



BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

JURISTISCHE FACHZEITSCHRIFT AN DER FREIEN UNIVERSITÄT BERLIN

EDITORIAL Berlin Talks: Private International Law (*Andreas Engel, Markus Lieberknecht, Bettina Rentsch, Giesela Rühl, Sophia Schwemmer*)

INTERVIEW Lilith Rein: Feministische Rechtswissenschaft und studentisches Engagement für eine geschlechtergerechte Rechtspraxis

AUS DER LEHRE

Dr. Lukas Böffel, LL.M. (Berkeley) und Dr. Jan Markus Weber
Die Assessorexamensklausur

GRUNDLAGEN

Len Klingelmeyer
Die Freiheitsforderung im Deutschen Bauernkrieg 1525

ZIVILRECHT

Kevin Ambrosius
Urheberrechtliche Implikationen von Deepfakes
İpek Sera Şenyuva
Der Effektivitätsgrundsatz als Grundlage für einen Mindestschaden im Kartellschadensersatzrecht

ÖFFENTLICHES RECHT

Shashwati Wagle
Externalisierung von Asylverfahren: Vereinbarkeit mit europäischem Menschenrechtsschutz?

STRAFRECHT

Morsal Nilofar Azizi
Fehlerquellen im Zwischenverfahren und alternative Verfahrensgestaltung

6. Jahrgang · Seiten 77–156

www.berlinerrechtszeitschrift.de

ISSN (Print) 2699-948X · ISSN (Online) 2699-2132

AUSGABE 2/2025

BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

Juristische Fachzeitschrift am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin

Herausgeber

Berliner Rechtszeitschrift e.V.

Redaktion

Schriftleitung

Benedict Ertelt, Ivette Félix Padilla, Diyar Kiliç, Arne Stockum, Valentin Stojiljkovic, Paul Suilmann, Leon Trampe

Verlagsleitung

Clara Vogel, Alice Tsapov (Stv.)

Redaktion

Timur Aksu, Rabea Albayrak, Mia Barnikel, Ludwig Berghofer, Tim Bielig, Annemarie Bode, Wilhelm Böttcher, Vanessa Braun, Yeseo Choi, Nadia Félix Padilla, Sofia Flotho, Marike Franke, Konstantin Gasoski, Mira Gerth, Anastasija Glinina, Marlen Graf, Lilli-Marleen Gramckow, Victoria Haub, Tatiana Jakubócyová, Felix Janousek, Shiva Khakrah, Vincent Link, Julian Lochen, Maximilian Lotz, Johanna Mattat, Charlotte Müller, Matthias Nikutta, Piet Oevermann, Jona Outzen, Lilly Paeßens, Viktoria Parkanyi, Nadja Rode, Chris-Marlon Rump, Marvin Ruppert, Maximilian Schulze, Anna Snoppek, Lasse Stegenwallner, Alice Tsapov, Clara Vogel, Dilem Pia Yildiz, Elias Zengin, Emma Zimmermann

Wissenschaftlicher Beirat

Univ.-Prof. Dr. *Christian Armbrüster*

Univ.-Prof. Dr. *Helmut Philipp Aust*

Univ.-Prof. Dr. *Gregor Bachmann*,
LL.M. (Michigan)

Dr. *Lukas Böffel*, LL.M. (Berkeley)

Prof. Dr. *Burkhard Breig*

Univ.-Prof. Dr. *Christian Calliess*, LL.M. Eur

Univ.-Prof. Dr. *Ignacio Czeguhn*

Univ.-Prof. Dr. *Kirstin Drenkhahn*

Univ.-Prof. Dr. *Katharina de la Durantaye*,
LL.M. (Yale)

Prof. Dr. *Torben Ellerbok*, Mag. rer. publ.

Univ.-Prof. Dr. *Andreas Engert*,
LL.M. (Univ. Chicago)

Dr. *Andreas Fijal* †

Univ.-Prof. Dr. *Johannes W. Flume*

Univ.-Prof. Dr. *Helmut Grothe*

Prof. Dr. *Thomas Grützner*

Prof. *Niko Härting*

Univ.-Prof. Dr. *Felix Hartmann*,
LL.M. (Harvard)

Univ.-Prof. Dr. *Markus Heintzen*

Univ.-Prof. Dr. *Klaus Hoffmann-Holland*

Univ.-Prof. Dr. *Heike Krieger*

Univ.-Prof. Dr. *Bertram Lomfeld*

Univ.-Prof. Dr. *Cosima Möller*

Univ.-Prof. Dr. *Carsten Momsen*

Univ.-Prof. Dr. *Olaf Muthorst*

Prof. Dr. *Bettina Rentsch*, LL.M. (Michigan)

Univ.-Prof. a. D. Dr. *Helmut Schirmer*

Univ.-Prof. Dr. *Gerhard Seher*

Dr. *Michael Sommerfeld*

Prof. Dr. *Björn Steinrötter*

Prof. Dr. *Johannes Weberling*

Prof. Dr. *Maik Wolf*

Univ.-Prof. Dr. *Johanna Wolff*, LL.M. eur. (KCL)

Zitiervorschlag

Name, BRZ 2025, (Seite)

Die BRZ sagt Danke!

Das Team der BRZ bedankt sich herzlich bei ihren Kooperationspartnern:

HAUSFELD
RAUE

Das Team der BRZ bedankt sich außerdem bei der *Ernst-Reuter-Gesellschaft* sowie dem Dekanat des Fachbereichs Rechtswissenschaft der *Freien Universität Berlin*.



Sie möchten die BRZ unterstützen? Dann werden Sie Mitglied im Berliner Rechtszeitschrift e.V.! Mehr Informationen dazu auf www.berlinerrechtszeitschrift.de!

Vorwort der Schriftleitung

Die zweite Ausgabe im Jahr 2025 umfasst eine Auswahl aus mehr als 52 Einsendungen, die uns aus dem gesamten Bundesgebiet erreichten.

Den Auftakt bildet das Editorial von Prof. Dr. *Markus Lieberknecht*, Prof. Dr. *Bettina Rentsch*, Prof. Dr. *Giesela Rühl* und Dr. *Sophia Schwemmer*. Sie stellen ihre ersten Ausgaben von „Berlin Talks: Private International Law“ vor. Ab dem kommenden Wintersemester werden mehrfach pro Semester Diskussionen über aktuelle Entwicklungen und spannende Grundsatzfragen folgen.

Im zweiten BRZ-Interview sprechen wir mit *Lilith Rein*, Mitgründerin der Feminist Law Clinic, über feministische Rechtswissenschaft und das Engagement von Studierenden für eine geschlechtergerechte Rechtspraxis.

In ihrem Beitrag „Aus der Lehre“ widmen sich Dr. *Lukas Böffel* und Dr. *Markus Weber* der Assessorexamensklausur, der letzten Hürde vor der mündlichen Prüfung. Der Beitrag soll zeigen, dass die Herausforderungen von Umfang, Klausurtypen und Zeitdruck mit guter Organisation und gezielter Vorbereitung bewältigt werden können.

Zum 500-jährigen Jubiläum des Deutschen Bauernkrieges von 1525 beleuchtet *Len Klingelmeyer* die zentralen Forderungen der Bauernschaft aus rechtlicher, aber auch religiös-sozialer Perspektive. Anhand der oberschwäbischen *Zwölf Artikel* untersucht der Beitrag die Bedeutung des Freiheitsbegriffs und dessen Grenzen.

In seinem hochaktuellen Beitrag aus dem Immaterialgüterrecht beleuchtet *Kevin Ambrosius* urheberrechtliche Implikationen von Deepfakes. Gegenstand der Betrachtung sind sowohl in Betracht kommende Urheberrechtsverletzungen sowie die Frage, ob Deepfakes selbst schutzfähig sein können.

Das Kartellschadensersatzrecht ist Gegenstand des Beitrags von *İpek Sera Şenyuva*. Sie geht der Frage nach, ob sich aus dem unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz eine Verpflichtung zur Einführung eines Mindestschadens ableiten lässt. Den Ausgangspunkt ihrer Überlegungen bildet die Thermofenster-Entscheidung des BGH, wo ein unionsrechtlich gebotener Mindestschaden erstmalig anerkannt wurde.

Im öffentlichen Recht untersucht *Shashwati Wagle* die Verlagerung europäischer Asylverfahren in Drittstaaten und deren Vereinbarkeit mit der Europäischen Menschenrechtskonvention. Der Beitrag zeigt, wie Praktiken kollektiver Rückführungen und Freiheitsentziehungen grundlegende Schutzrechte gefährden und der EGMR diese durch das Konzept der *culpability* zunehmend relativiert.

Last but not least untersucht *Morsal Nilofar Azizi* das strafprozessuale Zwischenverfahren, das oftmals auf eine formale Prüfung der Anklageschrift beschränkt wird, obwohl es erhebliche Risiken für Fehlurteile birgt. Der Beitrag analysiert strukturelle Defizite, kognitive Verzerrungen und begrenzte Verteidigungsrechte der Angeschuldigten. Schließlich diskutiert der Beitrag Reformansätze zur Stärkung der richterlichen Unabhängigkeit und der Verdachtsprüfung.

Diese Ausgabe ist das Ergebnis des engagierten Einsatzes eines Teams, das sich seit der letzten Ausgabe personell verändert hat. Die Schriftleitung wird seit dieser Ausgabe durch *Arne Stockum* verstärkt, der zuvor das Unterressort Grundlagen des Rechts leitete.

Wir wünschen Ihnen und Euch eine anregende Lektüre!

*Benedict Ertelt, Ivette Félix Padilla, Diyar Kılıç,
Valentin Stojiljkovic, Arne Stockum,
Paul Suilmann und Leon Trampe.*

Inhaltsverzeichnis

EDITORIAL	Seite
<i>Andreas Engel, Markus Lieberknecht, Bettina Rentsch, Giesela Rühl, Sophia Schwemmer</i> Berlin Talks: Private International Law	77
INTERVIEW	
<i>Ivette Félix Padilla</i> Lilith Rein: Feministische Rechtswissenschaft und studentisches Engagement für eine geschlechtergerechte Rechtspraxis	78
AUS DER LEHRE	
<i>Dr. Lukas Böffel, LL.M. (Berkeley) und Dr. Jan Markus Weber</i> Die Assessorexamensklausur	83
GRUNDLAGEN	
<i>Len Klingelmeyer</i> Die Freiheitsforderung im Deutschen Bauernkrieg 1525	96
ZIVILRECHT	
<i>Kevin Ambrosius</i> Urheberrechtliche Implikationen von Deepfakes	107
<i>İpek Sera Şenyuva</i> Der Effektivitätsgrundsatz als Grundlage für einen Mindestschaden im Kartellschadensersatzrecht	119
ÖFFENTLICHES RECHT	
<i>Shashwati Wagle</i> Externalisierung von Asylverfahren: Vereinbarkeit mit europäischem Menschenrechtsschutz?	128
STRAFRECHT	
<i>Morsal Nilofar Azizi</i> Fehlerquellen im Zwischenverfahren und alternative Verfahrensgestaltung	144

Herausgeber: Berliner Rechtszeitschrift e.V.

Schriftleitung: Benedict Ertelt, Ivette Félix Padilla, Diyar Kiliç, Arne Stockum, Valentin Stojiljkovic, Paul Suilmann, Leon Trampe

Redaktion: Timur Aksu, Rabea Albayrak, Mia Barnikel, Ludwig Berghofer, Tim Bielig, Annemarie Bode, Wilhelm Böttcher, Vanessa Braun, Yeseo Choi, Nadia Félix Padilla, Sofia Flotho, Marike Franke, Konstantin Gasoski, Mira Gerth, Anastasija Glinina, Marlen Graf, Lilli-Marleen Gramckow, Victoria Haub, Tatiana Jakubócyová, Felix Janousek, Shiva Khakrah, Vincent Link, Julian Lochen, Maximilian Lotz, Johanna Mattat, Charlotte Müller, Matthias Nikutta, Piet Oevermann, Jona Outzen, Lilly Paeßens, Viktoria Parkanyi, Nadja Rode, Chris-Marlon Rump, Marvin Ruppert, Maximilian Schulze, Anna Snoppek, Lasse Stegenwallner, Alice Tsapov, Clara Vogel, Dilem Pia Yildiz, Elias Zengin, Emma Zimmermann

Wissenschaftlicher Beirat: Univ.-Prof. Dr. Christian Armbrüster, Univ.-Prof. Dr. Helmut Philipp Aust, Univ.-Prof. Dr. Gregor Bachmann, LL.M. (Michigan), Dr. Lukas Böffel, LL.M. (Berkeley), Prof. Dr. Burkhard Breig, Univ.-Prof. Dr. Christian Calliess, LL.M. Eur, Univ.-Prof. Dr. Ignacio Czeguhn, Univ.-Prof. Dr. Kirstin Drenkhahn, Univ.-Prof. Dr. Katharina de la Durantaye, LL.M. (Yale), Prof. Dr. Torben Ellerbrok, Mag. rer. publ., Univ.-Prof. Dr. Andreas Engert, LL.M. (Univ. Chicago), Dr. Andreas Fijal †, Univ.-Prof. Dr. Johannes W. Flume, Univ.-Prof. Dr. Helmut Grothe, Prof. Dr. Thomas Grützner, Prof. Niko Härting, Univ.-Prof. Dr. Felix Hartmann, LL.M. (Harvard), Univ.-Prof. Dr. Markus Heintzen, Univ.-Prof. Dr. Klaus Hoffmann-Holland, Univ.-Prof. Dr. Heike Krieger, Univ.-Prof. Dr. Bertram Lomfeld, Univ.-Prof. Dr. Cosima Möller, Univ.-Prof. Dr. Carsten Momsen, Univ.-Prof. Dr. Olaf Muthorst, Prof. Dr. Bettina Rentsch, LL.M. (Michigan), Univ.-Prof. a. D. Dr. Helmut Schirmer, Univ.-Prof. Dr. Gerhard Seher, Dr. Michael Sommerfeld, Prof. Dr. Björn Steinrötter, Prof. Dr. Johannes Weberling, Prof. Dr. Maik Wolf, Univ.-Prof. Dr. Johanna Wolff, LL.M. eur. (KCL)

EDITORIAL

Berlin Talks: Private International Law

Das Internationale Privatrecht (IPR) hat in Berlin eine lange – und lebendige – Tradition. Trotzdem gibt es derzeit kein Forum für die Diskussion internationalprivatrechtlicher Fragen. Das wollen wir ändern und haben deshalb eine neue Veranstaltungsreihe ins Leben gerufen, die die Berliner IPR-Community aktivieren und vernetzen soll – über Disziplinen, Institutionen und Erfahrungsstufen hinweg.

Die erste Ausgabe von „Berlin Talks: Private International Law“ fand am 10. Juli unter dem Motto „Grundlagen- und Gegenwartsfragen des Internationalen Privatrechts“ in der Wengler-Bibliothek der Humboldt-Universität und damit an einem Ort statt, der wie kaum ein anderer für die bewegte Geschichte des internationalen Rechts in Berlin steht. Im Rahmen von vier Impulsvorträgen ließen wir den Blick über aktuelle Fragestellungen aus unserer eigenen Forschung schweifen: Kann die deutsche Ziviljustiz durch Commercial Courts der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit Konkurrenz machen? Vor welche Herausforderungen stellt das grenzüberschreitende Datenwirtschaftsrecht das IPR? Wie lassen sich die Normkonflikte moderieren, die sich aus europäischer ESG-Regulierung und dem US-amerikanischen ESG-Backlash ergeben? Wie kann das Kollisionsrecht der Lebensrealität von Menschen in bewaffneten Konflikten Rechnung tragen?

