsfindung in Deutschland, in: *Gender & Crime* 2022, S.113f.

²⁵ Daten aus dem Forschungsprojekt *Leuschner/Oberlies*, Eigentums- und Vermögensdelikte- Ein Geschlechtervergleich anhand von Verfahrensakten in der Justiz, 2017; vgl. *Leuschner*, Der Einfluss von Geschlecht auf die justizielle Entscheidungsfindung in Deutschland, in: *Gender & Crime* 2022, S.114.

²⁶ Daten aus Forschungsprojekt *Höyneck/Kroetsch/Zähringer/Haertel*, Tötungsdelikte an 0-5-jährigen Kindern, 2022; vgl. *Leuschner*, Der Einfluss von Geschlecht auf die justizielle Entscheidungsfindung in Deutschland, in: *Gender & Crime* 2022, S.114.

²⁷ *Leuschner*, Exploring gender disparities in the prosecution of theft cases: Propensity score matching on data from German court files, in: *European Journal of Criminology*, Volume 20, Issue 1, 2021, S.307ff.

²⁸ Vgl. *Leuschner*, Der Einfluss von Geschlecht auf die justizielle Entscheidungsfindung in Deutschland, in: *Gender & Crime* 2022, S.116.

²⁹ Vgl. *Leuschner*, Der Einfluss von Geschlecht auf die justizielle Entscheidungsfindung in Deutschland, in: *Gender & Crime* 2022, S.115f.

³⁰ *Smaus*, Soziale Kontrolle und das Geschlechterverhältnis, in: *Feest/Pali (Hrsg.)*, Gerlinda Smaus: „Ich bin ich“- Beiträge zur feministischen Kriminologie 2020, S.142ff., 128, 131ff.

³¹ *Leuschner*, Der Einfluss von Geschlecht auf die justizielle Entscheidungsfindung in Deutschland, in: *Gender & Crime* 2022, S.114; *Smaus*, Soziale Kontrolle und das Geschlechterverhältnis, in: *Feest/Pali (Hrsg.)*, Gerlinda Smaus: „Ich bin ich“- Beiträge zur feministischen Kriminologie 2020, S.142ff.; *Kruttchnitt*, Sex and criminal court dispositions: The unsolved controversy, in: *Journal of Research in Crime and Delinquency*, Volume 21, Issue 3, 1984, S.213ff.

Einige Studien zeigten, dass die familiären und persönlichen Hintergründe bei der Frau regelmäßig mehr Berücksichtigung finden als bei männlichen Angeklagten, was insbesondere entlastende Momente betrifft.³² In diesem Sinne zeigten sich die Faktoren „Verheiratet sein“ und „sich um kleine Kinder sorgen müssen“ als vorteilhaft bzw. strafmildernd hinsichtlich der Strafzumessung weiblicher Angeklagter. Im Gegensatz dazu stellten die Faktoren bei männlichen Angeklagten eine weitaus geringere Rolle dar.³³

Zusammenfassend hat das Geschlecht nach dieser Ansicht als solches keine Auswirkung auf die Urteilsbildung, vielmehr aber die Geschlechterrolle der Frau als Mutter. Dies folgt insbesondere daraus, dass solche Vorzüge für männliche Angeklagte mit Kindern nicht ermittelt werden konnten.³⁴

Zu einem anderen Ergebnis kamen jedoch Untersuchungen um 1986, welche zwar ebenso mildernde Umstände für solche Angeklagten zeigten, die in einem traditionellen Familienmodell lebten, allerdings galt dies sowohl bei Frauen als Kinderbetreuerin als auch bei Männern als Ernährer. Wenn die Delikte und Lebensumstände ähnlich waren, erfolgte damit eine Privilegierung dieses Familienmodells sowohl bei Frauen als auch bei Männern.³⁵

Damit lässt sich festhalten, dass sich die Frage, wie sich geschlechtsspezifische Statuslagen auswirken, nicht einheitlich beantworten lassen. Es lassen sich

eine Vielzahl von Ergebnissen finden, die den Familienstand bei Frauen für die Beurteilung der Strafe von größerer Bedeutung halten, als es bei Männern, unverheirateten oder kinderlosen Frauen der Fall sei,³⁶ wohingegen andere Studien gegenteilige Ergebnisse zeigen.

d) Geschlechtsspezifische Verhaltenserwartungen

In engem Zusammenhang mit der soeben thematisierten Ansicht steht auch die Folgende. So könnte sich die strafrechtliche Divergenz auch aus Stereotypen über geschlechtsspezifische Verhaltenserwartungen ergeben. Im Mittelpunkt steht dabei ein differenzierter Vergleich von Mann und Frau hinsichtlich Deliktgruppen.

Schon 1979 wurde festgestellt, dass Frauen für Delikte gegen Personen (z. B. Körperverletzung) vergleichsweise härter bestraft wurden. Dies zeigte sich insbesondere dadurch, dass sich eine solche Härte der Bestrafung bei Eigentumsdelikten wie Diebstahl nicht finden ließ.³⁷ Interessanterweise zeigten sich solche Unterschiede hinsichtlich des Delikts nicht in Aburteilung bei Männern. Insoweit fanden sich keine Unterschiede zwischen Eigentums- und Körperverletzungsdelikten.

Somit legen diese Studien die Vermutung nahe, dass Frauen umso härter bestraft werden, je stärker die an sie gerichteten Verhaltenserwartungen erschüttert werden.³⁸ Dies ist nach der Theorie darauf

³² Vgl. *Gelsthorpe*, Geschlecht und soziale Kontrolle, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Volume 15, 1993, S.51 ff.; *Albrecht*, Weibliche Angeklagte vor Gericht – Mutmaßungen über den sog. "Frauenbonus" in der Strafjustiz, in: Aktuelle Juristische Praxis 9, 2000, S.13.

³³ Vgl. *Kruttschnitt*, Sex and criminal court dispositions: The unsolved controversy, in: Journal of Research in Crime and Delinquency, Volume 21, Issue 3, 1984, S.213; *Daly*, Discrimination in the Criminal Courts: Family, Gender and the Problem of Equal Treatment, in: Social Forces, Volume 66, Issue 1, 1987, S.161ff.; *Daly*, Neither Conflict Nor Labeling Nor Paternalism Will Suffice: Intersections of Race, Ethnicity, Gender, and Family in Criminal Court Decisions, in: Crime and Delinquency, Volume 35, Issue 1, 1989, S.138ff.; *Aengenheister/Legnaro*, Schuld und Strafe: Das soziale Geschlecht von Angeklagten und die Aburteilung von Tötungsdelikten, in: Hamburger Studien zur Kriminologie, Band 25, 1999, S.8.

³⁴ *Neubauer*, Strafzumessung und Geschlecht- Eine Untersuchung forensisch-psychiatrisch begutachteter Frauen, Dissertation 2012, S.19.

³⁵ *Neubauer*, Strafzumessung und Geschlecht- Eine Untersuchung forensisch-psychiatrisch begutachteter Frauen, Dissertation 2012, S.19; *Eaton*, Justice for women? Family,

Court and Social Control, in: Milton Keynes, Open University Press, 1986, S.131ff.

³⁶ *Nowara*, Psychisch kranke Straftäterinnen, in: Leygraf, R. Volbert, H. Horstkotte & S. Fried, Die Sprache des Verbrechens – Wege zu einer klinischen Kriminologie, Festschrift für Wilfried Rasch 1993, S.266-275; *Nagel/Weitzman*, Women as Litigants, Hastings Law Journal 23, 1971, S.171-198; *Neubauer*, Strafzumessung und Geschlecht- Eine Untersuchung forensisch-psychiatrisch begutachteter Frauen, Dissertation 2012, S.21; *Farrington/Morris*, Sex, sentencing and reconvictions, in: British Journal of Criminology, Volume 23, Issue 3, 1983; *Kruttschnitt/Green*, The Sex-Sanctioning Issue: Is it History?, in: American Sociological Review, Volume 49, Issue 4, 1984.

³⁷ Vgl. *Aengenheister/Legnaro*, Schuld und Strafe: Das soziale Geschlecht von Angeklagten und die Aburteilung von Tötungsdelikten, 1999, S.9.

³⁸ Vgl. *Smaus*, Soziale Kontrolle und das Geschlechterverhältnis, in: *Feest/Pali* (Hrsg.), Gerlinda Smaus: „Ich bin ich“- Beiträge zur feministischen Kriminologie 2020, S.135; vgl. *Aengenheister/Legnaro*, Schuld und Strafe: Das soziale Geschlecht von Angeklagten und die Aburteilung von Tötungsdelikten, 1999, S.9; *Nagel/Hagan*, Gender and Crime: Offense Patterns and Criminal Court Sanctions, in:

zurückzuführen, dass an Frauen höhere Erwartungen gestellt werden.³⁹ Insoweit wird das Bild der Frau als durchschnittlich ungefährlich, im Einzelfall aber hochgefährlich dargestellt.⁴⁰

Insgesamt lässt sich festhalten, dass einige Ansichten zu dem Ergebnis kommen, dass Frauen, die traditionelle Rollenbilder verfolgen, tatsächlich eine mildere Bestrafung genießen.⁴¹ Somit wird hier die Divergenz anhand genderspezifischen Stereotypen erklärt.⁴²

e) Einfluss durch Konstruktionen und Auslegungsroutinen im Strafrecht

Eine weitere Studie fokussiert sich bei der Untersuchung von Gender in der Strafzumessung auf mögliche geschlechtsspezifische Differenzen im Bereich vor der Subsumtion und untersucht, wie sich das Gender hier auswirken kann.

Als Ergebnis der Studie zeigte sich, dass das Geschlecht als solches die Strafzumessung nicht direkt beeinflusst, wohl aber die Konstruktion der Straftatbestände und die Auslegungsroutinen, in denen bereits Teile des Geschlechts enthalten sind.⁴³ Insoweit wurden hinsichtlich § 211 StGB im Rahmen der Heimtücke sowie hinsichtlich der Zuschreibung verminderter Schuldfähigkeit und deren Folgen genderspezifische Differenzen analysiert.

aa) § 211 StGB und das Mordmerkmal Heimtücke

Hinsichtlich dem Mordmerkmal der Heimtücke stellen sich zwei Probleme. Zum einen ergeben sich Ungleichheiten bereits aus der Definition der Heimtücke.

So versteht man darunter das bewusste Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers.⁴⁴ Der Unwertgehalt liegt dabei darin, dass sich Täter*innen nicht in die wettkampfnaher Auseinandersetzung mit dem Opfer begeben. Als logische Konsequenz greift das Merkmal der Heimtücke damit typischerweise bei körperlich unterlegenen Tätern und damit insbesondere bei Frauen. Daraus folgt eine tendenzielle De-Privilegierung der Frauen.⁴⁵

Deutlich wird dies am Beispiel der *Haustyrannen-Fälle*. Da die Frau dem Haustyrannen typischerweise körperlich unterlegen ist und eine offene Auseinandersetzung für die Frau selbst tödlich enden könnte, erfolgt dessen Tötung meist durch ein Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit. Damit wäre die weibliche Täterin wegen Mordes nach § 211 StGB zu bestrafen.⁴⁶

Ein weiteres Problem der Heimtücke im Hinblick auf geschlechtsspezifische Differenzen liegt laut Vertretern in der subjektiven Seite der Heimtücke. Neben dem Tötungsvorsatz erfordert diese nämlich das bewusste Ausnutzen der auf Arglosigkeit beruhenden Wehrlosigkeit bei der Tötung.⁴⁷ Problematisch ist dies vor dem Hintergrund, dass Männer grundsätzlich eher in momentanen Affektsituationen töten und nicht selten unter Einfluss von Alkohol oder Drogen stehen, wohingegen Frauen eher aus lang andauernden schweren Konfliktlage heraus töten.⁴⁸

Dies hat zur Folge, dass bei Affekt und starkem Alkoholeinfluss möglicherweise ein fehlendes Ausnutzungsbewusstsein gegeben ist.⁴⁹ So zeigte sich in der Stichprobe entsprechend, dass nur bei männlichen

Crime and Justice, Volume 4, 1983, S.135ff.; *Dürkop/Hardtman*, Frauenkriminalität, in: Kritische Justiz, Volume 7, Issue 3, 1974, S.7.

³⁹ Vgl. *Nagel/Hagan*, Gender and Crime: Offense Patterns and Criminal Court Sanctions, in: Crime and Justice, Volume 4, 1983, S.135ff.

⁴⁰ *Oberlies*, Tötungsdelikte zwischen Männern und Frauen, - eine Untersuchung geschlechtsspezifischer Unterschiede anhand von 174 Gerichtsurteilen, in: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 80. Jahrgang Heft 3, 1997, S.133 ff.; *Leuschner/Oberlies*, Eigentums- und Vermögensdelikte - Ein Geschlechtervergleich anhand von Verfahrensakten in der Justiz 2017, S.4; *Schloth*, Reviewed Work(s): Tötungsdelikte zwischen Männern und Frauen by Dagmar Oberlies, in: Kritische Justiz, Volume 28, Nummer 4, 1995, S.250.

⁴¹ *Eaton*, Justice for women? Family, Court and Social Control, in: Milton Keynes, Open University Press, 1986, S.131ff.; *Neubauer*, Strafzumessung und Geschlecht- Eine Untersuchung forensisch-psychiatrisch begutachteter Frauen, Dissertation 2012, S.21.

⁴² *Aengenheister/Legnaro*, Schuld und Strafe: Das soziale Geschlecht von Angeklagten und die Aburteilung von Tötungsdelikten, 1999, S.9.

⁴³ *Legnaro/Aengenheister*, Geschlecht und Gerechtigkeit- Aspekte der Aburteilung von Tötungskriminalität, in: Kritische Justiz, Volume 28, Issue 2, 1995, S.199.

⁴⁴ *Eser*, in: Schönke/Schröder StGB, § 211, 30. Aufl. 2019, Rn. 23.

⁴⁵ *Legnaro/Aengenheister*, Geschlecht und Gerechtigkeit- Aspekte der Aburteilung von Tötungskriminalität, in: Kritische Justiz, Volume 28, Issue 2, 1995, S.190.

⁴⁶ Nach Ansicht der Rechtsprechung, vgl. *Legnaro/Aengenheister*, Geschlecht und Gerechtigkeit- Aspekte der Aburteilung von Tötungskriminalität, in: Kritische Justiz, Volume 28, Issue 2, 1995, S.190f.

⁴⁷ Vgl. BGH Urt. v. 20.08.1981, Az. 4 StR 406/81.

⁴⁸ Vgl. *Legnaro/Aengenheister*, Geschlecht und Gerechtigkeit- Aspekte der Aburteilung von Tötungskriminalität, in: Kritische Justiz, Volume 28, Issue 2, 1995, S.192.

⁴⁹ *Legnaro/Aengenheister*, Geschlecht und Gerechtigkeit- Aspekte der Aburteilung von Tötungskriminalität, in: Kritische Justiz, Volume 28, Issue 2, 1995, S.191.

Angeklagten aus den genannten Gründen davon abgesehen wurde, auf Mord zu erkennen.

Zusammenfassend besteht neben der zuerst angesprochenen geschlechtsspezifischen Problematik auch eine weitere mittelbar wirkende geschlechtsspezifische Praxis.⁵⁰

bb) Zuschreibung verminderter Schuldfähigkeit und deren Folgen

Als weiterer Faktor wurde die Zuschreibung der verminderten Schuldfähigkeit und deren Folgen untersucht. Deutlich wird dabei schnell, dass die §§ 20, 21 StGB eher Frauen als Männern zugesprochen werden.⁵¹ Genderspezifische Differenzen zeigten sich dabei bei zwei in diesem Rahmen auftauchenden Merkmalen. Zum einen zeigten sich Differenzen bei der Frage der tiefgreifenden Bewusstseinsstörung, zum anderen bei der Frage der Gefährlichkeit im Rahmen des § 63 StGB.

Hinsichtlich dieser Fragen wurden Urteilmuster analysiert, wobei bei weiblichen Angeklagten die folgende gerichtliche Begründung exemplarisch hinsichtlich der Annahme einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung dient:

„Die Ereignisse der letzten Monate vor der Tat bedeuteten für die Angeklagte wegen ihrer besonderen, persönlichkeitspezifischen Charakterausprägung eine schwere affektive Belastung. [...] Die aufgestauten Aggressionen entluden sich in einem für die Angeklagte persönlichkeitsfremden Aggressionsdurchbruch.“⁵²

Hinsichtlich männlicher Angeklagter zeigte sich exemplarisch folgendes Begründungsmuster:

„Es liegt im Falle des Angeklagten ein sich über ein Jahr hinweg hinziehender Partnerkonflikt vor, in dessen Verlauf der Angeklagte wiederholt Niederlagen erlitten und den er nach Angriffen auf niederem Gewaltniveau bei einem unangemessen anmutenden Anlaß in einer von starker Gemütsbewegung begleiteten Tötungshandlung beendet hat. Von dem Vorliegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung ist – zumal unter der die affektive Erregung akzentuierenden

Wirkung des genossenen Alkohols – mit Gewißheit auszugehen.“⁵³

Ein Vergleich beider Urteilmuster zeigt den spezifischen Unterschied darin, dass bei Frauen oft eine Gesamtbetrachtung der Persönlichkeitsstruktur angeführt wird und sich die Tat dann vor diesem Hintergrund als Erfahrung besonderer Kränkung erklären lässt. Damit wird die Aggression bei Frauen als Ergebnis dieser bereits „gestörten“ Persönlichkeit verstanden. Im Gegensatz dazu ist bei einer gesunden Frau ein solcher Affekt kaum vorstellbar.

Zwar zeigt sich auch bei Männern ein Impulszusammenbruch, allerdings variiert die Darstellung bzw. Rekonstruktion dessen, wie es dazu kam. Demnach wird nach dieser Theorie bei Männern die Bewusstseinsstörung oftmals durch permanente zugespitzte Kränkungen des Opfers ausgelöst. Insgesamt scheint es so, als würde bei Männern von einer bereits natürlichen Aggression ausgegangen, welche nur noch den letzten Anstoß durch das Opfer zur Tat benötigt, die ihn zur Verzweiflung treibt.⁵⁴

Auch hinsichtlich der Einstufung von §§ 63, 64 StGB finden sich in der Studie genderspezifische Differenzen.

So leitet der Autor aus der Analyse der Urteile ab, dass Aggression bei Frauen eher als krankhaft und behandlungsbedürftig eingestuft wird, was die überwiegende Einordnung von Frauen nach § 63 StGB (Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus) erklären soll. Da eine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nach § 64 StGB hingegen fast nur Männer trifft, soll in deren Aggression eher ein normaler Zustand zu sehen sein, der bestrafungsbedürftig ist.⁵⁵

Zusammenfassend konnte diese Studie feststellen, dass sich die Haltung gegenüber weiblichen und männlichen Täter*innen vor Gericht unterscheidet.

Dies führt insoweit zu genderspezifischen Differenzen, als diese abweichende Bewertung von Frauen sich mit der stereotypisierten Wahrnehmung von dem decke, was man den Frauen als Charakterzüge zuschreibt, sowie welche Verhaltenserwartungen damit

⁵⁰ Legnaro/Aengenheister, Geschlecht und Gerechtigkeit-Aspekte der Aburteilung von Tötungskriminalität, in: Kritische Justiz, Volume 28, Issue 2, 1995, S.192.

⁵¹ Legnaro/Aengenheister, Geschlecht und Gerechtigkeit-Aspekte der Aburteilung von Tötungskriminalität, in: Kritische Justiz, Volume 28, Issue 2, 1995, S.194.

⁵² LG Aachen, Urt. v. 14.07.1993, Az. 52 Ks 41 Js 666/92; Legnaro/Aengenheister, Geschlecht und Gerechtigkeit-Aspekte der Aburteilung von Tötungskriminalität, in: Kritische Justiz, Volume 28, Issue 2, 1995, S.195.

⁵³ LG Mainz, Urt. v. 20.11.1992, Az. 302 Js 5579/92 - 1 Ks -; Legnaro/Aengenheister, Geschlecht und Gerechtigkeit-Aspekte der Aburteilung von Tötungskriminalität, in: Kritische Justiz, Volume 28, Issue 2, 1995, S.196.

⁵⁴ Vgl. Legnaro/Aengenheister, Geschlecht und Gerechtigkeit-Aspekte der Aburteilung von Tötungskriminalität, in: Kritische Justiz, Volume 28, Issue 2, 1995, S.196.

⁵⁵ Vgl. Legnaro/Aengenheister, Geschlecht und Gerechtigkeit-Aspekte der Aburteilung von Tötungskriminalität, in: Kritische Justiz, Volume 28, Issue 2, 1995, S.196.

einhergehen. Insgesamt zeigen die Gerichte damit eigene Wert- und Erwartungsmuster.⁵⁶

Darin sieht der Autor die Klärung der Frage, warum Frauen oft niedrigere Strafen als Männer erhalten. So hat das Geschlecht als solches keinen direkten Einfluss in der Rechtsanwendung, ist aber sehr wohl in der bewertenden Wahrnehmung inhärent und fließt damit unterbewusst ein.⁵⁷

3. Zwischenergebnis der dargestellten Theorien

Mit Ausnahme der Ritterlichkeitsthese sind all diese Theorien zur möglichen Erklärung der Divergenz in der Verurteilung isoliert betrachtet plausibel und überzeugend. Allerdings ist es für eine aussagekräftige Studie erforderlich, dass alle Faktoren beachtet werden, die einen Einfluss auf die Strafzumessung haben können. Dies ist in einigen der genannten Studien nicht oder nur teilweise erfolgt. Im Übrigen zeigt die letztgenannte Ansicht ein stichhaltiges Modell zur Untersuchung von Gender in der Strafzumessung, zumal hier auch die möglicherweise vorgeprägte Situation vor der Subsumtion in den Blick genommen wird.

Mit Blick auf die obigen Ausführungen wird insgesamt deutlich, dass die aufgeführten Ansichten zwar den Einfluss von Gender in der Strafzumessung bejahen, allerdings unterschiedlich begründen und somit bereits auf dieser Ebene Uneinheitlichkeit besteht.

II. Theorien, die einen Einfluss von Geschlecht verneinen

1. Vorstrafenbelastung

Mit Blick auf die zuvor angeführten Erklärungsansätze räumen manche Autoren ein, besondere Merkmale, insbesondere Vorstrafen, in ihren Studien außen vor gelassen zu haben.⁵⁸

Eine Untersuchung von Studien für die Erklärung der Divergenz in der Strafzumessung konzentrierte sich daher auf das Vorhandensein von Vorstrafen. Dabei wurde festgestellt, dass sich das Vorhandensein von Vorstrafen für Männer ungünstiger erwies als für Frauen. Zu beachten ist dabei allerdings, dass Männer häufiger und schwerwiegender vorbestraft waren als Frauen.⁵⁹ Damit ergab sich eine Gleichbehandlung der Geschlechter, wenn man die Faktoren „Delikt“ und „Vorstrafen“ kontrollierte.⁶⁰

2. Erklärung durch Legalfaktoren

Eine weitere Studie hat die Unterschiede in der Strafzumessung hinsichtlich Tötungsdelikten im Strafmaß analysiert.⁶¹ Insoweit untersuchte man anhand von gesetzlich definierten Faktoren, wie der Unterscheidung von Mord und Totschlag, der Annahme eines minder schweren Falls oder einer verminderten Schuldfähigkeit, die Auswirkung auf die Strafhöhe.⁶²

a) Tatausgang

Dabei konnte festgestellt werden, dass der Tatausgang die Höhe der Strafe stark beeinflusst. So ergab sich eine Erhöhung der Strafe bei schweren Verletzungen um 50,4 Monate, im Fall des Todes um 100,8 Monate. Dazu gehört auch die Unterscheidung von Versuch und Vollendung der Tat, wobei Tötungsdelikte durch Männer überwiegend mit dem Tod des Opfers endeten (bei 62%) hingegen bei gleichen Delikten durch Frauen mehr als die Hälfte der Opfer überlebte (54%).⁶³

b) Täter-Opfer-Beziehung

Als zweiter maßgeblicher Faktor ergab sich die Täter-Opfer-Beziehung. So zeigte sich eine Erhöhung der Strafe, wenn eine fremde Person Opfer der Tat war

⁵⁶ Vgl. *Legnaro/Aengenheister*, Geschlecht und Gerechtigkeit- Aspekte der Aburteilung von Tötungskriminalität, in: *Kritische Justiz*, Volume 28, Issue 2, 1995, S.199.

⁵⁷ Vgl. *Legnaro/Aengenheister*, Geschlecht und Gerechtigkeit- Aspekte der Aburteilung von Tötungskriminalität, in: *Kritische Justiz*, Volume 28, Issue 2, 1995, S.200.

⁵⁸ So bei *Nagel/Weitzmann*, Women as Litigants, *Hastings Law Journal* 23, 1971, S.171-198; *Neubauer*, Strafzumessung und Geschlecht- Eine Untersuchung forensisch-psychiatrisch begutachteter Frauen, Dissertation 2012, S.48.

⁵⁹ *Nagel/Hagan*, Gender and Crime: Offense Patterns and Criminal Court Sanctions, in: *Crime and Justice*, Volume 4 1983, S.134ff.; *Neubauer*, Strafzumessung und Geschlecht- Eine Untersuchung forensisch-psychiatrisch begutachteter Frauen, Dissertation 2012, S.18ff.

⁶⁰ *Neubauer*, Strafzumessung und Geschlecht- Eine Untersuchung forensisch-psychiatrisch begutachteter Frauen, Dissertation 2012, S.18ff.; *Farrington/Morris*, Sex,

sentencing and reconvictions, in: *British Journal of Criminology*, Volume 23, Issue 3, 1983, S.245ff.

⁶¹ Vgl. *Oberlies*, Tötungsdelikte zwischen Männern und Frauen- eine Untersuchung geschlechtsspezifischer Unterschiede anhand von 174 Gerichtsurteilen, in: *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 80. Jahrgang Heft 3, 1997, S.133ff.

⁶² So bei *Oberlies*, Tötungsdelikte zwischen Männern und Frauen- eine Untersuchung geschlechtsspezifischer Unterschiede anhand von 174 Gerichtsurteilen, in: *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 80. Jahrgang Heft 3, 1997, S.145.

⁶³ *Oberlies*, Tötungsdelikte zwischen Männern und Frauen- eine Untersuchung geschlechtsspezifischer Unterschiede anhand von 174 Gerichtsurteilen, in: *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 80. Jahrgang Heft 3, 1997, S.137.

(+ 48,8 Monate). Hingegen war die Strafe geringer, sofern sich die Tat gegen den Partner oder die Partnerin richtete.⁶⁴ Hinsichtlich der Divergenz in der Strafzumessung ist daher zu berücksichtigen, dass Frauen eher als Männer Angehörige im nächsten Familienkreis töten und damit eher selten fremde Personen, was strafmildern wirkt.⁶⁵

c) Verminderte Schuldfähigkeit und Aussetzung auf Bewährung

Faktoren für eine Strafmilderung sind bei der Annahme einer verminderten Schuldfähigkeit festgestellt worden.

Die Annahme einer verminderten Schuldfähigkeit findet sich häufiger bei Frauen als bei Männern (69%:58%). Zu berücksichtigen ist allerdings, dass dies oftmals dazu eingesetzt wird, um Taten in Missbrauchsbeziehungen gerecht zu werden. Insoweit entfiel die Hälfte der Fälle vermindelter Schuldfähigkeit bei Frauen auf Taten, die vor und/oder bei der Tat von Misshandlungen geprägt sind.⁶⁶

Ein Argument, welches häufig zur Stützung der Annahme eines Frauenbonus herangezogen wurde, ist die bei Frauen vermehrt entschiedene Aussetzung der Freiheitsstrafe auf Bewährung. Hinsichtlich dessen zeigte sich auch in dieser Studie ein deutlicher Unterschied zwischen Männern und Frauen. So wurden auf Seiten weiblicher Verurteilter 34% zur Bewährung ausgesetzt, wohingegen dies nur bei 3,6% der Männer der Fall war.

Allerdings relativiert sich die Annahme einer Bevorzugung von Frauen, wenn man genauer herausarbeitet, wann Bewährungsstrafen ausgesprochen werden. Zum einen greifen diese als Reaktionen auf versuchte Delikte oder Fälle von minder schweren Taten,

zum anderen wird eine Aussetzung zur Bewährung ausgesprochen, wenn es im Zusammenhang mit der Tat selbst zu Misshandlungen gekommen ist.

Insoweit ist einzubeziehen, dass von 32 Frauen, die von einer Bewährung profitierten, 21 Erfahrungen mit Misshandlungen gehabt haben (66%).