Ab dem kommenden Wintersemester werden wir darauf aufbauen und zwei- bis dreimal pro Semester über aktuelle Entwicklungen und spannende Grundsatzfragen diskutieren. Im Mittelpunkt soll dabei das Internationale Privatrecht in einem weit verstandenen Sinne stehen. Das schließt das Internationale Verfahrensrecht, die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und das Internationale Einheitsrecht ein. Unser Ziel lautet: Austausch fördern, Denkanstöße geben, ein regionales Netzwerk aufbauen, fachliche Kooperationen anregen – kurz: das Internationale Privatrecht in Berlin sichtbarer, zugänglicher und lebendiger machen.

Als Referent:innen wollen wir sowohl erfahrene Wissenschaftler:innen als auch Nachwuchstalente und Praktiker:innen aus dem In- und Ausland gewinnen. Teilnehmen und mitdiskutieren können alle, die das Internationale Privatrecht bewegt – Forschende und Studierende ebenso wie Personen aus der Praxis (Anwaltschaft, Justiz, Verwaltung, Unternehmen).

Im kommenden Wintersemester werden wir gleich mehrere hochkarätige Speaker:innen zu Gast haben: Dr. Madeleine Petersen Weiner (HU Berlin) wird über die grenzüberschreitende Dimension sog. SLAPPs (Strategic Lawsuits Against Public Participation) sprechen und Prof. Dr. Axel Metzger (HU Berlin) die Implikationen des Einheitlichen Patentgerichts (EPG) für das IPR/IZVR beleuchten.

Wer Interesse hat, an den Veranstaltungen teilzunehmen, kann sich über folgenden Link für unseren Email-Verteiler anmelden: <https://form.typeform.com/to/StrXxd2O>. Sie werden dann benachrichtigt, wenn es heißt: Berlin Talks: Private International Law! Wer bereit wäre, ein Event in seinen Räumlichkeiten zu hosten, kann sich direkt an die Organisator:innen wenden.

von **Andreas Engel** (Universität Heidelberg / Weizenbaum Institut)

Markus Lieberknecht (Universität Osnabrück),

Bettina Rentsch (Freie Universität Berlin),

Giesela Rühl (Humboldt-Universität zu Berlin),

und **Sophia Schwemmer** (Universität Heidelberg)

INTERVIEW

Lilith Rein: Feministische Rechtswissenschaft und studentisches Engagement für eine geschlechtergerechte Rechtspraxis

Lilith Rein ist Jurastudentin in Köln und Paris und Mitgründerin der Feminist Law Clinic e.V., einer queer-feministischen Rechtsberatungsinitiative mit Sitz in Köln. Gemeinsam mit Karla Steeb und Lilian van Rey gründete sie die Law Clinic 2024, um allen Menschen und insbesondere Frauen und queeren Personen kostenlosen Zugang zu rechtlicher Erstberatung zu ermöglichen. Unter ihrer Leitung hat sich die Initiative zu einem bundesweiten Netzwerk mit über 30 Ortsgruppen entwickelt.

*Die Feminist Law Clinic soll eine Lücke zwischen juristischer Ausbildung und Rechtspraxis schließen: Studierende werden in Themen wie Familien-, Sexualstraft- und Antidiskriminierungsrecht geschult und können nach einer Ausbildung unter Anleitung erfahrener Volljurist*innen beraten. Ziel ist es, Betroffene zu stärken und rechtliche sowie finanzielle Hürden für marginalisierte Gruppen abzubauen.*

*Für ihr Engagement wurden Rein und ihr Team mehrfach ausgezeichnet – unter anderem belegten sie den 3. Platz beim Europäischen Jugendkarlspreis und wurden für den BRIGITTE-Award 2025 in der Kategorie „Macherin“ nominiert. Lilith Rein steht damit für eine neue Generation juristischer Aktivist*innen, die Feminismus und Rechtswissenschaft miteinander verbinden und neu denken.*

*Im zweiten BRZ-Interview sprechen wir mit Lilith Rein über die Bedeutung feministischer Rechtswissenschaft, bestehende Lücken in der juristischen Ausbildung und darüber, wie die **Feminist Law Clinic** Studierende dazu befähigt, Recht praxisnah, diskriminierungssensibel und gesellschaftlich relevant zu denken. Außerdem geht es um Vorbilder, strukturelle Hürden und den Mut, sich feministisch zu engagieren.*



Was ist feministische Rechtswissenschaft?

BRZ: Was bedeutet feministische Rechtswissenschaft für Dich?

Rein: Für mich bedeutet feministische Rechtswissenschaft, den Blickwinkel Feminismus bewusst in das Recht einzubeziehen. Das heißt, dass alle Menschen unabhängig ihres Geschlechts insgesamt, aber insbesondere auch im Recht, gleichgestellt sind. Im „normalen“ Blickwinkel, den es aktuell gibt – der gelehrt wird und sich in der Rechtsprechung wiederfindet – ist das noch nicht so. Deswegen braucht es eine neue Perspektive, eine feministische, die sagt: „Ja, alle sollen vor dem Gesetz gleich sein – offensichtlich ist das bislang aber noch nicht wirklich der Fall“. Dafür gibt es viele Gründe: Sexuelle Identität, Herkunft, Gender.

Hierzu ein Beispiel: Bei der Ehegattengesellschaft oder dem Elternschaftsurlaub, wo Frauen bewusst eine klischeehafte Rolle der „kümmernden Frau“ zugesprochen wird, zeigt sich, dass viele Dinge noch nicht gleich sind.

Auch im Jurastudium höre ich ständig: „Alle sind vor dem Gesetz gleich“ – aber die Lehre zeigt, dass die Themen vor allem von alten Männern für alte Männer geschrieben wurden. Der Lehrplan spiegelt das deutlich wider. Themen wie Kindes-, Ehe- oder Trennungsunterhaltsansprüchen wird nur wenig bis kein Raum gegeben. Damit wussten selbst Jurastudent*innen und ihre Verwandten nichts darüber, dass ihnen ein Anspruch zusteht, den sie geltend machen müssen. Auch Themen wie sexualisierte Gewalt, die vor allem Frauen betreffen, werden kaum behandelt. Ich verstehe den Schutzgedanken, aber ich halte ihn für vorgeschoben. Natürlich kann die Auseinandersetzung retraumatisierend wirken, doch im Strafrecht werden ständig brutale Fälle behandelt, ohne dass dort Rücksicht genommen wird. Wenn man sensibel mit Inhalten umgehen will, sollte das überall gelten – nicht nur bei sexualisierter Gewalt. Das Thema ganz zu meiden, führt nur dazu, dass das Schweigen fortbesteht. Wir brauchen Lehrformate, die Schutz und Aufklärung verbinden. Genau das zeigen wir mit der Feminist Law Clinic.

Stattdessen wird gelehrt, wie ein T-Shirt umgetauscht wird oder wie viele Kaufverträge beim Bäcker abgeschlossen werden – aber nicht, was alltäglich passiert: Wie kann ich meine Unterhaltsansprüche geltend machen? Wann fängt Diskriminierung überhaupt an?

Ich persönlich habe mich mehr auf das Thema Gender spezialisiert, die feministische Rechtswissenschaft umfasst aber all diese Bereiche.

Allein wenn ich an manche Familienrechtsvorlesungen denke. Die Art, wie die Inhalte vermittelt werden, ist rassistisch, klassistisch und sexistisch. Diese Perspektive wird den Studierenden mitgegeben. Natürlich ist es so, dass jeder Professor und jede Professorin, die Fälle selbst gestaltet und Fallbeispiele selbst konstruiert damit wir als Studierende anhand praktischer Fälle lernen. Da kann also selbst entschieden werden, ob diese diskriminierenden Klischees und Rollenbilder verstärkt werden. Das Recht ist sehr oft von Männern für Männer geschrieben. Allein die Regelungen zu Schwangerschaftsabbrüchen machen das deutlich. Der Schwangerschaftsabbruch muss neu gedacht werden. Wir können nicht seit Jahrhunderten mit demselben Recht arbeiten, das nicht mehr aktuell ist und meiner Meinung nach den Werten der Gesellschaft nicht mehr entspricht.

Die Feminist Law Clinic

BRZ: Gab es ein bestimmtes Erlebnis, das Euch inspiriert hat, die Law Clinic aufzubauen?

Rein: Es waren viele Erlebnisse – die Masse an alltäglichen Erfahrungen, die ich und Freund*innen gemacht haben. Irgendwann waren es so viele, dass es mir gereicht hat. Sexualisierte Übergriffe sind kein Einzelfall. Es ist auch kein Einzelfall, dass der Mann wieder gut davonkommt. Benachteiligungen von Frauen bei Elternzeitregelungen sind kein Einzelfall. Männer, die weil sie ein Mann sind, anstelle einer Frau befördert werden, sind kein Einzelfall. Das sind strukturelle Probleme. Diese vielen kleinen Situationen haben uns gezeigt: Wir müssen etwas ändern.

BRZ: Begegnet Ihr Hindernissen oder Ablehnung, wenn Ihr feministische Rechtswissenschaft öffentlich vertretet?

Rein: Total. Als wir uns als queerfeministischer Verein an der Universität registrieren wollten, haben die Männer vom AStA (Allgemeiner Studierendenausschuss) die Augen gerollt. Wir sind die einzige Law Clinic, die nicht auf der Uniwebseite gelistet ist, wir haben keine Räume an der Universität. Man merkt, dass es öfter heißt, wir seien zu jung oder wir hätten keine Ahnung, wie es wirklich laufe. Das vermittelt das Gefühl, nicht ernst genommen zu werden. Ich glaube das sind Grundprobleme, die alle jungen Frauen treffen. Sogar noch mehr, wenn sie gerade das Wort „Feminismus“ benutzen. Insgesamt treten also auch bei uns Probleme auf, die jungen Frauen in Kontexten wie der Universität begegnen, wo es alteingesessene Strukturen gibt und vor allem Männer in Machtpositionen sind. Diese Männer sehen keinen Grund, sie begünstigende Strukturen zu verändern oder sich offener zu positionieren. Natürlich gibt es auch unterstützende Personen: Zum Beispiel war ich kürzlich in einer Vorlesung eines Lehrenden, der dem Thema besonders offen gegenüberstand. Es gibt vereinzelt Professor*innen, bei denen wir uns auch als Law Clinic vorstellen dürfen. Es gibt unterstützende Personen – aber das ist leider noch die Ausnahme. Viele fühlen sich noch von der feministischen Rechtswissenschaft angegriffen.

BRZ: Welche rechtspolitischen Themen mit Blick auf die feministische Rechtswissenschaft hältst Du für besonders relevant? Was ist ein Thema, das Deiner Meinung nach in Rechtsdebatten noch zu wenig Beachtung findet, aber mehr Aufmerksamkeit verdient hätte?

Rein: Sexualisierte Gewalt. Zum Beispiel die „Nur-Ja-heißt-Ja“-Regelung, die in Europa diskutiert wird. Deutschland hat sich leider ganz klar dagegen positioniert. Frankreich ebenso bis 2023. Die „Nur-Ja-heißt-Ja“-Regelung bedeutet, dass sexuelle Handlungen nur dann erlaubt sind, wenn alle Beteiligten zustimmen. Eine Schockstarre oder fehlender Widerstand, welche oft in traumatischen Situationen normale Reaktionen sind, gelten dann nicht als Einverständnis. Momentan ist die Rechtslage aber so, dass davon ausgegangen wird, es liege eine grundsätzliche Zustimmung vor, solange kein deutliches „Nein“ gesagt oder keine klare Abwehrhandlung gezeigt wurde. Genau das will das „Nur-Ja-heißt-Ja“-Prinzip ändern: Es stellt klar, dass sexuelle Handlungen einer Zustimmung bedürfen.

Viele Menschen wissen nicht, was das bedeutet. Sie denken, für sexuelle Kontakte müssten Verträge unterschrieben werden oder die Unschuldsvermutung werde umgekehrt, sollte die „Nur-Ja-heißt-Ja“-Regelung eingeführt werden. Dies zeigt, dass die Diskussion auf einer banalen Ebene stattfindet. Darum geht es aber gerade nicht. In vielen Lebensbereichen existieren konsensbasierte Regelungen längst, etwa beim Friseur. Ich unterschreibe ja auch keinen Vertrag, wenn ich zum Friseur gehe, dennoch bedarf es einer klaren Zustimmung, ob mir die Haare geschnitten werden dürfen. Es sind also viele Bereiche im Alltag, wo die Regelung bereits Anwendung findet. Vielen ist es leider nur nicht bewusst.

Sexualisierte und häusliche Gewalt sind extrem präsent. 2023 ist in Deutschland fast jeden Tag ein Femizid begangen worden. Das ist nur die Spitze des Eisbergs. Trotzdem wird das Thema kaum ernsthaft behandelt – weder in der Lehre noch im politischen Diskurs. Offensichtlich kann man es durch rechtliche Rahmenbedingungen nicht verhindern, aber man kann wenigstens mittels einer Gesetzesänderung Personen davon abschrecken, diese Taten zu begehen.

Hinweis der Redaktion: Als Femizid wird – nach der Bundeszentrale für politische Bildung – die Tötung einer Frau aufgrund ihres Geschlechts bezeichnet. Zumeist sind sie Ursache hierarchischer Geschlechterverhältnisse. Eine bundeseinheitliche Definition fehlt. Genauere Zahlen zum Jahr 2023 sind im Lagebild des Bundeskriminalamts in Zusammenarbeit mit der Bundesinnenministerin und der Bundesfrauenministerin zu „Geschlechtsspezifisch gegen Frauen gerichtete Straftaten“ nachzulesen.

Zwei Ziele: Bildung und Beratung in der Law Clinic

BRZ: Die Feminist Law Clinic ist mittlerweile mit über 500 Rechtsberater*innen und über 100 Fällen sehr groß gewachsen. Welche Möglichkeiten bietet die Law Clinic für Studierende, sich aktiv einzubringen und feministische Rechtswissenschaft in der Praxis zu erproben?

Rein: Im Grunde wollen wir Studierende praxisnah an Mandatsarbeit heranzuführen. Das ist gerade für Studierende total wichtig. In der juristischen Ausbildung ist es oft sehr theoretisch – meist geht es um die Rechtslage und die herangezogenen Fälle sind sehr eindeutig. Die Realität ist viel komplexer. In der Praxis sagt ein Mann zum Beispiel: „Ich verdiene gar nicht so viel, wie meine Kontoauszüge sagen“. Solche Alltagsprobleme lernt man im Studium kaum. Unsere Ausbildung vermittelt eine realistische Art, Recht zu denken. Viele machen die Ausbildung nicht nur, um später zu beraten, sondern um ihre eigenen Rechte zu kennen, die eben in der juristischen Ausbildung nicht vorkommen. Das ist wichtig, denn wenn selbst wir Jurastudent*innen unsere Rechte nicht kennen – wer dann?

BRZ: Was wollt Ihr mit Eurer Arbeit bewirken?

Rein: Wir haben zwei grundsätzliche Ziele: Erstens wollen wir natürlich die Rechtsberatung für Menschen anbieten, die aufgrund von verschiedensten Umständen sonst keine Rechtsberatung in Anspruch nehmen würden. Es bringt nichts auf das Bestehen eines Rechts hinzuweisen, wenn niemand dieses Recht zum richtigen Zeitpunkt kennt oder einfordern kann. Ein Recht ist wertlos, wenn es niemand nutzen kann. Deswegen beraten wir und machen auf Social Media darauf aufmerksam, welche Rechte wem zustehen. Wir wollen nicht, dass es für die Betroffenen an finanziellen Hürden scheitert. Meistens sind Frauen von sexualisierter Gewalt betroffen oder brauchen Beratung bei ihren Trennungsunterhaltsansprüchen oder den Ansprüchen ihrer Kinder auf Kindesunterhalt. Frauen verdienen i.d.R. weniger oder haben im Durchschnitt schlechter bezahlte Jobs. Es ist dann eine finanziell sehr schwierige Lage, um sich einen Rechtsbeistand zu leisten. Selbst mit Rechtsschutzversicherung kann es Hürden geben – etwa, wenn der Mann Hauptversicherter ist. Hinzukommen viele andere Hürden: Sprachliche Hürden, oder allein die Angst, von zuständigen Anwalt*innen nicht verstanden oder schlecht behandelt zu werden. Als privilegierte Person denkt man oft, es wäre einfach zu Anwalt*innen zu gehen. Für viele Menschen ist es aber ein großes Hindernis. Deswegen bieten wir auch offene Sprechstunden an, wo man unverbindlich vorbeikommen kann.

Zweitens wollen wir juristische Ausbildungslücken schließen. Wir wollen das, was in der Lehre fehlt, in die Hand nehmen und informieren. Letztes Semester haben sich über 2500 Menschen für unseren Kurs angemeldet. Für den aktuellen Ausbildungsjahrgang sind es schon auch 3000. Es ist nur die Hälfte, die dann am Ende wirklich Berater*innen werden will. Viele wollen sich – wie oben bereits angeführt – über ihre Rechte informieren und machen deshalb die Ausbildung. Es ist traurig, dass wir das neben dem Studium ehrenamtlich organisieren müssen, es im Curriculum fehlt und es Universitäten nicht schaffen, das zu organisieren. Ich finde es wirklich schade. Gerade weil wir sehen, wie viele Fälle wir bekommen und wie viele Leute sich anmelden. Das zeigt, dass es eine extreme Lücke gibt. Es ist super, dass die Feminist Law Clinic für viele eine Anlaufstelle ist.

BRZ: Habt Ihr konkrete Pläne oder Ziele für die nächsten Jahre?

Rein: Wir haben keine großen Meilensteine geplant. Die Beratung und die Ausbildung sind unser Herzstück und das, was wir richtig gerne machen und was wir merken, dass auch gebraucht wird. Da wollen wir weitermachen und mehr Schulungen zu unterschiedlichen Themen anbieten. Wir wollen unsere Beratung auf mehrere Orte ausweiten. Wir wollen da weitermachen, wo wir sind, weil wir die Rückmeldung bekommen, dass es ein sehr guter Weg ist. Sehr viele Menschen nehmen das Angebot wahr. Es ist sehr schön zu merken, dass es irgendwie hilft.

Feministisches Engagement weitertragen

BRZ: Gibt es wegweisende Vorbilder, die Dich über Dein Studium begleitet haben? Oder Dich zu deinem Engagement inspiriert haben?

Rein: Zuerst meine Eltern – sie haben ermöglicht, dass ich mich überhaupt ehrenamtlich engagieren kann. Ich arbeite zwar nebenbei und habe auch ein Stipendium, aber ohne zusätzliche Unterstützung könnte man sich das nicht wirklich leisten, glaube ich, ein Ehrenamt zu führen. Aber auch viele Frauen aus meinem Umfeld inspirieren mich. Ich habe gesehen, wie schwierig es ist, gegen die angesprochenen Ungerechtigkeiten anzugehen. Es ist eben nicht etwas Privates, wenn man zum zehnten Mal die gleiche Story hört. Es ist ein gesellschaftliches Problem. Natürlich haben mich auch viele Frauen in der Öffentlichkeit inspiriert: *Malala Yousafzai*, *Alexandria Ocasio-Cortez*, *Kamala Harris*. Vor allem aber die Generationen von Frauen, die vor mir für unsere Rechte gekämpft haben. Es ist ein großes Privileg, dass ich in einer Gesellschaft aufgewachsen bin, wo Frauen genug Rechte haben, dass ich mich engagieren kann. Ich sehe es als meine Verantwortung, dieses Privileg zu nutzen, weil so viele Frauen dafür ihr Leben gegeben, dafür gekämpft und jahrhundertlang ihr Leben darauf ausgerichtet haben, damit ich sagen kann: „Ich gründe jetzt einfach eine Law Clinic“. Ich habe es den Frauen vor mir zu verdanken, dass ich dieses Monument, was sie geschaffen haben, nutzen kann. Ich fände es dann ihrer Arbeit gegenüber respektlos zu sagen: „Ich ruhe mich jetzt darauf aus. Jetzt, wo ich wählen gehen darf, ist alles erreicht“. Denn das ist es offensichtlich nicht.

BRZ: Was würdest Du Studierenden raten, die selbst eine ähnliche Initiative starten möchten oder überlegen, sich bei einer Initiative feministisch zu engagieren, sich aber vielleicht noch nicht ganz trauen?

Rein: Man kann nur etwas Positives dazu beitragen. Wenn man nichts macht, kann auch nichts Positives daraus entstehen. Es muss nicht immer etwas Eigenes sein – es gibt viele tolle Initiativen auf ganz verschiedenen Ebenen, an ganz verschiedenen Orten. Auch dann, wenn man das Gefühl hat, man traue es sich allein nicht zu oder dass es zu viel Arbeit sein könnte. Gemeinsam kann man super viel schaffen. Auch wenn man es erst allein probiert und das nicht klappt. Zusammen funktioniert alles besser.

Ich würde also sagen, macht es und engagiert Euch. Nutzt das Privileg, das Ihr habt. Die Alternative ist nur zu resignieren und abzuwarten, dass es von alleine besser wird, obwohl ich eigentlich sehe, dass es mit Frauenrechten und den Rechten von queeren Menschen, auch in Deutschland, tendenziell bergab geht. Ich denke, man muss dieses Privileg nutzen, sofern man es kann. Es ist total schön, so viele Leute zu finden, die genauso denken wie man selbst. Es gibt mir viel, wenn ich aus einer Beratung mitnehme, dass danach die beratene Person einen komplett neuen Lebensentwurf hat, wenn für sie wieder alles Sinn ergibt und die Person weitermachen kann. Selbst wenn ich am Ende des Tages einer einzigen Person in einem Jahr geholfen habe, ist mir das so viel wert. Es ist mir dann egal, dass mich dafür jemand doof findet oder sagt ich sei „feministisch und hässlich“. Das sind meine Werte und dafür möchte ich einstehen.

Mehr über die Feminist Law Clinic und die Ausbildung als Rechtsberater*in unter: www.feminist-lawclinic.de.

Das Interview wurde am 13. Oktober 2025 von Ivette Félix Padilla für die Redaktion der Berliner Rechtszeitschrift geführt. Einige der Fragen und Antworten wurden für die Veröffentlichung redaktionell bearbeitet. Foto: © Amber van Rey.

Dr. Lukas Böffel, LL.M. (Berkeley)* und Dr. Jan Markus Weber**

Die Assessorexamensklausur

Die Assessorexamensklausur ist vor der mündlichen Prüfung die letzte Schwelle, die es auf dem Weg zum Berufseinstieg als Volljurist¹ zu bewältigen gilt. Und auch diesmal scheinen die Herausforderungen schier unüberwindbar. Neben dem Klausurumfang und den zahlreichen Klausurtypen ist gefühlt viel zu wenig Zeit vorhanden, um sich gewissenhaft auf die Prüfungen vorzubereiten. Dem ist nicht so. Das Assessorexamen gelingt mit gut organisierter und disziplinierter Vorbereitung. Dieser Aufsatz soll einen kleinen Beitrag hierzu leisten. Dafür präsentiert er allgemeine und spezielle Aspekte, die als Werkzeuge zur individuellen Klausurübung in allen drei Rechtsgebieten verstanden werden können. Er gibt einen Überblick über den Klausurmodus, die verschiedenen Klausurtypen und zentrale Weichenstellungen, die nach der Einschätzung der Verf. herangezogen werden können, um das Bearbeitungsniveau insgesamt zu heben.

Inhaltsübersicht

A. Bestandsaufnahme und Zielsetzung	84
B. Grundsätzliches	84
C. Klausurportfolio	84
I. Allgemeine Elemente	84
II. Klausurtypen und -bestandteile	85
1. Zivilrecht	85

2. Öffentliches Recht	86
3. Strafrecht	86
D. Prozessrecht vs. materielles Recht	86
E. Erwartungshorizont	87
F. Hilfsmittel	88
G. Fehleranalyse	90
I. Keine Problemübersicht	90
II. Kein funktionierendes Zeitmanagement	90
III. Unvollständiges Arbeitsprodukt	90
IV. Widersprüchliche Bearbeitung	91
V. Fehlendes Grundlagenverständnis und unzureichende Klausurübung	91
VI. Fehlerhafte Sachverhaltsermittlung	91
VII. Unpräzise und unzureichende Gesetzesarbeit ..	91
VIII. Keine Berücksichtigung der Rechtsausführungen	91
IX. Verkennung des Bearbeitungsvermerks	92
H. Klausurbearbeitung	92
I. Handhabung der Akte	92
II. Formalia I	93
III. Lösungsskizze	93
IV. Formalia II	94
V. Lösung	94
VI. Ein Fahrplan	95
I. Schlussbemerkungen	95

* Wiss. Mitarbeiter und Habilitand an der Freien Universität Berlin sowie Associated Researcher des European Banking Institute (EBI). Der Autor ist zudem Mitglied des wiss. Beirats der BRZ.

** Richter am Landgericht Berlin II, zugleich Leiter von Referendariats-Arbeitsgemeinschaften im Zivilrecht beim Kammergericht sowie bestel-

ter nebenamtlicher Prüfer beim GJPA. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönlichen Meinungen der Verf. wieder.

¹ Es wird das generische Maskulinum verwendet. Es sind alle Personen jedweden Geschlechts gemeint und angesprochen.

A. Bestandsaufnahme und Zielsetzung

Die Assessorexamensklausur stellt Referendare vor zahlreiche neue Herausforderungen. Dies beginnt bei der bereits schwer auffindbaren Antwort auf die Frage, welche Klausurtypen es überhaupt gibt, und setzt sich fort bei den jeweiligen Besonderheiten, die es im jeweiligen JPA-Bezirk zu beachten gilt. Ebenfalls versteckt und zumeist hinter einer Paywall verborgen sind methodisch-didaktische Beiträge, die möglichst allgemeingültig darlegen, welche Herangehensweise sich für eine erfolgreiche Klausurbearbeitung anbietet. Dabei versteht sich von selbst, dass es diesbezüglich keinen Königsweg gibt. Indes lassen sich durchaus allgemein formulierbare Techniken identifizieren, die es wahrscheinlicher machen, eine Assessorexamensklausur gut in den Griff zu bekommen. Darstellungen, die einerseits die routinierte Prüfer- und andererseits die noch präsente Prüflingsperspektive abbilden, sind bislang zudem bestenfalls vereinzelt vorhanden.

B. Grundsätzliches

An erster Stelle steht die Erkenntnis, dass ein erfolgreiches Assessorexamen in der Regel von gelungenen Klausuren abhängt. Möchte man sich nicht auf einen außergewöhnlich großen Punktesprung in der mündlichen Prüfung verlassen, kann die Vorbereitung auf den schriftlichen Prüfungsteil nicht überschätzt werden. Damit hängt notwendigerweise zusammen, sich gewissenhaft vorzubereiten. Es müssen also hinreichend viele Probeklausuren geschrieben werden (näher dazu sub G), um für sich selbst eine Routine zu entwickeln, die mit einem entsprechend reichen Erfahrungsschatz ein sicheres Fundament für die Klausursituation bietet.

Eine weitere wichtige Erkenntnis für die Lektüre dieses Beitrages sowie für die Arbeit mit diesem ist, dass das Vorgehen zu einem gewissen Punkt Geschmackssache ist. Das lässt sich auch bei Auswertung der übrigen Literatur erkennen.² Insofern ist auch der kritische Blick auf das Nachstehende vor dem Hintergrund der eigenen Erfahrungen unumgänglich. Dennoch gibt es nach Auffassung der Verf. verallgemeinerungsfähige Grundsätze, die es zu berücksichtigen gilt und die im Folgenden aufgezeigt werden sollen. Abseits dessen ist jedoch jeder aufgefordert, ein eigenes, individuelles Klausurbearbeitungskonzept für jeden Klausurtyp zu entwickeln. Die Kontrollfrage lautet: Was mache ich wie in welchem Umfang wann in der fünfständigen Bearbeitungszeit (s. dazu sub G)?

Auch sollte die Empfängerperspektive stets berücksichtigt werden. Insoweit ist bereits hier klarzustellen, dass es eine teils erhebliche Diskrepanz zwischen den in der Stationsausbildung zu produzierenden Produkten einerseits und den Klausuranforderungen andererseits gibt. Beispielsweise wird in der Zivilstation zutreffend akribisch darauf ge-

achtet, dass in den Entscheidungsgründen bei einem stattgebenden Urteil lediglich diejenige Anspruchsgrundlage geprüft wird, die den klägerischen Vortrag am unproblematischsten stützt. Demgegenüber kann es in der Klausursituation angezeigt sein, problembehaftete Ansprüche jedenfalls kurz und akzentuiert (hilfsgutachterlich) zu prüfen. Insoweit ist der Bearbeitungsvermerk im Blick zu behalten. Gleiches gilt etwa für die Zulässigkeit einer Klage (im Verwaltungs- oder Zivilprozess). Während der Richter in der Praxis in aller Regel nichts zur Rechts-, Partei- und Prozessfähigkeit einer GmbH sagen wird, kann dies in einer Assessorexamensklausur grundsätzlich angesprochen werden. Insoweit ist es unumgänglich, bestenfalls schon in der Klausurvorbereitung, immer wieder die Sicht des Klausurerstellers und Prüfers einzunehmen. Dabei mag man sich verschiedene Fragen stellen: Worauf will der Klausurersteller hinaus? Was fällt mir dazu ein? Was weiß ich dazu? Wohin führt diese und jene Weichenstellung? Was will der Prüfer hier lesen und – vor allem – was nicht?

Zuletzt ist besonders hervorzuheben, dass die nachfolgenden Ausführungen aus den persönlichen Erfahrungen der Verf. gewachsen sind. Diese beruhen zwar auf hunderten von Klausuren, die entweder selbst bearbeitet, korrigiert oder i.R.e. Klausurenkurses gestellt wurden. Es darf aber nicht ausgeblendet werden, dass sich die Prüfungspraxis eines jeden JPA stets wandeln kann. Insofern erlaubt lediglich der Blick in die Landesprüfungsordnung eine verbindliche Aussage dahingehend, was Gegenstand von Assessorexamensklausuren sein kann und was nicht.

C. Klausurportfolio

Eine der vielen Besonderheiten im Assessorexamen sind der Aufbau und Umfang der Aufgabentexte. Während die Referendarexamensklausuren in der Regel lediglich zwischen zwei und vier Seiten lang sind, muss man sich bei Assessorexamensklausuren auf Aufgabentexte bzw. Aktenauszüge von 15 bis 25 Seiten gefasst machen. Mit der richtigen Methodik und hinreichend Übung sind allerdings auch diese im Vergleich deutlich umfangreicheren Aufgabentexte in den Griff zu bekommen.