Somit besteht bei weiblichen Verurteilten ein Zusammenhang zwischen Misshandlungen und den gesetzlichen Minderungsgründen. In Zahlen ausgedrückt entfallen 65,6% der Bewährungsstrafen, 61,5% der minder schweren Totschläge und 55% der Fälle mit einer Annahme einer verminderten Schuldfähigkeit der Frauen auf Misshandlungssituationen.⁶⁷

Im Ergebnis zeigen sich in der Studie zwar Differenzen im Strafmaß bei Mann und Frau, allerdings ist, insbesondere bei Beziehungstaten, die Frau als Misshandlungsoffer einzubeziehen. So erklärt sich laut Autor die mildere Aburteilung von Frauen dadurch, dass über die Hälfte der verurteilten Frauen wegen der Tötung am Partner Erfahrungen mit Gewalt gemacht haben und dass die Hälfte der Tötungsdelikte von Frauen am Partner nicht tödlich endeten. Diese Umstände wirken sich auch gleichermaßen privilegierend auf Männer aus, wenn diese in vergleichbaren Situationen handeln.⁶⁸ Zusammenfassend kommt diese Ansicht zu dem Schluss, dass sich das bei Frauen durchschnittlich niedrigere Strafmaß aus der Besonderheit der begangenen Taten der Frauen und nicht aus dem Geschlecht der Täterin ergibt.⁶⁹ Die Variable Geschlecht verliert damit bei Berücksichtigung vielfältiger Variablen an Bedeutung.⁷⁰

E. Fazit und Ausblick

Die Behandlung von Frauen durch Gerichte war immer wieder Thema kriminologischer Arbeiten. Die

⁶⁴ Oberlies, Tötungsdelikte zwischen Männern und Frauen- eine Untersuchung geschlechtsspezifischer Unterschiede anhand von 174 Gerichtsurteilen, in: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 80. Jahrgang Heft 3, 1997, S.144.

⁶⁵ Legnaro/Aengenheister, Geschlecht und Gerechtigkeit- Aspekte der Aburteilung von Tötungskriminalität, in: Kritische Justiz, Volume 28, Issue 2, 1995, S.189.

⁶⁶ Vgl. Oberlies, Tötungsdelikte zwischen Männern und Frauen- eine Untersuchung geschlechtsspezifischer Unterschiede anhand von 174 Gerichtsurteilen, in: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 80. Jahrgang Heft 3, 1997, S.143

⁶⁷ Oberlies, Tötungsdelikte zwischen Männern und Frauen- eine Untersuchung geschlechtsspezifischer Unterschiede anhand von 174 Gerichtsurteilen, in: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 80. Jahrgang Heft 3, 1997, S.146.

⁶⁸ Vgl. Oberlies, Tötungsdelikte zwischen Männern und Frauen- eine Untersuchung geschlechtsspezifischer Unterschiede anhand von 174 Gerichtsurteilen, in: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 80. Jahrgang Heft 3, 1997, S.146f.

⁶⁹ Oberlies, Tötungsdelikte zwischen Männern und Frauen- eine Untersuchung geschlechtsspezifischer Unterschiede anhand von 174 Gerichtsurteilen, in: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 80. Jahrgang Heft 3, 1997, S.148ff.

⁷⁰ Oberlies, Tötungsdelikte zwischen Männern und Frauen- eine Untersuchung geschlechtsspezifischer Unterschiede anhand von 174 Gerichtsurteilen, in: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 80. Jahrgang Heft 3, 1997, S.183; Köhler, Straffällige Frauen- Eine Untersuchung der Strafzumessung und Rückfälligkeit, in: Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften, Band 22, 2012, S.136.

Ergebnisse solcher Arbeiten sind jedoch höchst unterschiedlich.

Wie zu Anfang im Rahmen der Hypothese 1 dargestellt, lässt ein Blick auf die absoluten Zahlen der Kriminalstatistik schnell den Eindruck von einem Frauenbonus entstehen. Dabei gibt es Theorien, die diesen Unterschied unmittelbar auf das Geschlecht der angeklagten Person zurückführen und damit einen Einfluss des Geschlechts bejahen.

Im weiteren Verlauf der Arbeit hat sich jedoch gezeigt, dass es eine Fülle an Erklärungsmöglichkeiten für die Divergenz zwischen Mann und Frau in der Aburteilung gibt. So zeigte ich insbesondere, dass sich die Differenz verringert, sobald man weitere Faktoren berücksichtigt und diese herausrechnet. Damit bleibt nach Berücksichtigung der Legalfaktoren allenfalls ein geringer Bereich übrig, der sich nicht direkt erklären lässt.

Dies führt im Umkehrschluss allerdings dazu, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass in diesem Bereich das Geschlecht doch eine Rolle spielt. So zum Beispiel als indirekter Einfluss aufgrund stereotypisierter Auslegungsroutinen oder Konstruktionen im Strafrecht oder durch eine bereits vor der Subsumtion auf Gender fußende stereotypisierte Wahrnehmung.

Um diese Frage abschließend zu klären, bedarf es weiterer Forschung. Auch mit Blick auf die Hypothese 2 ist es dringend erforderlich, dass die Frage nach den Auswirkungen in der Strafzumessung auf LGBTQ-Personen erweitert wird. Dieser Bereich ist kaum erforscht.

Das Ziel muss es stets sein, eine geschlechtsunabhängige Rechtspraxis zu garantieren, um den in Art.3 Abs. 1 GG gesetzlich normierten Gleichheitssatz auch in der Strafzumessung pflichtgemäß zu erfüllen.

Ein Blick über den großen Teich

- das Urteil des US Supreme Courts in Dobbs -

Von Stud. iur. **Sabrina Pölle**, B. Sc., Marburg*

A. Einleitung

Das *Dobbs*-Urteil¹ in den USA stellte für viele einen Paukenschlag dar und glich einem Rückschritt verfassungsrechtlich zugesicherter Rechte. Die zugrundeliegende Problematik der Abtreibungen ist indessen keine einfache, da moralische Fragen beantwortet werden müssen. Auch wenn es auf den ersten Blick so scheinen mag, so ist die Frage nach der Legalität von Abtreibungen keine punktuelle, sondern ändert sich im Laufe der Zeit mal in die eine, mal in die andere Richtung. Sie ist stark abhängig von gesellschaftlichen Werten und politischen Einstellungen und unterliegt einem sich stetig ändernden Wertebild.

I. Aufbau der Arbeit

Mit der Entscheidung des *Supreme Courts* (USSC)² im Jahr 2022 wurde der verfassungsmäßig gedeckte Schutz von Abtreibungen zunächst von höchstinstanzlicher Stelle abgelehnt, während zugleich das Urteil aus den 70er Jahren, welches diesen bisher gewährte, umgekehrt wurde. Als Urteilsbegründung wurde eine stark historische Auslegung der Verfassung angeführt mit Bezug auf die Historie und die traditionellen Werte der amerikanischen Gesellschaft. Mit der Entscheidung des USSC, dass die Verfassung keinen rechtlichen Schutz auf Abtreibungen gewähre, steht es den Bundesstaaten offen die Gesetzgebung in beide Richtungen nach ihrem Belieben zu gestalten.

Daraus ergibt sich die Frage, wie es überhaupt so weit kommen konnte. Im folgenden Text wird daher die Historie der Abtreibungen in den USA im Fokus stehen, um die dynamischen Entwicklungen der Frage nach der Legalität von Abtreibungen darzustellen, da dies eines der tragenden Argumente in *Dobbs* darstellt. Zunächst wird die rechtliche Entwicklung aufgezeigt, von der Verabschiedung der amerikanischen Verfassung über die beiden Weltkriege, bis zu den Wendepunkten, der bundesweiten Zusicherung der

Abtreibungsrechte in den 70er Jahren und schließlich der Umkehr dieses Urteils im Jahr 2022. Anschließend werden die Urteilsgründe genauer untersucht und sich hieraus unmittelbar ableitende Folgen aufgezeigt, welche sich seit Urteilsverkündung bereits abzeichnen. Darauf folgt eine Analyse der beiden Positionen, „*pro-life*“ und „*pro-choice*“, sowie schlussendlich eine persönliche Stellungnahme sowie ein Ausblick auf mögliche Folgen und Entwicklungen, die sich in der Zukunft ergeben könnten.

II. Methodik

Diese Arbeit stellt eine rein literarische Analyse dar. Für die historische Darstellung wurde auf Literaturwerke zurückgegriffen, welche entweder die Geschichte der USA als gesamtes behandeln oder sich explizit mit der Abtreibungsfrage im Laufe der Zeit beschäftigen. Während die Urteilsgründe sich unmittelbar aus der Urteilschrift ergeben, wurde für die Analyse und Einordnung dieser Sekundärliteratur herangezogen. Zur heutigen Einordnung der gesellschaftlichen Diskussion wurden vermehrt aktuelle Artikel, Kommentare und Meinungsbilder benutzt sowie einige Literaturwerke, die sich ausschließlich mit der Analyse der beiden gegensätzlichen Bewegungen beschäftigen. Ebenfalls sind einige Daten aus medizinischen sowie statistischen Auswertungen mit eingeflossen.

B. Historischer Kontext

Ein Blick in die Historie der USA zeigt, dass sich Abtreibungen innerhalb der gesamten modernen Geschichte wiederfinden. Lange Zeit waren sie Teil einer Tradition unter Frauen, mit dem Ziel ihre Reproduktivität zu kontrollieren und limitieren.³ Vor der Unabhängigkeit von der Krone im 18. Jh. waren Abtreibungen unter dem englischen *common law* weitreichend legal im frühen Stadium einer Schwangerschaft,

* Die *Verfasserin* ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Philipps-Universität Marburg und des Internationalen Wirtschaftsrechts an der *University of Essex*, UK, und ist als wissenschaftliche Mitarbeiterin in einer Kanzlei in Frankfurt am Main tätig. Die Seminararbeit wurde im Seminar „Geschlecht, Gender und Feminismus im Strafrecht“ im Sommersemester 2023 bei Prof. Dr. *Stefanie Bock* an der

Philipps-Universität Marburg verfasst und mit 14 Punkten bewertet.

¹ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* 597 U.S. (more) (2022) WL 2276808.

² Innerhalb dieser Arbeit bezieht sich Supreme Court ohne weitere Angabe immer auf den United States Supreme Court, nachfolgend als USSC bezeichnet.

³ *Reagan*, *When Abortion Was a Crime*, 1997, S. 20.

nämlich bis zu den ersten äußerlich wahrnehmbaren Bewegungen des Fötus, dem sogenannten „*quicking*“.⁴ In den 1840er-Jahren waren Abtreibungen, gerade in den größeren Städten, üblicher und verbreiteter als jemals zuvor.⁵ In der ersten Hälfte des 19. Jh. finden sich die ersten gesetzlichen Einschränkungen. Diese wurden zu Beginn erlassen, um den Markt für Abtreibungsmittel zu regulieren, da Frauen nicht selten nach Einnahme der bis dato unkontrolliert vertriebenen Substanzen starben.⁶ Durch gesetzliche Regulierungen sollten die Mittel nur noch nach bestimmten Standards abgegeben und so die Todeszahlen in diesem Zusammenhang gesenkt werden.

I. Vom amerikanischen Bürgerkrieg bis zum zweiten Weltkrieg

Nach dem amerikanischen Bürgerkrieg gegen Ende des 19. Jh. wurden dazu andere Stimmen laut. Mit Abschaffung der Sklaverei, jedenfalls auf dem Papier, stand es Menschen theoretisch frei Kinder zu bekommen mit wem sie es mochten, völlig unabhängig von Herkunft oder Hautfarbe. Da dieser Gedanke aber noch nicht vollständig in der Gesellschaft angekommen war, entstand eine Bewegung, die Abtreibungsgesetze forderte, um ein Instrument zu haben, weiße Frauen davon abzubringen sich mit farbigen oder immigrierten Männern fortzupflanzen.⁷ Laut dieser Bewegung sei es die Verpflichtung von weißen Frauen, hauptsächlich aus der mittleren und oberen Gesellschaftsschicht kommend, Kinder zu bekommen, um die „Weißheit“ der Gesellschaft zu sichern.⁸ Immigrantenfamilien, welche oftmals katholischen Glaubens waren, hatten häufig viele Kinder, was eine Angst innerhalb dieser Bewegung schürte, dass die Immigrierten die bisherigen Bewohner der USA zahlenmäßig verdrängen würden und deren politische Macht an sich reißen könnten.⁹ Die „Weißheit“ bekam eine Art Statussymbol, welche für die politische Macht und die oberen Gesellschaftsschichten stand; aus diesem Grund wurden weibliche Körper, welche dieses Statussymbol reproduzieren sollten, als schützenswert und kontrollwürdig angesehen, um sicherzustellen,

dass das wertvolle „weiße Blut“ nicht kontaminiert werde.¹⁰

Einer der ersten, der Kinder als Opfer von Abtreibungen sah, war der Arzt *Horatio R. Storer*. Laut ihm würde mit jeder Abtreibung, unabhängig vom Stadium der Schwangerschaft, der Tod eines Fötus, welchen er bereits als Kind betitelte, in Kauf genommen.¹¹ Das erste Mal, dass in diesem Zusammenhang von der aktiven Tötung von Kindern gesprochen wird, war in einem Zeitungsartikel der *Chicago Times* im Jahr 1888.¹² In den darauffolgenden Jahren zielte die Anti-Abtreibungskampagne auf das Regulieren von Abtreibungen durch Gesetze ab, mit dem Argument, dass das Leben bereits im Mutterleib schützenswert sei.

Tatsächlich lag aber auch diesem Gedanken, zumindest in seinen Anfängen, ein anderes Motiv zugrunde. Medizinische Dienstleistungen waren bereits damals ein lukratives wirtschaftliches Geschäft in den USA und es herrschte ein reger Wettkampf auf dem freien Markt. Ärzt*innen damals waren zum größten Teil weiß, der oberen Schicht angehörig und gebürtige Amerikaner*innen, die sogenannten „*yankees*“.¹³ Abtreibungen durften aber auch von Hebammen durchgeführt werden. Diese waren zu der Zeit ausschließlich weiblich, häufig hispanischer Abstammung und kümmerten sich bereits seit geraumer Zeit um jegliche Beschwerden der weiblichen Gesundheit. Ärzt*innen zu rufen oder ein Krankenhaus aufzusuchen für eine Geburt oder gynäkologische Belange war derzeit äußerst unüblich. Bis dato halfen sich Frauen untereinander im Familien- und Freundeskreis völlig selbstverständlich aus und weibliche Gesundheit galt als Frauensache.¹⁴

Um den Wettbewerb auf dem Markt abzuschwächen, wurden Abtreibungen nicht nur als falsch dargestellt, da sie ein Leben auslöschen würden, sondern auch das Monopol für Abtreibungen wurde, wenn sie denn unbedingt medizinisch erforderlich seien, ausschließlich bei ausgebildeten Mediziner*innen angesiedelt.¹⁵ Hebammen wurden wegen ihrer geringeren Ausbildung als unfähig dargestellt, um die Abgrenzung zu den Ärzt*innen zu verdeutlichen.

⁴ *Reagan*, When Abortion Was a Crime, 1997, S. 7.

⁵ *Ziegler*, Abortion and the Law in America, 2020, S. 12.

⁶ *Reagan*, When Abortion Was a Crime, 1997, S. 9.

⁷ *Weingarten*, Abortion in the American Imagination, 2014, S. 15.

⁸ *Weingarten*, Abortion in the American Imagination, 2014, S. 18 f.

⁹ *Reagan*, When Abortion Was a Crime, 1997, S. 10.

¹⁰ *Weingarten*, Abortion in the American Imagination, 2014, S. 19.

¹¹ *Storer*, On Criminal Abortion in America, 1860, S. 27.

¹² *Reagan*, When Abortion Was a Crime, 1997, S. 50.

¹³ *Luker*, Abortion & the Politics of Motherhood, 1984, S. 27.

¹⁴ *Reagan*, When Abortion Was a Crime, 1997, S. 29.

¹⁵ *Luker*, Abortion & the Politics of Motherhood, 1984, S. 28 f.

Infolgedessen wurden gegen Ende des 19. Jh. weitreichende Regelungen eingeführt, welche es Hebammen fast unmöglich machten, Abtreibungen legal durchzuführen.¹⁶

Während der Wirtschaftskrise in den 20er- und 30er-Jahren nahmen legale sowie illegale Abtreibungen stark zu, woran der signifikante Zusammenhang zwischen Ökonomie und Abtreibungen erkannt werden kann.¹⁷ Auch wenn Vertreter*innen des ethischen Aspektes es nicht wahrhaben wollten, die Möglichkeit Nachwuchs groß zu ziehen ist in einer zivilisierten Gesellschaft unweigerlich mit dem finanziellen Aspekt verknüpft. In einer Zeit, in der viele Familien täglich Probleme hatten für Nahrung zu sorgen, war es nur eine logische Konsequenz, dass versucht wurde die Geburt weiterer Kinder zu verhindern, da dies zu einer finanziellen Überlastung geführt hätte.

Während dieser Zeit kann ein starker Anstieg der Nutzung und damit der Akzeptanz von Verhütungsmitteln festgestellt werden¹⁸, welche unterschiedlich in den Gesellschaftsschichten ausgeprägt war. Während obere Schichten, die hauptsächlich weiß waren, sich die Verhütungsmittel leisten konnten, war dies für untere Schichten, denen mehrheitlich farbige Personen angehörten, nicht so einfach zu bewerkstelligen. Das führte aber nicht zu einem parallelen Anstieg an Abtreibungen, wie es auf den ersten Blick intuitiv erscheinen mag. Abtreibungen wurden von Frauen, die der Unterschicht angehörten, während dieser Periode zwar in absoluten Zahlen häufiger vorgenommen,¹⁹ allerdings fand sich in farbigen Gemeinschaften eine deutlich höhere Toleranz gegenüber außerehelichen Kindern. Das könnte zu dieser verhältnismäßig geringen Abtreibungsrate im Vergleich zu den Gesamtzahlen von Schwangerschaften geführt haben.²⁰

Neben diesen ökonomischen Nachteilen der unteren Gesellschaftsschichten kam es im Zuge dieses Anstiegs von Verhütungsmitteln auch zu Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts. Während Ärzt*innen Verhütungsmittel als den sicheren und einzig richtigen Weg aufzeigten, die Familiengröße zu begrenzen,

Abtreibungen zugleich als lebensgefährlich darstellten, beharrte diese männlich dominierte Berufsgruppe auf das System, nach dem Schwangere zuerst deren Erlaubnis erhalten mussten, um eine Abtreibung durchzuführen.²¹ Mit der zunehmenden Nutzung von Verhütungsmitteln, würden Männer ihre Mitspracherechte bei der Familienplanung verlieren.²² Wenn Frauen selbstständig über den Gebrauch von Verhütungsmitteln entscheiden könnten, so fürchtete ein Teil der männlichen Gesellschaft, werde die Entscheidungskraft allein in die Hände der Frauen fallen.²³ Diese Angst wurde durch erste feministische Bewegungen, welche zu dieser Zeit in Europa aufkeimten, unter Amerikas männlicher Bevölkerung noch verstärkt.²⁴

In Folge dessen wurden die Regelungen für Abtreibungen gegen Ende der 30er Jahre gelockert, mehr Ausnahmen für medizinisch indizierte Abtreibungen wurden eingeführt und die Eingriffe wanderten zusehends von privaten Praxen in Krankenhäuser, was deren Sichtbarkeit in der Öffentlichkeit erhöhte.²⁵ Diese erhöhte Sichtbarkeit brachte die bisher private und stigmatisierte Sexualität von Frauen ebenfalls in die öffentliche Debatte, wodurch zunehmend Stimmen mehr staatliche Kontrolle in diesem Bereich forderten.²⁶

II. Zweiter Weltkrieg bis Roe

Nach den beiden Weltkriegen musste die Wirtschaft angekurbelt werden. Dies führte einerseits zu einem Rollenbild der weißen mittelständigen Frau, die sich den Idealen einer guten Mutter entsprechend verhalten sollte und für Nachwuchs sorgte.²⁷ Auf der anderen Seite begannen Frauen während des zweiten Weltkriegs und in den darauffolgenden Jahren mehr und mehr in die Arbeitswelt vorzudringen, was zu einer Veränderung in der Abtreibungsdebatte führte. Es war eine Art „offenes Geheimnis“ in der Gesellschaft; während etwa viele Bücher aus dieser Zeit Handlungen über Abtreibungen enthielten, wurde dieser Teil der Handlung regelmäßig bei einer Verfilmung der Bücher verbannt.²⁸ Es entwickelte sich ein

¹⁶ Reagan, *When Abortion Was a Crime*, 1997, S. 95 ff.

¹⁷ Reagan, *When Abortion Was a Crime*, 1997, S. 134.

¹⁸ Reagan, *When Abortion Was a Crime*, 1997, S. 135 f.

¹⁹ Weingarten, *Abortion in the American Imagination*, 2014, S. 54.

²⁰ Reagan, *When Abortion Was a Crime*, 1997, S. 138.

²¹ Weingarten, *Abortion in the American Imagination*, 2014, S. 54.

²² Weingarten, *Abortion in the American Imagination*, 2014, S. 51.

²³ Weingarten, *Abortion in the American Imagination*, 2014, S. 54.

²⁴ Reagan, *When Abortion Was a Crime*, 1997, S. 142.

²⁵ Reagan, *When Abortion Was a Crime*, 1997, S. 144.

²⁶ Weingarten, *Abortion in the American Imagination*, 2014, S. 114.

²⁷ Weingarten, *Abortion in the American Imagination*, 2014, S. 69 ff.

²⁸ Weingarten, *Abortion in the American Imagination*, 2014, S. 95.

weitreichendes „Untergrund“-Netzwerk, welches Frauen in andere Regionen transportierte, damit diese dort sicher abtreiben konnten.²⁹ Hieran ist zu erkennen, wie alltäglich Abtreibungen für Frauen in dieser Zeit waren und wie sie sich gegenseitig dabei unterstützten. Während der 40er und 50er Jahre wurden Abtreibungen zwar trotz der Illegalität weiter durchgeführt, allerdings verstärkte sich auch die Kritik an diesen infolge der öffentlichen Sichtbarkeit und der weiter zunehmenden Unabhängigkeit von Frauen.³⁰

Abtreibungen wurden erstmals einer politischen und gesellschaftlichen Bewegung zugeschrieben, in dem sie als Forderungen der linken, feministischen und kommunistischen Bewegungen deklariert wurden.³¹ Dem Feindbild des Kommunismus in den 40er-Jahren wurden Abtreibungen also ebenfalls zugerechnet. Im Jahr 1951 wurde der erste Fall vor Gericht verhandelt, welcher Abtreibungen nicht nur in Zusammenhang mit physischen Gefahren, sondern auch aufgrund mentalen Stresses anerkannte. Dabei mussten sich zwei Ärzte erklären, welche zahlreiche, nach ihrem Verständnis legale, Abtreibungen durchgeführt hatten, aber nicht mit dem bisher üblichen Grund einer physischen Bedrohung für die Schwangeren, vielmehr begründeten sie die Eingriffe damit, dass sie die mentale Gesundheit der Mütter aufrechterhalten wollten.³² Durch diese Begründung ergaben sich deutlich weitreichendere Möglichkeiten für Ärzt*innen Abtreibungen legal durchzuführen.

Ab den 50er-Jahren wurden Geburten sowie Abtreibungen regelmäßig in Krankenhäusern durchgeführt. Das Krankheitssystem bildete bereits damals klare strukturelle Unterschiede aufgrund der Hautfarbe bzw. der Herkunft ab. Während wenige privilegierte weiße Frauen legale Abtreibungen in den Krankenhäusern durchführen ließen, traf man in den Notaufnahmen zahlreiche, meist farbige, Frauen der unteren Schichten an, die nach einer illegalen Abtreibung und daraus auftretenden Komplikationen das Krankenhaus aufsuchten.³³ Die wenigen legalen Abtreibungen in dieser Zeit konnten erst nach Erlaubnis eines Gremiums innerhalb des Krankenhauses

durchgeführt werden, welches fast ausschließlich aus männlichen Ärzten bestand; die Autonomie über die Entscheidung der weiblichen Reproduktivität lag also bei legalen Abtreibungen keinesfalls in der Hand der jeweiligen Frau, sondern weiterhin fast exklusiv bei Männern.³⁴ In der Theorie konnte jede Frau mit ihrem Fall vor einem solchen Gremium vorstellig werden, in der Praxis waren es allerdings meist gut vernetzte, weiße Frauen der oberen Mittelschicht, welche die Zustimmung der zuständigen Ärzt*innen bekamen.³⁵

Aus diesen strukturellen Diskriminierungen heraus entwickelte sich in den 60er-Jahren schließlich eine Bewegung, die sich gegen das aktuelle System stellte.³⁶ Im Jahr 1961 wurde Abtreibung zuerst als Ausdruck von freien Reproduktivitätsrechten anerkannt³⁷ und im Folgenden aus feministischer Sicht als Bestandteil der Freiheit von Frauen gesehen.³⁸ Ärzt*innen fühlten sich zunehmend in ihrer Freiheit, die besten und medizinisch fundiertesten Entscheidungen für Patient*innen zu treffen, beschränkt, weshalb sie ebenfalls eine Änderung der Gesetze forderten.³⁹ Der öffentliche Diskurs um illegale Abtreibungen spiegelte sich auch in den Medien wider. So wurden etwa einzelne Schicksale in Zeitungen abgedruckt; zu meist extreme Fälle, um zu zeigen, wie schädlich illegale Abtreibungen tatsächlich sein können.⁴⁰

Im *Griswold-Fall*⁴¹ wurde zum ersten Mal die Verfassungsmäßigkeit von reproduktiven Beschränkungen angefochten. In dem Fall wurde klargestellt, dass das Recht auf Privatsphäre, welches aus dem 14. Zusatzartikel der amerikanischen Verfassung folgt, mit Verboten gegen das Benutzen von Verhütungsmitteln innerhalb einer Ehe kollidiert. Das hier anerkannte Recht auf Privatsphäre diente als grundlegendes Fundament im *Roe-Urteil*⁴², welches acht Jahre später getroffen werden sollte.⁴³ Während die Akzeptanz gegenüber Verhütungsmitteln innerhalb der Gesellschaft zunahm, stieg auch die Akzeptanz gegenüber Abtreibungen weiter an, mit dem Argument, dass eine gesicherte Familienplanung nur möglich sei, wenn es

²⁹ Reagan, *When Abortion Was a Crime*, 1997, S. 239.

³⁰ Reagan, *When Abortion Was a Crime*, 1997, S. 162 ff.

³¹ Reagan, *When Abortion Was a Crime*, 1997, S. 174.

³² Reagan, *When Abortion Was a Crime*, 1997, S. 184 ff.

³³ Reagan, *When Abortion Was a Crime*, 1997, S. 219.

³⁴ Reagan, *When Abortion Was a Crime*, 1997, S. 220.

³⁵ Saurette, Gordon, *The Changing Voice of the Anti-Abortion Movement*, 2016, S. 51.

³⁶ Reagan, *When Abortion Was a Crime*, 1997, S. 222.

³⁷ Reagan, *When Abortion Was a Crime*, 1997, S. 229.

³⁸ Reagan, *When Abortion Was a Crime*, 1997, S. 235.

³⁹ Reagan, *When Abortion Was a Crime*, 1997, S. 244 f.

⁴⁰ Saurette, Gordon, *The Changing Voice of the Anti-Abortion Movement*, 2016, S. 53.