I. Allgemeine Elemente

Ungeachtet der individuellen Besonderheiten des jeweiligen Klausurtyps (s. dazu sub II) ist eine Assessorexamensklausur im Wesentlichen gleich aufgebaut. Hauptbestandteil ist dabei der eigentliche Aktenauszug, der den Sachstand abbildet. Dort enthalten sind Schriftsätze, Vertragstexte, Verhandlungsprotokolle, Gerichtsentscheidungen, öffentlich-rechtliche Verfügungen oder Ermittlungsberichte der Polizei. Er nimmt den weit überwiegenden Umfang einer Assessorexamensklausur ein. Daran schließt

² Vgl. etwa zur Rechtsbehelfsbelehrung *Waldvogel/Schmidt*, JA 2021, 233.

sich immer ein Bearbeitungsvermerk an, der – ungleich seiner Position – für die eigentliche Lösung der Aufgabe von grundlegender Bedeutung ist.³ In ihm werden neben allgemeinen Hinweisen zu den Hilfsmitteln und (notfalls hilfs-gutachterlicher) Prüfung aller aufgeworfenen Probleme auch konkrete Anweisungen für die Bearbeitung gegeben. So können beispielsweise Delikte oder Anspruchsgrundlagen vom Prüfungsumfang ausgeschlossen werden. Bisweilen finden sich dort auch abgedruckte Normen, die für die Klausurlösung wichtig, aber nicht in den zugelassenen Hilfsmitteln abgedruckt sind. Es kommt auch vor, dass erst dort eine konkrete Aufgabenstellung gegeben wird, was etwa in Anwalts- oder Behördenklausuren typisch ist. So ist beispielsweise bei den zuletzt genannten Klausurtypen damit zu rechnen, dass bereits in der Akte vom Anwalt oder der Vorgesetzten ein Schriftstück mit entsprechendem Auftrag zu finden ist. Dies wird meist im Bearbeitungsvermerk aufgegriffen und ggf. konkretisiert. Auch dann kann es sich – wie üblich – anbieten, die dort geschilderte Reihenfolge chronologisch abzarbeiten.⁴ Es dürfte selten vorkommen, dass der Klausursteller in dem Aktenauszug oder dem Bearbeitungsvermerk mehrere Prüfaufträge gibt, die am besten von hinten nach vorne abzarbeiten sind. Bereits dies zeigt, dass eine gelungene Klausur nur geschrieben werden kann, wenn der Bearbeitungsvermerk beachtet wird. Daneben finden sich teils auch abgedruckte Kalender, die auf Fristen- oder Verjährungsprobleme hindeuten können (nicht: müssen).

Das Vorstehende verdeutlicht, dass der im Wesentlichen ähnliche Aufbau auch eine im Wesentlichen ähnliche Routine ermöglicht. Wie oben bereits angesprochen (s. sub B), bedarf es einiger Übung, um die hier und anderswo erlernten Fähigkeiten so effektiv und punktebringend wie möglich anzuwenden. Diese Routine kann sich naturgemäß nur durch viel Training entwickeln. Der Einstieg in die Klausur, die konkrete Bearbeitung und am Ende Abfassung des eigentlichen Produkts hängen entscheidend davon ab, wie viel während der Klausurvorbereitung geübt wurde. Dies wiederum ist sehr individuell. Manche brauchen mehr, manche brauchen weniger Übung. Somit verbieten sich absolute Zahlen, allerdings dürfte ein gewisser Übungseffekt erst ab 45 Übungsklausuren (also 15 in jedem Rechtsgebiet) einsetzen. Dies braucht Zeit, bedenkt man, dass jede Klausur mit fünf Stunden Bearbeitungszeit angesetzt ist, parallel eine Stationsausbildung und ggf. eine Nebentätigkeit zu bewältigen ist sowie das Privatleben nicht unter den Tisch fallen soll.

II. Klausurtypen und -bestandteile

Der Klausuraufbau hängt vom jeweiligen Klausurtyp ab. Im Rahmen dieses Beitrages soll es nicht im Detail um die Besonderheiten der jeweiligen Klausurtypen gehen, da eine vertiefte Auseinandersetzung den didaktischen Schwerpunkt verschieben würde.⁵ Dennoch bietet es sich für die Zwecke dieser Darstellung an, einige grundlegende Dinge zu den einzelnen Klausurtypen und deren Zusammensetzung zu sagen. Dies geschieht logischerweise unterteilt nach dem Zivilrecht (sub 1), öffentlichen Recht (sub 2) und Strafrecht (sub 3).

1. Zivilrecht

a) Klausurtypen

Im Zivilrecht sind regelmäßig nur zwei Klausurtypen zu erwarten. Dies ist zum einen ein Urteil (sog. Urteilklausur). Beschlüsse, etwa im einstweiligen Rechtsschutz, können ebenfalls vorkommen, sind jedoch erfahrungsgemäß eher selten Prüfungsgegenstand. Ebenfalls ausnahmsweise kann ein Berufungsurteil anzufertigen sein. Zum zweiten kommt standardmäßig die sog. Anwaltsklausur vor, in der aus der Perspektive des Klägers oder Beklagten in erster oder zweiter Instanz ein Schriftsatz formuliert werden muss. Hier kann wiederum auch ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zu entwerfen sein. Auch kann ein Schreiben an den Mandanten erforderlich sein, wenn ein gerichtliches Vorgehen nicht für zweckmäßig gehalten wird. Zudem kann eine Anwaltsklausur rechtsgestaltende Aufgabenteile enthalten, etwa, wenn auf Anforderung und nach den Vorgaben des (fiktiven) Mandanten ein Vertrag zu entwerfen ist.

b) Klausurbestandteile

Während der Aktenauszug einer zivilrechtlichen Urteilklausur in der Regel mehrere Schriftsätze der Parteien (s. nur §§ 275 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Satz 1, 276 Abs. 1, Abs. 3 ZPO) und ein Verhandlungsprotokoll (vgl. § 160 ZPO) enthält, beginnt der Aufgabentext einer Anwaltsklausur typischerweise mit einem umfangreichen Vermerk. Dieser beinhaltet zumeist ein anwaltliches Mandatengespräch, in dem die Mandatierung und der Hintergrund des Rechtsstreits kurz dargestellt werden.

³ Vgl. Wolters/Janko, JuS 2004, 584 (585).

⁴ Vgl. Wolff/Wiederrich, JuS 2023, 711 (712).

⁵ S. etwa die Skripten des Kammergerichts unter <https://www.berlin.de/gerichte/kammergericht/karriere/rechtsreferendariat/download/artikel.1413751.php>, zuletzt abgerufen am: 24.10.2025.

In der Urteilklausur kann je nach Prozesssituation beispielsweise auch ein Versäumnisurteil ergangen (§§ 330 ff. ZPO) und abgedruckt sowie Einspruch (§§ 338 ff. ZPO) eingelegt worden sein. Urteilklausuren schließen grundsätzlich (für Ausnahmen s. nur § 128 Abs. 2, Abs. 3 ZPO und auch §§ 296a, 139 Abs. 5, 283 ZPO) mit einem Protokoll der mündlichen Verhandlung, das mal mehr mal weniger ausführlich geraten sein kann. Hat ausweislich des Protokolls etwa eine Beweisaufnahme stattgefunden und ist insbesondere die Vernehmung eines oder mehrerer Zeugen abgedruckt, dürfte es in den Entscheidungsgründen des vorzulegenden Urteilsentwurfs in aller Regel auf eine Beweiswürdigung hinauslaufen. Dazu später mehr (s. sub F).

All dies unterscheidet sich nicht wesentlich von der zivilrechtlichen Anwaltsklausur, bei der jedoch am Ende des Aktenauszugs in der Regel kein Verhandlungsprotokoll stehen wird. Neben dem bereits erwähnten Vermerk über das Mandantengespräch enthalten die Aktenauszüge typischerweise außergerichtliche Schreiben, Vertragstexte, Schriftsätze aus einem laufenden oder abgeschlossenen Gerichtsverfahren und nicht zuletzt Gerichtsentscheidungen wie etwa Versäumnisurteile. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um eine Anwaltsklausur aus Kläger- oder Beklagtensicht handelt, zumal es auch Mischformen geben kann. Der Mandant berichtet dann ausweislich des Vermerks von „verschiedenen Rechtsstreitigkeiten“, in denen er mal als Kläger, mal als Beklagter auftritt bzw. zukünftig auftreten will.

2. Öffentliches Recht

a) Klausurtypen

Mit dem zivilrechtlichen Aufbau vergleichbar sind die Klausuren im öffentlichen Recht. Auch hier ist die Urteilklausur der Regelfall, indes dicht gefolgt und damit anders als im Zivilrecht vom Beschluss im einstweiligen Rechtsschutz (§§ 123, 80 Abs. 5, 80a VwGO). Auch Anwaltsklausuren (im einstweiligen Rechtsschutz) kommen häufig vor, indes zumeist aus Bürger- und damit Klägerperspektive. Aus Bürgersicht ist also beispielsweise ein Widerspruch einzulegen oder eine Drittanfechtungsklage zu erheben. Daneben tritt eine neue Klausurform in Gestalt der Behördenklausur, in der aus der Sicht eines Behördenmitarbeiters ein gegenüber einem Bürger zu ergehender (Widerspruchs-)Bescheid zu entwerfen ist. Dies kann beispielsweise in der Gestalt einer Bauuntersagungsverfügung erfolgen.

Eine Behördenklausur wiederum setzt sich typischerweise zusammen aus behördeninternen Verfügungen und Vermerken, aus (anwaltlichen) Schreiben an eine Behörde (z.B. Antragsschrift) und im Falle der Widerspruchsklausur regelmäßig auch aus dem Ausgangsbescheid.

3. Strafrecht

a) Klausurtypen

Die strafrechtliche Assessorexamensklausur unterscheidet sich erheblich von den Klausurtypen der beiden anderen Rechtsgebiete. Unter Berücksichtigung der bisherigen Prüfungspraxis des GJPA ist in Berlin mit der Anklage-, der Revisions- und der Haftbefehlsklausur zu rechnen. Einstellungs-, Eröffnungs-, Strafbefehls- und Plädoyersklausuren sind zwar ebenfalls möglich, aber bislang selten. Demgegenüber wurden, soweit ersichtlich und anders als zum Beispiel in Nordrhein-Westfalen, strafrechtliche Urteilklausuren in Berlin und Brandenburg jedenfalls länger nicht gestellt.

In der Anklageklausur, einer Klausur aus staatsanwaltlicher und damit aus staatlicher Sicht, hat der Verfasser regelmäßig ein materiell- und prozessrechtliches Gutachten sowie einen Anklageentwurf vorzulegen. Hingegen sind in der Revisionsklausur die Erfolgsaussichten einer Revision gegen ein bereits ergangenes Strafurteil zu prüfen. Regelmäßig ist, vergleichbar zur zivil- oder öffentlich-rechtlichen Anwaltsklausur, ein Anwaltschriftsatz vorzulegen, mit dem (teilweise) Revision eingelegt wird.

b) Klausurbestandteile

Auch die Bestandteile einer strafrechtlichen Assessorexamensklausur unterscheiden sich erheblich von denen einer zivil- oder öffentlich-rechtlichen Klausur. Der Aktenauszug einer Anklageklausur enthält überwiegend polizeiliche Berichte bzw. Vernehmungen, die das strafrechtlich zu begutachtende Geschehen darstellen. Daneben können Sachverständigengutachten enthalten sein, etwa in Gestalt von BAK-Gutachten oder Blutprobenauswertungen. Regelmäßig findet sich zudem am Ende des Auszugs ein Schriftsatz des Verteidigers des Beschuldigten, in dem auf ein bis drei zentrale Probleme der Klausur hingewiesen wird.

Haben es die Kandidaten hingegen mit einer Revisionsklausur zu tun, wird im Aktenauszug in aller Regel vor allem das mit der Revision anzugreifende Strafurteil nebst Protokoll zur Hauptverhandlung enthalten sein.

D. Prozessrecht vs. materielles Recht

Ein zentraler Unterschied zwischen den schriftlichen Prüfungsleistungen im Referendarexamen einerseits und dem Assessorexamen andererseits liegt im Umfang des von den Kandidaten zu beherrschenden Prozessrechts. Während das Prozessrecht in den Klausuren des Referendarexamens allenfalls am Rande tangiert wird, gerne auch in Form einer schlichten Zusatzfrage, hat das Prozessrecht im Assessorexamen herausragende Bedeutung. Um die Assessorexamensklausur erfolgreich bearbeiten zu können, ist es entscheidend, die jeweilige prozessuale Situation und den Verfahrensstand sicher zu erkennen. Das Prozessrecht hat schon erheblichen Einfluss auf den Aufbau einer Klausurlösung. Eine Anfechtungsklage ist eben anders zu be-

handeln als ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nach § 123 VwGO. Ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand etwa führt, sofern es bei Frist-säumnis darauf ankommt, in der Urteilklausur in aller Regel zu einer verschachtelten Inzidentprüfung. Um hier den Überblick zu behalten, müssen die prozessrechtlichen Grundlagen und die Gesetzessystematik geläufig sein. Zudem wiegen Fehler im prozessrechtlichen Bereich regelmäßig schwer, weil dadurch die praktische Brauch- und Verwertbarkeit des vorgelegten Entscheidungsentwurfs bzw. Gutachtens gemindert wird (s. hierzu sub G, II).

Ungeachtet dessen heißt das nicht, dass die inhaltlichen Schwerpunkte einer Aufgabenstellung überwiegend oder gar vollständig im Prozessrecht angesiedelt sein müssen. Im Gegenteil. Je nach Klausurtyp und konkreter Klausuraufgabe dürften die Schwerpunkte überwiegend im materiellen Recht liegen. Überwiegend wird es darum gehen, Anspruchsgrundlagen, Straftatbestände bzw. die Voraussetzungen einer materiell-rechtlichen Norm des öffentlichen Rechts detailliert zu prüfen. Dies kann ausnahmsweise anders sein, etwa wenn die Kandidaten es i.R.e. Urteilklausur mit einer Vollstreckungsabwehrklage, einem Einspruch gegen ein Versäumnisurteil nebst Wiedereinsetzung in den vorigen Stand *und* einer Beweiswürdigung zu tun bekommen. Auch eine Anklageklausur lässt sich so stricken, dass bereits im materiell-rechtlichen Gutachten der Fokus auf prozessrechtlichen Fragen liegt (Stichwort: Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote) und die materiell-rechtliche Prüfung von Straftatbeständen in den Hintergrund gedrängt wird.

Jedenfalls ist zu beachten, dass das Assessorexamen ein Praktikerexamen ist. Deshalb verbieten sich mehr denn je lehrbuchartige, vom Fall losgelöste Rechtsausführungen. Streitstände sind nicht bedeutungslos, aber weitaus weniger relevant als im Referendarexamen. Es genügt grundsätzlich, die entscheidenden, im Aufgabentext angelegten Rechtsfragen aufzuwerfen und einer vertretbaren Lösung zuzuführen. Eine gelungene und pointierte Klausur weiß durch klare und prägnante Argumente mit den im Aktenstück angelegten Rechtsauffassungen und der einschlägigen Rechtsprechung zu überzeugen. Dabei sollte in der gebotenen Kürze auch eine ggf. davon abweichende herrschende Literaturmeinung berücksichtigt werden. Jedenfalls in den Urteilklausuren des Assessorexamens ist zudem der Urteilsstil einzuhalten. Deshalb sollte von Hilfserwägungen oder gar hilfsgutachterlichen Ausführungen im Urteilsentwurf grundsätzlich abgesehen werden. Im Einzelfall mag es sich anbieten, im Anschluss an den Entwurf zu „liegendebliebenen“ Rechtsfragen ein Hilfsgutachten zu verfassen. Der Fokus sollte hierauf allerdings nicht liegen.

E. Erwartungshorizont

Ein weiterer wichtiger Aspekt ist der Erwartungshorizont, der im hier verwendeten Sinne allerdings nicht mit den Inhalten des jeweiligen Prüfervermerks verwechselt werden darf. Mit Erwartungshorizont ist vielmehr das gemeint, was Prüfer generell von einer Klausur im Assessorexamen erwarten. Dies ist im sog. Praktikerexamen insbesondere die Abgabe eines praktisch brauchbaren Produkts.⁶ Das setzt zuvorderst voraus, dass der am Ende vorgelegte Text widerspruchsfrei ist und keine Brüche enthält. Generell wird erwartet, dass die im jeweiligen Aktenauszug angelegten Probleme erkannt und schwerpunktmäßig erörtert werden. Dies setzt voraus, dass die Bearbeitung einen klaren Fokus auf die problematischen Punkte legt (Stichwort: Schwerpunktbildung). Damit geht einher, dass der Text strukturiert und gegliedert ist.

Beispiele: Beispielsweise sollte bei der Darstellung eines Rückzahlungsanspruchs aus § 346 Abs. 1 BGB bereits anhand einer Gliederung, zumindest aber anhand entsprechender Absätze deutlich werden, dass es auf die Voraussetzungen eines Gestaltungsrechts ankommt. Wer prüft, ob eine Vollmacht erteilt wurde, sollte die §§ 166 Abs. 2, 167 BGB in den Blick nehmen. Wer die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Sittenwidrigkeit erörtert, sollte § 138 BGB nicht nur nennen, sondern innerhalb dessen auch genau zwischen den beiden Absätzen und den einzelnen Voraussetzungen dieser Norm differenzieren. Wenn ein Anspruch aus § 985 BGB geprüft wird und ein Recht zum Besitz diesem entgegensteht, dann sollte § 986 Abs. 1 BGB genannt werden.

Herausragende Bedeutung haben die im Aktenauszug wiedergegebenen Rechtsausführungen der Parteien und Beteiligten. Hiermit muss sich jeder Bearbeiter zwingend auseinandersetzen. Für die zivil- oder öffentlich-rechtliche Urteilklausur ergibt sich dies bereits aus dem grundgesetzlich verankerten Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG). Danach hat der Einzelne das Recht, durch rechtliches und tatsächliches Vorbringen Einfluss auf das Prozessergebnis zu nehmen. Das entscheidende Gericht muss die Ausführungen der Beteiligten zur Kenntnis nehmen und in Erwägung ziehen.⁷ Doch auch für alle anderen Klausurtypen gilt, dass die im Aktenauszug enthaltenen Rechtsausführungen, seien es nun solche des Mandanten, des Beschuldigten oder der Behörde, als eine Leitlinie für die klausurmäßige Bearbeitung verstanden werden dürfen. Die mit diesen Ausführungen verbundenen Rechtsfragen müssen für eine vernünftig gewichtete Bearbeitung aufgegriffen und einer brauchbaren Lösung zugeführt werden.

⁶ Biermann, JA 2023, 1028 (1029).

⁷ St. Rspr. BVerfG BeckRS 2024, 22220 Rn. 19.

In diesem Zusammenhang ist auch die sog. Eindring- oder Begründungstiefe besonders bedeutsam. Die Begründungstiefe ist hoch, wenn eine Rechtsfrage nicht nur erkannt und aufbautechnisch-systematisch richtig eingeordnet, sondern wenn bei ihrer Beantwortung die juristische Methodenlehre beachtet wird und die juristische Argumentation überzeugend ist. Dafür kommt es darauf an, dass das Gesetz berücksichtigt und ggf. mit Hilfe der zugelassenen Kommentare ein brauchbarer Maßstab herausgearbeitet wird (s. genauer sub H). Nur dann kann der Sachverhalt überhaupt subsumiert werden. Fehlt ein solcher Maßstab, kann der Urteils- bzw. Gutachtenstil nicht eingehalten werden und die Subsumtion hängt sprichwörtlich in der Luft. Sie kann nicht überzeugen. Die Subsumtion wiederum ist dann besonders gelungen, wenn auf den zuvor gebildeten Maßstab Bezug genommen wird, alle im Aufgabentext genannten Aspekte berücksichtigt und die im Einzelfall betroffenen Interessen der Beteiligten gewürdigt werden.

Es sollte zudem beachtet werden, dass der gefertigte Text nicht nur wenige Rechtschreib- und Zeichensetzungsfehler enthält, sondern auch in sprachlicher und stilistischer Hinsicht fehlerfrei ist.⁸ Das beinhaltet auch die Rechtssprache und maßgeblichen Rechtsbegriffe.

Beispiele: Die Haftung des Kfz-Führers aus § 7 Abs. 1 StVG ist eine *verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung*. Die Haftung auf Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB setzt das *Vertretenmüssen* des Schuldners voraus, nicht dessen *Verschulden*. Das Eigentum ist ein *Recht* im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB, kein *Rechtsgut*. Die nach § 164 Abs. 1 BGB erforderliche *Vertretungsmacht* ist begrifflich nicht gleichzusetzen mit der *Vollmacht* nach §§ 166 Abs. 2, 167 BGB. Die Eigentumsübertragung nach § 929 Satz 1 BGB nennt man *Übereignung* und setzt unter anderem eine *dingliche Einigung* sowie *Übergabe* voraus.

Zweifelsohne dürfte jedoch eine formell einwandfreie, rechtlich hingegen nicht mehr brauchbare Lösung die Bearbeitung insgesamt kaum retten können.⁹ Vertretbare Rechtsausführungen sind für eine gelungene Klausur essenziell.

F. Hilfsmittel

Wie bereits erwähnt, spielen im Assessorexamen die zugelassenen Hilfsmittel eine entscheidende Rolle bei der Klausurbearbeitung. Neben den Gesetzestexten stehen verschiedene Kommentare zur Verfügung. In Berlin und Brandenburg sind für das Zivilrecht der Kommentar zum BGB von *Grüneberg*, für die ZPO von *Thomas/Putzo*, für das StGB von *Fischer*, für die StPO von *Meyer-Goßner/Schmitt*, für die VwGO von *Kopp/Schenke* und für das VwVfG von

Kopp/Ramsauer zugelassen. Während also in den zivil- und strafrechtlichen Klausuren jeweils auch ein Kommentar zum materiellen Recht zu Rate gezogen werden kann, helfen die beiden öffentlich-rechtlichen Kommentare wenig weiter, den materiell-rechtlichen Schwerpunkt zu bearbeiten. Nur vereinzelt finden sich dort Ausführungen zum materiellen Recht, etwa zum öffentlichen Baurecht. Allerdings kommt man auch über das öffentliche Recht hinaus nicht umhin, sich die wesentlichen Grundlagen und Standardprobleme so zu erarbeiten, dass während der Bearbeitungszeit möglichst wenig auf diese Hilfsmittel zurückgegriffen werden muss. Wer nämlich erst einmal umfangreich zu grundsätzlichen Dingen nachlesen muss, verliert zu viel Zeit und wird am Ende der Bearbeitungszeit erfahrungsgemäß kaum eine vollständige, richtig gewichtete Bearbeitung vorlegen können.

Die Arbeit mit dem Gesetz und Kommentaren greift eng ineinander. In aller Regel dürfte zunächst das Gesetz, dann der Kommentar zu konsultieren sein.¹⁰ Die Gesetzesarbeit gelingt aber nur, wenn überhaupt eine einschlägige und erhebliche Norm identifiziert wird. Ausgehend von bereits identifizierten Vorschriften sollte man sich vor allem in deren Umkreis im Rahmen der systematischen Grenzen auf die Suche nach weiteren maßgeblichen Regelungen machen. Was auf den ersten Blick wenig zielführend erscheinen mag, ist oftmals gewinnbringend: Potenziell einschlägige, nicht offensichtlich irrelevante Normen sollten komplett gelesen werden, also Absatz für Absatz und Satz für Satz. Nicht selten ist die Lösung einer Rechtsfrage in einer eher unbekannten Regelung versteckt. Gleichzeitig hilft die genannte Methode dabei, einschlägige Ausnahmen und Rückausnahmen nicht zu übersehen.

Beispiel: Es lässt sich anhand der Sachverhaltsangaben und -gestaltung ein Fall des Vertreters ohne Vertretungsmacht bei der Abgabe einer Anfechtungserklärung identifizieren. Insbesondere lag keine Bevollmächtigung vor. Der Geschäftsherr teilt nun mit, er genehmige das Auftreten des Vertreters ohne Vertretungsmacht. Der Erklärungsempfänger meint, eine Genehmigung sei in diesem Fall gar nicht möglich.

Normativer Ausgangspunkt sind zunächst die §§ 143, 164 Abs. 1 S. 1 BGB. Ausgehend davon sollten angesichts der fehlenden Bevollmächtigung zunächst die §§ 166 Abs. 2, 167 Abs. 1 BGB herangezogen werden, davon ausgehend wiederum § 177 Abs. 1 BGB. Diese Norm passt indes nicht, weil es nicht um einen Vertragsschluss, sondern nur eine einseitige Willenserklärung in Form der Anfechtungserklärung geht. Im Anschluss müsste § 180 BGB im Umkreis erkannt und angewendet werden.

⁸ Vgl. *Wolff/Wiederrich*, JuS 2023, 711 (713 a.E. f.).

⁹ *Heller/Hagemeyer*, JA 2017, 535 (536); ähnlich *Beaucamp*, JA 2018, 757 (760).

¹⁰ *Neuhöfer*, JuS 2021, 1145 (1146 f.).

Freilich lassen sich bestimmte Rechtsfragen nicht allein mit dem Gesetz lösen. Man denke nur an die umfangreiche Rechtsprechung zu § 242 BGB oder zu den strafprozessualen Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverböten. Hier kommen die zur Prüfung zugelassenen Kommentare ins Spiel. Allerdings erfordert gewinnbringende Kommentarbeit einige Übung und Erfahrung. Es dürfte auf der Hand liegen, dass teils überaus ausführliche und unübersichtliche Kommentarstellen nicht unsystematisch durchstöbert werden sollten. Es ist ein schmaler Grat, den es bei der Kommentarbeit zu treffen gilt. Einerseits sollte und kann genau die Stelle gefunden werden, auf die das Rechtsproblem gestützt wurde. Andererseits ist die Gefahr und auch Versuchung groß, sich in den Randnummern zu verlieren. Insoweit muss problemorientiert gelesen werden. Dies setzt bestenfalls voraus, dass die untersuchte Rechtsfrage bereits erkannt, systematisiert und eingeordnet wurde, bevor in den Kommentar geblickt wird. Unter diesen Umständen müssen nur noch die passenden Kommentarstellen gründlich gelesen werden. Zudem sollte eine gewisse Zeit dafür eingeplant werden, auch die Stellen im Umkreis einer (vermeintlich) einschlägigen Randnummer zu lesen. Dort finden sich nicht selten Fallgruppen, Abwandlungen, Ausnahmen oder weitere Besonderheiten eines zuvor beschriebenen Grundsatzes. Hier gilt derselbe Maßstab, der bereits bei der Arbeit mit unbekannten Vorschriften und deren Ausnahmen aufgestellt wurde.

Genauso wichtig ist, die Nachweise in den Kommentaren zu prüfen. So wird nicht immer die Auffassung der Rechtsprechung, teilweise noch nicht einmal die herrschende Literaturansicht dargestellt, sondern eine Mindermeinung als vermeintlich einzig richtige Lösung präsentiert. Bestenfalls finden sich in einem Klammerzusatz Nachweise zur tatsächlich überwiegenden, vielleicht sogar nahezu einhelligen Gegenauffassung.¹¹

Beispiel: Besonders verwirrend kann es werden, wenn sich die Bearbeiter eines Kommentars widersprechen. Ein prominentes Beispiel hierfür ist die Kommentierung im *Grüneberg* zu der Frage, ob Zurückbehaltungsrechte ein Besitzrecht im Sinne von § 986 BGB begründen können. Während es in der Kommentierung zu § 273 BGB unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BGH heißt, das sei der Fall (*Grüneberg/Grüneberg*, 84. Aufl. 2025, § 273 Rn. 20), ist in den Ausführungen zu § 986 BGB zu lesen, Zurückbehaltungsrechte beschränkten nur die Vollstreckung des Herausgabeanspruchs (*Grüneberg/Herrler*, 84. Aufl. 2025, § 986 Rn. 5). Immerhin, in den genannten Fundstellen finden sich auch Hinweise auf die jeweilige Gegenauffassung.

Die zur Prüfung zugelassenen Kommentare sind aber nicht nur bedeutsam, wenn es darum geht, konkrete Rechtsfragen zu beantworten. Sie spielen auch eine zentrale Rolle dabei,

den Urteils- bzw. Gutachtenstils richtig und praxisgerecht zu verwenden. Nachdem ein Ergebnis- oder Obersatz formuliert wurde, erfordern beide Stile grundsätzlich eine Definition, in der ein Maßstab für die anschließende Subsumtion gebildet wird.

Ob und inwieweit ein Maßstab zu bilden ist, ist eine Frage des Einzelfalls. Prüfungspunkte, die sich einfach beantworten lassen, weil sie unproblematisch (nicht) gegeben sind, sollten im Sinne einer vernünftigen Schwerpunktsetzung nicht aufgebohrt werden.

Beispiel: Hat der Anspruchsteller aufgrund eines Verkehrsunfalls eine schmerzhafte Platzwunde am Kopf erlitten, liegt offenbar eine Körper- und Gesundheitsverletzung im Sinne von § 7 Abs. 1 StVG vor. Hierzu bedarf es im Regelfall keiner weiteren Definition. Schießt jemand einem anderen mit einer echten Pistole in den Fuß, sodass der Angegriffene eine schmerzhafte Schussverletzung erleidet, liegt erkennbar eine Körperverletzung in Form einer körperlichen Misshandlung und Gesundheitsschädigung mittels einer Waffe im Sinne von §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 1 StGB vor. Auch hierzu muss im Regelfall nicht definiert werden, was eine körperliche Misshandlung und Gesundheitsschädigung ist. Erst recht dürfte es in einem solchen Fall regelmäßig überflüssig sein, zum Waffenbegriff näher auszuführen.

Hingegen sollte hinsichtlich der problematischen Punkte und Rechtsfragen sorgfältig ein brauchbarer Maßstab herausgearbeitet werden, der eine differenzierte Subsumtion erlaubt. Ist der Maßstab unvollständig oder fehlt er etwa vollständig, kann die Subsumtion nicht überzeugend gelingen. Wie bereits erörtert, hängt sie in der Luft, da das Bindeglied zwischen Ergebnis- bzw. Obersatz und Subsumtion – die Definition, der Maßstab – fehlt.

Beispiele: Sofern es schwerpunktmäßig um die Auslegung von Willenserklärungen geht, dürfte es regelmäßig nicht genügen, schlicht auf die §§ 133, 157 BGB zu rekurrieren oder lediglich deren Wortlaut abzuschreiben. Um einen brauchbaren Maßstab für eine überzeugende Subsumtion bilden zu können, hilft die Kommentierung im *Grüneberg* zu § 133 BGB weiter. In den Rn. 14 ff. steht im Detail, worauf es bei der Auslegung von Willenserklärungen ankommt.

Haben die Bearbeiter im Schwerpunkt eine Beweiswürdigung vorzunehmen, sind verschiedene Punkte zu beachten und Maßstäbe zu bilden, etwa hinsichtlich der jeweiligen Beweislastverteilung (s. wiederum exemplarisch *Grüneberg/Herrler*, 84. Aufl. 2025, § 932 Rn. 15) oder des erforderlichen Grads der richterlichen Überzeugungsbildung nach § 286 Abs. 1 ZPO (s. hierzu *Thomas/Putzo*, 45. Aufl. 2024, § 286 Rn. 2).

¹¹ S. auch *Neuhöfer*, JuS 2021, 1145 (1147).

Soll eine Verkehrssicherungspflicht im konkreten Fall angenommen oder abgelehnt werden, bedarf es zunächst einer Definition, was eine Verkehrssicherungspflicht ausmacht und für wen sie bestehen kann. Diese äußerst examensrelevante Frage betrifft nicht nur die Haftung aus § 823 BGB, sondern auch jene aus Vertrag wegen der Verletzung von Rücksichtspflichten (§ 241 Abs. 2 BGB). Die Kommentierung im *Grüneberg* (Grüneberg/Sprau, 84. Aufl. 2025, § 823 Rn. 45 ff. bzw. Grüneberg/Grüneberg, 84. Aufl. 2025, § 241 Rn. 6 ff.) ist derart umfangreich, dass es sinnvoll ist, sich nicht erst in der konkreten Examensklausur einen entsprechenden Überblick zu verschaffen.