⁴¹ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

⁴² *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁴³ Saurette, Gordon, *The Changing Voice of the Anti-Abortion Movement*, 2016, S. 59.

einen legalen Plan B gäbe, für den Fall in dem Verhütungsmittel versagen.⁴⁴

Für einen Teil der christlichen Kirche waren Verhütungsmittel und Abtreibungen ein und dasselbe, während liberale Gläubige und auch die Mehrheit der Abtreibungsgegner*innen bereits zwischen beiden unterschieden. Für viele Außenstehende war die Anti-Abtreibungsbewegung allerdings urchristlich und stark konservativ, weshalb diese versuchte sich zu Beginn der 70er-Jahre neu zu erfinden.⁴⁵ Aufgrund der erweiterten Ausnahmen für legale Abtreibungen in mehreren Staaten, unter anderem mit dem Argument, dass die Schwangerschaft eine mental nicht zu ertragende Belastung darstellen würde, war es fast jeder Schwangeren während dieser Zeit auch praktisch möglich, eine solche zu erhalten; dies veranlasste die Anti-Abtreibungsbewegung dazu, weiter zu mobilisieren und sich zu organisieren.⁴⁶ Während die „pro-life“-Bewegung argumentierte, sie wolle das menschliche Leben schützen, argumentierte die gegenseitige „pro-choice“-Bewegung, dass damit das Leben der schwangeren Frauen aufs Spiel gesetzt werde.⁴⁷ Bis zum entscheidenden Urteil blieb die „pro-life“-Bewegung trotz Kritik aus den eigenen Reihen bei dem Hauptargument, dass der Staat ungeborenes Leben schützen müsse.⁴⁸

In *Roe* Anfang der 70er Jahre erkannte der USSC schließlich an, dass Abtreibungsverbote mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der reproduktiven Freiheit eines jeden kollidieren würden.⁴⁹ Bei einer historischen Betrachtung könne erkannt werden, dass Frauen zur Zeit der Entstehung der Verfassung sogar weitreichendere Rechte auf Abtreibungen hatten, als dies heute der Fall ist, weswegen davon ausgegangen werden kann, dass ein Recht auf Abtreibung in der Verfassung enthalten sei.⁵⁰ Weiterhin falle die Wahl einer Frau über ihre reproduktiven Entscheidungen, in ihre Privatsphäre und sei daher vom 14. Zusatzartikel geschützt.⁵¹ Es wurde allerdings kein uneingeschränktes Recht anerkannt, vielmehr müssen die Rechte von Frauen und der Schutz von ungeborenem Leben

gegeneinander abgewogen werden.⁵² Dabei findet sich in dem Urteil eine klare Abgrenzung zwischen geborenen Personen und ungeborenen Nicht-Personen, welche allein zum Zwecke der verfassungsrechtlichen Interpretation getroffen wurde.⁵³ Aus den vorher festgelegten Personenrechten entwickelte sich das Trimester-Modell, nach dem die Abwägung der Rechte je nach zeitlichem Stadium der Schwangerschaft zu einem anderen Ergebnis gelangt. Das Grundsatzurteil garantierte auf bundesweiter Ebene jegliche Abtreibungen im ersten Trimester einer Schwangerschaft ohne Einschränkungen, im zweiten Trimester dürfen einige einschränkende Regulierungen von den einzelnen Staaten erlassen werden und erst ab dem dritten Trimester dürfen Abtreibungen vollständig verboten werden, allerdings bleiben auch hier Ausnahmen in Extremsituationen garantiert, etwa wenn das Leben der Mutter in Gefahr ist.⁵⁴

III. Nach Roe

Das *Roe*-Urteil wurde zu einem hochbrisanten Zeitpunkt getroffen, in der ohnehin viel Diskussion um die Abtreibungsfrage bestand. Tatsächlich stand nur etwa die Hälfte der amerikanischen Bevölkerung hinter dem Urteil, während die andere Hälfte sich dagegen aussprach.⁵⁵ Und obwohl nach dem Grundsatzurteil die rechtliche Seite geklärt schien, begannen beide Lager erst in den darauffolgenden Jahren sich strikt voneinander abzugrenzen und so für die jeweiligen Rechte einzusetzen, wie wir es heute kennen. *Roe* hat die Frage der Rechtmäßigkeit von Abtreibungen nicht geklärt, sondern die Diskussionen darum erst befeuert.

In der Gesellschaft fanden unterdessen zwei parallele Debatten statt: einerseits die Diskussion um den Zugang zu Verhütungsmitteln, welche von einem großen Teil der Bevölkerung befürwortet wurde, und andererseits die Diskussion um Abtreibungen, welche die Gesellschaft weiterhin spaltete.⁵⁶

Die „pro-choice“-Bewegung versuchte darauf aufbauend Abtreibungen als erweiterte Form der Familienplanung darzustellen, um deutlich zu machen, dass es die freie Entscheidung einer jeden Frau sei, ob und

⁴⁴ Williams, *Defenders of the Unborn*, 2016, S. 61.

⁴⁵ Williams, *Defenders of the Unborn*, 2016, S. 2.

⁴⁶ Luker, *Abortion & the Politics of Motherhood*, 1984, S. 135.

⁴⁷ Weingarten, *Abortion in the American Imagination*, 2014, S. 135 f.

⁴⁸ Williams, *Defenders of the Unborn*, 2016, S. 197.

⁴⁹ Greasley, *Kaczor*, *Abortion Rights: For and Against*, 2018, S. 11.

⁵⁰ Means, 17 NY Law Forum 1971, 335 (376).

⁵¹ Ziegler, *Abortion and the Law in America*, 2020, S. 22.

⁵² Saurette, Gordon, *The Changing Voice of the Anti-Abortion Movement*, 2016, S. 61.

⁵³ Dyer, *Slavery, Abortion, and the Politics of Constitutional Meaning*, 2013, S. 70.

⁵⁴ Saurette, Gordon, *The Changing Voice of the Anti-Abortion Movement*, 2016, S. 61.

⁵⁵ Williams, *Defenders of the Unborn*, 2016, S. 207.

⁵⁶ Hassenstab, *Body Law and the Body of Law*, 2014, S. 202.

wann sie Kinder bekommen möchte; dieses Recht dürfe ihr mit Blick auf die Privatautonomie jedes Menschen nicht genommen werden.⁵⁷ In den darauffolgenden Jahren versuchte etwa *Ruth Bader Ginsburg*, später selbst Richterin am USSC und Befürworterin von Abtreibungsrechten, mehrere Fälle vor ebendiesen zu bringen, in denen Männer die Kläger waren, mit dem Ziel in der Gesellschaft klarzustellen, dass Fragen der Fortpflanzung nicht nur Frauenrechte betreffen, sondern auch die Rechte von Männern in dieser Hinsicht betroffen sein können.⁵⁸ Sie war der Meinung, dass die Rechte längerfristig nur gesichert werden könnten, wenn das vorherrschende politische Geschlecht dessen eigenen Anteil in der Debatte anerkennen würde.

Währenddessen begann die christlich-religiös geprägte Bewegung, die gegen Abtreibungen kämpfte und von *Roe* erschüttert wurde, im ganzen Land ihre Bestrebungen zu erweitern, Infrastruktur und organisierte Netzwerke aufzubauen, und so für den Schutz des ungeborenen Lebens zu kämpfen.⁵⁹ Erst mit diesem gefällten Urteil als Anstoß formierten sich die Abtreibungsgegner*innen zu einer nationalen Bewegung mit weitreichendem Einfluss.⁶⁰ Die Bestrebungen der „pro-life“-Bewegung richteten sich alsbald auf die vollständige Umkehr des Grundsatzurteils.⁶¹ Ihr Ziel war es, verfassungsrechtlich anerkennen zu lassen, dass der Schutz des Lebens bereits im Moment der Empfängnis beginnen sollte.⁶²

Bereits im Jahr 1976 kam es zum ersten großen rechtlichen Einschnitt, des unter *Roe* anerkannten Rechts. Unter dem *Hyde Amendment*⁶³ wurde die Finanzierung von Abtreibungen durch staatliche Krankenversicherungen verboten, mit der einzigen Ausnahme, wenn das Leben der Schwangeren in Gefahr wäre; einige Jahre später wurde als weitere Ausnahme die Kostenübernahme nach einer Vergewaltigung hinzugefügt.⁶⁴ Hieraus lässt sich eine gezielte Fokussierung auf untere Gesellschaftsschichten ableiten, da für viele eine Abtreibung finanziell nicht zu stemmen ist, welche sich aufgrund gesellschaftlicher

Ungleichheiten ungleichmäßig auf farbige Menschen auswirkt und eine Benachteiligung derer beinhaltet.⁶⁵

Der USSC bekräftigte seine in *Roe* getroffene Entscheidung grundsätzlich etwa zwei Jahrzehnte später im *Casey*-Urteil⁶⁶. Gefordert wurden in diesem Fall Mindestwartezeiten vor dem Eingriff, das Einholen der elterlichen Erlaubnis bei Minderjährigen sowie die Erlaubnis des Ehemanns bei verheirateten Frauen. Während der USSC letzteres ablehnte, räumte er den Staaten weitere Möglichkeiten ein, den Zugang zu Abtreibungen zu erschweren, indem er den ersten beiden Forderungen stattgab.⁶⁷

Somit blieb es zwar theoretisch weiter legal Abtreibungen durchzuführen, in der Praxis wurde der Zugang allerdings durch zahlreiche Beschränkungen erschwert. Beispielsweise gab es nur wenige Kliniken, da diesen teils strikte Anforderungen auferlegt wurden, sodass es in einigen Staaten nötig war mehrere hundert Meilen bis zur nächsten Klinik zu reisen.⁶⁸ Hierbei sollte beachtet werden, dass eine legale und sichere Abtreibung nicht mit nur einer Reise zur Klinik getan ist. In den meisten Fällen sind Vor- sowie Nachuntersuchungen von Nöten, weshalb diese lange Reise mehrmals organisiert, finanziert und durchgeführt werden muss. Ein beachtlicher Anteil von Abtreibungen wurde in anderen Staaten, als denen des gewöhnlichen Wohnsitzes der Frauen, durchgeführt, was unter anderem mit dem Flickenteppich von verschiedenen Regelungen je nach Bundesstaat begründet werden kann.⁶⁹ Teilweise existiert in Bundesstaaten nur eine einzige Abtreibungsklinik, zu der Frauen anreisen müssten.⁷⁰ Durch die daraus entstehende Überlastung dieser wenigen Kliniken konnten diese ihren Patient*innen nicht immer eine sofortige Behandlung garantieren.⁷¹ In einigen Staaten wurden während der Corona Pandemie Video-Behandlungen für Abtreibungskliniken verboten, wodurch die Wartezeiten bei Kliniken teils bei über einem Monat lagen⁷², was bei einer medizinischen Behandlung, die nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkt der Schwangerschaft legal ist, fatale Auswirkungen haben kann.

⁵⁷ *Furedi*, *The Moral Case for Abortion*, 2016, S. 8.

⁵⁸ *Franklin*, 85 *NYU Law Review* 2010, 83 (84).

⁵⁹ *Saurette, Gordon*, *The Changing Voice of the Anti-Abortion Movement*, 2016, S. 66.

⁶⁰ *Dyer*, *Slavery, Abortion, and the Politics of Constitutional Meaning*, 2013, S. 72.

⁶¹ *Williams*, *Defenders of the Unborn*, 2016, S. 200.

⁶² *Williams*, *Defenders of the Unborn*, 2016, S. 267.

⁶³ *Hyde Amendment*, 4. Codification Act (1976).

⁶⁴ *Marty*, *Handbook for a Post-Roe America*, 2019, S. 1 f.

⁶⁵ *Marty*, *Handbook for a Post-Roe America*, 2019, S. 2.

⁶⁶ *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

⁶⁷ *Saurette, Gordon*, *The Changing Voice of the Anti-Abortion Movement*, 2016, 81.

⁶⁸ *Marty*, *Handbook for a Post-Roe America*, 2019, S. 11.

⁶⁹ *Smith et al.*, 10 *Lancet Reg Health Am.* 2022, 1 (4).

⁷⁰ *Marty*, *New Handbook for a Post-Roe America*, 2021, S. 7.

⁷¹ *Smith et al.*, 10 *Lancet Reg Health Am.* 2022, 1 (8).

⁷² *Marty*, *New Handbook for a Post-Roe America*, 2021, S. 7 f.

Aus diesen Einschränkungen folgte, dass etwa jede vierte Frau mit einer staatlichen Krankenversicherung, die ursprünglich eine Abtreibung durchführen lassen wollte, die Schwangerschaft letztlich doch austrägt, da die finanzielle Belastung der gesamten Prozedur nicht tragbar wäre.⁷³ Der gesamte Prozess einer Abtreibung kostet ungefähr 2.000 US-Dollar, was für einen großen Teil der Bevölkerung schlichtweg nicht bezahlbar ist.⁷⁴ Die Anti-Abtreibungsbewegung ging sogar so weit, dass sie teils „falsche“ Kliniken eröffnete, welche hilfeschuchenden Frauen anstelle faktenbasierten Informationen über Abtreibungen Falschinformationen darlegten und den Eingriff als gefährlich und mit einem überzogenen Risiko für Komplikationen darstellten.⁷⁵

Allein nach 2010 wurden insgesamt über 400 einschränkende Regelungen erlassen, welche den Zugang zu Abtreibungen erschwerten.⁷⁶ In den letzten Jahrzehnten war es den Bundesstaaten nach der gesetzlichen Regelung zwar verboten, Abtreibungen in der frühen Schwangerschaft komplett zu untersagen, allerdings erließen sie weitreichende Regulierungen, welche die Möglichkeiten in der Praxis stark einschränkten.

IV. Der Supreme Court und Dobbs

Die Richter*innen des USSC werden nicht für eine Amtsperiode ernannt, sondern auf Lebenszeit. Deshalb ist es Präsident*innen möglich, die Ausrichtung des Gerichts auch noch weit nach ihrer amtierenden Präsidentschaft zu beeinflussen⁷⁷. Während das Gericht in den 70er Jahren eher demokratisch geprägt war, war es *Donald Trump* während seiner Zeit als Präsident möglich gleich drei neue Richter*innen vorzuschlagen, welche seinen politischen Gesinnungen entsprachen. Nach dem Tod von *Ruth Bader Ginsburg* im Jahr 2020 und der Ernennung einer neuen extrem-konservativen Richterin driftete der USSC nochmals in die politisch rechte Richtung.⁷⁸ Die Nominierung und Ernennung dieser Richterin wurde von *Trumps* Regierung innerhalb weniger Wochen im Eiltempo durchgezogen.⁷⁹ Hierbei wird ein grundlegendes

Problem des Systems der USA deutlich: der USSC wird stark politisiert und zu einem Machtinstrument der Politik gemacht.⁸⁰ Mit der neuen Besetzung ab 2020 war die Aufhebung von *Roe* somit nur noch eine Frage der Zeit.⁸¹

Der *Dobbs*-Entscheidung liegt ein Gesetz aus Mississippi zugrunde, nach dem ungeborenes Leben bereits ab der 15. Schwangerschaftswoche geschützt werden soll, da der Fötus ab diesem Zeitpunkt bereits in der Lage sei Schmerzen zu empfinden.⁸² Ausnahmen dieses Grundsatzes seien lediglich in medizinischen Notfällen oder bei schweren Missbildungen des Fötus möglich.⁸³ Dieses Gesetz war ein weiterer Schritt in der Reihe von Einschränkungen des Rechts auf Abtreibung. Untere Instanzen hielten das Gesetz nicht mit der Verfassung vereinbar, da es gegen die Grundsätze aus *Roe* und *Casey* verstößt, und reichten es an den USSC weiter, dessen Urteil im Vorhinein mit hoher Wahrscheinlichkeit zu demselben Ergebnis kommen würde.⁸⁴ Durch den offensichtlichen Widerspruch mit dem Grundsatzurteil, sollte die Entscheidung über dieses Gesetz bewusst eine Änderung der bisherigen verfassungsrechtlichen Rechtsprechung herbeiführen oder den USSC zumindest dazu bringen, sich erneut mit der Abtreibungsfrage zu beschäftigen.⁸⁵ Mit Blick auf die politischen Bestrebungen der Anti-Abtreibungsbewegung seit *Roe* scheint dies nur ein weiterer strategischer Zug, nachdem der USSC seit 2020 überwiegend konservativ geprägt ist.

C. Das Urteil

In einer fünf zu vier Entscheidung erklärte der USSC das Gesetz aus Mississippi im Juni 2022 für verfassungsgemäß. Zusätzlich zu dieser Erklärung entschied sich die Mehrheitsmeinung des Gerichts dazu, das ursprüngliche Urteil in *Roe* sowie die bestätigende *Casey*-Entscheidung aufzuheben.

Im Urteil wurde explizit festgestellt, dass die amerikanische Verfassung kein Recht auf Abtreibungen enthalte, weshalb die Entscheidung, ein solches Recht zu gewähren bei den jeweiligen gesetzlichen Vertreter*innen der einzelnen Bundesstaaten läge.⁸⁶ Das

⁷³ *Marty*, Handbook for a Post-Roe America, 2019, S. 2.

⁷⁴ *Marty*, New Handbook for a Post-Roe America, 2021, S. 55 ff.

⁷⁵ *Marty*, New Handbook for a Post-Roe America, 2021, S. 51.

⁷⁶ *Garcia*, „In many states, the end of Roe v. Wade is already here“, Vox Media 2018.

⁷⁷ *Sacksofsky*, 56 KJ 2023, 80 (88).

⁷⁸ *Marty*, New Handbook for a Post-Roe America, 2021, S. 7.

⁷⁹ *Sacksofsky*, 56 KJ 2023, 80 (88).

⁸⁰ Bpb, „50 Jahre „Roe vs. Wade“: Urteil zum US-Abtreibungsrecht“, 2023.

⁸¹ *Vasel*, NJW 2022, 2378 (2380).

⁸² *Vasel*, NJW 2022, 2378 (2380).

⁸³ *Sacksofsky*, 56 KJ 2023, 80 (82).

⁸⁴ *Claeys*, 20 Geo. JL & Pub. Pol. 2022, 283 (295).

⁸⁵ *Cueni*, cognitio LGS 2022, 1 (19).

⁸⁶ *Sacksofsky*, 56 KJ 2023, 80 (82).

Urteil beruht auf der Annahme, dass das vorige Gericht in *Roe* geirrt hatte, da das Recht auf Privatsphäre kein Recht auf Abtreibungen enthalte und ein solches auch nicht in der Historie der USA verwurzelt sei.

I. Urteilsgründe

Das Gericht lehnte ein Recht auf Abtreibungen nicht ab, vielmehr berief es sich darauf, dass die Verfassung neutral im Hinblick auf dessen Zulässigkeit sei und weder ein Verbot noch ein solches Recht enthalten würde.⁸⁷ Im Hinblick auf den 14. Zusatzartikel schließt das Gericht nicht aus, dass ein solches Recht unter diesem gegeben sein könnte, nennt aber als Voraussetzung dafür, dass es einer tiefen Verwurzelung in der Geschichte und Tradition der USA bedarf, was Abtreibungsrechte nicht seien.⁸⁸ Diese historische Auslegung der Verfassung ist insbesondere im Hinblick auf weitere Freiheitsrechte wichtig, die nur von der Verfassung garantiert werden, da sie sich nach der bisherigen Rechtsprechung aus dem Schutz des 14. Zusatzartikels ergeben. Danach werden im Urteil historische Fehlzitate aus *Roe* angeführt, um darzulegen, dass ein solches Recht eben keine Tradition in den USA habe und diese Entscheidung fehlerhaft getroffen wurde.⁸⁹ Weiterhin sei eine bundesweite Regelung, wie sie in *Roe* getroffen wurde, von vornherein nicht der richtige Weg, da ein wichtiges Interesse an einer einzelstaatlichen Regelung bestehen würde.⁹⁰ Die Mehrheitsmeinung des Gerichts sieht unter dem Recht auf Privatsphäre somit kein verfassungsrechtliches garantiertes Recht auf Abtreibung. Vielmehr sei es eine Frage der politischen Ausgestaltung eines jeden Staates und es stehe den dort demokratisch gewählten Vertreter*innen frei, sich für die eine oder andere Seite zu entscheiden.

Das Argument, mit dem das Gesetz in Mississippi eingeführt werden sollte, war, dass Föten laut medizinischen Erkenntnissen bereits ab der 15. Schwangerschaftswoche Schmerzen empfinden würden. Hierbei wird sich allerdings auf Erkenntnisse von kleinen Instituten bezogen, während die großen medizinischen Organisationen diese Frage einheitlich anders beantworten: ein Schmerzempfinden könne erst mit Entwicklung des Gehirns auftreten, also etwa ab dem dritten Trimester.⁹¹ Auf diese unterschiedlichen

medizinischen Sichtweisen wird in dem Urteil nicht eingegangen, stattdessen wird dem Vorschlag aus Mississippi gefolgt, ohne die dort aufgezeigten Erkenntnisse zu hinterfragen.

Im Urteil selbst wird außerdem argumentiert, dass Adoptionen heute leichter zu erreichen seien als noch in den 70er Jahren, während die unterliegenden Fragen nach dem Recht auf Leben oder dem Recht auf Selbstbestimmung überhaupt nicht thematisiert werden.⁹² Die argumentative Grundlage in *Dobbs* bleibt sehr dünn, da nur wenige Gründe angeführt werden. Weder in *Roe* noch in *Dobbs* wird eine rechtliche Abwägung vorgenommen, stattdessen wird in beiden Entscheidungen mit dem Recht auf Privatsphäre argumentiert.⁹³ Der Hauptgrund basiert dabei auf einer von vielen möglichen Interpretationen der Verfassung. Dass dies in den Augen der Mehrheitsmeinung des Gerichts die richtige Lesart sei, wird allein damit begründet, dass es historisch gesehen eben so gelesen wurde. Außerdem begründete der USSC seine Entscheidung nicht nur das Gesetz für verfassungsmäßig zu erklären, sondern aktiv noch weitreichender zu handeln und die vorigen Urteile wieder zu kippen, allein damit, dass sie falsch gewesen wären und es daher ihre Pflicht sei, dies richtigzustellen, auch wenn die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes von Mississippi grundsätzlich ohne die Umkehr der Grundsatzurteile hätte entschieden werden können.

II. Auswirkungen des Urteils

Nachdem der USSC das bundesweite Recht auf Abtreibungen gekippt hat, steht es nun jedem einzelnen Bundesstaat frei zu entscheiden, ob es ein solches Recht in seine Verfassung aufnehmen oder aber ungeborenes Leben verfassungsrechtlich schützen möchte, wie die „pro-life“-Bewegung bereits seit langem fordert. In Folge des Urteils haben konservative Staaten, vor allem im Süden der USA, Abtreibungen weitgehend verboten.⁹⁴ So ist es etwa nach Alabamas Verfassung allein in einem einzigen Fall erlaubt eine Abtreibung legal durchführen zu lassen, und zwar wenn das Leben der Frau akut gefährdet ist.⁹⁵

In einigen Staaten existieren formell noch jene Gesetze aus den 30er-Jahren, welche vor *Roe* galten und nie aufgehoben wurden, da sie während des

⁸⁷ *Sacksofsky*, 56 KJ 2023, 80 (83 f.).

⁸⁸ *Sacksofsky*, 56 KJ 2023, 80 (82 f.).

⁸⁹ *Vasel*, NJW 2022, 2378 (2380).

⁹⁰ *Vasel*, NJW 2022, 2378 (2380).

⁹¹ *Marty*, New Handbook for a Post-Roe America, 2021, S. 76 f.

⁹² *Vasel*, NJW 2022, 2378 (2380).

⁹³ *Vasel*, NJW 2022, 2378 (2380).

⁹⁴ Bpb, „50 Jahre „Roe vs. Wade“: Urteil zum US-Abtreibungsrecht“, 2023.

⁹⁵ *Stoverock*, Female Choice, 2022, S. 254.

bundesweiten Verbots keine praktische Bedeutung entfalten konnten.⁹⁶ Durch die Aufhebung von *Roe* erklären diese Gesetze in einigen Staaten mit automatischer Wirkungskraft jegliche Form der Abtreibung für illegal.⁹⁷ Zwar werden die Gesetze mit hoher Wahrscheinlichkeit erneut angepasst, dennoch bleibt die Grundaussage zunächst dieselbe.

Nach einer noch weiter reichenden Regelung, wie sie bereits in einigen Staaten geplant ist, soll der Status als natürliche Person mit allen dazugehörigen Rechten bereits dem ungeborenen Fötus zugeschrieben werden.⁹⁸ Bei Inkrafttreten solcher Gesetze könnten Schwangere strafrechtlich belangt werden, wenn sie mögliche für den Fötus schädliche Handlungen vorgenommen haben, vom Rauchen während der Schwangerschaft bis hin zu anstrengenden Reisen oder sportliche Betätigungen, welche sich schädlich auf den Fötus auswirken könnten.⁹⁹

Mit fortschreitender Digitalisierung wenden sich Menschen für medizinische Informationen zunehmend an das Internet, auch Schwangere. Dies könnte ihnen dann allerdings zum Verhängnis werden, wenn etwa der Suchverlauf eines Internetbrowsers vor Gericht als Beweis angeführt wird, dass eine Schwangere vorsätzlich ihre Schwangerschaft zu einem abrupten Ende gebracht und sich deswegen strafbar gemacht habe.¹⁰⁰ Mit der *Dobbs*-Entscheidung hat der USSC klargestellt, dass das Interesse der Gesellschaft an dem Erhalt des ungeborenen Lebens höhergestellt wird, als das individuelle Recht der Frauen auf Privatsphäre.

Der Vorschlag für ein Gesetz, Abtreibungen strafrechtlich mit Mord gleichzusetzen, wurde letztes Jahr in Louisiana bereits eingebracht und auch wenn er abgelehnt wurde existieren Bestrebungen für solche gesetzlichen Regelungen.¹⁰¹ In Staaten, in denen Abtreibung strafrechtlich mit Mord oder Totschlag gleichgesetzt wird, könnten sogar die Lokalisationsdaten des Handys einer Frau vor Gericht benutzt werden, um zu beweisen, dass sie sich in der Nähe einer Abtreibungsklinik befunden habe, oder die Daten einer Perioden-App, um zu zeigen, dass ihre Menstruation

Unregelmäßigkeiten aufweist, die auf eine unterbrochene Schwangerschaft hinweisen könnten.¹⁰² Jede Fehlgeburt würde in Zukunft als potentielle Straftat angesehen und die betroffenen Frauen dementsprechend als Verdächtige behandelt werden.¹⁰³

Mit der Erklärung des USSC, dass unter den 14. Zusatzartikel nur Rechte fallen könnten, die tief in der Historie von Amerika verwurzelt seien, sind zugleich die anderen Rechte gefährdet, welche ebenfalls nicht explizit durch die Verfassung geschützt sind, sondern nur aus diesem Zusatzartikel herausgelesen wurden. Ein Richter des USSC rief sogar explizit zur Überprüfung der Rechte auf sexuelle Freiheit oder Verhütung auf.¹⁰⁴ Weiterhin könnte das Recht auf gleichgeschlechtliche Ehen in Gefahr sein, welches ebenfalls aus dem 14. Zusatzartikel abgeleitet wurde. In einigen konservativ regierten Bundesstaaten wurden die Rechte von Homosexuellen bereits eingeschränkt oder die Sexualaufklärung an Schulen hierauf bezogen eingeschränkt.¹⁰⁵ In republikanischen Gebieten wird in Schulen ohnehin bevorzugt sexuelle Abstinenz anstelle von biologischem Aufklärungsunterricht gelehrt, was ein möglicher Faktor für die hohe Rate von Teenagerschwangerschaften vor allem in den südlichen Staaten, wo sich die meisten republikanischen Regierungen finden, sein könnte.¹⁰⁶

Ebenfalls in diesen Staaten können bereits jetzt Reisebewegungen festgestellt werden, welche darauf schließen lassen, dass einige Schwangere eben nicht in andere US-Staaten reisen, um eine legale und sichere Abtreibung durchführen zu lassen. Für viele Personen in den Südstaaten liegt Lateinamerika oder die Karibik geographisch näher und obwohl Abtreibungen hier ebenfalls als illegal klassifiziert sind, ist es in der Praxis nicht besonders schwierig dort eine unregulierte Einrichtung zu finden, welche eine Abtreibung durchführt.¹⁰⁷ Durch die kürzere Distanz ist eine Reise dorthin mit weniger zeitlichem und finanziellem Aufwand verbunden, was ein Grund dafür sein könnte, dass Schwangere das Risiko einer unregulierten Abtreibung auf sich nehmen.

⁹⁶ Cueni, *cognitio* LGS 2022, 1 (24).

⁹⁷ Marty, *New Handbook for a Post-Roe America*, 2021, S. 5.

⁹⁸ Sacksofsky, 56 KJ 2023, 80 (90).

⁹⁹ Tolentino, „We’re not going back to the Time before Roe. We’re going somewhere worse“, *The New Yorker* 2022.

¹⁰⁰ Conti-Cook, 50 UBLR 2020, 1 (5 f.).

¹⁰¹ Tolentino, „We’re not going back to the Time before Roe. We’re going somewhere worse“, *The New Yorker* 2022.

¹⁰² Tolentino, „We’re not going back to the Time before Roe. We’re going somewhere worse“, *The New Yorker* 2022.

¹⁰³ Tolentino, „We’re not going back to the Time before Roe. We’re going somewhere worse“, *The New Yorker* 2022.

¹⁰⁴ Naue, *beck-aktuell* 2022, *becklink* 2023736.

¹⁰⁵ Naue, *beck-aktuell* 2022, *becklink* 2023736.

¹⁰⁶ Brihwiler, „Pro Choice! Pro Life! Die Extreme regieren“, *NZZ* 2022.

¹⁰⁷ Guttmacher Institute, „Abortion in Latin America And the Caribbean“, 2018.

Die Personengruppe, die, häufig wegen finanzieller Gründe, am meisten auf Abtreibungen angewiesen ist, besteht zum größten Teil aus farbigen oder Latino-Frauen in ihren 20er-Lebensjahren, deren Einkommen zu einem großen Teil unterhalb der Armutsgrenze liegt.¹⁰⁸ Diese Frauen sind von einem Verbot legaler Abtreibungen am stärksten betroffen. Zudem ist in den finanziell unteren Gesellschaftsschichten die Wahrscheinlichkeit einer ungeplanten Schwangerschaft fünfmal so hoch wie bei Schichten mit höherem Einkommen.¹⁰⁹ Ein deutlicher Teil dieser Personengruppe liegt bereits unterhalb der Armutsgrenze, weshalb sie sich eine Reise für eine legale Abtreibung nicht leisten können. Aufgrund dem ohnehin schon diskriminierenden Zugang zu medizinischer Behandlung in der amerikanischen Gesellschaft sind die Abtreibungsverbote in ihrer Ausführung rassistisch, da Menschen, vermehrt ebendieser bestimmten Personengruppe angehörend, essentielle medizinische Versorgung verweigert wird mit teilweise verheerenden Folgen.¹¹⁰

Durch die Kriminalisierung von Abtreibungen werden ebenfalls Ärzt*innen in ihrer Handlungsfreiheit eingeschränkt. Daher ist es nicht verwunderlich, dass sich in abtreibungsfeindlichen Staaten deutlich weniger Gynäkolog*innen und Hebammen finden, da sie hier mit juristischen Schwierigkeiten rechnen müssen.¹¹¹ Der Anstieg von Abtreibungen, welche unter unsicheren Bedingungen durchgeführt werden, führt zu einem daraus folgenden Anstieg der Todesrate in Bezug auf Schwangerschaften, welcher von Mediziner*innen jetzt erwartet wird, obwohl diese Zahl seit den 70er-Jahren insgesamt rückläufig war.¹¹² Während vor *Roe* noch 39 jährliche Todesfälle auf illegale Abtreibungen zurückgeführt werden konnten, sank diese Zahl unmittelbar nach dem Urteil auf 3 im Jahr 1975.¹¹³ Ein Anstieg dieser Todeszahlen von Schwangeren inklusive deren ungeborenen Kindern wird in den nächsten Jahren als direkte Folge auf die Umkehr von *Roe* erwartet. Durch insgesamt weniger gynäkologische Einrichtungen wird ebenfalls das Angebot

zur Vor- und Nachsorge von Schwangerschaften ausgedünnt, was zusätzlich zu einem Anstieg der Sterblichkeit führen könnte.¹¹⁴

Insgesamt hat das *Dobbs*-Urteil die Frage nach der Legalität von Abtreibungen nicht geklärt. Im gesamten Land bilden sich Organisationen beider Lager und der Streit um die Frage geht weiter; mit der Umkehr von *Roe* hat sich dieser lediglich auf die Ebene der Bundesstaaten verlagert.¹¹⁵

D. Kritik

Aus Umfragen lässt sich erkennen, dass die amerikanische Gesellschaft in Bezug auf die *Dobbs*-Entscheidung mehr als gespalten ist. Während 67 % der gesamten Bevölkerung gegen eine Umkehrung von *Roe* waren, liegt der Anteil bei 74 % innerhalb der Gruppe von Frauen im gebärfähigen Alter.¹¹⁶ Ebenso lässt sich ein Unterschied zwischen den politischen Lagern der Bevölkerung erkennen. 90 % der demokratisch wählenden Personen lehnen das *Dobbs*-Urteil ab, während diese Zahl unter republikanisch wählenden Personen nur bei 30 % liegt.¹¹⁷ Anhand dieser Zahlen lässt sich erkennen, wie gespalten die amerikanische Gesellschaft in Bezug auf die Abtreibungsfrage ist. An dieser Stelle folgt eine Analyse der beiden gegensätzlichen Strömungen und deren Hauptargumente.

I. „Pro-life“-Bewegung

Das *Dobbs*-Urteil scheint der „pro-life“-Bewegung zunächst zuzustimmen. Diese Bewegung wird hauptsächlich durch republikanische und christlich-religiöse Vertreter*innen gestützt. Befürworter*innen des Urteils sind zum größten Teil über 56 Jahre alt, weiß und protestantisch, gefolgt von hispanischen Protestant*innen und der protestantischen jüngeren Altersklasse.¹¹⁸ Und tatsächlich lässt sich eine Korrelation zwischen der christlichen Religiosität der Bevölkerung, welche in den Südstaaten am stärksten vertreten ist, und der Zustimmung zum Abtreibungsverbot erkennen.¹¹⁹ Neben dem christlich-religiösen Gedanken,

¹⁰⁸ Markwald, „Texas und die Folgen des Urteils des Supreme Courts“, Deutschlandfunk 2022.

¹⁰⁹ Marty, New Handbook for a Post-Roe America, 2021, S. 43.

¹¹⁰ Markwald, „Texas und die Folgen des Urteils des Supreme Courts“, Deutschlandfunk 2022.

¹¹¹ Heil, „Zahl der Todesfälle bei Schwangeren und Neugeborenen steigt“, FAZ 2022.

¹¹² Landau, Burgart, Sutton, 41 Anaesth Crit Care Pain Med 2022, 1 (2).

¹¹³ Blakemore, „Abtreibung in den USA: Die Geschichte von „Roe v. Wade““, National Geographic 2022.

¹¹⁴ Landau, Burgart, Sutton, 41 Anaesth Crit Care Pain Med 2022, 1 (3).

¹¹⁵ Engel, „US-Zwischenwahlen: „Nicht einfach zuschauen und abwarten“, Tagesschau 2022.

¹¹⁶ Garcia, „In many states, the end of Roe v. Wade is already here“, Vox Media 2018.

¹¹⁷ Markwald, „Texas und die Folgen des Urteils des Supreme Courts“, Deutschlandfunk 2022.

¹¹⁸ „Church and choice: Religion, not gender, is the best predictor of views on abortion“, The Economist 2022.

¹¹⁹ Brühwiler, „Pro Choice! Pro Life! Die Extreme regieren“, NZZ 2022.

dass jedes Leben von einem Gott geschaffen und daher geschützt werden muss, welcher sich logisch-argumentativ nicht anfechten lässt, gibt es aber noch andere Argumente, welche von der „*pro-life*“-Bewegung angebracht werden.

Zugrunde liegt dieser Bewegung die Idee, dass jedes menschliche Lebewesen fundamentale Rechte besitzt, ab dem Moment, in dem es entsteht.¹²⁰ Aus diesem Gedankengang folgt, dass eine Abtreibung somit die aktive Tötung eines menschlichen Lebewesens darstellt, was ethisch und moralisch nicht vertretbar ist. Aus diesem Grund gibt sich die Bewegung auch nicht mit dem *Dobbs*-Urteil zufrieden, welches lediglich anerkennt, dass die Verfassung kein Recht auf Abtreibungen enthält, sondern möchte weitergehend die Rechte des ungeborenen Lebens verfassungsmäßig geschützt wissen. Daher richtet sich die aktuelle Bestrebung auf das Durchsetzen eines Zusatzes in der Verfassung, um das ungeborene Leben mit gleichen Rechten auszustatten, wie alle anderen Formen des menschlichen Lebens.¹²¹ Konkret sollen Föten bereits gesetzlich durch die Zuschreibung des Personenstatus geschützt werden.¹²² Würde diesen Forderungen nachgegangen, wäre es moralisch offensichtlich falsch, Abtreibungen durchzuführen, da diese mit der aktiven Tötung eines, dann als Person mit allen Rechten deklarierten, Fötus einhergehen.

Bei Gleichstellung der Mutter und des Fötus in ihren Rechten, ergibt sich die Kollision von Freiheitsrechten der Mutter mit dem Recht auf Leben des Fötus, wobei rein logisch das Recht auf Freiheit zurückzustehen hat. Nach einem liberalen moralischen Verständnis kann ein Fötus, der sich noch in der Entwicklung befindet, allerdings rechtlich nicht gleichgestellt sein mit einem bereits im Leben stehenden Menschen. An diesem Punkt stört sich die Gegenseite, die „*pro-choice*“-Bewegung.

II. „*Pro-choice*“-Bewegung

Bei einer Betrachtung der rechtlichen Abwägungsfrage aus medizinischer Perspektive und aus dem Verständnis einer liberalen Gesellschaft, lässt sich erkennen, dass der Fötus mit Nichten ab Empfängnis ein eigenständiger Mensch sein kann, sondern bis zu einem

bestimmten Zeitpunkt in gewisser Weise Teil des Körpers der Mutter. Über diesen exakten Zeitpunkt scheiden sich die Geister, aber aus der Perspektive der „*pro-choice*“-Bewegung kann dieser nicht bereits mit Empfängnis erfüllt sein, sondern schließt wenigstens die ersten Wochen der Schwangerschaft mit ein. Nach diesem Verständnis ergibt sich rechtlich keine Kollision mehr, sondern allein das Recht auf Freiheit der Mutter steht auf dem Spiel, welches bei einem Verbot von Abtreibungen untergraben wird. Nach dieser Auffassung wird die Menschlichkeit von Frauen untergraben, wenn ihnen ihr Recht auf freie Entscheidung genommen wird, was mit ihrem Körper zu geschehen hat.¹²³

In keinem anderen gesundheitlichen Bereich wäre ein solch weitreichender Eingriff des Staates in die Privatautonomie von Patient*innen denkbar.¹²⁴ Außerdem könne von keinem Menschen verlangt werden, dass dieser seinen Körper zur Verfügung stellt, um einen anderen Menschen, dessen Personenstatus und Rechte nicht einmal abschließend geklärt sind, am Leben zu erhalten.¹²⁵ Wenn Abtreibungen verfassungsrechtlich nicht geschützt sind, kann in dieser Erklärung eine „Gebärpflicht“ für Frauen, abgeleitet aus der Verfassung, erkannt werden.¹²⁶ Dabei ist der Staat in seiner Position in keiner Weise dazu berechtigt Frauen gegen ihren Willen dazu zu zwingen, durch die körperlichen und mentalen Anstrengungen einer Schwangerschaft zu gehen, da ein solcher Zwang zum Gebären bereits folterähnliche Züge annähme.¹²⁷ Aus Sicht dieser Bewegung stellt die Abtreibung lediglich eine erweiterte Form von Familienplanung dar, die zum Tragen kommt, wenn herkömmliche Verhütungsmittel versagen; der Staat hat in diese höchstpersönliche Entscheidung von Familien nicht einzugreifen, nimmt sich aber durch das Ermöglichen von Abtreibungsverboten dieses Recht heraus.¹²⁸ Die Debatte eines Rechts auf Verhütungsmittel und des Rechts auf Abtreibungen sollte somit nicht getrennt voneinander betrachtet werden, da beides unter die Thematik der planbaren Familie fällt und zumindest enge Verknüpfungen aufweist.¹²⁹

Ein zusätzliches Argument dieser Bewegung ist, dass Abtreibungen bereits immer schon stattgefunden

¹²⁰ Greasley, Kaczor, *Abortion Rights*, 2018, S. 87.

¹²¹ Williams, *Defenders of the Unborn*, 2016, S. 201 ff.

¹²² Sacksofsky, 56 KJ 2023, 80 (90).

¹²³ Furedi, *The Moral Case for Abortion*, 2016, S. 8.

¹²⁴ Greasley, Kaczor, *Abortion Rights: For and Against*, 2018, S. 14.

¹²⁵ Greasley, Kaczor, *Abortion Rights: For and Against*, 2018, S. 8.

¹²⁶ Sacksofsky, 56 KJ 2023, 80 (92).

¹²⁷ Furedi, *The Moral Case for Abortion*, 2016, S. 12 f.

¹²⁸ Furedi, *The Moral Case for Abortion*, 2016, S. 8.

¹²⁹ Hassenstab, *Body Law and the Body of Law*, 2014, S. 202.

haben, völlig unabhängig von deren rechtlichem Status. Abtreibungen in die Illegalität zu schieben, verdrängt die Praxis selbst nicht, sondern macht Abtreibungen lediglich unsicher und von der Gesellschaft noch stigmatisierter, da sie dann als kriminell eingestuft werden.¹³⁰ Abtreibungen zu verbieten verhindert keine Abtreibungen, es unterteilt Personen lediglich in diejenigen, die die nötigen Ressourcen haben, eine sichere und legale Abtreibung zu finden, und diejenigen, die sich einer illegalen Abtreibung unterziehen müssen, welche mal mit mehr, mal mit weniger Erfolg vonstattengeht.¹³¹ Diese sogenannten „back-alley“-Abtreibungen machen in Lateinamerika und der Karibik, in denen Abtreibungen laut Gesetz illegal sind, etwa 10 % aller schwangerschaftsbezogenen Todesfälle und einen gewichtigen Anteil an gesundheitlich damit einhergehenden Komplikationen aus.¹³²

Gesundheit ist ein fundamentales Menschenrecht, welches bei einigen Personengruppen durch ein Verbot von Abtreibungen in Gefahr ist.¹³³ Der Zugang zu herkömmlichen Verhütungsmitteln und daraus folgende ungeplante Schwangerschaften haben weitreichende Folgen für sozial-ökonomisch schwächere Schichten. Dieser Zugang ist abhängig von finanziellen Möglichkeiten oder politischen Entscheidungen, wie etwa den einschränkenden Maßnahmen der kostenfreien Verhütungsmittel für finanziell schlechter gestellte Schichten unter der *Trump*-Regierung.¹³⁴ Für viele Frauen dieser Schichten bedeutet dies in einer Gesellschaft, in der Abtreibung illegal ist, dass sie auf die gefährlichen „back-alley“-Abtreibungen angewiesen sind.¹³⁵ Viele können es sich schlicht nicht leisten, lange Reisen in andere Staaten zu unternehmen, um eine legale Abtreibung durchzuführen, finanziell oder aufgrund von bereits bestehenden Verpflichtungen in der Kinderbetreuung oder im Beruf.¹³⁶ Hiervon sind eben vorrangig die schwächeren und marginalisierten Gesellschaftsschichten betroffen, was deren Zugang und Recht auf Gesundheit deutlich stärker gefährdet, als dies in der Gesamtgesellschaft der Fall ist.¹³⁷

Weitere Fragen, die von der Perspektive der „pro-choice“-Bewegung betrachtet werden, sind etwa das Recht auf Freiheit bezüglich Fortpflanzung oder

Geschlechtergleichberechtigung.¹³⁸ All diese Rechte sind, aus dieser Perspektive, nach dem *Dobbs*-Urteil in Gefahr, weshalb es nicht verwunderlich ist, dass diese Bewegung nun härter für die Durchsetzung ihrer Interessen kämpfen möchte.

III. Stellungnahme

Um die Frage nach der Legalität von Abtreibungen zu beurteilen, muss eine Gesellschaft für sich zunächst grundlegende Fragen in Bezug auf das Leben, dessen Stellenwert und dessen Beginn für sich beantworten. Diese Problemstellungen wurden weder in *Roe* noch in *Dobbs* überhaupt angesprochen. Wie eben dargestellt, existieren zwei grundlegend unterschiedliche Perspektiven auf diese Frage und solange die amerikanische Gesellschaft so gespalten ist, wie die aktuellen Umfrageergebnisse es zeigen, sollten Gerichte nicht auf das eine oder das andere Extrem beharren, also weder zulassen, dass Abtreibungen vollständig verboten, noch in jedem Fall zulässig sind, sondern sich um einen konstruktiven Kompromiss bemühen, wie es ihn etwa mit der zeitlichen Einteilung nach Fortgeschrittenstadium in der Schwangerschaft unter dem Trimester-Modell nach *Roe* gab.

Anstelle, dass sich die beiden gegensätzlichen Lager um einen solchen Kompromiss bemühen, mit dem sich der überwiegende Teil der Gesellschaft zufrieden geben kann, entsteht ein regelrechter Krieg zwischen den Lagern. Beide Seiten haben sich radikalisiert und lehnen die jeweils andere Perspektive bereits in ihrem Kern vollständig ab, anstelle zu Diskussionspartnern zu werden und gemeinsam eine Lösung auszuarbeiten.¹³⁹ Statt Aufklärungsarbeit zu leisten um eine wissenschaftlich fundierte Diskussion innerhalb der Gesamtgesellschaft in Zukunft anzuregen und um eventuell ungewollte Schwangerschaften zu verhindern, fördern Republikaner*innen seit Jahrzehnten das Vorhalten grundlegender biologischer Fakten über Fortpflanzung vor Kindern und Jugendlichen, was einen Austausch in der Zukunft erheblich erschweren

¹³⁰ *Stoverock*, *Female Choice*, 2022, S. 256.

¹³¹ *Marty*, *New Handbook for a Post-Roe America*, 2021, S. 10.

¹³² *Gutmacher Institute*, „Abortion in Latin America And the Caribbean“, 2018.

¹³³ *Knopf*, 38 *BU CABL* 2022, 9 (9 f.).

¹³⁴ *Markwald*, „Texas und die Folgen des Urteils des Supreme Courts“, *Deutschlandfunk* 2022.

¹³⁵ *Saurette, Gordon*, *The Changing Voice of the Anti-Abortion Movement*, 2016, S. 48.

¹³⁶ *Cohen, Murray, Gostin*, 328 *JAMA* 2022, 325 (325).

¹³⁷ *Knopf*, 38 *BU CABL* 2022, 9 (9 f.).

¹³⁸ *Greasley, Kaczor*, *Abortion Rights: For and Against*, 2018, S. 11 ff.

¹³⁹ *Brühwiler*, „Pro Choice! Pro Life! Die Extreme regieren“, *NZZ* 2022.

könnte.¹⁴⁰ Dabei wäre genau ein solcher Austausch, welcher nicht emotional aufgeladen und auf persönlichen Werten basiert, von Vorteil und würde gesamtgesellschaftlich eine Richtung weisen können, welche sich anschließend im Recht widerspiegeln sollte.

Grundsätzlich sollte keine Person vom Staat dazu gezwungen werden zu gebären, wenn dies gegen ihren Willen ist.¹⁴¹ Eine Schwangerschaft bedeutet extreme gesundheitliche Risiken, einschließlich des Risikos des eigenen Todes, zu dessen Übernahme keine Person durch staatliche Autorität gezwungen werden sollte. Die medizinische Gefährlichkeit einer Schwangerschaft im direkten Vergleich zu einer Abtreibung ist dreißigmal so hoch, weshalb von einigen Expert*innen angenommen wird, dass bei einem bundesweiten Verbot in den USA die Müttersterblichkeitsrate um 25 % ansteigen würde,¹⁴² und dass ohne Einbeziehung der Sterberate durch illegale Abtreibungen.

Wenn der Staat Frauen zwingen möchte Schwangerschaften auszutragen, bewahrt er damit die Idee, dass Mutterschaft der Standard für Frauen ist.¹⁴³ Von einigen Abtreibungsgegner*innen wird der Tod einer Frau infolge einer Schwangerschaft daher als noble Konsequenz ihrer Existenz als Frau wahrgenommen.¹⁴⁴ Diese Perspektive scheint von einer modernen und liberalen Auffassung, wie in der heutigen westlichen Gesellschaft weit entfernt, und doch finden sich genau diese Gedanken im Moment in Teilen der Gesellschaft in den USA wieder. Eine solch weitreichende Kompetenz des Staates und der Verfassung scheint allerdings abseits unseres heutigen Verständnisses des staatlichen Machtmonopols inklusive dessen Verpflichtungen zu sein und sollte aus unserem heutigen Verständnis zumindest kritisch betrachtet, wenn nicht von vornherein abgelehnt werden.

Weiterhin ist in Amerika eines der größten Risikofaktoren, bei einer Schwangerschaft zu sterben, die Hautfarbe.¹⁴⁵ Farbige Personen in Amerika sind ohnehin strukturellen Diskriminierungen innerhalb der Gesellschaft und des Gesundheitssystems ausgesetzt. Abtreibungsverbote unterstützen somit nicht nur die diskriminierende Idee, dass Frauen in die Mutterschaft gehören, sondern mittelbar auch Diskriminierungen aufgrund der Hautfarbe bzw. der Herkunft. Ein

solches Verständnis der Verfassung sollte nicht unterstützt werden. Die Abwägung der Argumente der „pro-life“- und der „pro-choice“-Bewegungen sollte stattfinden, da beide Seiten ihre berechtigten Argumente aus ihrer jeweiligen Perspektive vorbringen und in ähnlicher Verteilung in der amerikanischen Gesellschaft vertreten werden. Allerdings kann und darf hier keine Argumentation stattfinden, welcher Diskriminierungen von Personen jeglicher Form zugrunde liegen.

E. Fazit

Während die historischen Entwicklungen zeigen, dass Abtreibungen von Frauen bereits seit Jahrhunderten zur reproduktiven Kontrolle durchgeführt wurden, benutzt der USSC das Argument der historischen Auslegung für seinen Zweck, dass Abtreibungen nicht in der amerikanischen Tradition verwurzelt seien. Mit *Dobbs* negierte das Gericht seine vorherige Auffassung, nach der Entscheidungen die reproduktive Freiheit betreffend, in die persönliche und verfassungsrechtlich geschützte Privatsphäre eines jeden Menschen fallen. Bereits mit dem *Roe*-Urteil waren die „pro-choice“-Anhänger*innen der Überzeugung, dass sie ihre Perspektive endgültig durchgesetzt haben; die Historie zeigt aber, dass die Sicht auf Abtreibungen sich mit der Zeit dynamisch wandelt, weswegen die Entwicklung auch nicht mit der jetzigen Entscheidung endgültig entschieden sein wird.¹⁴⁶ Sowohl für also auch gegen Abtreibungen gibt es Argumente, wobei die unterliegende Perspektive auf das Leben die grundlegende Ausrichtung für die Argumente und deren Wirksamkeit legt. Dieses grundsätzliche, aber schwierige Problem der Einordnung von Leben ignorierte der USSC in seinen Urteilen bisher konsequent. Stattdessen berief er sich in seinen Entscheidungen auf andere Grundrechte, welche sich einfacherweise, je nach Interpretation, aus dem Text der amerikanischen Verfassung lesen lassen oder eben nicht lesen lassen.

Bereits vor mehreren Jahrzehnten gab es Bestrebungen, einen Verfassungszusatz aufzunehmen, der die Gleichstellung von Frauen auf verfassungsrechtlicher Ebene sichern soll, das „*Equal Rights Amendment*“, welches bisher an der erforderlichen Mehrheit

¹⁴⁰ *Marty*, *New Handbook for a Post-Roe America*, 2021, S. 33.

¹⁴¹ *Greasley, Kaczor*, *Abortion Rights: For and Against*, 2018, S. 8.

¹⁴² *Tolentino*, „We’re not going back to the Time before Roe. We’re going somewhere worse“, *The New Yorker* 2022.

¹⁴³ *Furedi*, *The Moral Case for Abortion*, 2016, S. 18.

¹⁴⁴ *Tolentino*, „We’re not going back to the Time before Roe. We’re going somewhere worse“, *The New Yorker* 2022.

¹⁴⁵ *Markwald*, „Texas und die Folgen des Urteils des Supreme Courts“, *Deutschlandfunk* 2022.

¹⁴⁶ „The draft seen round the world: How the end of Roe v Wade will affect American politics“, *The Economist* 2022.

von zustimmenden Bundesstaaten scheiterte.¹⁴⁷ Solche Bestrebungen wurden 2018 allerdings wieder diskutiert und könnten in Zukunft erneut eine Rolle spielen. Falls ein solcher Zusatz in der Verfassung eingeführt werden würde, könnte sich das auf die Lesart der Abtreibungsrechte auswirken und ein weiterer Fall könnte die Rechte auf bundesweiter Ebene in eine andere Richtung lenken. Diese Bestrebungen sind zumindest für die Hälfte der amerikanischen Bevölkerung vorteilhaft, nicht nur in Bezug auf Abtreibungen, und könnten strukturellen Diskriminierungen auf lange Sicht rechtliche Schranken setzen, weswegen sie unterstützt und weiter beobachtet werden sollten.

Die Sichtweise auf die Abtreibungsfrage hängt entscheidend mit anderen Merkmalen von Gesellschaftsgruppen zusammen, etwa deren politische Einstellung, dem Geschlecht oder der religiösen Zugehörigkeit. Mit der Zuweisung dieser Frage auf Staatenebene liegt es jetzt in der Hand der Politik, je nach Staat zu entscheiden, welche Regelungen gelten werden. Hieraus lässt sich allerdings auch die Macht der Gesellschaft erkennen. Demokratische Wähler*innen, hispanische und farbige Frauen könnten in der Zukunft ihre Wahlergebnisse danach ausrichten, wie die jeweiligen Politiker*innen zur Abtreibung stehen.¹⁴⁸ Dann hätten sie durch Wahlen die Möglichkeit der Politik zu zeigen, wie wichtig ihnen diese Frage ist. Eine radikale Änderung scheint unwahrscheinlich, wie sich in der Zwischenwahl Ende letzten Jahres gezeigt hat, allerdings könnte dies langfristig zu einer Wende im Verlauf der Abtreibungsgeschichte führen.

Schlussendlich ist nochmals zu betonen, dass die vielen Wendepunkte der Geschichte eine dynamische Entwicklung aufzeigen. Abtreibungen fanden immer statt und werden auch in Zukunft stattfinden, allein der Zugang zu diesen wird durch den rechtlichen Status verändert. Da *Dobbs* in seiner Urteilsargumentation allerdings ähnlich schwach und widersprüchlich ist, wie *Roe* es bereits war, lässt sich für die Zukunft hoffen, dass der USSC über einen Fall entscheiden wird, in dem er das unterliegende Problem der Einordnung des ungeborenen Lebens adressiert und für diesen Fall einen angemessenen Kompromiss zwischen den beiden Fronten finden kann. Nichtsdestotrotz wird, aufgrund der radikalierenden Extreme auf beiden Seiten, der Kampf bis dahin weitergehen. Das *Dobbs*-Urteil ist insoweit keineswegs endgültig, sondern stellt

erst den Beginn einer erneuten Wendung in der Geschichte der Abtreibung dar.

¹⁴⁷ *Hassenstab*, *Body Law and the Body of Law*, 2014, S. 193.

¹⁴⁸ „The draft seen round the world: How the end of *Roe v Wade* will affect American politics“, *The Economist* 2022.

„Klimabewegt“

- Hausarbeit für Anfänger*innen im Strafrecht -

Von Professor Dr. **Boris Burghardt** und Wiss. Mitarbeiterin Ass. iur. **Berivan Sekerci**, Marburg*

Leistungsstufe: Hausarbeit i.R.d. Übung im Strafrecht für Anfänger*innen

Schwierigkeitsgrad: hoch

Bearbeitungszeit: 8 Wochen

Probleme:

- 1) Notstand zur Abwehr komplexer Großgefahren, die nur durch langfristiges, kollektives Handeln abgewehrt werden können
- 2) Verwerflichkeit der tatbestandlichen Nötigung bei Versammlungsblockaden
- 3) Gebotenheit der Notwehr, wenn der rechtswidrige Angriff in einem spezifisch grundrechtlich geschützten Verhalten liegt und die angegriffene Person keine dauerhaften Rechtsgutseinbußen befürchten muss

*Der nachfolgende Fall beruht auf einer Hausarbeit, die in erweiterter Fassung im Sommersemester 2023 im Rahmen der Übung für Anfänger*innen im Strafrecht an der Philipps-Universität Marburg gestellt wurde. Inhaltlich befasst er sich mit der strafrechtlichen Bewertung von Straßenblockaden durch Klimaaktivist*innen als Nötigung und der Frage der Notwehr blockierter Verkehrsteilnehmer*innen gegen die Protestierenden. Für eine sachgerechte Bewertung dieser Fragen bedarf es einer Einbeziehung verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte, namentlich der Berücksichtigung des Grundrechts der Versammlungsfreiheit gem. Art. 8 I GG und der vom BVerfG in der Entscheidung zum Klimaschutzgesetz (KSG) v. 24. März 2021¹ aus grundrechtlichen Schutzpflichten abgeleiteten Verpflichtung des Gesetzgebers, eine intertemporale Freiheitssicherung durch effektive Klimaschutzmaßnahmen zu gewährleisten. Die strafrechtsdogmatische Verarbeitung dieser außerstrafrechtlichen Gesichtspunkte ist derzeit noch nicht hinreichend geklärt, die Falllösung versteht sich insoweit als ein Vorschlag, an welchen Stellen der gutachterlichen Falllösung welche Fragen zu verorten sind.*

Sachverhalt

Die B und der C studieren in der Universitätsstadt Marburg und wohnen gemeinsam in einer WG. Der Klimawandel beschäftigt sie sehr. Entsprechend dem von der Bundesrepublik Deutschland ratifizierten Pariser Klimaabkommen sind sie der Überzeugung, dass der weltweite Temperaturanstieg möglichst auf 1,5 Grad Celsius, auf jeden Fall aber auf deutlich unter zwei Grad Celsius im Vergleich zum vorindustriellen Zeitalter beschränkt werden muss, um katastrophale Folgen der Erderwärmung zu vermeiden. Zugleich halten sie die von Bundesregierung und Gesetzgebung ergriffenen Maßnahmen im Einklang mit der praktisch einhelligen Einschätzung von Klimaforscher*innen, insbesondere des Expertenrats für Klimafragen, nicht für ausreichend, um die nationalen Klimaschutzziele bis 2030 einzuhalten. Deswegen haben sie sich einem Netzwerk von Aktivist*innen angeschlossen, das landesweit Aktionen organisiert und koordiniert, mit denen die Politik zu entschlosseneren Maßnahmen zur Begrenzung des Klimawandels aufgefordert werden soll. Dabei sind B und C grundsätzlich der Auffassung, dass es legitim sei, im Rahmen ihrer Aktionen auch die Rechte Dritter in gewissem Umfang zu beeinträchtigen angesichts der Bedrohungen, die von dem Klimawandel ausgehen. Weil das Zeitfenster, in dem noch wirksame Maßnahmen der Begrenzung und Verlangsamung ergriffen werden könnten, immer schmaler werde, befinde sich die Welt bereits heute in einem Zustand des „Klimanotstands“. In dieser Auffassung sehen sich B und C auch in dem Klimaschutzgesetz-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 24. März 2021 bestätigt.