G. Fehleranalyse

Bei der Klausurvorbereitung auf das Assessorexamen sollte besonderer Wert darauf gelegt werden, die individuellen Fehler zu analysieren. Dies führt erfahrungsgemäß dazu, dass sich die Bearbeitungsqualität klausurübergreifend merklich erhöht. Grundvoraussetzung ist allerdings, dass Probeklausuren geschrieben werden, deren Bearbeitungen analysiert werden können. Auch insoweit zeigt sich, wie wichtig es ist, Klausurpraxis zu sammeln. Eine Probeklausur, die geschrieben und bestenfalls auch durch einen AG-Leiter, einen Repetitor oder einen Mitstreiter bewertet worden ist, sollte nicht einfach *ad acta* gelegt werden. Vielmehr gilt es, die eigenen Fehlermuster und -typen zu identifizieren, um diese bestenfalls schon in der nächsten Probeklausur, spätestens aber in der eigentlichen Examensklausur abzustellen.

Um typische Fehler¹² ehrlich und transparent identifizieren zu können, hat es sich bewährt, während der Examensvorbereitung eine individuelle Fehlerliste anzufertigen und fortlaufend zu aktualisieren. Sinnstiftend kann es in diesem Zusammenhang sein, sich etwa i.R.e. Lerngruppe auch gegenseitig zu korrigieren. Innerhalb eines solchen „Klausurenzirkels“ kann zur selben Klausur zunächst die Rolle des Bearbeiters und anschließend die des Korrektors eingenommen werden. Das hilft perspektivisch besser zu verstehen, was aus Prüfersicht erwartet und positiv honoriert wird. Außerdem erleichtert dies, zu erkennen, wo welche Weichen individuell falsch gestellt wurden, während die Klausur bearbeitet wurde.

Erfahrungsgemäß unterlaufen vielen Bearbeitern in den Klausuren ähnliche Fehler, die teilweise bereits aus der Examensvorbereitung resultieren. Auf diese typischen Fehler soll nachfolgend hingewiesen werden, um das Bewusstsein dafür zu schärfen. Es handelt sich gewiss nicht um eine abschließende Liste, sodass es unumgänglich bleibt, die eigenen individuellen Fehler zu protokollieren und zu analysieren.

I. Keine Problemübersicht

Ein sehr grundlegender Fehler liegt darin, die wesentlichen (Rechts-)Fragen der Aufgabenstellung nicht auf einer Problemübersicht zu notieren oder die Fragen zumindest im Aktenauszug irgendwie kenntlich zu machen. Das kann dazu führen, dass der Bearbeiter im Zuge der fünfständigen Bearbeitungszeit den Überblick verliert und am Ende ein wesentlicher Teil der zentralen Fragen nicht einmal im Ansatz beantwortet wird (s. noch sub H, I).

II. Kein funktionierendes Zeitmanagement

Ein erhebliches Defizit besteht auch dann, wenn das Zeitmanagement nicht funktioniert.¹³ Was für ein funktionierendes Zeitmanagement erforderlich ist, lässt sich nicht pauschal beantworten. Allgemeinverbindliche Vorgaben verbieten sich hier.¹⁴ Vielmehr sollte sich jeder Bearbeiter für jeden Klausurtyp ein individuelles Klausurbearbeitungskonzept erstellen. Die Kontrollfrage, die sich jeder Kandidat bereits in der Examensvorbereitung für jeden Klausurtyp stellen sollte, lautet: Was mache ich wann wie und in welchem Umfang in der fünfständigen Bearbeitungszeit, sodass nach fünf Stunden ein vollständiges Arbeitsprodukt vorliegt? Eine qualifizierte Antwort auf diese Frage kann nur geben, wer hinreichend Probeklausuren geschrieben und dabei leidvoll bemerkt hat, wie stark sich bestimmte Klausurtypen voneinander unterscheiden. Die Herangehensweise an eine zivilrechtliche Urteilklausur etwa unterscheidet sich grundlegend von jener an eine strafrechtliche Revisionsklausur.

III. Unvollständiges Arbeitsprodukt

Schwer wiegt regelmäßig auch, wenn am Ende der fünfständigen Bearbeitungszeit offensichtlich kein vollständiges Arbeitsprodukt vorgelegt wird. Damit ist nicht der Fall gemeint, dass einzelne (Rechts-)Fragen der Aufgabenstellung nicht oder nur am Rande behandelt wurden. „Offensichtlich unvollständig“ ist ein Arbeitsprodukt, das bereits auf den ersten Blick unfertig ist.

Beispiele: Ein Urteilsentwurf enthält keinen Tenor, in der Anklageklausur fehlt der Entwurf einer Anklageschrift, in der Anwaltsklausur wird der vom Mandanten begehrte Vertragsentwurf nicht vorgelegt oder bei der Revisionsklausur fehlen die Revisionsanträge.

Zwar müssen derartige Bearbeitungen nicht gleich mangelhaft sein, wenn in den vorhandenen Bearbeitungsteilen noch hinreichend Substanz steckt. Da solche Arbeitsprodukte jedoch praktisch kaum bis gar nicht verwertbar sind, dürfte dies in den überwiegenden Fällen dazu führen, dass die Bearbeitung insgesamt nicht über ein ausreichendes Niveau hinausgeht. Die Abgabe eines offensichtlich unvoll-

¹² Hierzu allgemein auch *Beaucamp*, JA 2018, 757.

¹³ *Fleck/Arnold*, JuS 2009, 881 (886).

¹⁴ Sich jedoch festlegend *Küpperfahnenberg/Lagardère*, JA 2008, 286 (288).

ständigen Arbeitsprodukts in dem vorgenannten Sinne kann deshalb durchaus als Kardinalfehler¹⁵ bezeichnet werden, den es in jedem Fall zu vermeiden gilt.

IV. Widersprüchliche Bearbeitung

Ähnlich schwer wiegt es, wenn sich einzelne Bestandteile der Bearbeitung widersprechen. Auch in einem solchen Fall ist die praktische Verwertbarkeit des Arbeitsprodukts stark eingeschränkt.

Beispiele: Im Hauptsachetenor heißt es, die Klage werde abgewiesen, in den Entscheidungsgründen hingegen ist zu lesen, die Klage sei begründet. Im Kostetenor lautet es, der Beklagte habe die Kosten zu tragen, in den Entscheidungsgründen soll es plötzlich auf § 92 Abs. 1 ZPO und bestimmte Quoten ankommen.

Im materiell-rechtlichen Gutachten zu einer Anklageklausur lautet es, der Beschuldigte sei eines Mordes hinreichend tatverdächtig, im Anklageentwurf findet sich dazu indes nichts.

Im Beschlusstenor eines verwaltungsgerichtlichen Urteils wird die aufschiebende Wirkung hinsichtlich zweier Anträge einheitlich wiederhergestellt, in den Gründen heißt es jedoch, dass hinsichtlich des ersten Antrages die aufschiebende Wirkung angeordnet und hinsichtlich des zweiten wiederhergestellt werden müsse.

V. Fehlendes Grundlagenverständnis und unzureichende Klausurübung

Ein schwerwiegendes Defizit liegt auch darin, wenn die Grundlagen des Rechts und der einschlägigen Rechtsgebiete nicht sicher beherrscht werden. Die Gründe hierfür können vielfältig sein. Verbreitet ist sicherlich, dass der Fokus in der Examensvorbereitung zu sehr darauf gelegt wird, abstraktes Wissen zu Detailfragen und Einzelfallproblemen anzuhäufen, anstatt das Grundlagenwissen zu festigen und dieses Wissen anhand möglichst vieler Probeklausuren auf den Prüfstand zu stellen. Es wird nicht gelingen, sich auf sämtliche Einzelfallprobleme vorzubereiten. Weil in Examensklausuren häufig Standardprobleme abgefragt werden, die ggf. mit spezielleren Fragen angereichert werden, bleibt die Kombination aus Grundlagenwissen und Klausurpraxiserfahrung das Vorbereitungsmittel der Wahl.

VI. Fehlerhafte Sachverhaltsermittlung

Ein weiterer typischer Fehler liegt in der fehlerhaften Sachverhaltsermittlung. Die Bearbeiter gelangen zu nicht tragfähigen Ergebnissen, weil bereits der für die Subsumtion maßgebliche Sachverhalt nicht richtig erfasst wurde. Das wiegt besonders schwer, wenn es dadurch zu unververtretbaren Weichenstellungen kommt und die Lösung an einer zentralen Stelle in eine völlig andere Richtung läuft.

Beispiel: Dem Aktenauszug ist zweifelsfrei zu entnehmen, dass der Kläger den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt hat. In einem vorgelegten Entscheidungsentwurf heißt es hingegen ohne nähere Begründung, eine Rücktrittserklärung nach § 349 BGB liege nicht vor.

VII. Unpräzise und unzureichende Gesetzesarbeit

Zudem liegt ein Bearbeitungsmangel oftmals darin, dass die Gesetzesarbeit unpräzise und damit unzureichend ist. Die einschlägige Norm wird zwar erkannt und genannt, die einzelnen Voraussetzungen werden aber nicht oder nicht vollständig herausgearbeitet. Besonders schwer wiegt es, wenn dadurch der Sachverhalt falsch oder ungenau subsumiert wird. Nicht wenige Kandidaten entwickeln dabei zwar ein gewisses Störgefühl, was daran zu erkennen ist, dass sie plötzlich vager, offener und vorsichtiger formulieren. Auch ist in diesen Situationen oft zu beobachten, dass Kandidaten versuchen, den eigentlich nicht unter die jeweilige Norm passenden Sachverhalt über den Wortlaut hinaus noch in das Normkorsett zu pressen. Dabei wird jedoch zu meist nicht erwähnt, dass dies eine Analogie darstellt, die methodisch an gewisse Voraussetzungen geknüpft ist.

Beispiel: Die Kandidaten haben es mit einem Grundbuchberichtigungsanspruch zu tun, bekommen aber mangels präziser Gesetzesarbeit – ggf. mit Hilfe des Kommentars – schon die Unterscheidung zwischen §§ 886, 888 und 894 BGB nicht in den Griff. Wer dann statt des eigentlich einschlägigen § 894 Abs. 1 BGB den Anspruch aus § 888 BGB prüft, gerät unweigerlich ins Schwimmen, weil es an der erforderlichen relativen Unwirksamkeit im Sinne des § 883 Abs. 2 BGB fehlt.

VIII. Keine Berücksichtigung der Rechtsausführungen

Ein regelmäßiger Irrtum liegt darin, dass die Rechtsausführungen der Parteien bzw. Beteiligten keine größere Relevanz haben. Die Kandidaten halten die Rechtsausführungen zu einer oder gar zu mehreren Kernfragen der Aufgabenstellung für bloße „Nebelkerzen“ und gehen hierauf nicht näher ein. Es wurde bereits darauf hingewiesen, wie wichtig es für eine gelungene Bearbeitung ist, sich mit den Rechtsausführungen auseinanderzusetzen. Dies kann ggf. auch nur hilfsgutachterlich erfolgen, wenn der Bearbeitungsvermerk das verlangt. „Nebelkerzen“ in dem Sinne, dass die Kandidaten bewusst auf eine falsche Fährte gelockt werden sollen, weshalb diesbezügliche Rechtsausführungen ignoriert werden können, gibt es nicht. Damit ist nicht gesagt, dass Rechtsausführungen nicht falsch sein können. Es ist Teil der Prüfungsleistung, dies herauszuarbeiten und liegt auf der Hand, wenn die Parteien bzw. Beteiligten zu ein und derselben Rechtsfrage unterschiedliche Auffassungen vertreten.

¹⁵ So auch von Kühlewein, JuS 2019, 436 (437).

IX. Verkennung des Bearbeitungsvermerks

Nicht selten wird zudem die zentrale Bedeutung des Bearbeitungsvermerks verkannt. Tatsächlich finden sich im Bearbeitungsvermerk regelmäßig zahlreiche Vorgaben und Hinweise für die Bearbeitung. Ein umfangreicher Bearbeitungsvermerk ist nicht etwa lästig und ärgerlich, sondern verspricht Erleichterungen und Eingrenzungen.¹⁶

Beispiel: Dies ist etwa der Fall, wenn in der zivilrechtlichen Urteilklausur die prozessualen Nebenentscheidungen erlassen sind oder in einer strafrechtlichen Anklageklausur bestimmte Delikte nicht geprüft werden sollen.

H. Klausurbearbeitung

Zuletzt soll sich dem Herzstück gewidmet werden, nämlich der eigentlichen Klausurbearbeitung. Es ist bereits deutlich geworden: Die Aktenauszüge im Assessorexamen sind in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht derart umfangreich, dass die Bearbeitungszeit von fünf Stunden allenfalls knapp reicht. Dafür ist jedoch erforderlich, dass in der Examensvorbereitung Klausurroutine erworben und individuelle Bearbeitungskonzepte entwickelt wurden. Damit ist nicht gesagt, dass eine Klausur nicht auch ohne eine derartige Vorbereitung gelöst und bestanden werden kann. Die Realität ist ausweislich der vom GJPA quartalsweise im Internet veröffentlichten Ergebnislisten jedoch, dass die überwiegende Zahl der Bearbeiter in den Klausuren über sechs Punkte nicht hinauskommt.

Im Folgenden wird auf einige allgemeingültige Punkte hingewiesen, die in der fünfstündigen Bearbeitungszeit im Blick behalten werden sollten und als Fundament eines individuellen Bearbeitungskonzepts dienen können.

I. Handhabung der Akte

Im Assessorexamen besteht eine wesentliche Herausforderung darin, den Inhalt des Aktenauszugs nebst Bearbeitungsvermerk schnellstmöglich und vollständig zu erfassen. Wie bereits erörtert, enthalten die Aktenauszüge klausurtypübergreifend typischerweise zwischen 15 und 25 Seiten und setzen sich aus verschiedenen Dokumententypen zusammen. Deshalb kann sich nach Beginn der Bearbeitungszeit ein gewisses Überforderungsgefühl einstellen, wenn der Aktenauszug das allererste Mal durchgeblättert wird. Der Aktenauszug wirkt unübersichtlich und überfrachtet. In einer solchen Situation gilt es Ruhe zu bewahren und sich dem Aktenauszug Schritt für Schritt zu nähern.

In einer Frühphase der fünfstündigen Bearbeitungszeit sollte der Bearbeitungsvermerk gründlich gelesen werden, ggf. sogar gleich zu Beginn. Anschließend sollte der Aktenauszug gelesen werden, bestenfalls mehrmals, da bestimmte

Aspekte erst dann auffallen können. Trotz E-Klausur bietet es sich an, diejenigen Punkte auf einem separaten Blatt Papier mit entsprechender Blattziffer zu notieren, die beim Lesen als diskussionswürdig und problematisch identifiziert wurden. Das erlaubt zum einen, die zahlreichen Aspekte abzuschichten.¹⁷ Zum anderen entsteht so eine Liste, auf die im Weiteren zurückgegriffen werden kann. Zuletzt können dadurch Gedächtnisschwächen minimiert werden. All das, was identifiziert wurde, steht auch auf der Liste und kann nach und nach weggestrichen werden.¹⁸ Dieses Vorgehen erfordert gewiss ein entsprechendes Zeitmanagement. Wen der Mehraufwand abschreckt, der sollte zumindest versuchen, die im Aufgabentext angelegten Probleme unmittelbar dort zu identifizieren, zu markieren und ggf. zu nummerieren.