Im Rahmen einer groß angelegten Aktionswoche des Netzwerks sind B und C im Januar 2024 an zwei Straßenblockadeaktionen beteiligt, die im morgendlichen Berufsverkehr stattfinden. In beiden Fällen handelt es sich um stark befahrene Ausfallstraßen mit jeweils drei Spuren pro Fahrtrichtung. Die Aktionen laufen dabei wie folgt ab: Die Aktivist*innen betreten zu

* Boris Burghardt ist Inhaber der Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Juristische Zeitgeschichte an der Philipps-Universität Marburg. Berivan Sekerci ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Professur. Für wertvolle Zuarbeit danken sie herzlich der Wiss.

Mitarbeiterin Mareen Rudolf sowie den Stud. Hilfskräften Damaris Seyoum und Noemi Coll Barroso, die ebenfalls an der Professur beschäftigt sind.

¹ BVerfGE 157, 30 (30 ff.).

einem Zeitpunkt die Fahrbahn, als der Autoverkehr wegen eines Lichtzeichens ohnehin zum Stehen gelangt ist. Pro Fahrtrichtung setzen sich neun Personen auf die Fahrbahn, von denen sich jede dritte mit einem Sekundenkleber mit beiden Händen an dem Asphaltboden festklebt. Dadurch soll gewährleistet werden, dass die Blockierenden im Notfall ohne Zeitverzögerung eine Gasse zur Durchfahrt von Rettungsfahrzeugen bilden können. Die Aktivist*innen rollen Transparente aus, in denen sie den Ausbau des öffentlichen Personennahverkehrs sowie die Einführung eines Tempolimits auf Autobahnen fordern und insgesamt auf die drohenden Gefahren der Erderwärmung und die Dringlichkeit entschlossener Maßnahmen zur Begrenzung des Klimawandels hinweisen. Die Aktionen sind nicht angemeldet und bezwecken – so die Aktivist*innen in einer generellen Erklärung ihres Vorgehens – einen möglichst großen Disruptionseffekt, d.h. es sollen unmittelbar möglichst viele Teilnehmer*innen des Autoverkehrs durch den Stau in ihrer Handlungsroutine gestört werden, um sie zum Nachdenken über klimaschädliche Folgen ihres individuellen Verkehrsverhaltens anzuhalten. Zugleich sollen die Blockadeaktionen zu Diskussionen über die Klimaaktivist*innen und ihre Ziele in der breiteren Öffentlichkeit führen und damit den Erklärungs- und Handlungsdruck auf die politischen Entscheidungsträger*innen erhöhen.

Im Fall der Blockadeaktion, an der die B beteiligt ist, staut sich der Verkehr schnell auf einer Länge von mehreren Kilometern. Die polizeilichen Einsatzkräfte treffen ca. 20 Minuten nach Beginn der Aktion am Ort der Blockade ein. Die Aktivist*innen, die sich nicht festgeklebt haben, werden innerhalb von zehn Minuten von der Fahrbahn getragen. Bei denjenigen, die sich – wie B – an der Fahrbahn festgeklebt haben, setzen die polizeilichen Einsatzkräfte eine Mischung aus Speiseöl, Seifenlauge und Aceton ein. Dadurch gelingt es ihnen, den Kleber innerhalb von ca. 20 Minuten von den festgeklebten Körperteilen zu lösen und auch diese Aktivist*innen von der Fahrbahn zu entfernen. Nach insgesamt ca. 40 Minuten hat sich die Stauung wieder aufgelöst.

Bei der Blockadeaktion, an der C beteiligt ist, kommt es zu einem Zwischenfall. Unter den Fahrzeugen, die durch die Blockade zum Halten gezwungen werden, zählt ein Kleinbus, in dem Bauunternehmer D mit vier Angestellten seines Betriebes auf dem Weg zu einer Baustelle ist. D, der ohnehin ungeduldig und cholerisch veranlagt ist, gerät wegen der Verzögerung schnell in Wut. Er steigt schimpfend aus seinem

Transporter, der sich in der dritten Reihe der zum Stillstand gekommenen Fahrzeuge befindet, und läuft nach vorne zu den blockierenden Aktivist*innen. Die Führerin eines Fahrzeugs, das in der ersten Reihe vor den Blockierenden steht, ruft ihm zu, sie habe bereits die Polizei verständigt, diese sei in ca. 10 Minuten vor Ort und habe ihr versichert, dass sie die Blockade innerhalb von weiteren 20 Minuten auflösen könne. Trotzdem weist D seine Angestellten an, ihm dabei zu helfen, den C, der sich vor dem Kleinbus niedergelassen und auf der Fahrbahn festgeklebt hat, wegzutragen. Er ist der Auffassung, dass er keinerlei Verzögerung hinnehmen brauche und sich selbst gegen die Blockade wehren dürfe. Bei seinen Bemühungen, die Klebstoffmasse zwischen der Hand des C und dem Asphalt mit einem Teppichmesser zu zerschneiden, versetzt er C versehentlich einen etwa drei Zentimeter langen Schnitt in den innenseitigen Handballen der linken Hand. Der Schnitt schmerzt und blutet nicht unerheblich, ist aber im Übrigen nicht weiter gefährlich. Dass er C durch sein Vorgehen hätte verletzen können, war für D zwar vorhersehbar, er ging jedoch fest davon aus, dass es dazu wegen seines handwerklichen Geschicks nicht kommen würde. Als er nun die blutende Wunde des C sieht, weicht seine Wut dem Schrecken über sein eigenes Tun und er lässt von C ab. Wenige Minuten später trifft die Polizei am Blockadeort ein und entfernt C und die übrigen Aktivist*innen dank eines Lösungsmittels innerhalb von weiteren 20 Minuten und ohne jegliche Verletzungen von der Fahrbahn. C schildert der Polizei noch vor Ort was geschehen ist und stellt Strafanzeige gegen D wegen aller in Betracht kommenden Straftaten.

Wie haben sich B und D nach dem StGB strafbar gemacht?

Eine Strafbarkeit gem. §§ 105, 113 ff., 129, 315b und 323c StGB ist nicht zu prüfen.

Gutachten (Lösungsvorschlag)

Tatkomplex 1: Die Straßenblockade der B

A. Strafbarkeit wegen Nötigung in gemeinschaftlicher mittelbarer Täterschaft

B kann sich wegen gemeinschaftlicher Nötigung in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 240 I, II, 25 I Alt. 2, II StGB strafbar gemacht haben, indem sie sich an der Straßenfahrbahn festklebte und die Verkehrsteilnehmer*innen gemeinsam mit anderen Protestierenden an der Weiterfahrt hinderte.

Hinweis: Es ist möglich, unterschiedliche Prüfungsansätze für die Nötigung der Verkehrsteilnehmer*innen der ersten Reihe und die Verkehrsteilnehmer*innen der zweiten Reihe zu bilden.

I. Objektiver Tatbestand

Dazu muss B zunächst den objektiven Tatbestand der Nötigung erfüllt haben. Dies ist der Fall, wenn B einen anderen Menschen mit Gewalt oder der Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einem Tun, Unterlassen oder Dulden genötigt hat.

1. Nötigungsmittel

B kann die Straßenverkehrsteilnehmer*innen, gemeinschaftlich mit den anderen an der Aktion beteiligten Aktivist*innen, mit Gewalt genötigt haben. Als Gewalt ist die Ausübung jedes körperlich wirkenden Zwangs erfasst, um einen geleisteten oder erwarteten Widerstand zu überwinden.²

B handelt im Rahmen der Blockade aufgrund und entsprechend eines gemeinsamen Tatplans mit den anderen Aktivist*innen. Das Verhalten der anderen Blockierenden ist der B daher gem. § 25 II StGB zurechenbar. Im Hinblick auf die Autofahrer*innen, die die Blockierenden als erste erreichen, ist die Anwendung von Gewalt zu verneinen: Sie könnten ihre Weiterfahrt – wenn sie wollten – um den Preis schwerer Verletzungen der Blockierenden erzwingen, B und die anderen Blockierenden bewirken insoweit lediglich ein psychisches Hindernis.

Indes bilden die haltenden Fahrzeuge der ersten Reihe für die Autofahrer*innen ab der zweiten Reihe ein physisch unüberwindbares Hindernis, sodass sie ihre Fahrt nicht einmal dann fortsetzen könnten, wenn sie wollten.³ Zugleich kann der B und den anderen Blockierenden das Verhalten der Kraftfahrer*innen der ersten Reihe (sowie der danach haltenden Fahrer*innen) nach den Grundsätzen der mittelbaren Täterschaft gem. § 25 I Alt. 2 StGB zugerechnet werden, da sie unter Ausnutzung des psychischen Zwangs die anhaltenden ersten Fahrzeugführer*innen und deren Fahrzeuge bewusst als Werkzeuge zur Errichtung eines körperlichen Hindernisses für die nachfolgenden Fahrzeugführer*innen benutzen. Die

Werkzeugqualität der haltenden Fahrer*innen ergibt sich daraus, dass sie gem. § 34 StGB gerechtfertigt sind, wenn sie sich entscheiden, ihre Weiterfahrt nicht dadurch zu erzwingen, dass sie die Blockierenden überfahren, sondern anzuhalten und so nachfolgende Fahrer*innen ihrerseits zum Halten zu zwingen.⁴

Hinweis: Es ist vertretbar, den Gewaltbegriff zu problematisieren und im Ergebnis das Vorliegen von Gewalt durch das Verhalten der B zu verneinen. Zur Begründung müsste dann ein restriktiverer Gewaltbegriff vertreten werden, der ein tatsächliches physisches Einwirken oder eine Kraftentfaltung auf das Opfer erfordert.⁵ Dabei kann insbesondere auf den Bestimmtheitsgrundsatz und die Wortlautgrenze bzw. das Analogieverbot als Ausprägungen des Gesetzlichkeitsprinzips verwiesen werden.

2. Nötigungserfolg

Es muss außerdem ein Nötigungserfolg eingetreten sein. Dieser umfasst jedes Tun, Dulden und Unterlassen der genötigten Person.

Die Kraftfahrer*innen ab der zweiten Reihe konnten ihre Fahrt für die Dauer der blockadebedingten Verkehrsstauung entgegen ihrem Willen nicht fortsetzen. Ein Nötigungserfolg ist somit eingetreten.

II. Subjektiver Tatbestand

B muss auch den subjektiven Tatbestand der Nötigung erfüllt haben. Dies ist der Fall, wenn B vorsätzlich (§ 15 StGB) gehandelt hat. Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner objektiven Tatumstände.⁶

Der B kommt es darauf an, die Verkehrsteilnehmer*innen zum Nachdenken zu bewegen, indem sie zum Stehen kommen. Dabei ist ihr bewusst, dass sie die Fahrer*innen ab der zweiten Reihe durch das Halten der Fahrer*innen der ersten Reihe an der Weiterfahrt durch physisch wirkenden Zwang hindert.⁷ Sie handelt somit vorsätzlich.

III. Rechtswidrigkeit

Zudem muss B rechtswidrig gehandelt haben. Die tatbestandliche Nötigung der B ist rechtswidrig, wenn keine Rechtfertigungsgründe greifen und die

² Vgl. Fischer, StGB, 71. Aufl. 2024, § 240 Rn. 8.

³ Der sog. „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“ des BGH folgt wird vorliegend davon ausgegangen, dass an allen blockierten Kfz-Fahrer*innen ab der zweiten Reihe Gewalt angewendet wurde BVerfGK 18, 365 = NJW 2011, 3020 (3021 f.) (mAnm Simm, ZJS 2011, 283) = JuS 2011, 563 (Jahn).

⁴ Siehe hierzu auch Pschorr/Blaschke, ZJS 2023, 320 (324 f.) mwN.

⁵ So etwa Heghmanns, Strafrecht Besonderer Teil – Strafrecht für alle Semester, 2. Aufl. 2021, Rn. 649.

⁶ Siehe nur Lackner/Kühl-Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 15 Rn. 4 mwN.

⁷ Vgl. Zimmermann/Griesar, JuS 2023, 401 (403).

Nötigung als verwerflich im Sinne von § 240 II StGB anzusehen ist.

1. Allgemeiner Rechtfertigungsgrund: Notstand, § 34 StGB

In Betracht kommt, dass B sich in einem rechtfertigenden Notstand gem. § 34 StGB befand. Dazu müsste eine Notstandslage und eine Notstandshandlung vorliegen.

a) Notstandslage

Die Notstandslage setzt eine gegenwärtige Gefahr für ein notstandsfähiges Rechtsgut voraus.

aa) notstandsfähiges Rechtsgut

Notstandsfähig sind alle durch die Rechtsordnung geschützten Interessen, auch solche der Allgemeinheit.⁸

Als notstandsfähiges Rechtsgut kommt der Klimaschutz in Betracht, genauer: die Erhaltung eines Klimas, in dem die menschengemachte Erderwärmung entsprechend dem von Deutschland ratifizierten Pariser Klimaabkommen nicht 1,5-2 Grad Celsius überschreitet, einschließlich der sich hieraus abgeleiteten Verpflichtung der Bundesrepublik zur Herstellung von Klimaneutralität bis spätestens zum Jahr 2045 (vgl. § 3 KlimaschutzG).⁹

Art. 20a GG schützt „die natürlichen Lebensgrundlagen“. Durch das KlimaschutzG hat der Gesetzgeber unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass dazu auch der Klimaschutz in dem oben skizzierten Sinne zähl.¹⁰ Das Bundesverfassungsgericht hat in dem Beschluss vom 24. März 2021 zudem verdeutlicht, dass der Klimaschutz verfassungsrechtlich auch als Maßnahme der intertemporalen Sicherung und Gewährleistung von Freiheitsrechten in der Zukunft geboten ist.¹¹

Der Klimaschutz ist ein notstandsfähiges Rechtsgut.

bb) gegenwärtige Gefahr

Eine Gefahr ist ein Zustand, in dem aufgrund tatsächlicher Umstände bei ungehindertem Fortgang die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines schädigenden Ereignisses für ein notstandsfähiges Rechtsgut besteht.¹² Gegenwärtig ist die Gefahr dann, wenn bei natürlicher Weiterentwicklung der Dinge der Eintritt eines Schadens sicher oder höchstwahrscheinlich ist, falls nicht alsbald Abwehrmaßnahmen ergriffen werden, oder wenn der Zustand bei natürlicher Weiterentwicklung der Sachlage jederzeit in einen Schaden umschlagen oder einen bestehenden Schaden intensivieren kann.¹³

Es besteht wissenschaftlicher Konsens darüber, dass der menschengemachte Treibhausgas-Ausstoß zur globalen Erderwärmung führt. Übersteigt diese Erderwärmung zwei Grad Celsius, werden sog. Kippunkte erreicht, die nach zahlreichen Modellprognosen das Klima auf der Erde unumkehrbar in katastrophaler Weise verändern werden, so dass es zu schweren Unwettern, Überschwemmungen und der Zerstörung von Lebensgrundlagen in vielen Teilen der Erde kommen wird.¹⁴ Der Klimawandel stellt somit eine Gefahr für die natürlichen Lebensgrundlagen wie auch für die Rechtsgüter des Einzelnen Leben, Gesundheit und Eigentum dar.¹⁵

Eine Chance, das Erreichen und Überschreiten der Kippunkte zu verhindern, besteht nur dann, wenn der menschliche Treibhausgas-Ausstoß innerhalb der nächsten 20 Jahre drastisch gesenkt wird. Bei einer globalen Verteilung der Reduktionslasten müsste Deutschland, um seinen Beitrag zum Erreichen der völkerrechtlich vereinbarten Klimaziele zu erreichen, bis spätestens 2045 klimaneutral sein. Um zur Erreichung dieser Ziele nach 2030 nicht zu drastischen

⁸ BGH, NStZ 1988, 558; Fischer, StGB, 71. Aufl. 2024, § 34 Rn. 5; Schönke/Schröder-Perron, 30. Aufl. 2019, § 32 Rn. 9 f. Anders Matt/Renzikowski-Engländer, StGB, 2. Aufl. 2020, § 34 Rn. 17, sofern durch die Gefahr kein individualisierbares Subjekt bedroht ist.

⁹ Zieschang, JR 2023, 136 (143). Schröder, GA 2023 632 (635) bezeichnet nicht den Klimaschutz, sondern - aufgrund der Staatszielbestimmung aus Art. 20a GG - den Erhalt einer lebenswerten und lebensfähigen Umwelt für derzeitige und künftige Generationen als notstandsfähiges Rechtsgut. Dieses Allgemeinrechtsgut weise ferner den erforderlichen Individualbezug unter anderem zu Art. 2 II S. 1 GG aufgrund der von Extremwetterlagen ausgehenden Gefahren für Leib oder Leben auf.

¹⁰ Vgl. Dürig/Herzog/Scholz-Calliess, GG, 103. EL (Januar 2024), Art. 20a Rn. 49; BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021, 1 BvR 2656/18 - (= BVerfGE, 157, 30 (61ff.))

¹¹ BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021, 1 BvR 2656/18 (= BVerfGE, 157, 30 (58f., 102, 130)).

¹² Vgl. exemplarisch: Matt/Renzikowski-Engländer, StGB, 2. Aufl. 2020, § 34 Rn. 10 f.; Schönke/Schröder-Perron, StGB, 30. Aufl. 2019, § 34 Rn. 12.

¹³ BGHSt 18, 271 (272); BGH NStZ 88, 554; Fischer, StGB, 71. Aufl. 2024, § 34 Rn. 7; Satzger/v. Maltitz, GA 2023, 63 ff.

¹⁴ Zusammenfassend zu den einschlägigen Erkenntnissen der Klimaforschung vgl. Bönte, HRRS 2021, 164 (165 ff.); Magnus, JR 2024, 9 (10).

¹⁵ Vgl. Bönte, HRRS 2021, 164 (165 ff.); Schmidt, ZJS 2023, 875 (888); Magnus, JR 2024, 9 (10); Schröder sieht in dem Klimawandel eine in der Intensität steigende Dauergefahr, s. dazu GA 2023, 632 (636).

Freiheitseinschränkungen gezwungen zu sein, müssen bereits jetzt wirksame Maßnahmen zur Reduktion der Treibhausgas-Emissionen in Deutschland ergriffen werden. Werden die Treibhausgas-Emissionen bis 2030 nicht in sehr substanziellem Umfang reduziert – § 2 I Nr. 1 KlimaschutzG verpflichtet bis dahin zu einer Reduktion um 65% gegenüber dem Stand von 1990 – sind die Klimaschutzziele kaum noch erreichbar.¹⁶

Um die Klimaschutzziele bis 2030 einhalten zu können, reichen die von Bundesregierung und Gesetzgebung bisher ergriffenen Maßnahmen nicht aus.¹⁷ Vielmehr bedarf es nach einhelliger Einschätzung innerhalb kurzer Frist zusätzlicher Maßnahmen. Beispielhaft kann auf die Aussage von *Thomas Heimer*, Mitglied des nach dem KlimaschutzG bestellten Expertenrats für Klimafragen, verwiesen werden, der anlässlich der Vorstellung des ersten Gutachtens zu bisherigen Entwicklungen der Treibhausgasemissionen, Trends der Jahresemissionsmengen und Wirksamkeit von Maßnahmen (gemäß § 12 IV Bundes-Klimaschutzgesetz) ausführte:

„Die bisherigen Emissions-Reduktionsraten reichen bei weitem nicht aus, um die Klimaschutzziele für 2030 zu erreichen – weder in der Summe noch in den einzelnen Sektoren. Die jährlich erzielte Minderungsmenge müsste sich im Vergleich zur historischen Entwicklung der letzten 10 Jahre mehr als verdoppeln. Im Industriesektor wäre etwa eine 10-fache und bei Verkehr sogar eine 14-fache Erhöhung der durchschnittlichen Minderungsmenge pro Jahr notwendig.“¹⁸

Bei ungehinderter Weiterentwicklung der Dinge drohen die nationalen Klimaschutzziele bis 2030 verfehlt zu werden, sodass (weitere) schwerwiegende Schäden für die natürlichen Lebensgrundlagen wie auch für die Lebenschancen der dann Lebenden sowie

künftiger Generationen eintreten bzw. intensiviert werden kann.

Mithin liegt auch eine gegenwärtige Gefahr vor.¹⁹

Hinweis: Eine andere Ansicht ist bei intensiver Begründung vertretbar. Erforderlich ist dann, dass geltend gemacht wird, bereits der Begriff der Gegenwartigkeit könne nicht derartig komplexe und weit in die Zukunft gespannte Geschehenszusammenhänge wie den Klimawandel erfassen.²⁰

cc) Zwischenergebnis

Eine Notstandslage liegt vor.

b) Notstandshandlung

Die Notstandshandlung muss erforderlich, verhältnismäßig und angemessen sein.

aa) Erforderlichkeit

Erforderlich kann nur sein, was zur Abwehr geeignet ist und unter mehreren gleich geeigneten Mitteln das mildeste darstellt.²¹ Ein Mittel ist geeignet, wenn es aus einer objektiven ex ante-Sicht eine Chance zur Abwehr oder Beseitigung der Gefahr eröffnet.²² Maßnahmen, welche die Gefahrenabwehr kaum oder nur unwesentlich beeinflussen, sind nicht mehr geeignet i.S. von § 34 StGB.²³

Die Blockadeaktion hat unmittelbar keine Auswirkung auf den Ausstoß von Treibhausgasen. Die Verkehrsteilnehmer*innen werden zwar kurzfristig zum Halten gezwungen, nutzen ihre Fahrzeuge aber nach Auflösung der Protestaktion in der beabsichtigten Form. Bei lebensnaher Betrachtung dürfte der Ausstoß von Abgasen durch die Aktion unmittelbar eher erhöht werden, weil einzelne Verkehrsteilnehmer*innen den Motor nicht sogleich ausschalten, nachdem ihr Fahrzeug zum Stehen gekommen ist, und dadurch für die

¹⁶ Vgl. Expertenrat für Klimafragen, Feststellung zur Prüfung der Treibhausgas-Projektionsdaten 2024, Feststellung gemäß § 16 II in Verbindung mit § 12 I 4 Bundes-Klimaschutzgesetz, online verfügbar unter: <https://www.expertenrat-klima.de> (zuletzt abgerufen am 31.07.2024).

¹⁷ Expertenrat für Klimafragen, a.a.O.

¹⁸ Vgl. <https://expertenrat-klima.de/news/expertenrat-fuer-klimafragen-zielerreicherung-2030-fraglich-ohne-paradigmenwechsel/> (zuletzt abgerufen am 31.07.2024).

¹⁹ Vgl. *Wolf*, Klimaschutz als rechtfertigender Notstand, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/klimaschutz-als-rechtfertigender-notstand/>; *Klein*, <https://verfassungsblog.de/die-rechtfertigung-von-straftaten-angesichts-der-klimakrise/> (beide zuletzt abgerufen am 31.07.2024).

²⁰ So etwa *Pschorr/Blaschke*, ZJS 2023, 320 (329), die schon die Gegenwartigkeit der Gefahr deshalb ablehnen, weil keine alsbald eintretende Gefahr vorliege.

²¹ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 467.

²² *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 19 Rn. 20.

²³ Vgl. dazu *Zieschang*, JR 2023, 136 (144); *Schönke/Schröder-Perron*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 34 Rn. 19; *MüKoStGB-Erb*, 4. Aufl. 2020, § 34 Rn. 110; *Matt/Renzikowski-Engländer*, StGB, 2. Aufl. 2020, § 34 Rn. 20; OLG Naumburg, NStZ 2013, 718 (720); OLG Karlsruhe, NJW 2004, 3645 (3646); *Fischer*, StGB, 71. Aufl. 2024, § 34 Rn. 10.

letztlich durchgeführte Fahrt insgesamt mehr Treibhausgas ausstoßen.²⁴

Eine Geeignetheit ließe sich allenfalls dann bejahen, wenn dafür – zumindest bei komplexen Gefahren, die sich überhaupt nicht durch bestimmte Handlungen einzelner Personen abwenden lassen, sondern nur durch ein komplexes, langanhaltendes Zusammenwirken einer Vielzahl von Personen – ein anderer Maßstab der Geeignetheit gelten würde. Nur dann genügte bereits jedes Verhalten, das innerhalb eines gesellschaftlichen Diskussionsprozesses möglicherweise den Handlungsdruck auf politische Entscheidungsträger*innen erhöht, geeignete Maßnahmen zu erlassen, um die Klimaschutzziele bis 2030 zu erreichen.

Eine derartige Erweiterung der Geeignetheit i.S. von § 34 StGB auf Maßnahmen, die lediglich eine sehr mittelbare und völlig ungewisse Möglichkeit der Beeinflussung eines langfristigen politischen Prozesses eröffnen, passt aber nicht zu dem System der Notrechte. Diese sind erkennbar darauf angelegt, im Sinne einer situationsbezogenen, kurzfristigen Abhilfe die eigentlich vorgesehenen staatlichen Institutionen der Gefahrenabwehr und Konfliktbeilegung zu überholen. Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs auf Fallkonstellationen, in denen durch die „Rettungshandlung“ allenfalls eine vage Aussicht auf Beeinflussung komplexer kollektiver Handlungsprozesse eröffnet wird, untergräbt das staatliche Gewaltmonopol und die viel kleinteiligeren, prozeduralisierten Mechanismen der Entscheidungsfindung und Konfliktbeilegung, die zumindest in demokratischen Rechtsstaaten ausgebildet worden sind.²⁵

Hinweis: Wird die Geeignetheit bejaht, stellt sich die Frage, ob das gewählte Protestmittel auch das mildeste unter den verfügbaren Mitteln gleicher Eignung darstellt. Es wäre also zu untersuchen, ob ordnungsgemäße, nicht nötigende Demonstrationen, andere Formen politischer Einflussnahme oder Gerichtsverfahren mildere, ebenso effektive Mittel darstellen.²⁶ Die sich dabei stellenden Fragen zur Evaluation der

Effektivität politischer Handlungsformen sprengen in ihrer Komplexität erneut die instrumentell-unmittelbare Systematik, in der üblicherweise das Kriterium der Erforderlichkeit überprüft wird.

*Zweifel bestehen auch an einem wesentlichen Überwiegen des Rettungsgüter über die durch die Rettungshandlung beeinträchtigten Rechtsgüter. Zwar sind abstrakt gesehen die Güter, die durch Klimaschutzmaßnahmen bewahrt werden sollen (Leib und Leben sowie alle anderen Grundrechte einer ungezählten Vielzahl von Personen) denkbar schwerwiegend. Zugleich ist aber zu berücksichtigen, dass die einzelne Protestaktion nur eine infinitesimale Aussicht bietet, politische Entscheidungen deutscher Entscheidungsträger*innen für einen effektiveren Klimaschutz tatsächlich zu bewirken. Zudem lässt sich nicht prognostizieren, ob Klimaschutzmaßnahmen, die Deutschland beschließt bzw. für deren Beschluss sich Deutschland in supra- und internationalen Zusammenhängen einsetzt, tatsächlich ausreichen werden, um den Klimawandel in einem Ausmaß zu verlangsamen, der die natürlichen Lebensgrundlagen und damit die Ausübung von Freiheitsrechten in einem der Gegenwart entsprechenden Maß auch in der Zukunft sichern wird.*

Jedenfalls scheitert die Rechtfertigung nach § 34 StGB an der Angemessenheit: Ein anderes Ergebnis führte, wie bereits bei der Prüfung der Geeignetheit skizziert, dazu, dass um den Preis der Eröffnung einer sehr vagen Rettungschance in der Zukunft durch potentielle Einflussnahme auf Prozesse der politischen Meinungsbildung und Entscheidungsfindung aktuell private Interessen aufgeopfert würden. Damit würden die in unserer Rechtsordnung vorgesehenen Verfahren und Formen der Meinungsbildung und -findung umgangen und das staatliche Gewaltmonopol aufgelöst.²⁷

bb) Zwischenergebnis

Die Nötigung ist nicht aufgrund rechtfertigenden Notstands gem. § 34 StGB gerechtfertigt.

²⁴ In diesem Sinne auch *Zimmermann/Griesar*, JuS 2023, 401 (405); *Erb*, NStZ 2023, 577 (581).

²⁵ Vgl. auch *Zieschang*, JR 2023, 136, (143 ff.). Ebenso – hinsichtlich der Geeignetheit von Blockadeaktionen zur Bewirkung von Abrüstung oder Atomausstieg – *MüKoStGB-Erb*, 4. Aufl. 2020, § 34 Rn. 110; a.A. *Gätsch*, KlimR 2023, 141 (144 f.); *Bönte*, HRRS 2021, 164 (168 f.); *Homann*, JA 2023, 649 (651); *Magnus*, JA 2024, 9 (11 f.); *Zimmermann/Griesar*, JuS 2023, 401 (405 f.); *Schmidt*, ZJS 2023, 875 (889 ff.); *Schröder*, GA 2023, 632 (638 ff.). Die

Autor*innen berufen sich dabei vielfach zu Unrecht auf *MüKoStGB-Erb*, 4. Aufl. 2020, StGB § 34 Rn. 113. *Erb* bezieht sich auf anders gelagerte Fälle, in denen die Rettung zwar ein mehrstufiges Vorgehen voraussetzt, das aber dennoch innerhalb eines überschaubaren Handlungszusammenhangs absehbar zur Gefahrabwendung führt, vgl. nur die fallkonstellationspezifischen Klarstellungen von *Erb*, NStZ 2023, 577 (581).

²⁶ Vgl. z.B. *Zieschang*, JR 2023, 136 (143 ff.).

²⁷ Ebenso *Erb*, NStZ 2023, 577 (581 f.).

2. Rechtfertigung gem. Art. 20 IV GG

Eine Rechtfertigung aus Art. 20 IV GG (Widerstandsrecht) setzt unter anderem das Vorliegen einer Gefahr für die freiheitlich rechtsstaatlich-demokratische Ordnung voraus, die nicht anders abgewendet werden kann.²⁸ Das Widerstandsrecht kann gegen jede Person ausgeübt werden, die es unternimmt, die in Art. 20 GG beschriebene Ordnung zu beseitigen.²⁹

Da sich die Widerstandshandlung in Form von der Nötigung durch die Sitzblockade unmittelbar gegen die Verkehrsteilnehmer:innen richtet, die offensichtlich nicht beabsichtigen, die Verfassungsordnung zu beseitigen, ist eine Rechtfertigung durch das Widerstandsrecht abzulehnen.

3. Rechtfertigung aus Grundrechten (Art. 8 GG)

Diskutiert wird in diesem Zusammenhang auch die Möglichkeit einer Rechtfertigung unmittelbar aus Grundrechten. Vorliegend ist jedenfalls der Schutzbereich des Art. 8 I GG einschlägig (siehe sogleich). Sofern, wie hier, das beeinträchtigende Verhalten grundrechtlich gesondert, d.h. jenseits der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 I GG, geschützt ist, ist dies in der Auslegung des Tatbestands bzw. spezieller Rechtfertigungsgründe zu berücksichtigen. Eine angemessene Berücksichtigung der betroffenen Grundrechte kann innerhalb der Prüfung der Verwerflichkeit der Nötigung gem. § 240 II StGB erfolgen.³⁰

4. Verwerflichkeit der Nötigung, § 240 II StGB

Der Einsatz des Nötigungsmittels muss zu dem angestrebten Zweck verwerflich sein. Dies ist der Fall, wenn das Verhalten bei einer Bewertung der Zweck-Mittel-Relation als sozial unerträglich bzw. als sozial-ethisch in besonders hohem Maße zu missbilligen ist und daher als strafwürdiges Unrecht erscheint. Erforderlich ist dafür eine umfassende Bewertung des Nötigungsverhaltens, des Nötigungszwecks und der Verknüpfung von Mittel und Zweck.³¹

Unmittelbarer Zweck der Blockadeaktion ist es, den Protest der Aktivist*innen gegen die aus ihrer Sicht ungenügenden Maßnahmen der deutschen Regierung zum Klimaschutz zum Ausdruck zu bringen

und zugleich die blockierten Verkehrsteilnehmer*innen zum Nachdenken über ihr eigenes Verhalten anzuregen. Der Zweck des als tatbestandliche Gewalt i.S.v. § 240 I StGB eingestuften Verhaltens ist die kollektive Meinungsäußerung im Rahmen einer Versammlung. Dieses Verhalten ist verfassungsrechtlich als spezifischer Grundrechtsgebrauch durch Art. 8 I GG bzw. Art. 5 I GG geschützt. Insbesondere entfällt durch die Bewertung des Verhaltens als Gewalt nicht die Friedlichkeit im Sinne der grundgesetzlichen Schutzbereichsbestimmung.³² Auch der Verstoß gegen die versammlungsrechtliche Anmeldepflicht bzw. eine Zulässigkeit der Versammlungsauflösung zur Gefahrenabwehr ändert nichts daran, dass die Blockadeaktion zunächst eine grundrechtlich geschützte Versammlung ist. Der Zweck der Nötigung ist somit in verfassungsrechtlicher Hinsicht besonders anerkanntenswert und schutzwürdig.³³

Für Sitzblockaden, die grundsätzlich dem Schutzbereich von Art. 8 I GG unterfallen, hat das Bundesverfassungsgericht betont, dass die Verwerflichkeit stets eine Einzelfallprüfung voraussetzt. Die dabei relevanten Kriterien hat das Gericht zuletzt noch einmal 2011 zusammengefasst.

Es sind danach insbesondere „die Art und das Maß der Auswirkungen auf betroffene Dritte und deren Grundrechte zu berücksichtigen. Wichtige Abwägungselemente sind hierbei die Dauer und die Intensität der Aktion, deren vorherige Bekanntgabe, Ausweichmöglichkeiten über andere Zufahrten, die Dringlichkeit des blockierten Transports, aber auch der Sachbezug zwischen den in ihrer Fortbewegungsfreiheit beeinträchtigten Personen und dem Protestgegenstand. Das Gewicht solcher demonstrationsspezifischen Umstände ist mit Blick auf das kommunikative Anliegen der Versammlung zu bestimmen, ohne dass dem Strafgericht eine Bewertung zusteht, ob es dieses Anliegen als nützlich und wertvoll einschätzt oder es missbilligt. Stehen die äußere Gestaltung und die durch sie ausgelösten Behinderungen in einem Zusammenhang mit dem Versammlungsthema oder betrifft das Anliegen auch die von der Demonstration

²⁸ Vgl. Huber/Voßkuhle-Sommermann, GG, 8. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 346.

²⁹ Vgl. Huber/Voßkuhle-Sommermann, GG, 8. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 345.

³⁰ Ebenso Pschorr/Blaschke, ZJS 2023, 320 (327); Schmidt, ZJS 2023, 875 (886 f.); Schneider, ZJS 2022, 928 (930). Grundsätzlich hierzu Radtke, GA 2000, 19 ff.

³¹ BGHSt 17, 328; BGHSt 18, 389; BGH NJW 2014, 401; Fischer, StGB, 71. Aufl. 2024, § 240 Rn. 42; MüKoStGB-

Sinn, 4. Aufl. 2021, § 240 Rn. 123; Matt/Renzikowski-Eidam, StGB; 2. Aufl. 2020, § 240 Rn. 58; Schönke/Schröder-Eisele, StGB, 30. Aufl. 2019, § 240 Rn. 17.

³² BVerfG, Beschl. v. 07.03.2011, 1 BvR 388/05, Rn. 39 = BVerfG NJW 2011, 3020 (3023).

³³ In diesem Sinne z.B. Bayer, Auto fahren oder Klima retten?, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/auto-fahren-oder-klima-retten/> (zuletzt abgerufen am 31.07.2024).

nachteilig Betroffenen, kann die Beeinträchtigung ihrer Freiheitsrechte unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände möglicherweise eher sozial erträglich und dann in größerem Maße hinzunehmen sein, als wenn dies nicht der Fall ist. Demgemäß ist im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen, ob und wie weit die Wahl des Versammlungsortes und die konkrete Ausgestaltung der Versammlung sowie die von ihr betroffenen Personen einen auf die Feststellung der Verwerflichkeit einwirkenden Bezug zum Versammlungsthema haben.“³⁴

Wird dieser Kriterienkatalog auf die Sitzblockade übertragen, an der B teilnimmt, so ergibt sich zunächst Folgendes:

Durch die Aktion wird die Fortbewegungsfreiheit einer Vielzahl von Verkehrsteilnehmer*innen beeinträchtigt, und zwar für einen kurzen, aber nicht völlig unbeträchtlichen Zeitraum. Dabei besteht keine Ausweichmöglichkeit. Vielmehr zielen die Aktivist*innen durch ihr Vorgehen gerade darauf ab, eine besonders große Stauwirkung und damit möglichst viele Verkehrsteilnehmer*innen in ihrer Fortbewegungsfreiheit zu beeinträchtigen, um einen möglichst großen „Disruptionseffekt“ zu erzielen.³⁵ Diese Gesichtspunkte sprechen für eine Verwerflichkeit der tatbestandlichen Nötigung.

a) keine Verwerflichkeit wegen besonderem Sachbezug?

Gegen die Verwerflichkeit könnte insbesondere sprechen, dass zwischen dem kommunikativen Anliegen der Blockierenden einerseits und der äußeren Gestaltung der Blockadeaktion und dem dadurch betroffenen Personenkreis andererseits ein spezifischer Zusammenhang besteht.

B blockiert nicht zufällig Straßen und Autofahrer*innen. Sie fordert vielmehr den Ausbau des öffentlichen Personennahverkehrs sowie die Einführung eines Tempolimits auf Autobahnen. Ihr Protest zielt damit spezifischer auf den Beitrag zum Klimawandel, den der Verkehr durch die private Nutzung von PKWs verursacht. Dabei ist das private Verkehrsverhalten in Form der PKW-Nutzung zu einem allgemeinverständlichen Symbol für die individuelle Haltung zum Problem des Klimawandels geworden.

Daher lässt sich für die Blockadeaktion der B tatsächlich ein besonderer Sachbezug zwischen den benötigten Personen und dem kommunikativen Anliegen

der Blockierenden feststellen. Dieser Gesichtspunkt spricht tendenziell gegen eine Bewertung der Nötigung als verwerflich.

Hinweis: Andere Ansicht vertretbar. Es kann dann darauf abgestellt werden, dass die Blockade unterschiedslos für alle Verkehrsteilnehmer*innen auf der blockierten Strecke wirkt, unabhängig davon, wie das individuelle Verkehrsverhalten hinsichtlich seiner Klimaschädlichkeit zu bewerten ist. Bildlich: In dem von B und den anderen Aktivist*innen verursachten Stau steht nicht nur der*die SUV-Fahrer*in, sondern auch die Insass*innen eines Busses des Öffentlichen Personennahverkehrs. Zudem lässt sich darauf verweisen, dass die Nutzung eines privaten PKW zwar klimaschädlicher als die Benutzung des ÖPNV, des Fahrrads usw. ist, die private PKW-Nutzung in Deutschland prozentual aber keinen besonders großen Anteil des Gesamtausstoßes an Treibhausgasen im Vergleich zu anderen klimaschädlichen Verhaltensweisen ausmacht. Schließlich verfügen die blockierten Verkehrsteilnehmer*innen – anders als politische oder auch wirtschaftliche Entscheidungsträger – nicht über besondere Möglichkeiten, effektive Gegenmaßnahmen zu ergreifen, um dem Klimawandel Einhalt zu gebieten.

b) keine Verwerflichkeit wegen besonders schützenswerten Kommunikationsanliegens?

Gegen eine Bewertung der Nötigung als verwerflich könnte zudem das spezifische kommunikative Anliegen der B und der anderen Klima-Aktivist*innen sprechen, also ihre Forderung nach wirksameren Maßnahmen des Klimaschutzes, konkret den Ausbau des ÖPNV und die Einführung eines Tempolimits auf den Autobahnen, sowie die Aufforderung an alle Verkehrsteilnehmer*innen, ihr eigenes (Verkehrs-)Verhalten auf seine Klimaschädlichkeit hin zu überprüfen.

Traditionell behandelt die Strafrechtswissenschaft die Frage, ob der kommunikative Zweck einer Nötigungsblockade im Rahmen der Verwerflichkeit relevant ist, unter dem Stichwort „Berücksichtigungsfähigkeit von Fernzielen“. Als Fernziele werden die über den unmittelbaren Nötigungserfolg hinausgehenden Zwecksetzungen verstanden. Unter Berufung auf den BGH³⁶ findet sich in diesem Zusammenhang bis heute in den einschlägigen fachgerichtlichen Urteilen die Aussage, dass Fernziele der Nötigenden bei der

³⁴ BVerfG, Beschl. v. 07.03.2011, 1 BvR 388/05, Rn. 39 = BVerfG NJW 2011, 3020 (3023).

³⁵ Ähnlich Erb, NStZ 2023, 577 (578), der diesen Aspekt in der Gesamtabwägung allerdings deutlich stärker gewichtet.

³⁶ BGHSt 35, 270 (276).

Verwerflichkeitsprüfung außer Betracht bleiben müssten.³⁷ Es gibt freilich in der Rechtsprechung und vor allem in der Literatur auch Gegenstimmen, die in Rechnung stellen wollen, ob der*die Täter*in eigennützige oder gemeinwohlorientierte Interessen verfolgt³⁸ oder ob ein gesellschaftlich anerkanntes Ziel verfolgt wird.³⁹

Dazu ist wie folgt Stellung zu nehmen: Die Aussage, Fernziele seien für die Bewertung der Verwerflichkeit unbeachtlich, ist in ihrer Pauschalität jedenfalls unzutreffend.⁴⁰ Das zeigt sich mit besonderer Deutlichkeit, wenn der Kommunikationsinhalt / das Fernziel für sich betrachtet bereits verboten ist, weil es z.B. den Tatbestand der Volksverhetzung gem. § 130 StGB erfüllt oder zur Begehung von Straftaten aufgefordert wird (§ 111 StGB). Ein solches Fernziel spricht selbstverständlich für die Verwerflichkeit der Blockade.

Weniger klar ist aber, ob eine Bewertung des Kommunikationsinhalts im Rahmen der Verwerflichkeit stattfinden darf, wenn die Äußerung für sich betrachtet nicht verboten ist. Insofern ergibt sich aus dem Grundrecht der Meinungsfreiheit grundsätzlich das Verbot der nachteiligen Diskriminierung von Meinungsinhalten⁴¹ – und damit das Verbot, den Meinungsinhalt als Kriterium für die Verwerflichkeit einer notwendigen Versammlung zu berücksichtigen, die auf eine Meinungsäußerung abzielt.

Bezogen auf die Blockade der B ergibt sich also Folgendes: Da die Meinungsäußerung, es bedürfe umgehend weiterer Maßnahmen zur Reduktion der Ursachen des menschengemachten Klimawandels, für sich betrachtet keinen strafbaren Inhalt darstellt, kann aus dem kommunikativen Inhalt des Blockadeverhaltens, jedenfalls kein Argument für die Verwerflichkeit gezogen werden.

Indes lässt sich trotz des grundsätzlichen Verbots der Diskriminierung von erlaubten Meinungsinhalten erwägen, ob Meinungsäußerungen, die zu mehr Maßnahmen für den Klimaschutz auffordern, eine besondere inhaltliche Qualität zukommt, die *dagegen*

spricht, die nötige Kundgabe des Meinungsinhalts als verwerflich zu bewerten.

Dafür kann auf Art. 20a GG und den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zum KlimaschutzG verwiesen werden: Das Grundgesetz erkennt in Art. 20a GG den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen „auch in Verantwortung für die künftigen Generationen“ als Staatsziel an. Das Bundesverfassungsgericht leitet daraus Pflichten des Gesetzgebers ab, effektive Klimaschutzmaßnahmen zum Schutz von Grundrechten zukünftiger Generationen ab. Der kommunikative Inhalt der Protestaktion beinhaltet daher nicht einfach nur irgendeine beliebige, durch Art. 5 I 1 GG geschützte Meinung. Gerügt wird im Kern die Verletzung von verfassungsrechtlichen Handlungspflichten durch die Regierung und die Gesetzgebung, indem nicht hinreichende Maßnahmen zum Klimaschutz ergriffen werden. Dass solche Pflichten bestehen und der Maßstab, aus dem sich die Bewertung der bislang ergriffenen Maßnahmen als „nicht hinreichend“ ergibt, folgt aus dem KlimaschutzG und der KlimaschutzG-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.

Deutschland ist danach verpflichtet, seinen Anteil zur Erreichung des globalen 1,5-Grad-Ziels zu erbringen. Dazu müssen – so das BVerfG wörtlich – „frühzeitig transparente Maßgaben für die weitere Ausgestaltung der Treibhausgasreduktion formuliert werden, die für die erforderlichen Entwicklungs- und Umsetzungsprozesse Orientierung bieten und diesen ein hinreichendes Maß an Entwicklungsdruck und Planungssicherheit vermitteln.“⁴² Die Einschätzung der bislang ergriffenen Maßnahmen zur Erreichung der von dem Gesetzgeber formulierten Reduktionsziele bis 2030 fällt insofern eindeutig aus. Sie bleiben hinter den selbstgesetzten Zielen zurück und leisten keinen hinreichenden Beitrag zur intertemporalen Freiheitssicherung der nach 2030 lebenden Menschen sowie dem Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen. Die Grundrechte der mutmaßlich nach 2030 lebenden Bürger*innen werden durch die ungenügenden Maßnahmen bereits heute im Sinne einer Vorwirkung beeinträchtigt. Die Protestierenden weisen also nicht nur auf die

³⁷ Vgl. z.B. BayObLG NJW 1993, 212 (213); OLG Stuttgart NJW 1991, 994 (995). Aus der Rspr. zu der Verwerflichkeit von nötigen Klimaprotesten z.B. LG Berlin, Urt. v. 18.01.2023, 518 Ns 31/22, Rn. 22; AG München, Urt. v. 16.12.2022, 851 Cs 113 Js 124160/22. Ebenso aus der Literatur z.B. Fischer, StGB, 71. Aufl. 2024, § 240 Rn. 44.

³⁸ OLG Zweibrücken NJW 1988, 716 (717); OLG Düsseldorf NStZ 1987, 368 (368 f.).

³⁹ Neumann, ZStW 1997, 1 (15); Zimmermann/Griesar, JuS 2023, 401 (406); Homann, JA 2023, 554 (557). In diese Richtung auch Lackner/Kühl-Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 240 Rn. 18a; Schönte/Schröder-Eisele, StGB, 30. Aufl. 2019, § 240 Rn. 29 f.

⁴⁰ Vgl. Homann, JA 2023, 554 (557).

⁴¹ Vgl. BVerfGE 124, 300 (324).

⁴² BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021, 1 BvR 2656/18 (= BVerfGE, 157, 30 (31)).

Verletzung von staatlichen Handlungspflichten hin, sondern protestieren gegen Grundrechtsbeeinträchtigungen, die sie selbst betreffen. Das Ausmaß dieser Grundrechtsbeeinträchtigungen wird durch jedes weitere Zuwarten in der Zukunft immer größer und lässt nach Einschätzung des BVerfG in allen Lebensbereichen drastische Freiheitseinbußen befürchten.

In dieser Situation kann das Vorbringen von Kommunikationsinhalten, die die Bundesregierung an ihre einfachgesetzlichen und verfassungsrechtlichen Handlungspflichten erinnert und zu einem entschlosseneren Handeln aufruft, tatsächlich einen besonderen verfassungsrechtlichen Status reklamieren.⁴³ Dieser Status verbietet es, das Vorbringen solcher Kommunikationsinhalte als verwerflich zu bewerten und damit zu kriminalisieren, sofern die Form der Kundgabe fremde Rechte nicht in einem deutlicheren Ausmaß beeinträchtigt. Bei der Beeinträchtigung der Fortbewegungsfreiheit, selbst dann, wenn sie einen nicht ganz unbeträchtlichen Zeitraum andauert, ist dies – in Umkehrung zu der üblichen Rechtsprechung – grundsätzlich nicht der Fall.

c) Zwischenergebnis zu 4.

Die von B bewirkte Nötigung ist nicht verwerflich.

Hinweis: Es ist ebenso gut vertretbar, die Verwerflichkeit der tatbestandlichen Nötigung zu bejahen. In der Rechtsprechung zu den Klimaschutzprotesten wird dies ganz überwiegend so gesehen, ohne dass freilich in den allermeisten Entscheidungen die hier für wesentlich erachteten verfassungsrechtlichen Gesichtspunkte hinreichende Beachtung finden.

Kein taugliches Argument liegt in dem Hinweis, die Verwerflichkeit der Blockade ergebe sich daraus, dass die Blockierten dadurch für den Protest der Blockierenden instrumentalisiert würden.⁴⁴ Eine solche Instrumentalisierung ist einer tatbestandlichen Nötigung stets inhärent. Sie kann daher für sich betrachtet kein Argument für die Verwerflichkeit sein. Warum die Instrumentalisierung besonders missbilligenswert sein sollte, wenn es um eine kollektive Meinungskundgabe im Rahmen einer Versammlung geht, ist nicht nachvollziehbar.

Ebenso wenig überzeugend ist es, darauf zu verweisen, dass die Verwerflichkeit sich daraus ergebe,

dass die Protestierenden sich über die demokratisch legitimierte Beschlüsse des Gesetzgebers und der Regierung hinwegsetzen. Das Argument verkennt, dass dieser Umstand ein typisches Kennzeichen von Versammlungen ist. Art. 8 I GG schützt im Anschluss an die Brokdorf-Rechtsprechung des BVerfG aber gerade solche kollektiven Meinungskundgaben, die Kritik an der Legislative und der Exekutive äußern.

Ergebnis

B hat sich nicht der gemeinschaftlichen Nötigung in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 240 I, II, 25 I Alt. 2, II StGB schuldig gemacht.

Tatkomplex 2: Straßenblockade des C

A. § 223 I StGB

D kann sich der Körperverletzung gem. § 223 I StGB schuldig gemacht haben, indem er mit dem Teppichmesser in den linken Handballen des C schnitt.

I. Objektiver Tatbestand

1. Körperliche Misshandlung

Eine körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, durch die die körperliche Unversehrtheit oder das körperliche Wohlbefinden des Opfers nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird.⁴⁵ Der Schnitt in den Handballen verursachte bei C Schmerzen. Eine üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden des C mehr als nur unerheblich beeinträchtigte, liegt vor.

2. Gesundheitsschädigung

Unter einer Gesundheitsschädigung versteht man das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen, d.h. eines nachteilig von den normalen körperlichen Funktionen abweichenden Zustandes körperlicher oder seelischer Art.⁴⁶ Durch den Schnitt in den Handballen kam es zu einer nicht unerheblichen Blutung. Damit wurde ein pathologischer Zustand hervorgerufen. Eine Gesundheitsschädigung liegt vor.

II. Subjektiver Tatbestand

D wollte lediglich die Klebstoffmasse zerschneiden. Dass er die Möglichkeit erkannte und in Kauf nahm, dabei den C zu verletzen, ergibt sich nicht aus dem Sachverhalt. Er handelte ohne Vorsatz.

⁴³ Ebenso Zimmermann/Griesar, JuS 2023, 401 (408).

⁴⁴ Vgl. zu dieser Argumentation Schmidt, ZJS 2023, 875 (893).

⁴⁵ Siehe BGHSt 25, 277 (278) = NJW 1974, 958; Matt/Renzikowski-Engländer, StGB, 2. Aufl. 2020, § 223 Rn. 5 mwN.

⁴⁶ Matt/Renzikowski-Engländer, StGB, 2. Aufl. 2020, § 223 Rn. 7 mwN.

III. Ergebnis

B hat sich nicht wegen Körperverletzung gem. § 223 I StGB strafbar gemacht.

B. § 229 StGB

D kann sich der fahrlässigen Körperverletzung gem. § 229 StGB schuldig gemacht haben, indem er C mit seinem Teppichmesser einen Schnitt in seinen linken Handballen versetzte.

I. Objektiver Tatbestand

1. Handlung, Erfolg und Kausalität

D hat den C körperlich misshandelt und an der Gesundheit beschädigt, indem er ihn mit dem Teppichmesser in die Hand schnitt.

2. Objektive Sorgfaltspflichtverletzung

a) Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt

D muss zumindest die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen haben.⁴⁷ Er setzt ein Teppichmesser ein, um den festgeklebten C vom Asphalt zu lösen. Ein solches Vorgehen kann insbesondere dann, wenn es nicht um ein vielfach vorgenommenes Prozedere geht, leicht zu Verletzungen der Person führen, die festgeklebt ist, weil die Klebstoffschicht zwischen Hand und Asphalt wenig Zwischenraum einnimmt. Ein solches verletzungsträchtiges Verhalten verstößt – vorbehaltlich situationsspezifischer Rechtfertigungsgründe – gegen die im Verkehr objektiv gebotene Sorgfalt.

b) Voraussehbarkeit des Erfolges

Objektiv vorhersehbar ist ein realisierter Erfolg bereits dann, wenn er nicht außerhalb jeder Lebenswahrscheinlichkeit liegt.⁴⁸ Für eine einsichtige und besonnene Person war es erkennbar, dass man mit dem Messer abrutschen und C verletzen könnte, zumal zwischen der Hand und dem Asphalt nur sehr wenig Platz zum Zerschneiden vorhanden war.

Eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung liegt mithin vor.

3. Pflichtwidrigkeitszusammenhang

Es sind keine Gründe erkennbar, die den Zusammenhang zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten des D und der Verletzung des C in Frage stellen. In dem

Schnitt in die Hand des C realisiert sich genau die Gefahr des pflichtwidrigen Verhaltens von D.

II. Rechtswidrigkeit

Das Handeln des D kann durch Notwehr gem. § 32 StGB gerechtfertigt sein.

1. Notwehrlage

a) Angriff

Zunächst muss ein Angriff vorliegen. Ein Angriff ist jede durch eine menschliche Handlung drohende Verletzung rechtlich geschützter individueller Güter oder Interessen.⁴⁹

D befindet sich auf dem Weg zur Baustelle, als er durch die Blockade zum Halten gezwungen wird. Die Fortbewegungs- und Willensentschlussfreiheit ist durch die allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 I GG geschützt. Es liegt ein Angriff des C auf die Handlungsfreiheit des D vor.

b) Gegenwärtig

Der Angriff muss gegenwärtig sein. Das ist er, wenn er unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch fort dauert. C klebt noch an der Fahrbahn, als D zum Halten gezwungen wird. Der Angriff dauert mithin noch fort.

c) Rechtswidrig

Zudem muss der Angriff rechtswidrig sein. Rechtswidrig ist der Angriff, wenn er objektiv im Widerspruch zur Rechtsordnung steht und D insbesondere nicht selbst gerechtfertigt ist.

Nach hier vertretener Auffassung ist die Verwerflichkeit der Nötigung durch eine relativ kurzfristige Blockade, um gegen die nicht den gesetzlichen Handlungspflichten entsprechende Klima-Politik zu protestieren, zu verneinen. Daraus ergibt sich allerdings noch nicht ohne Weiteres die Rechtmäßigkeit der Nötigung, sondern lediglich, dass sie mangels Verwerflichkeit nicht strafbar war. Eine (einfache) Rechtswidrigkeit der Blockadeaktion folgt vielmehr aus dem Verstoß gegen die Anmeldepflicht des Versammlungsrechts, gegen Straßenverkehrsrecht und aus der Beeinträchtigung der Fortbewegungsfreiheit der blockierten Verkehrsteilnehmer*innen.

⁴⁷ Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Schuster, StGB, 30. Aufl. 2019, § 15 Rn. 134.

⁴⁸ BGHSt 12, 75 (78); 48, 34 (39); Matt/Renzikowski-Gaede, StGB, 2. Aufl. 2020, § 15 Rn. 49.

⁴⁹ Schönke/Schröder-Perron/Eisele, StGB, 30. Aufl. 2019, § 32 Rn. 3.

2. Notwehrhandlung

a) Geeignetheit

Das Zerschneiden der Klebstoffmasse ist jedenfalls ex ante geeignet, den Angriff auf die Fortbewegungsfreiheit zu beenden. Wenn die Verbindung zwischen der Hand des C und der Fahrbahn hätte gelöst werden können, hätte D den C mit seinen Angestellten von der Fahrbahn tragen und seine Fahrt fortsetzen können.

Hinweis: Der Sachverhalt enthält keinerlei Angaben, dass es objektiv unmöglich gewesen wäre, den C in der von D beabsichtigten Weise „loszuschneiden“. Es überzeugt daher nicht, bereits die Geeignetheit der Notwehrhandlung zu verneinen. Die Verletzung des C als tatsächlich eingetretene, unbeabsichtigte Folge der Notwehrhandlung nimmt diesem Verhalten nicht seine grundsätzliche Eignung, den Angriff abzuwenden.

b) Erforderlichkeit

Als milderes, aber ebenso effektives Mittel wie das Zerschneiden der Klebstoffmasse mit dem Teppichmesser kommt in Betracht, dass D den Einsatz der Polizei hätte abwarten können.