Wie bereits gesagt, haben Rechtsansichten in der Examensklausur eine herausragende Bedeutung. Es kann deshalb helfen, den Aktenauszug gerade zu Beginn schwerpunktmäßig unter dem Gesichtspunkt der von den Parteien bzw. Beteiligten aufgeworfenen Rechtsfragen zu lesen. Auf diese Weise kristallisiert sich schnell heraus, welche Fragen im Zentrum der Aufgabenstellung stehen und womit sich der Bearbeiter auf jeden Fall auseinandersetzen muss. Zugleich liefern Rechtsansichten häufig erste Hinweise zum Aufbau oder zu den maßgeblichen Normen.

Beispiele: Meint etwa der Beklagte in der zivilrechtlichen Urteilklausur, ihm stehe eine Gegenforderung in Form eines Schmerzensgeldanspruchs zu und er erkläre mit dieser Gegenforderung die Hilfsaufrechnung, sind damit nicht nur die §§ 253 Abs. 2, 389, 388 Satz 1, Satz 2, 387 BGB angesprochen, sondern auch bestimmte Aufbaufragen betreffend den Tatbestand und die Entscheidungsgründe.

Ähnlich ist es im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Klausur zu beurteilen, wenn in den Schriftsätzen von Behörde und Kläger einvernehmlich erklärt wird, den Berichterstatter bei Verzicht auf eine mündliche Verhandlung entscheiden zu lassen (vgl. §§ 87a Abs. 2, 3 und 101 VwGO).

Den Inhalt des Aktenauszugs zu erfassen ist im Assessorexamen auch deshalb anspruchsvoll, weil die Aktenauszüge nicht selten eine ganze Reihe unerheblicher Informationen enthalten. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zum Referendarexamen. Dort sind die Aufgabentexte derart kurz und komprimiert, dass regelmäßig nahezu jedes Wort in der Lösung zu berücksichtigen ist. Da Richter, Staatsanwälte und Anwälte in der täglichen Praxis aber ständig damit befasst sind, den erheblichen Sachverhalt vom unerheblichen zu trennen, ist auch dies Teil der Prüfungsleistung im Assessorexamen. Die Aktenauszüge sollten deshalb auch stets daraufhin durchgelesen werden, welche Informationen relevant sind und welche nicht. Aller-

¹⁶ Vgl. *Küpperfahrenberg/Lagardère*, JA 2008, 286 (287).

¹⁷ *Neuhöfer*, JuS 2021, 1145 (1146), spricht vom Sortieren der Akte.

¹⁸ Ähnlich auch *Küpperfahrenberg/Lagardère*, JA 2008, 286 (288).

dings muss, um abschließend beurteilen zu können, was relevant ist und was nicht, die rechtliche Lösung bekannt sein. Die Herausforderung in der fünfstündigen Bearbeitungszeit besteht deshalb auch darin, die im Aktenauszug enthaltenen Informationen fortlaufend und immer wieder daraufhin zu überprüfen, ob sie für die zu entwickelnde Lösung bedeutsam sind.

II. Formalia I

Sodann bietet es sich an, die Formalia als erstes zu verschriftlichen. Dies betrifft beispielsweise bei einer Urteilklausur das Rubrum und den Urteilseingang oder die Unterschrift(en) am Ende des Entscheidungsentwurfs. Ein Vorteil dieses Vorgehens ist, dass gerade bei den Formalia schnell Flüchtigkeitsfehler unterlaufen können, die zu Punktabzug führen. Es liegt auf der Hand, dass am Ende der Bearbeitungszeit häufiger Formfehler unterlaufen dürften, als dies zu Beginn der Bearbeitungszeit der Fall ist.

Es ist sodann Geschmackssache, ob in der Urteilklausur der Tatbestand vor oder nach den Entscheidungsgründen geschrieben werden sollte, vielleicht sogar bevor eine Lösungsskizze entwickelt wird (dazu sogleich sub III). Beides hat Vor- und Nachteile. Spätestens mit Einführung der E-Klausur dürfte jedoch mehr dafür sprechen, den Tatbestand vor den Entscheidungsgründen zu schreiben. Im Einzelfall mag es sogar angezeigt sein, den Tatbestand vor der Lösungsskizze zu verfassen. Dafür sprechen vier Gründe:

Erstens setzt eine stimmige und überzeugende rechtliche Würdigung voraus, dass der erhebliche und zur Entscheidung stehende Sachverhalt vollständig herausgearbeitet wurde.

Zweitens lässt sich die rechtliche Würdigung mit ein wenig Übung bereits grob gedanklich vorbereiten, während der Tatbestand abgefasst wird. Wenn bereits eine Lösungsskizze entwickelt wurde, lässt sich diese währenddessen verfeinern. Während der Tatbestand formuliert wird, kann sich fortlaufend gefragt werden, ob die einzelnen Angaben für die rechtliche Würdigung relevant sind (Stichwort: Erheblichkeit).

Drittens können im Tatbestand zunächst überflüssigerweise aufgenommene Angaben einfach wieder gelöscht werden. Das gilt insbesondere, wenn im Rahmen der Entscheidungsgründe festgestellt wird, dass eine bestimmte Angabe im Tatbestand unerheblich ist. Umgekehrt kann der Tatbestand inzwischen einfacher ergänzt werden, wenn in den Entscheidungsgründen auffällt, dass erhebliche Angaben fehlen.

Viertens schützt man sich bei dieser Reihenfolge davor, erst spät im Rahmen des Tatbestands zu bemerken, dass der Sachverhalt doch im Detail anders ist, als gedacht. Stellt

sich so kurz vor Ende der Bearbeitungszeit heraus, dass die rechtliche Würdigung unzutreffend ist, wird es unübersichtlich und hektisch. In den wenigen verbleibenden Minuten müssen die rechtliche Würdigung und schlimmstenfalls sogar der Tenor nochmal angefasst werden, während zugleich der Tatbestand noch nicht vollständig niedergeschrieben ist. Es besteht die Gefahr, kein vollständiges, widerspruchsfreies und praxistaugliches Arbeitsprodukt abgeben zu können. Das kann bei der umgekehrten, hier präferierten Reihenfolge weniger passieren. Insbesondere lässt sich der Tatbestand in den letzten Minuten der Bearbeitungszeit weitaus einfacher anpassen als die Entscheidungsgründe.

III. Lösungsskizze

Nachdem der Aktenauszug nebst Bearbeitungsvermerk hinreichend erfasst und die Formalia niedergeschrieben sind, sollte sich der Lösungsskizze gewidmet werden.

Die Betonung liegt dabei auf „Skizze“. In den Assessorexamensklausuren kommt es mehr denn je darauf an, zwischen unproblematischen und problematischen Tatbestandsmerkmalen zu differenzieren. Dies folgt schon daraus, dass es enorm viel Zeit in Anspruch nimmt, die im Vergleich zum Referendarexamen viel umfangreicheren Klausuraufgaben zu lesen und die zahlreichen Formalia zu beachten. Insofern kann höchstens für die problematischen Punkte eine ausführlichere Skizze inklusive Definitionen mit aus dem Kommentar übernommenen Maßstäben angefertigt werden.¹⁹ Es gilt zwingend zu vermeiden, die Klausur doppelt zu lösen,²⁰ nämlich einmal als umfangreiche Lösungsskizze, die nicht Teil der Prüfungsleistung ist, und einmal als Arbeitsprodukt, das vorgelegt wird.

Für die E-Klausur ist zudem empfehlenswert, schon die Skizze elektronisch zu erstellen. Die Skizze kann dann im weiteren Verlauf der Bearbeitungszeit im Urteils- bzw. Gutachtenstil mit Leben gefüllt und inhaltlich angedickt werden. Ebenfalls empfehlenswert ist es, bereits in der Skizze konkrete Normbezüge herzustellen und die einzelnen Tatbestandsmerkmale im Wortlaut zu nennen. So werden frühzeitig die Weichen dafür gestellt, dass die spätere rechtliche Würdigung auf einem soliden gesetzlichen Fundament steht, das für eine überzeugende Bearbeitung essenziell ist. Ferner sollten in der Skizze die Schwerpunkte gekennzeichnet werden, die sich vor allem an den Rechtsausführungen der Parteien bzw. Beteiligten orientieren. Dabei kann auch mit eigenen Regieanweisungen gearbeitet werden, wie etwa „Schwerpunkt!“. Auch sollte, sofern eine Problemübersicht angefertigt wurde, entsprechend dieser Übersicht (s. sub H, I) mit Verweisen auf den Aufgabentext und auf etwaige Kommentarfundstellen gearbeitet werden.

¹⁹ Vgl. Küpperfahenberg/Lagardère, JA 2008, 286 (288).

²⁰ Küpperfahenberg/Lagardère, JA 2008, 286 (288).

Außerdem kann (gerade für das Zivilrecht) eine Sachverhalts- oder Personenskizze sinnvoll sein, insbesondere, sobald mehr als zwei Rechtssubjekte interagieren.²¹ Mit Hilfe einer solchen Skizze lassen sich die Beziehungen untereinander veranschaulichen. Derartige Vorarbeiten können die Entwicklung der Lösung vereinfachen. Gleiches gilt für einen Zeitstrahl. Ein solcher bietet sich an, wenn der Sachverhalt in zeitlich-chronologischer Hinsicht unübersichtlich und mit zahlreichen Daten gespickt ist.

IV. Formalia II

Sobald die Lösungsskizze angefertigt ist und die rechtliche Würdigung vollständig steht, ist es empfehlenswert, sogleich den Tenor (Urteilklausur) bzw. die Anträge (Anwalts- und Anklageklausur) zu formulieren. Hierbei handelt es sich um zentrale Elemente des vorzulegenden Entscheidungs-, Schriftsatz- bzw. Anklageentwurfs. Hier sollten keine formellen oder gar inhaltlichen Fehler unterlaufen, da ansonsten die praktische Verwertbarkeit des vorgelegten Entwurfs regelmäßig stark eingeschränkt sein dürfte. Dringend ist davon abzuraten, den Tenor bzw. die Anträge in den letzten Minuten der Bearbeitungszeit zu formulieren, da die erforderliche Präzision und Sorgfalt dann erfahrungsgemäß kaum mehr zu gewährleisten ist.

V. Lösung

Schließlich muss anhand der Lösungsskizze eine Lösung ausformuliert werden. Auch wenn die Lösung im Assessorexamen nicht nur aus einer rechtlichen Würdigung besteht, ist sie gewiss das Herzstück einer Bearbeitung. An dieser Stelle erfolgen daher einige Hinweise dazu, was eine überzeugende rechtliche Würdigung ausmacht und welche Dinge es in diesem Zusammenhang vor allem zu beachten gilt. Dies speist sich naturgemäß auch aus den bereits ausgeführten Aspekten, die in der Lösung als Knotenpunkt zusammenzuführen sind.

Ungeachtet der rechtlichen Streitfragen, spielen die juristische Methodik und Argumentation eine hervorgehobene Rolle. Deshalb sollte methodisch korrekt stets der Wortlaut, die Systematik und das Telos der maßgeblichen Norm(en) in den Blick genommen werden. Eine fundierte juristische Argumentation setzt daher voraus, dass die jeweiligen Normen mitsamt Tatbestandsmerkmalen sowie die Rechtsfolge(n) präzise benannt werden.²² Bei alledem kann es auch auf verfassungs- und europarechtliche Gesichtspunkte ankommen. Auch im Assessorexamen geht es weniger darum, zu einem bestimmten, im Prüfervermerk vorgeschlagenen Ergebnis zu kommen. Entscheidend ist, einen methodisch korrekten und überzeugenden Weg hin zu einem vertretbaren Ergebnis zu entwickeln. Der Weg ist das Ziel.²³

Sodann ist der Gutachten- bzw. Urteilsstil einzuhalten. Welcher Stil zu beachten ist, hängt vom jeweiligen Klausurtyp ab. In den Anwaltsklausuren kann sich auch eine Mischform anbieten. Die Bedeutung von Ergebnis- (Urteilsstil) bzw. Obersätzen (Gutachtenstil) ist nicht zu unterschätzen. Ergebnis- bzw. Obersätze haben eine Leit- und Kontrollfunktion.²⁴ Sie führen den Leser nicht nur durch den Text, sondern gewährleisten auch eine gewisse Selbstkontrolle, inwieweit die aufeinanderfolgenden Abschnitte auch inhaltlich ineinandergreifen.

Jeder Klausurbearbeiter sollte zudem stets darauf achten, Rechtschreibung und Zeichensetzung einzuhalten sowie (rechts-)sprachlich präzise und grammatikalisch richtig zu formulieren. Häufige Fehler dürften sich negativ auf die Bewertung auswirken. Demgegenüber besonders erfreulich ist, wenn der Klausurbearbeiter im Aktiv formuliert, wenige Substantivierungen verwendet und starke Verben einsetzt. Auch Füll- oder Verstärkungswörter sollten weggelassen werden. Wörter, die für den Gutachtenstil stehen („mithin“, „folglich“ etc.), sind zu vermeiden, wenn im Urteilsstil zu formulieren ist.

Gelungene Bearbeitungen zeichnen sich ferner dadurch aus, dass ansprechende Schwerpunkte gesetzt werden. Das bedeutet, dass unproblematische Punkte kurz abgehandelt werden oder je nach Fall ggf. sogar weggelassen werden können. Hier kann auch der Aufbau so gewählt werden, dass der Leser bzw. Korrektor einen problematischen Punkt sofort als solchen erkennt.²⁵ Gute Schwerpunktsetzung setzt voraus, dass zutreffend identifiziert wird, was der Aufgabensteller erwartet. Insoweit ist die Schwerpunktsetzung mit der Klausurtaktik eng verbunden. Eine gelungene Bearbeitung erfasst und bearbeitet alle oder jedenfalls die meisten in der Akte angelegten Probleme. Dies wird auch nach dem Bearbeitungsvermerk regelmäßig erwartet, wenn es dort heißt, es müsse auf alle im Aufgabentext/Aktenauszug aufgeworfenen Rechtsfragen eingegangen werden. Dies kann gewiss dazu führen, dass eine in dogmatischer Hinsicht für überzeugender erachtete Lösung ggü. einem ebenfalls (nach der Rspr.) möglichen Ansatz zurückzustellen ist.²⁶ Dies ist im Assessorexamen bisweilen erforderlich, um möglichst viele Punkte abzuklopfen und nicht unvermittelt ins Hilfsgutachten zu rutschen. Insoweit ist durchweg zu fragen, welche inhaltlich-klausurtaktischen Konsequenzen bestimmte Weichenstellungen haben und inwieweit in der Aufgabenstellung aufgeworfene Rechtsfragen womöglich abgeschnitten werden. Wie gesagt, darf dies nicht zu Widersprüchen führen, damit die Bearbeitung stringent bleibt.²⁷

²¹ So auch *Neuhöfer*, JuS 2021, 1145 (1146).

²² Vgl. *Küpperfahnenberg/Lagardère*, JA 2008, 286 (288 a.E. f.).

²³ Vgl. *Neuhöfer*, JuS 2021, 1145 (1147); *Beaucamp*, JA 2018, 757 (758).

²⁴ Allg. hierzu *Fleck/Arnold*, JuS 2009, 881 (884).

²⁵ *Küpperfahnenberg/Lagardère*, JA 2008, 286 (289).

²⁶ A.A. *Küpperfahnenberg/Lagardère*, JA 2008, 286 (288), die von einer ergebnisorientierten Auslegung abraten.

²⁷ *Küpperfahnenberg/Lagardère*, JA 2008, 286 (289).