Dagegen spricht allerdings, dass ein Eingreifen der Polizei den Angriff auf die Fortbewegungsfreiheit jedenfalls aus der maßgeblichen ex-ante-Perspektive nicht ebenso schnell beseitigt hätte. D hätte noch einige Minuten mehr die Beeinträchtigung seiner Fortbewegungsfreiheit hinnehmen müssen. Damit war das Abwarten auf hoheitliche Hilfe nicht gleichermaßen geeignet.⁵⁰

Hinweis: A.A. vertretbar, wenn eine Normativierung des Begriffs der Erforderlichkeit in dem Sinne vorgenommen wird, dass geringfügige zeitliche Verzögerungen hinnehmbar sind, wenn eine hoheitliche Beendigung des Angriffs in absehbarer Zeit erfolgt und keine irreparablen Rechtsgutseinbußen drohen.⁵¹

c) Gebotenheit

Das Notwehrrecht des D zur Verteidigung gegen den rechtswidrigen Angriff durch das Verhalten des C könnte sozialethischen Einschränkungen unterliegen.

Von den anerkannten Fallgruppen lässt sich erwägen, ob die Beeinträchtigung der Fortbewegungsfreiheit des D lediglich als ein Bagatelangriff zu bewerten ist. Dagegen spricht aber, dass die Fortbewegungsfreiheit nicht nur des D, sondern einer Vielzahl von Verkehrsteilnehmer*innen über eine nicht unerhebliche Zeitspanne beeinträchtigt wird. Zudem sind die Beeinträchtigungen, die der C aufgrund des Abwehrverhaltens des D erleidet, zwar schwerwiegender, aber stehen auch nicht völlig außer Verhältnis. Insbesondere ist die Beeinträchtigung seiner körperlichen Unversehrtheit lediglich leicht und vorübergehend.

Denkbar ist schließlich, eine neue Fallgruppe für die Einschränkung des Notwehrrechts unter dem Gesichtspunkt der Gebotenheit zu bilden.⁵² Die verallgemeinerungsfähige Besonderheit des Falles liegt darin, dass der rechtswidrige Angriff durch ein Verhalten erfolgt, das zugleich als Gebrauch des Grundrechts auf Versammlungsfreiheit einen besonderen verfassungsrechtlichen Schutz genießt. Eine staatlich-hoheitliche Intervention hätte daher im Wege der praktischen Konkordanz die durch die Nötigung beeinträchtigten Rechte der Verkehrsteilnehmer*innen in einen schonenden Ausgleich zu den Rechten der Blockierenden zu bringen. Selbst wenn die Blockadeaktion im Ergebnis als rechtswidriges Verhalten zu bewerten ist, erscheint es unangemessen, die sorgfältige Ausbalancierung der gegenläufigen Freiheitsinteressen durch private Gewaltausübung in Form des schneidigen Notwehrrechts zu überholen. Einen entsprechenden Gedanken hat das BVerfG in der zweiten Entscheidung zur Regelung des Schwangerschaftsabbruchs geäußert, als es ausführte, dass trotz der Rechtswidrigkeit des Handelns einer die Schwangerschaft unterbrechenden Frau und ihres Arztes eine Nothilfe Dritter zugunsten des ungeborenen Lebens jedenfalls nicht ausgeschlossen sei.⁵³ Dies erscheint jedenfalls dann sachgerecht, wenn erkennbar ist, dass innerhalb kurzer Frist hoheitliche Hilfe erfolgen wird und durch die zeitliche Verzögerung bis dahin keine irreparablen Schäden zu befürchten stehen.

So liegt der Fall hier: Es war unverkennbar, dass es sich bei der Sitzblockade des C und der anderen Aktivist*innen nicht um ein typisches kriminelles Verhalten handelte, sondern um eine politische Protestaktion.

⁵⁰ Zum grundsätzlichen Vorrang der Inanspruchnahme staatlicher Hilfe zur Gefahrenabwehr, vgl. BGHSt 61, 202 (204).

⁵¹ Siehe dazu Schönke/Schröder-Perron/Eisele, StGB, 30. Aufl. 2019, § 32 Rn. 41; Psychorr/Blaschke, ZJS 2023, 320 (336).

⁵² Ähnlich Gafus, Gewaltfantasien und Gewaltmonopol, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/gewaltfantasien-und-gewaltmonopol/> (zuletzt abgerufen am 31.07.2024). Ablehnend Erb, NStZ 2023, 577 (584).

⁵³ BVerfGE 88, 203 (279).

Aus dem Sachverhalt ergibt sich zudem, dass D bewusst war, dass die Polizei bereits verständigt war und innerhalb kurzer Zeit am Ort der Blockade eintreffen würde. Schließlich ist nicht erkennbar, dass die geringe zeitliche Verzögerung, die ein Warten auf die Polizei bedeutet hätte, für D zu irreparablen Rechts-gutsbeeinträchtigungen geführt hätte.

In einem solchen Fall greift das Rechtsbewäh-rungsprinzip als ein das Notwehrrecht in seiner Schärfe legitimierender Grundsatz nicht. Ein Verhal-ten, das die Rechtsordnung selbst ambivalent bewertet, stellt die Rechtsordnung nicht in gleicher Weise grundsätzlich in Frage. Zugleich kann die verteidigende Person nicht mit gleicher Klarheit beanspruchen, nicht nur die eigenen Interessen, sondern auch die Rechtsordnung zu verteidigen, wenn staatliche Hilfe innerhalb kurzer Frist absehbar ist. In einem solchen Fall geht von dem Notwehrverhalten vielmehr ein erhebliches Eskalationspotential aus, ohne dass sich dies im Hinblick auf die für das Recht kennzeichnenden Funktionen des Rechts, eine nachhaltige Befriedung und Berücksichtigung widerstreitender Interessen zu erreichen, rechtfertigen ließe.

Das Handeln des D war nicht geboten.

Hinweis: Andere Ansicht ebenso gut vertretbar.

d) Zwischenergebnis zu II.

Eine Rechtfertigung gem. § 32 StGB scheidet aus. D handelte rechtswidrig.

III. Schuld

1. Subjektive Fahrlässigkeit

Der Erfolgseintritt muss D auch subjektiv vorwerfbar sein. Er muss nach seinen persönlichen Fähigkeiten und Kenntnissen in der Lage gewesen sein, die gebo-tene Sorgfalt einzuhalten und die Folgen seines sorg-faltspflichtwidrigen Tuns abzusehen.⁵⁴

Es sind keine Gründe ersichtlich, warum D nicht hätte erkennen können, dass die Gefahr bestand, C mit dem Teppichmesser zu verletzen. Dies wäre auch sub-jektiv vermeidbar gewesen, indem er auf das Eintref-fen der Polizei gewartet hätte. Es war für ihn auch er-sichtlich, dass die bereits verständigte Polizei dem-nächst eintreffen und die Aktivist*innen von der Fahr-bahn entfernen würde.

2. (Indirekter) Verbotsirrtum / Erlaubnisirrtum

D glaubt sich dazu berechtigt, Maßnahmen zu ergrei-fen, um die Blockierenden von der Straße zu entfernen und so seine Fortbewegungsfreiheit wieder herzustellen. Er irrt über die Gebotenheit seines Verteidigungs-verhaltens und mithin über die rechtlichen Grenzen der Notwehr als Erlaubnistatbestand. Ein solcher Irr-tum schließt als Verbotsirrtum gem. § 17 S. 1 StGB nur dann die Schuld aus, wenn er unvermeidbar war. Hier hätte D aber bei der zumutbaren Gewissensan-spannung erkennen können, dass sein Verteidigungs-handeln erhebliches Eskalationspotential aufwies und angesichts der bereits erfolgten Verständigung der Po-lizei unnötig war. Der Irrtum des D war daher ver-meidbar.

D handelte schuldhaft.

IV. Ergebnis

D hat sich wegen fahrlässiger Körperverletzung gem. § 229 StGB strafbar gemacht.

C. §§ 240 I, II, III, 22, 23 I, 26 StGB

Die Strafbarkeit des D entfällt jedenfalls, weil er und seine Angestellten gemeinsam von der Tat zurückge-treten sind (§ 24 II 1 StGB), nachdem D den C verse-hentlich in die Hand schnitt.

Konkurrenzen und Gesamtergebnis

B ist nicht strafbar, soweit die Strafbarkeit geprüft werden sollte.

D hat sich wegen fahrlässiger Körperverletzung gem. § 229 StGB strafbar gemacht.

⁵⁴ Matt/Renzikowski-Gaede, StGB, 2. Aufl. 2020, § 15 Rn. 50.

Interview mit PD Dr. Silvia Pernice-Warnke, LL.M.

Von Redaktion der Marburg Law Review

PD Dr. Silvia Pernice-Warnke, LL.M. (geb. 1980) tritt ab Oktober 2024 die Nachfolge von Herrn Professor Dr. Steffen Detterbeck an der Professur für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Philipps-Universität Marburg an. Im Interview mit der Redaktion beantwortet sie Fragen zu sich selbst und dem juristischen Studium.

MLR: Bitte schildern Sie kurz Ihren bisherigen Werdegang.

Pernice-Warnke: Ich habe an der *Julius-Maximilians-Universität Würzburg* und an der *Università degli Studi di Padova* studiert. Nach einem Masterstudium an der *University of Edinburgh* und der Promotion an der *Julius-Maximilians-Universität Würzburg* habe ich mein Referendariat im OLG-Bezirk Düsseldorf (u.a. mit Stationen am BMU in Berlin und bei den Vereinten Nationen in Genf) absolviert. An meine Zeit im Dekanat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der *Universität zu Köln* (wo ich mit Lehr- und Studienorganisationsfragen befasst war), schloss sich eine wissenschaftliche Tätigkeit am Lehrstuhl von Herrn Prof. Dr. von Coelln an. Mein Habilitationsverfahren war 2022 abgeschlossen.

MLR: Welche Gründe haben Sie dazu bewogen sich auf eine Stelle als Jura-Professorin in Marburg zu bewerben?

Pernice-Warnke: Die *Philipps-Universität Marburg* gehört für mich zu den traditionsreichsten Universitäten Deutschlands und steht schon seit Jahrhunderten für gute Forschung und Lehre. Sie hat eine überschaubare Größe – Studierende und Lehrende können auf diese Weise besonders leicht in Austausch treten, was Studium und Lehre gut tut und zu weniger Anonymität führt. Ich selbst habe auch an einer traditionsreichen und eher kleinen Universität studiert und promoviert – an der *Julius-Maximilians-Universität Würzburg*. In Marburg findet auch ein intensiver fächerübergreifender Austausch statt. Schließlich gefällt mir die Stadt selbst, insbesondere die historische Oberstadt, sehr gut.

MLR: Welche drei Kernkompetenzen sollte ein guter Jura-Professor/eine gute Jura-Professorin Ihrer Ansicht nach mitbringen? Und warum?

Pernice-Warnke: Die Fähigkeit,

- den Studierenden Systemverständnis sowie die Bereitschaft und Kompetenz zu selbstständigem Denken und kritischer Reflexion zu vermitteln
- sie für die Rechtswissenschaft zu begeistern
- ihnen die Relevanz und Bedeutung ihres Tuns zu vermitteln und sie zu verantwortungsbewussten Juristen auszubilden.

Wir Lehrende legen die Basis für die Ausbildung von Juristinnen und Juristen und tragen damit eine große Verantwortung; uns kommt eine Vorbildfunktion zu. Erfolgreiches Lernen setzt Interesse und Begeisterung voraus; deshalb müssen wir eine Flamme in den Studierenden entzünden (frei nach *Heraklit*: Lernen bedeutet nicht, Fässer zu füllen, sondern Fackeln zu entzünden).

MLR: Welche drei Kernkompetenzen sollte ein Student/eine Studentin der Rechtswissenschaften Ihrer Ansicht nach mitbringen? Und warum?

Pernice-Warnke: Das kann ich nur schwer auf drei reduzieren, aber ich bilde einmal drei Gruppen:

- Verantwortungsbewusstsein, Fähigkeit zu Reflexion, selbstständigem Denken und kritischem Hinterfragen
- Freude am und Fähigkeit zum logischen und analytischen Denken sowie Argumentieren; sehr gute sprachliche Fähigkeiten
- Interesse an der Funktionsweise und am Funktionieren des gesellschaftlichen und politischen Systems.

Das sind aus meiner Sicht die Kompetenzen, die Studierende befähigen, ihr Studium erfolgreich zu absolvieren, vor allem aber dazu, später als gute und verantwortungsvolle Juristen tätig zu sein.

Mitgebracht werden sollte auch ein klares Bekenntnis zu unserer freiheitlich-demokratischen

Grundordnung und die Bereitschaft, dafür einzustehen. Aber das ist keine „Kompetenz“ im eigentlichen Sinne, nach der Sie ja gefragt hatten.

MLR: Welche Erwartungen haben Sie als Professorin an die Studierenden in Ihren Veranstaltungen?

Pernice-Warnke: Dass sie mit Interesse, Motivation und Engagement aktiv daran teilnehmen.

MLR: Welche Veranstaltungen werden Sie anbieten?

Pernice-Warnke: Im Wintersemester 2023/24 v.a. die Große Übung und das Examensrepetitorium Verfassungsrecht, im Sommersemester 2024 das Examensrepetitorium Verwaltungsrecht AT und BT sowie die Vorlesungen Kommunalrecht und Verfassungsgeschichte. Insgesamt werden es Veranstaltungen auf dem Gebiet des Öffentlichen Rechts, insbesondere auch des Verwaltungsrechts und des Europarechts sein.

MLR: Welche Forschungsschwerpunkte werden Sie in Zukunft am Fachbereich repräsentieren und wo liegen Ihre persönlichen Interessenschwerpunkte?

Pernice-Warnke: Meine Forschungsschwerpunkte liegen zunächst im Bereich Partizipation, insbesondere derjenigen jüngerer Menschen. Im Zusammenhang damit richte ich insgesamt einen besonderen Fokus auf das Wahlrecht. Hinzu tritt der Bereich Generationengerechtigkeit, u.a. im Bereich Klimaschutz, Sozialversicherung und Staatsverschuldung. Auch die Auswirkungen und Herausforderungen des demographischen Wandels, u.a. im Bau- und Planungsrecht, bilden einen meiner Schwerpunkte. Zusätzlich beschäftige ich mich mit den Überformungen des nationalen Rechts durch das Unionsrecht, v.a. im Verwaltungs(prozess)recht, u.a. im Bereich umweltrechtliche Verbandsklagen. Schließlich befasse ich mich auch noch mit weiteren Fragen des nationalen Allgemeinen und Besonderen Verwaltungsrechts sowie des Verfassungs- und Unionsrechts.

MLR: Auf welche Weise möchten sie den Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg prägen?

Pernice-Warnke: Ich hoffe, viele Studierende für die Rechtswissenschaft begeistern, ihnen etwas mit auf ihren Weg geben zu können und einen Beitrag dazu zu

leisten, dass sie sich gern an ihr Studium in Marburg erinnern und verantwortungsvolle und engagierte Juristen werden.

Zudem hoffe ich, einen Teil des juristischen Nachwuchses auch für die Wissenschaft begeistern und auf ihrem Weg gut begleiten zu können.

Schließlich möchte ich den Fachbereich natürlich auch durch meine Forschung mitprägen. Ich hoffe, im Bereich meiner Forschungsschwerpunkte, die sehr drängende aktuelle Fragen betreffen, zur interdisziplinären und internationalen Vernetzung sowie zur Sichtbarkeit des Fachbereichs und der Universität beitragen zu können.

MLR: Einer Ihrer Forschungsschwerpunkte liegt im Bereich des demographischen Wandels. Welche rechtliche Relevanz hat dieses Thema und gibt es Aspekte, die auch für Studierende abseits des universitären Pflichtstoffs von Relevanz sein könnten?

Pernice-Warnke: Der demographische Wandel ist in vielerlei Hinsicht rechtlich relevant. Zu denken ist insoweit nur an sozial- oder verwaltungsrechtliche Aspekte, also z.B. die Ausgestaltung der sozialen Sicherungssysteme oder Planungsfragen. Der demographische Wandel lässt sich sowohl rein altersbezogen als auch bezogen auf die räumliche Verteilung der Bevölkerung verstehen. Ich hoffe zumindest, dass es sich dabei auch um Themen handelt, die für die Studierenden interessant sind. Sie betreffen ja ihre unmittelbare Lebenswirklichkeit.

MLR: Welche drei Tipps würden Sie heute Ihrem „Erstsemester-Ich“ für ein erfolgreiches Studium der Rechtswissenschaften mit auf den Weg geben?

Pernice-Warnke:

- Vielseitig interessiert, motiviert, engagiert an das Studium herangehen
- sich nicht von anderen verunsichern oder unter Druck setzen lassen
- nicht zu früh und nicht nur auf die Examensrelevanz schielen, sondern das Hochschulstudium nutzen, um über den Tellerrand zu schauen. Dazu gehören ein möglichst vollständiges Studium im Hinblick auf die juristischen Lehrveranstaltungen, der Besuch von Seminaren und Vorträgen und von Veranstaltungen anderer Disziplinen, das Absolvieren

von Praktika und vielleicht auch ein Auslandsaufenthalt oder die Teilnahme an *Moot Courts* etc.

MLR: Das Studium der Rechtswissenschaften ist bekannt für seine große Stoffmenge. Wie sah Ihre Examensvorbereitung aus? Wie lässt sich der Prüfungsstoff gut eingrenzen und bewältigen? Und wie sollte das Zeitmanagement aussehen?

Pernice-Warnke: Meine Examensvorbereitung im engeren Sinne habe ich auf ein Jahr begrenzt. In diesem Jahr habe ich sowohl das universitäre als auch ein privates Repetitorium besucht, habe viele Klausuren geschrieben, Inhalte selbstständig zuhause vor- und nachbereitet und hatte zusätzlich eine nette Lerngruppe. Zwar war dieses Jahr sehr stark vom Lernen geprägt (was ja durchaus Spaß machen kann), gleichwohl habe ich auch auf einen guten und regelmäßigen Ausgleich in Form von sozialen Aktivitäten und Sport geachtet.

Insgesamt würde ich folgende Ratschläge erteilen (das werde ich auch i.R.d. Veranstaltungen im Examinatorium noch vertiefen):

- Die Zeit der Examensvorbereitung im engeren Sinne nicht zu kurz, aber auch nicht zu lang ansetzen
- Aktivität statt Passivität, d.h. nicht nur passiv konsumieren, sondern Inhalte kritisch hinterfragen, Klausuren schreiben, kompliziertere Probleme einem Freund/einer Freundin als „Sparringspartner“ erklären
- Vermeidung eines „Verhedderns“
 - in der Vielzahl der heute auf unterschiedlichsten Kanälen angebotenen Materialien – weniger ist manchmal mehr
 - in Details; stattdessen Fokussierung auf die großen Zusammenhänge und Strukturen
- Sicherstellung eines guten Ausgleichs in Form sportlicher Aktivitäten etc.

MLR: Systemverständnis oder (bloßes) Wissen? Was sind Ihrer Meinung nach die grundlegenden Voraussetzungen für eine gute, juristische Klausur (im Öffentlichen Recht)?

Pernice-Warnke: Definitiv Systemverständnis, zudem vor allem Problembewusstsein, Transfer- und gute Argumentationsfähigkeit.

MLR: Was könnten Gründe für die hohen Durchfallquoten und die schlechten Noten im juristischen Studium sein? Sehen Sie da einen Reformbedarf?

Pernice-Warnke: Zunächst ist ja die Frage, wie hoch die Durchfallquoten selbst im juristischen Examen letztlich wirklich sind. Bei den veröffentlichten Statistiken ist zu berücksichtigen, dass selten die endgültigen Durchfallquoten angegeben werden, sondern meist nur diejenigen pro Durchgang.

Zudem sind sie zwar relevant, aber auch nicht allein entscheidend: Ein Studium, dessen Abschlussprüfung alle bestehen, ist nicht zwangsläufig ein gutes Studium.

Durchfallquoten können auch etwas damit zu tun haben, dass es vorher keine relevanten bzw. ausreichenden Hürden gibt, die vielleicht denjenigen, die für das Fach nicht geeignet sind, dieses Signal senden. Die juristische Abschlussprüfung muss die Eignung der Absolventinnen und Absolventen für die sehr verantwortungsvollen Berufe sicherstellen, die sie später ergreifen werden.

Aber, und insoweit liegt die Verantwortung bei den Lehrenden: Diesen Anspruch muss das Examen natürlich auch wirklich erfüllen. Es muss gleichermaßen auf die späteren beruflichen Anforderungen zugeschnitten sein wie auch die Studieninhalte widerspiegeln. Und natürlich müssen wir die Studierenden auch gut auf dieses Examen vorbereiten. Keinesfalls sollte der Eindruck entstehen, das Examen sei nur mit Hilfe eines privaten Repetitors zu bestehen. Hier müssen die Universitäten ein gleichwertiges Angebot bereitstellen. Da hat sich in den letzten Jahren aber auch wirklich sehr viel getan.

Was die von Ihnen angesprochenen Noten anbelangt: Da haben wir Juristen ein im Vergleich zu anderen Fächern etwas eigenes Bewertungssystem, das aber ja fachintern (und inzwischen wohl auch vielfach -extern) bekannt ist. Die Wichtigkeit des Erreichens hervorragender Noten für das spätere berufliche Fortkommen würde ich zumindest nicht überbewerten.

Daher: Meiner Ansicht nach ist die juristische Ausbildung an deutschen Hochschulen insgesamt sehr hochwertig. Gleichwohl müssen wir Lehrenden uns permanent um gute und geeignete Lehr- und Prüfungsformate und ihre Fortentwicklung sowie natürlich auch einen adäquaten Studienaufbau bemühen.

MLR: Möchten Sie den Studierenden noch etwas mit auf den Weg geben?

Pernice-Warnke: Bleiben Sie interessiert, neugierig, kritisch! Ich freue mich sehr auf meinen Start in Marburg und darauf, viele von Ihnen persönlich kennenzulernen!

MLR: Vielen Dank für das Interview Frau PD Dr. Pernice-Warnke.

Die Marburger Lebensmittelrechtsakademie (LMRA)

Von Wiss. Mitarbeiterin **Desiree Czap** und Stud. Hilfskraft **Fabian von Minckwitz**, Marburg*

Darf ein vom Hersteller¹ als „Hähnchen-Kebab“ bezeichnetes Tiefkühl-Fertiggericht aus zerkleinertem Hähnchenfleisch bestehen² oder eine Brauerei ihr Bier als „bekömmlich“ bewerben³? Kann eine private Pflegeeinrichtung als Lebensmittelunternehmer zu qualifizieren sein?⁴ Sind CBD-Öl-Mundtropfen Lebensmittel?⁵ Welche Meldepflichten hat ein Laborverantwortlicher?⁶ Haftet der Betreiber einer Verkaufsplattform für die Bezeichnung von Sojadriinks als „Sojamilch“ durch Dritte?⁷ Sind die Blankettvorschriften, die häufig im Lebensmittelstrafrecht und -ordnungs-widrigkeitenrecht verwendet werden, verfassungskonform?⁸ Die Antworten auf all diese Fragestellungen des Lebensmittelrechts in seinen verschiedenen Ausprägungen gibt es in der jährlich stattfindenden *Marburger Lebensmittelrechtsakademie* (LMRA).

A. Lebensmittelrecht im Überblick

I. Was ist das Lebensmittelrecht?

Um die hohe Relevanz des Lebensmittelrechts im nationalen und europäischen Zusammenhang zu erkennen, sollte zunächst geklärt werden, was man überhaupt unter „Lebensmittelrecht“ versteht.

Das Lebensmittelrecht ist in zweierlei Maßen als „interdisziplinäre Wissenschaft“ zu verstehen. Bei der Beurteilung lebensmittelrechtlicher Sachverhalte sind zum einen Naturwissenschaften wie Biologie, (Lebensmittel-)Chemie oder Veterinärmedizin miteinzu-beziehen. Zum anderen stellt das Lebensmittelrecht auch innerhalb der Rechtswissenschaften eine Querschnittsmaterie zwischen Zivil-, Straf- und Öffentlichem Recht einschließlich des Europarechts dar.⁹

Unterscheiden lässt sich weiter zwischen dem Lebensmittelrecht im engeren und im weiteren Sinne. Befasst sich eine Vorschrift speziell mit Lebensmitteln, wird sie dem Lebensmittelrecht im engeren Sinne zugeordnet. Hierunter fallen zum Beispiel die als Basisverordnung (BasisVO) bekannte europäische Verordnung (EG) Nr. 178/2002 oder das deutsche Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch (LFGB). Dagegen gehören zum Lebensmittelrecht im weiteren Sinne Vorschriften, die über ihr vorrangiges Regelungsziel hinaus lebensmittelrechtlich relevante Sachverhalte mitregeln, wie es zum Beispiel im Steuerrecht der Fall ist.¹⁰

Da das Lebensmittelrecht demgemäß nicht nur aus rechtswissenschaftlicher, sondern auch aus naturwissenschaftlicher Sicht von großer Bedeutung ist und einen hohen Praxisbezug aufweist, gestaltet es sich als äußerst „facettenreiche Materie“¹¹. „Durch seine ausgeprägte Interdisziplinarität und Intradisziplinarität erweist sich [aber gerade] das **Lebensmittelrecht als attraktives Referenzgebiet**“, so der Gründungsdirektor der Bayreuther Forschungsstelle.¹² Die nähere Auseinandersetzung mit dem Lebensmittelrecht kann sich folglich lohnen!

II. Wozu braucht es das Lebensmittelrecht?

1. Sicherstellung der Versorgung

Grundlage der menschlichen Existenz ist die Ernährung.¹³ Heute erscheint es für uns selbstverständlich, dass sichere Lebensmittel ständig und in reicher

* *Desiree Czap* ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin an der Forschungsstelle für Europäisches und Deutsches Lebens- und Futtermittelrecht bei Herrn Prof. Dr. *Wolfgang Voit* an der Philipps-Universität Marburg. *Fabian von Minckwitz* war bis zum 31.07.2024 Studentische Hilfskraft an dem Lehrstuhl und ist Absolvent der 18. Lebensmittelrechtsakademie 2023.

¹ Die in diesem Beitrag verwendeten Personenbezeichnungen beziehen sich immer gleichermaßen auf alle Geschlechter. Auf eine Doppelnennung und gegenderte Bezeichnungen wird zugunsten einer besseren Lesbarkeit verzichtet.

² VG Berlin, LRE 64, 316 ff.

³ BGH, LRE 77, 263 ff. – Bekömmliches Bier; OLG Stuttgart, LRE 73, 105 ff. – "bekömmlich", Bekömmliches Bier; LG Ravensburg, LMuR 2015, 200 ff. – "Bekömmliches" Bier.

⁴ VG Ansbach, BeckRS 2022, 45568, Rn. 28.

⁵ VGH Baden-Württemberg, openJur 2023, 8758, Rn. 21 ff.

⁶ BVerwG, NWVBl 2024, 190 ff.

⁷ OLG Frankfurt, MDR 2024, 388 f. – Sojamilch.

⁸ BVerfGE 143, 38 ff. – Rindfleischetikettierung; BVerfGE 153, 310 ff. – Knorpelfleisch.

⁹ *Meisterernst*, Lebensmittelrecht, 2. Aufl. 2024, § 1 Rn. 17; *Streinz*, ZLR 2016, 572 (572 f.); *Streinz*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 57 Rn. 1; *Stober/Eisenmenger*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, 18. Aufl. 2023, § 53 Rn. 627.

¹⁰ *Meisterernst*, Lebensmittelrecht, 2. Aufl. 2024, § 1 Rn. 18.

¹¹ *Meisterernst*, Lebensmittelrecht, 2. Aufl. 2024, § 1 Rn. 3.

¹² *Streinz*, ZLR 2016, 572 (581).

¹³ *Meisterernst*, Lebensmittelrecht, 2. Aufl. 2024, § 1 Rn. 1, Rn. 2.

Auswahl zur Verfügung stehen.¹⁴ Doch so war es nicht immer! Den heute geltenden und vor allem europaweit einheitlichen Grundsätzen gingen Lebensmittelkrisen wie der BSE-Skandal¹⁵ voraus.¹⁶ Auf die BSE-Krise folgten grundlegende lebensmittelrechtliche Veränderungen sowohl auf nationaler sowie europäischer Ebene, um das Vertrauen der Verbraucher in die Regulierungsbehörden wiederherzustellen.¹⁷ Die Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung mit Lebensmitteln ist „fundamentale staatliche Aufgabe im Bereich der Daseinsvorsorge“.¹⁸ Hierfür ist „ein reichslos funktionierendes und sicheres Lebensmittel- und Ernährungswirtschaftsrecht“ erforderlich.¹⁹

2. Trends und Risiken

Schon lange sind die Zeiten vorbei, in denen wir nur regionale Lebensmittel in den Regalen der Einkaufsläden fanden, auch wenn dies ebenfalls einen wieder zunehmenden Trend darstellt.²⁰ In den Regalen finden wir heute neben exotischen Früchten vor allem auch *Super Foods*²¹ sowie vegetarische und vegane Ersatzprodukte. Das Ernährungsbewusstsein der Gesellschaft nimmt stark zu.²² Demnach sollen Lebensmittel nicht nur äußerst gesund, sondern auch nachhaltig sein. Mit sogenannten „*Health Claims*“²³ und „*Green Claims*“²⁴ lenken viele Lebensmittelunternehmen die Aufmerksamkeit des Verbrauchers auf ihre Produkte. Doch all diese Veränderungen bringen auch (neue)

Gefahren für den Verbraucher mit sich. Neben der Lebensmittelsicherheit ist es insbesondere der Täuschungsschutz, der im Fokus des Lebensmittelrechts steht, wie man beispielsweise bei der Bewerbung von rein pflanzlichen Produkten mit Bezeichnungen für tierische Milcherzeugnisse gut erkennen kann²⁵.

3. Lebensmittelwirtschaft in Deutschland

Zu den wichtigsten Industriezweigen in Deutschland zählt die Lebensmittelindustrie.²⁶ Sie erwirtschaftete im Jahr 2022 einen Umsatz von 218.500.000.000 Euro (218,5 Mrd. Euro).²⁷

Die Nachfrage nach deutscher Lebensmittelqualität im internationalen Raum sorgt dafür, dass Deutschland der drittgrößte Lebensmittelexporteur am Weltmarkt ist.²⁸

4. Verbraucherschutz als Leitbild

Dem stark unionsrechtlich geprägten Lebensmittelrecht²⁹ liegt der leitende Grundgedanke des Verbraucherschutzes zu Grunde³⁰.

a) Europäische VO (EG) Nr. 178/2002

In der europäischen BasisVO sind in Kapitel II die grundlegenden Prinzipien aufgeführt. Hierunter fallen die Risikoanalyse³¹ (Art. 6), das Vorsorgeprinzip³² (Art. 7), der Schutz der Verbraucherinteressen³³ (Art. 8), die Grundsätze der Information³⁴ (Art. 9, 10) und das Gebot der Lebensmittelsicherheit³⁵ (Art. 14)

¹⁴ Weck, Lebensmittelrecht, 4. Aufl. 2023, Rn. 1; Meisterernst, Lebensmittelrecht, 2. Aufl. 2024, § 1 Rn. 1.

¹⁵ [BSE-Krise](#) (abgerufen am 25.06.2024); *Bovine spongiforme Enzephalopathie* (BSE) ist eine Tierseuche, welche zum sogenannten „Rinderwahn(-sinn)“ führt.

¹⁶ Meisterernst, in: Streinz/Meisterernst (Hrsg.), Kommentar zur BasisVO und zum LFGB, 2021, Art. 1 BasisVO Rn. 3.

¹⁷ [BSE-Krise](#) (abgerufen am 25.06.2024).

¹⁸ Meisterernst, Lebensmittelrecht, 2. Aufl. 2024, § 1 Rn. 1.

¹⁹ Stober/Eisenmenger, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, 18. Aufl. 2023, § 53 Rn. 626.

²⁰ Vgl. [BMEL-Ernährungsreport 2022](#), S. 12 (abgerufen am 25.06.2024).

²¹ [Super Foods](#) (abgerufen am 25.06.2024).

²² Vgl. [BMEL-Ernährungsreport 2022](#), S. 3, S. 20 f. (abgerufen am 25.06.2024).

²³ Holle, Health Claims – kompakt, Die europäischen Regeln für die Lebensmittelwerbung, 2007; Holle/Hüttebräuer, Kommentar zur HCVO, 2018. Allgemein bei Streinz, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 57 Rn. 29. Siehe als Beispiel etwa OLG Karlsruhe, WRP 2024, 602 ff. („Glücklich Schwanger Tee“).

²⁴ Ausführlich Reinhardt, Green Claims für Lebensmittel und kosmetische Mittel, 2023. Siehe als Beispiel etwa

LG München I, WRP 2024, 405 ff. – WUNDERBRAEU zur „klimaneutralen Herstellung“ von Bier.

²⁵ Beispielsweise EuGH, LRE 74, 205 ff. – Tofu-Town.com; dazu Fritzsche/Knapp, WRP 2017, 897 ff.; LG Trier, LRE 75, 153 ff. – Tofubutter; OLG Celle, LRE 79, 97 ff. – vegane Käse-Alternative.

²⁶ [Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz \(BMWK\)](#) (abgerufen am 25.06.2024).

²⁷ [Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz \(BMWK\)](#) (abgerufen am 25.06.2024).

²⁸ [Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz \(BMWK\)](#) (abgerufen am 25.06.2024).

²⁹ Weck, Lebensmittelrecht, 4. Aufl. 2023, Rn. 11; Meisterernst, Lebensmittelrecht, 2. Aufl. 2024, § 3 Rn. 1; Streinz, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 57 Rn. 1.

³⁰ Knierim, in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 2017, Vor. §§ 58-61 LFGB Rn. 2; Meisterernst, Lebensmittelrecht, 2. Aufl. 2024, § 2 Rn. 1.

³¹ Dazu Weck, Lebensmittelrecht, 4. Aufl. 2023, Rn. 48 ff.

³² Dazu Weck, Lebensmittelrecht, 4. Aufl. 2023, Rn. 48 ff.

³³ Dazu Weck, Lebensmittelrecht, 4. Aufl. 2023, Rn. 75.

³⁴ Dazu Weck, Lebensmittelrecht, 4. Aufl. 2023, Rn. 76 ff.

³⁵ Dazu Weck, Lebensmittelrecht, 4. Aufl. 2023, Rn. 56 ff.

sowie schließlich das Prinzip der Rückverfolgbarkeit³⁶ (Art. 18).³⁷

b) Deutsches LFGB

Im Fokus des deutschen LFGB stehen der Gesundheitsschutz (§ 1 Nr. 1), der Täuschungsschutz (§ 1 Nr. 2) sowie die Verbraucherinformation (§ 1 Nr. 3), die gleichzeitig den Gesetzeszweck darstellen.³⁸

III. Wo wird zum Lebensmittelrecht geforscht?

Obwohl die Spuren des Lebensmittelrechts weit in die Vergangenheit reichen³⁹, hat „das Lebensmittelrecht lange Zeit ein wissenschaftliches Randdasein gefristet“⁴⁰. Die elementaren Regelungen des Lebensmittelrechts werden oft als selbstverständlich angesehen.⁴¹ Doch es hat sich über die Zeit zu „einer außerordentlich komplexen Materie entwickelt“.⁴² Universitäre Forschung wird in Deutschland seit Anfang 1990 an der *Forschungsstelle für Deutsches und Europäisches Lebensmittelrecht*⁴³ an der *Universität Bayreuth*, sowie seit April 2008 an der *Forschungsstelle für Europäisches und Deutsches Lebens- und Futtermittelrecht*⁴⁴ an der *Philipps-Universität Marburg* betrieben.⁴⁵ Der damalige Vorsitzende des Fördervereins der Marburger Forschungsstelle Rechtsanwalt *Armin Werner* prophezeite im Gründungsjahr: „**In fünf Jahren werde kein am Lebensmittelrecht Interessierter mehr an Marburg vorbeikommen.**“⁴⁶ Er behielt recht!

B. Marburger Forschungsstelle für Lebensmittelrecht

Die Forschungsstelle für Lebensmittelrecht in Marburg wurde im April 2008 gegründet.⁴⁷ Angesiedelt ist sie am Fachbereich Rechtswissenschaften der *Philipps-Universität Marburg*. Als Sprecher der Forschungsstelle repräsentiert Herr Prof. Dr. *Wolfgang*

Voit die Institution nach außen.⁴⁸ Ideelle und finanzielle Unterstützung erhält die Forschungsstelle vom bereits 2005 gegründeten *Verein zur Förderung der Forschungsstelle für Europäisches und Deutsches Lebens- und Futtermittelrecht an der Philipps-Universität zu Marburg e. V.*⁴⁹ Die Arbeit der Forschungsstelle wird durch einen wissenschaftlichen Beirat mit hochkarätigen Experten des Lebensmittelrechts unterstützt.⁵⁰

C. Lebensmittelrechtsakademie

Als Einstieg in das Lebensmittelrecht wurde in Marburg die Lebensmittelrechtsakademie (LMRA) ins Leben gerufen. Der erste Durchgang startete im Herbst 2006. Das Weiterbildungsangebot richtet sich nicht nur an Juristen, sondern auch an Naturwissenschaftler der verschiedenen Fachrichtungen.

„**Insgesamt sind uns Aktualität, methodisches Grundverständnis, und die individuellen Bedürfnisse der Teilnehmer wichtig. Deshalb entwickeln wir unser Programm jedes Jahr weiter und greifen aktuelle Entwicklungen auf, ohne die Grundausbildung zu vernachlässigen.**“⁵¹, so Herr Prof. Dr. *Voit* im Interview mit der lebensmittelrechtlichen Zeitschrift „*recht*“.

I. Umstrukturierung der LMRA 2024

In diesem Jahr hat die LMRA eine tiefgreifende Umstrukturierung erfahren. Evaluierungen der letzten Durchgänge haben ergeben, dass den Teilnehmenden der persönliche Kontakt in Marburg zu den Referenten und vor allem zu den anderen Teilnehmenden äußerst wichtig ist. Viele gaben in dem Fragebogen an, dass dieses Fortbildungsformat in Deutschland einzigartig ist und sie sich daher für die LMRA entschieden haben. Da es sich um eine kleine Gruppe an Teilnehmenden handelt, die miteinander viel Zeit verbringen,

³⁶ Dazu *Weck*, *Lebensmittelrecht*, 4. Aufl. 2023, Rn. 68 ff.

³⁷ *Weck*, *Lebensmittelrecht*, 4. Aufl. 2023, Rn. 47.

³⁸ *Knierim*, in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 2017, Vor. §§ 58-61 LFGB Rn. 2 f.

³⁹ Beispiele bei *Stober/Eisenmenger*, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Besonderer Teil, 18. Aufl. 2023, § 53 Rn. 628; *Weck*, *Lebensmittelrecht*, 4. Aufl. 2023, Rn. 2 f.; vgl. *Meisterernst*, *Lebensmittelrecht*, 2. Aufl. 2024, § 1 Rn. 4 ff.

⁴⁰ *Stober/Eisenmenger*, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Besonderer Teil, 18. Aufl. 2023, § 53 Rn. 627.

⁴¹ *Meisterernst*, *Lebensmittelrecht*, 2. Aufl. 2024, § 1 Rn. 3.

⁴² *Pfohl*, in: Müller-Gugenberger (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 7. Aufl. 2021, Kap. 72 Rn. 72.1. Ein kurzer Überblick über die Entwicklung des Lebensmittelrechts findet sich bei *Weck*, *Lebensmittelrecht*, 4. Aufl. 2023, Rn. 4 ff., Rn. 11 ff.,

sowie bei *Meisterernst*, *Lebensmittelrecht*, 2. Aufl. 2024, § 1 Rn. 4 ff.

⁴³ [Forschungsstelle Bayreuth](#) (abgerufen am 25.06.2024).

⁴⁴ [Forschungsstelle Marburg](#) (abgerufen am 25.06.2024).

⁴⁵ Siehe dazu auch *Streinz*, ZLR 2016, 572 (576, 580).

⁴⁶ [Spezialität Lebensmittelrecht in Theorie und Praxis](#) (abgerufen am 25.06.2024).

⁴⁷ [Spezialität Lebensmittelrecht in Theorie und Praxis](#) (abgerufen am 25.06.2024).

⁴⁸ [Forschungsstelle Marburg](#) (abgerufen am 25.06.2024).

⁴⁹ [Förderverein](#) (abgerufen am 25.06.2024); [Spezialität Lebensmittelrecht in Theorie und Praxis](#) (abgerufen am 25.06.2024).

⁵⁰ [Wissenschaftlicher Beirat](#) (abgerufen am 25.06.2024).

⁵¹ Interview mit *Voit*, *recht*, 3/2015, 118 (119).

entstehen Freundschaften, die über die Fortbildungsdauer hinaus anhalten. In dieser Zeit wächst die Gruppe zusammen, trifft sich im Anschluss an die Vorträge zum gemeinsamen Essen und Wiederholung der Lerninhalte für die Klausuren. Diese Kontakte können auch für die eigene berufliche Zukunft von großem Vorteil sein.

Die Evaluierung hat allerdings auch aufgezeigt, dass insbesondere die Teilnehmenden, die von außerhalb nach Marburg anreisen, zusätzlich finanziell durch Übernachtungskosten belastet werden. Bisher bestand die LMRA aus drei Blöcken, die alle als Präsenzveranstaltung in Marburg stattgefunden haben. Dabei entsprach ein Block in etwa einer 5-Tage-Woche. Die drei Blöcke waren über vier Monate verteilt. Jeweils am letzten Tag eines Blocks wurde eine Klausur geschrieben. Demnach ließ sich die LMRA aufgrund ihrer starren Struktur nicht ganz unproblematisch mit anderen Verpflichtungen und vor allem mit dem Berufsleben vereinbaren.

Ziel der Umstrukturierung waren insofern die Förderung der Teilnahmemöglichkeit von Studierenden sowie von Berufstätigen durch eine flexiblere Gestaltung der LMRA und darüber hinaus die Einsparung zusätzlicher Kosten für die Teilnehmenden. Ergebnis der Umstrukturierung ist die Einführung eines Online-Blocks und die zusätzliche Reduzierung auf neun Präsenztage. Zur Umsetzung dieser Ziele wurde der Lehrplan der LMRA überarbeitet und angepasst. Um den persönlichen Kontakt in Marburg aber weiterhin zu fördern, findet der erste und dritte Block der Akademie weiterhin in Präsenz statt. Die Klausur nach jedem Block wird zukünftig ebenfalls online *als Open-Book-Klausur* gestellt.

Insofern bietet die LMRA nun mehr Raum für Flexibilität, damit sich diese einfacher mit dem privaten und dem beruflichen Alltag vereinbaren lässt, bietet aber gleichzeitig weiterhin die Vorteile des Vor-Ort-Formates, um wertvolle Kontakte knüpfen zu können.

II. Modifizierter Lehrplan der LMRA 2024

Der Lehrplan der LMRA vermittelt nach wie vor die wichtigsten Inhalte des gesamten Lebensmittelrechts, so dass die Teilnehmenden möglichst umfassend auf die Praxis vorbereitet werden. Jeder Teilbereich wird von einem Praktiker präsentiert, der Experte auf diesem Gebiet des Lebensmittelrechts ist. Hierdurch kann eine sehr hohe Qualität der Inhalte der LMRA gewährleistet werden.

Der erste Block der Akademie, welcher von Donnerstag bis Samstag in Präsenz stattfindet, dient der

Einführung in das Lebensmittelrecht, indem zunächst die Grundlagen vermittelt werden. Die erste Einheit ist vor allem für alle nichtjuristischen Teilnehmenden von hoher Relevanz, da diese dazu dient, den Einstieg in das Lebensmittelrecht zu erleichtern. Den Schwerpunkt des ersten Blocks bildet das äußerst praxisrelevante Thema der Lebensmittelsicherheit. Neben des Sicherheitsbegriffs und dem Begriff des nicht zum Verkehr geeigneten Lebensmittels werden insbesondere die Grundsätze der Rückverfolgbarkeit und Verantwortlichkeit im Lebensmittelrecht gemeinsam erörtert. Darüber hinaus werden die rechtlichen Hygieneanforderungen diskutiert. Da diese Grundsätze und Anforderungen von allen Lebensmittelunternehmern einzuhalten sind, unterliegen diese der behördlichen Lebensmittelüberwachung. Abschließend wird die Struktur der Lebensmittelüberwachung, die Möglichkeit von Probenahmen und andere behördliche Maßnahmen dargestellt, um die Verbraucher vor unsicheren Lebensmitteln zu schützen.

Der darauffolgende Online-Block, welcher nur nachmittags stattfindet, dient insbesondere der begrifflichen Klarstellung spezifischer Lebensmittel wie Nahrungsergänzungsmittel oder neuartiger Lebensmittel (*Novel Foods*) und der Abgrenzung zu Produkten, die gerade keine Lebensmittel darstellen wie Kosmetika oder Arzneimittel. Es folgt unter anderem ein Vortrag zu geltenden Standards und Leitsätzen im Lebensmittelrecht sowie zum Themenkomplex der Qualitätssicherung. Des Weiteren sind die kaufrechtlichen Grundlagen und Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), die Mängelrüge und das Themenfeld Im- und Export Teil des Online-Blocks. Dieser schließt mit einer Darstellung der wichtigsten Inhalte zur Produkthaftung und Versicherungen sowie einem äußerst relevanten Überblick zum Krisenmanagement ab.

Während im ersten Block die Lebensmittelsicherheit im Fokus der Vorträge stand, bildet der Täuschungsschutz den Schwerpunkt des dritten Blocks, welcher wieder in Marburg als Präsenzveranstaltung stattfindet. Hierbei spielt neben dem Wettbewerbsvor allem das Kennzeichnungsrecht eine große Rolle. Insofern beschäftigt sich dieser Block mit äußerst aktuellen Themen wie *Green Claims* und Werbung gegenüber Kindern. Nachdem die Grundsätze der Lebensmittelüberwachung bereits im ersten Block dargestellt wurden, wird im dritten Block darauf Bezug genommen und in diesem Zusammenhang das Kennzeichnungsrecht diskutiert. Die letzte Einheit der Akademie zeigt auf, welche Sanktionen das Straf- und das Ordnungswidrigkeitenrecht vorsehen, wenn ein

Lebensmittelunternehmer gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften verstößt.

Von den Grundlagen bis zu den spezifischen lebensmittelrechtlichen Themenbereichen – die LMRA vermittelt das Gesamtpaket Lebensmittelrecht kompakt in drei Blöcken. Die LMRA bietet damit eine einzigartige Möglichkeit für Studierende und Berufstätige mit juristischem sowie naturwissenschaftlichem Bildungshintergrund, in das Lebensmittelrecht einzusteigen oder bereits erworbene Kenntnisse zu erweitern und zu vertiefen. In Bezug auf den Lehrplan ist besonders hervorzuheben, dass sich dieser durch einen hohen Praxisbezug auszeichnet und die Fortbildungsform in einer Kleingruppe viel Platz für inhaltliche Diskussion bietet.

III. Referentenkreis

So vielseitig wie das Lebensmittelrecht ist auch die Zusammensetzung des Referentenkreises der LMRA. Neben Vertretern aus der universitären Forschung und Lehre setzt sich das Referententeam aus zahlreichen Praktikern aus der Rechtsanwaltschaft, der Lebensmittelüberwachung sowie der Unternehmensberatung und Wirtschaftsverbänden zusammen. Hierbei ist besonders zu betonen, dass alle Referenten langjährige Berufserfahren mitbringen und diese Expertise im besonderen Maße zu der hohen inhaltlichen Qualität der LMRA beiträgt.

IV. Ziel und Nutzen für Teilnehmende, insbesondere für Jurastudierende

Nach der Ausbildungsstatistik des Bundesamts für Justiz (BfJ) haben im Jahr 2022 8.765 Studierende erfolgreich die Erste Juristische Prüfung bestanden.⁵² Mit einer Anzahl von 116.683 im Fach Rechtswissenschaften (Staatsexamen) eingeschriebenen Studierenden (2022) ist Jura das drittbekannteste Studienfach in Deutschland.⁵³ Umso wichtiger ist es, sich aus der grauen Masse der Jurastudierenden und -absolventen abzuheben.

1. Spezialisierung

Die LMRA in Marburg bietet eine spezialisierte Ausbildung im Bereich des Lebensmittelrechts, was den Studierenden einzigartige Kenntnisse und Fähigkeiten bereits parallel zum Studium vermittelt.

2. Interdisziplinarität

Der interdisziplinär zusammengesetzte Referentenkreis beleuchtet das Lebensmittelrecht aus

unterschiedlichen Blickwinkeln. Gleichzeitig regt der ebenfalls interdisziplinäre Teilnehmerkreis den Austausch und die Diskussion untereinander sowie mit den Referenten an.

3. Praxisbezug

Durch praxisnahe Lehrmethoden und enge Kooperationen mit der Industrie und der Anwaltschaft im Lebensmittelrecht erhalten die Studierenden an der Akademie einen realistischen Einblick in die Arbeitswelt des Lebensmittelrechts.

4. Karrierechancen

Absolventen der LMRA haben gute Aussichten auf eine erfolgreiche Karriere in der Lebensmittelindustrie und ihren Verbänden, bei Behörden oder in Anwaltskanzleien, da sie über spezifisches Fachwissen verfügen.

5. Netzwerkmöglichkeiten

Die Akademie bietet den Studierenden die Möglichkeit, wertvolle Kontakte zu knüpfen und sich mit Experten aus der Branche auszutauschen, was ihre beruflichen Perspektiven erweitern kann.

6. Praktika

Durch das Netzwerken innerhalb der Akademie mit anderen Teilnehmern und Referenten können sich Chancen auf spannende Praktika im Bereich des Lebensmittelrechts ergeben.

V. Anmeldung und Kosten

Die Förderung des lebensmittelrechtlichen Nachwuchses liegt der Forschungsstelle und dem Förderkreis sehr am Herzen. Studierende, Referendare und Doktoranden erhalten daher gegen Vorlage eines entsprechenden Nachweises eine attraktive, ermäßigte Teilnahmegebühr von nur rund 11,86 % im Vergleich zum Vollzahler für alle drei Blöcke.⁵⁴

Zudem können sich Studierende aller Fachrichtungen (einschließlich Promotionsstudierende) zu Beginn der LMRA für eines unserer drittmittelfinanzierten Teilnahmestipendien bewerben und für gute Leistungen ein Teil- oder Vollstipendium für die Teilnahme an der LMRA erhalten.⁵⁵

⁵² [BfJ-Ausbildungsstatistik](#), S. 2 (abgerufen am 25.06.2024).

⁵³ [LTO-Karriere v. 10.11.2023](#) (abgerufen am 25.06.2024).

⁵⁴ Eigene Berechnung; [Kosten](#) (abgerufen am 25.06.2024).

⁵⁵ [Stipendium](#) (abgerufen am 25.06.2024).

Die verbindliche Anmeldung zum nächsten Durchgang der LMRA ist unkompliziert über unser Online-Anmeldeformular möglich.⁵⁶

D. Weitere Veranstaltungen und Angebote

Neben der dargestellten Lebensmittelrechtsakademie bietet die Forschungsstelle zahlreiche weitere Angebote im Lebensmittelrecht an:

- die *Marburger Briefe zum Lebensmittelrecht*⁵⁷,
- den *Marburger Workshop zum Lebensmittelrecht*⁵⁸ sowie
- das *Marburger Symposium zum Lebensmittelrecht*⁵⁹.

Informationen zur LMRA 2024 (Änderungen vorbehalten)

Termine:

Die **erste Präsenzwoche** in Marburg beginnt am Donnerstag, den 26.09.2024 um 9:00 Uhr und endet am Samstag, den 28.09.2024 um 12 Uhr.

Die **zweite Woche** findet online von Montag, den 04.11.2024 bis Freitag, den 08.11.2024 jeweils halbtags von 15:00 Uhr bis ca. 18:15 Uhr statt.

Die **dritte Präsenzwoche** in Marburg beginnt am Sonntag, den 01.12.2024 um 13 Uhr. Von Montag, den 02.12.2024 bis Mittwoch, den 04.12.2024 findet die LMRA von 9:00 Uhr bis ca. 16 Uhr statt.

Für Teilnehmer der LMRA 2024 besteht zudem die Möglichkeit, am Donnerstag, den 05.12.2024 kostenlos am Marburger Symposium zum Lebensmittelrecht teilzunehmen.

Kosten:

Studierende/Referendare/Doktoranden (ermäßigt*)

- 350,- Euro (zzgl. MwSt.) für alle drei Blöcke

- 150,- Euro (zzgl. MwSt.) für einen Block

* Es gelten Bedingungen.

⁵⁶ [Anmeldeformular LMRA](#) (abgerufen am 25.06.2024).

⁵⁷ [Marburger Briefe](#) (abgerufen am 25.06.2024).

⁵⁸ [Marburger Workshop](#) (abgerufen am 25.06.2024).

⁵⁹ [Marburger Symposium](#) (abgerufen am 25.06.2024).

„There was a miscalculation, you advanced to the semifinals!“ - An experience report on the 19th ICC Mediation Competition in Paris -

Von Stud. iur. **Julius Rabba**, Marburg*

Sometimes it is astonishing what can happen in just a short time span. After both *Klara Zimmermann* and I, *Julius Rabba*, had received the approval that we were going to participate in the *19th ICC Mediation Competition* in Paris for the *University of Marburg*¹, the intense preparation started. *The ICC Mediation Competition* is an international contest where teams of two students slip into the role of a client and a counsel and compete against other teams alongside with professional mediators to solve fictional business problems without going to court. While the client is personally involved and fights for his/her company, the counsel supports the client with legal advice and steps in whenever the other team raises claims that are not justifiable. A mediation session always takes 85 minutes including optional caucuses, breaks and cross-caucuses. The main goal of each session is to negotiate a mutually beneficial agreement between both teams.

From early January until late February, we worked closely together with our coaches *Anastasia Molchanova* and *Jakob Krauß* to gain as much experience in the field of mediation as possible. Following the theoretical preparation, we had the chance to make our first practical steps in various training sessions against teams from Sri Lanka, Ireland and Northern Ireland. Each session, which was held through a video conference, was then rounded by enriching conversations with professional mediators or experienced former participants in order to reflect on our performance.

The new mediation skills we had learned were first put to the test in the last days before Paris when we visited both *DLA Piper* and *Clifford Chance* in Frankfurt. At these law firms, we had two practice sessions against the University of Münster, talked with the local lawyers and mediators and enjoyed good food and drinks.

But the exceptional experience really just started on Sunday, February 4th, when we boarded the train to Paris together with our coaches. Ahead was an experience we could drain from for the rest of our lives. From February 5th to 10th, 45 other teams from all around the world would come to Paris in order to

compete in the *ICC Mediation Competition*. First, each team would have to play three preliminary rounds from Monday to Wednesday, followed by the quarterfinals and semifinals on Thursday and Friday. The highlight of this intense week would be the final session on a big stage at the *Sciences Po* in the middle of Paris, where the winners would be chosen. Last year the team from *NALSAR University of Law* from India won the *ICC Mediation Competition*, this year a European team would take the trophy home. Well prepared and with enough confidence, we entered the preliminary rounds against Amsterdam, Paris and Tokyo alongside with professional mediators from all around the world. Again, after each session, there was time for feedback from the judges, who were not only highly experienced in the field of mediation themselves, but also very interested in giving young people the best advice to improve in the competition. For these three days, everybody worked hard and tried their best, even though we were not happy with how every session went.

But the lack of sleep and the skipped sightseeing paid off later that day, when the quarterfinalists were announced: „*Last but not least in the quarterfinals is: University of Marburg*“. Loaded with adrenaline, we went home and worked throughout the whole night to be prepared for the quarterfinal against Athens. This session took place in the beautiful facilities of the law firm *Cohen Amir-Aslani* in the middle of Paris the next day.

In the evening, the semifinalists were announced. This time in the Indian embassy, but that did not go as planned. Instead of following the knockout system and letting one team from each quarterfinal advance, the ICC announced two complete quarterfinals to be in the semifinals, not including the *University of Marburg*. We were devastated, but also a little bit relieved, so we went out the same evening and slept in the next day.

Shortly after we were done with breakfast, we received a call from supervisor and organizer *Dr. Reinmar Wolff*: „**Turns out, there was a miscalculation, you advanced!**“ We were thrilled. There were still a

* The author studies law at the University of Marburg in his fourth semester. He works as a student assistant for Prof. Dr. Dr. h. c. *Hans-Detlef Horn*.

¹ <https://www.uni-marburg.de/fb01/icc> (05.06.2024).

couple of hours left for preparation, so we rolled up our sleeves and got to work. At the headquarters of the ICC, we played the semifinals against Amsterdam alongside with fabulous and well-experienced mediator *Rosemary Howell*. And what shall I say other than: It was the best session we had to that day!

What had started with us just being curious about the competition and not having high hopes for advancing at all, now ended with us advancing to the finals and playing against our friends from Ireland on a stage at *Sciences Po*. This last session was also the most thrilling one. We were very nervous entering the stage, but we played a solid session and had a great time. Even though Ireland won in the end, we are more than happy to have come this far in the competition and glad that we had the possibility to connect with so many great people from all around the world. The whole journey came to an end when the dean of the law faculty at the *University of Marburg* invited us to his meeting room to enjoy some good conversations and have a toast on the last weeks.

Again, *Klara* and I are more than glad that we had the chance to learn from the best coaches imaginable and that the University made the whole experience possible. It was a huge pleasure.