Schließlich sollten keine lehrbuchartigen Ausführungen erfolgen. Ebenfalls bereits gesagt wurde, dass es anders als in den Aufgaben des Referendarexamens allein auf die notwendigen und problematischen Aspekte ankommt.²⁸

Beispiele: Die örtliche Zuständigkeit des Gerichts ergibt sich zwanglos aus den §§ 12, 13 ZPO. Daneben ließe sich die Zuständigkeit auch anhand des § 32 ZPO bejahen. Zusätzliche Ausführungen hierzu im Rahmen der Entscheidungsgründe sind jedoch streng genommen überflüssig und bringen den Entscheidungsentwurf nicht nach vorne. Sie sind auch mit dem Urteilsstil nicht vereinbar. Sie kosten zudem nur unnötig Zeit, etwa, weil zum „Problem“ der doppelrelevanten Tatsache ausgeführt werden muss (hierzu *Thomas/Putzo*, 46. Aufl. 2025, § 32 Rn. 1, 16). Allenfalls mag man darüber nachdenken, je nach Bearbeitungsvermerk, zu § 32 ZPO hilfsgutachterlich oder im Wege von Hilfsentscheidungsgründen auszuführen. Das aber erst dann, wenn der eigentliche Entscheidungsentwurf vollständig steht und niedergeschrieben ist. In aller Regel dürfte aus inhaltlichen oder zeitlichen Gründen nicht hilfsgutachterlich auszuführen sein.

Der auf Herausgabe in Anspruch genommene Beklagte hat die Sache gutgläubig nach §§ 929 Satz 1, 932 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB erworben. Zwar sollte in einem solchen Fall in den Entscheidungsgründen durchaus auf die einzelnen Voraussetzungen (dingliche Einigung, Übergabe, Einigsein, Berechtigung bzw. Nichtberechtigung, Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts, Rechtsschein des Besitzes, Gutgläubigkeit, kein Abhandenkommen nach § 935 BGB) eingegangen werden. Sie müssen aber nicht lehrbuchartig-wissenschaftlich erläutert werden. Lediglich im Referendarexamen hätten etwa (kurze) Ausführungen dazu, dass die Voraussetzung „Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts“ eine teleologische Reduktion der §§ 932 ff. BGB ist und die Voraussetzungen hierfür vorliegen, vielleicht noch einen Pluspunkt gebracht.

VI. Ein Fahrplan

Schließlich ist ein grober Fahrplan als abzuarbeitendes Grundgerüst für die Bearbeitung sinnvoll. Der diesbezügliche nachfolgende Vorschlag erhebt nicht den Anspruch, der einzig gangbare Weg zu sein. Im Gegenteil lädt er dazu ein, kritisch auf die individuellen Bedürfnisse überprüft und den jeweiligen Klausurtyp angepasst zu werden:

1. **Überfliegen des Aktenauszugs**
2. **Genaues Lesen des Bearbeitungsvermerks**
3. **Gewissenhaftes Lesen des Aktenauszugs und Erstellen einer Problemübersicht**
4. **Erledigung der Formalia I**
(Rubrum, Urteileingang, Format der Anklageschrift, Unterschriften am Ende der praktischen Leistung)
5. **Erstellung einer digitalen Lösungsskizze**
6. **Erledigung der Formalia II**
(Ausformulierung des Tenors oder der Anträge)
7. **Ausformulierung der Lösung**
8. **Überprüfung der Vollständigkeit und Formalia**

I. Schlussbemerkungen

Die Klausuren zum Assessorexamen unterscheiden sich wesentlich von den Aufgabenstellungen des Referendarexamens. Dies beginnt beim Umfang, setzt sich bei den verschiedenen Klausurtypen fort und schließt den prozessualen Schwerpunkt in inhaltlicher wie formeller Hinsicht ein. Gleichzeitig stellt das materielle Recht erfahrungsgemäß nach wie vor den Schwerpunkt dar. Zu Beginn des Referendariats stellt sich daher verständlicherweise oftmals ein gewisses Überforderungsgefühl ein. Wie ist all dies nur in fünf Stunden zu bewältigen? Der vorliegende Beitrag konnte diesbezüglich hoffentlich für etwas Zuversicht sorgen. Er dient als Werkzeugkasten, der herangezogen werden kann, um die eigene Klausurtechnik grundlegend zu verbessern. Die Klausuren des Assessorexamens hängen stark davon ab, die Funktionsweise der einzelnen Klausurtypen durch Übung kennen- und verstehen zu lernen. Ungeachtet der zahlreichen Aspekte, die vorstehend vertieft ausgeführt wurden, lässt sich ein Leitsatz für eine gelungene Vorbereitung auf die Klausuren im Assessorexamen formulieren: Jede Klausur gelingt mit intensiver Übung, einem ausgefeilten persönlichen Bearbeitungskonzept und einer ehrlichen Analyse der eigenen Fehler besser.

²⁸ von Kühlewein, JuS 2019, 436 (437).

Len Klingelmeyer*

Die Freiheitsforderung im Deutschen Bauernkrieg 1525

Der deutsche Bauernkrieg von 1525 feiert 500-jähriges Jubiläum. Tausende Aufständische zogen damals gegen die Obrigkeit durch das Heilige Römische Reich Deutscher Nation. In dem zentralen Dokument dieses Ereignisses – den Zwölf Artikeln – fordern die Aufständischen „Freiheit“. Was aber steckt hinter dieser Freiheitsforderung? Diese Frage ist aus drei Perspektiven zu beantworten. Rechtlich-wirtschaftlich wird zunächst erörtert, welche Lasten mit der Leibeigenschaft, deren Abschaffung gefordert wird, verbunden waren. In religiös-sozialer Hinsicht wird das Zusammenspiel von Einflüssen der Frühreformation und ständischer Degradierung der Bauern fruchtbar gemacht. Hier wird ein egalitäres Moment der Freiheitsforderung sichtbar. Zuletzt wird sich der Freiheit aus politischer Perspektive genähert. Zwar sind politische Konsequenzen der Freiheitsforderung nicht zu verkennen, doch sind weitgehende Entwürfe einer neuen politischen Ordnung jedenfalls der Masse der Aufständischen nicht zu attestieren.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	96
B. Die Memminger Zwölf Artikel	96
C. Die Freiheitsforderung des Dritten Artikels	97
I. Leibeigenschaft und ihre wirtschaftlich-rechtlichen Folgen	97
1. Lasten der Leibeigenschaft	98
2. Rolle der fehlenden Freizügigkeit	99
3. Objektive Schwere der Belastungen durch Leibeigenschaft	99
4. Räumliche Verbreitung der Leibeigenschaft ..	100
5. Zwischenfazit zur Bedeutung der Leibeigenschaft in der Freiheitsforderung	100
II. Die religiös-soziale Seite der Freiheitsforderung	100
1. Die Reformation als historischer Kontext	100
2. Soziale Stellung der Bauernschaft und ihrer Obrigkeit	100
3. Ausdruck sozialer und religiöser Aspekte in der Freiheitsforderung	101
4. Grenzen des egalitären Moments: Frauen und Juden	102
III. Freiheit als Grundlage einer neuen politischen Ordnung?	103

1. Die politische Seite der Leibeigenschaft	103
2. Herrschaft getreu der neuen religiösen Perspektive	103
3. Freiheit durch Gemeindeautonomie	104
4. Entwürfe einer neuen Ordnung?	105
D. Fazit	107

A. Einleitung

Zum fünfhundertsten Mal jährt sich nun eine Erhebung, die 1525 beachtliche Teile des Heiligen Römischen Reichs Deutscher Nation erfasste. Die Rede ist vom Deutschen Bauernkrieg. Diese „wilde Handlung“, wie sie *Schwerhoff*¹ zuletzt bezeichnet hat, genießt ein hohes Ansehen, wenn sie in ihrer Bedeutung mit der Französischen Revolution und dem Englischen Bürgerkrieg verglichen wird.² Das gibt Anlass, einer, wenn nicht der zentralen Forderung der Aufständischen nachzugehen: Der Forderung nach Freiheit. Anhand der oberschwäbischen *Zwölf Artikel* wird dieser Beitrag untersuchen, welche Bedeutung dem Freiheitsbegriff in den Forderungen der Bauern innewohnt und wo dieser seine Grenzen findet. Diese Zwölf Artikel sind das zentrale, die Forderungen der Aufständischen einfangende, Dokument. Es handelt sich um eine Programmschrift, ohne die der Bauernkrieg in dem geschehenen Ausmaß nicht denkbar gewesen wäre.³ Besonders betrifft der Dritte der Zwölf Artikel die Frage der Freiheit, weshalb sich hier auf eben diesen Artikel konzentriert werden soll.

B. Die Memminger Zwölf Artikel

Bezugsobjekt der Untersuchung sind die Zwölf Artikel in der bei *Blickle*⁴ abgedruckten, auf *Götze* zurückgehenden Fassung. Diese Überlieferung ist gesichert.⁵ Zur allgemeinen Quellenlage des Bauernkriegs muss noch auf gewisse Herausforderungen hingewiesen werden: Zum einen ist es anspruchsvoll, aufgrund der schieren Menge der Quellen und Akteure sowie des polyzentrischen Charakters des Aufstandes allgemeingültige Linien des Geschehens herauszuarbeiten.⁶ Zum anderen mahnt der Umstand, dass viele Aufständische weder lesen noch schreiben konnten, sodass zeitgenössische Stellungnahmen häufig von den Gegnern der Aufständischen stammen und damit die Sieger in gewissem Maße hier die Geschichte schreiben,⁷ zur Vorsicht.

* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft an der Goethe-Universität Frankfurt a.M. und Studentischer Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Joachim Zekoll. Der Beitrag ist im Rahmen des Seminars „Rechtsgeschichte der Freiheit“ bei Prof. Dr. Albrecht Cordes entstanden.

¹ *Schwerhoff*, Der Bauernkrieg, 2024, S. 11, wobei „wild“ hier, anders als von Zeitgenossen der Bauern, nicht negativ konnotiert wird.

² *Schwerhoff* (Fn. 1), S. 532; *Sreenivasan*, Past & Present (P&P) 2001, 30 nennt den Bauernkrieg „the largest mass movement in Europe before the French Revolution“; so auch *Roper*, Für die Freiheit, 2024, S. 9.

³ Vgl. *Blickle*, Die Revolution von 1525, 4. Aufl. 2004, S. 24.

⁴ *Blickle* (Fn. 3), S. 321 ff. (Anhang I); als Übersetzung in moderne deutsche Sprache wird die bei *Roper* (Fn. 2), S. 495 ff. zu findende Fassung verwendet.

⁵ *Blickle* (Fn. 3), S. 321 bezugnehmend auf *Götze*.

⁶ *Roper* (Fn. 2), S. 19 zur Menge von Quellen und Akteuren, *Schwerhoff* (Fn. 1), S. 533 zur Polyzentrik.

⁷ Vgl. *Roper* (Fn. 2), S. 13.

Im Sommer 1524 markierte der äußere Südwesten⁸ den Anfang der bäuerlichen Aufstände.⁹ Von dort entwickelte sich im Anschluss die Erhebung zu einem überregionalen Phänomen. Bis zum Frühjahr 1525 breitete sich der Aufstand in Oberschwaben aus, wonach er schließlich zwischen März und Mai in Franken, dem Elsass, der Pfalz, Württemberg, Thüringen und Sachsen seinen Lauf nahm.¹⁰ Von Mitte Mai bis in den Sommer 1526 wurden dann auch die Regionen Tirol und Salzburg erfasst.¹¹ Aufständische schlossen sich vielerorts zu sogenannten *Haufen* zusammen und zogen, teilweise in einer Kombination mehrerer Haufen, gemeinsam durch das Land.¹² Die so entstandene Bewegung ging mit Angriffen auf Klöster und adlige Burgen einher.¹³ Überall stellten die Bauern, denen sich teilweise Stadtbewohner angeschlossen hatten,¹⁴ Forderungen an ihre Herren. Letzten Endes konnten sich die Aufständischen mit ihren Forderungen nicht durchsetzen. Sie wurden in einer Reihe von Schlachten vernichtend geschlagen und teils grausam bestraft.¹⁵

Ein Schlüsselmoment des Bauernkriegs ereignete sich in seiner frühen Phase, März 1525. In der obereschwäbischen Stadt Memmingen kamen damals Vertreter der drei großen Bauernhaufen der Region zusammen.¹⁶ Im Auftrag dieser Versammlung verfasste der Feldschreiber *Sebastian Lotzer* die einflussreichste Schrift des Bauernkrieges: Die Zwölf Artikel.¹⁷ Sie bauen auf einer Sammlung lokaler Beschwerdebriefe auf,¹⁸ erheben aber in ihrer Überschrift bereits einen überregionalen Anspruch: „*Dye grundtlichen vnd rechten haupt artickel, aller baurschafft vnnd hyndersessen [...]*“¹⁹. Überregional wurden sie sodann auch rezipiert und als Forderungen verwendet.²⁰ Der sich seit Mitte des 15. Jh. ausbreitende Buchdruck ermöglichte eine Verbreitung von ganzen 25.000 Exemplaren²¹ der Zwölf Artikel in allen Aufstandsgebieten. Die Artikel wurden zugleich in Versammlungen, auch für Analphabeten, vorgelesen.²² Der überregionale Anspruch wird dadurch untermauert, dass die Zwölf Artikel Raum für eine Bandbreite von Interpretationen ließen.²³ Das hat Auswirkungen auf das weitere Vorgehen: Wenig fruchtbringend dürfte es sein, den Blick auf den Wortlaut der Artikel und ihre konkreten Hintergründe in Oberschwaben zu verengen. Die Wandelbarkeit

soll auch nicht zur ausartenden Frage verleiten, gegenüber welchen Verständnissen die Artikel offen waren. Angezeigt ist viel eher eine Untersuchung der Frage, welches Verständnis den Zwölf Artikeln – vordergründig dem Dritten Artikel – in ihrem Text wie auch ihrer Verwendung durch die Aufständischen tatsächlich zugrunde lag.

Nicht zu verschweigen ist, dass der Bauernkrieg lokal durchaus unterschiedliche Farben annehmen konnte und selbst die Zwölf Artikel nicht überall unverändert rezipiert wurden.²⁴ Dennoch können mithilfe der Artikel und ihrer Verwendung im Ansatz verallgemeinerbare Aussagen über die Forderungen der Aufständischen als Gesamtheit herausgearbeitet werden. Das Stichwort „Forderungen“ weist außerdem auf den Umstand hin, dass es sich bei den Zwölf Artikeln nicht um ein Dokument mit normativer Wirkung, also eine Rechtsquelle i.e.S. handelte. Nach ihrer Annahme durch die jeweiligen Herren sollten sie vielmehr die Grundlage für rechtliche Reformen in den Aufstandsgebieten bilden.

C. Die Freiheitsforderung des Dritten Artikels

Die Suche nach Erkenntnissen über die Freiheitsforderung der Aufständischen führt unumgänglich zum Dritten Artikel, dessen verschiedene Stoßrichtungen im Folgenden näher beleuchtet werden sollen.

I. Leibeigenschaft und ihre wirtschaftlich-rechtlichen Folgen

„*Ist der brauch byßher gewesen das man uns für jr aigen leüt gehalten haben [...], Darumb erfindt sich mit der geschryfft das wir frey seyen vnd wollen sein. [...] jr werdendt vnß der aigenschafft als war vnnd recht Christen geren endtlassen [...]*“²⁵ So heißt es im Dritten der Zwölf Artikel. Unmissverständlich wird hier eine sehr konkrete Forderung gestellt: Die Abschaffung der Leibeigenschaft. Freiheit bedeutet im Dritten Artikel an erster Front, nicht leibeigen zu sein. Welche rechtlichen und wirtschaftlichen Implikationen die Leibeigenschaft für die Aufständischen hatte, muss untersucht werden, um das Ausmaß dieser Freiheitsforderung zu erfassen.

⁸ Bei Waldshut bzw. Stühlingen, dann Klettgau und Hegau.

⁹ *Schwerhoff* (Fn. 1), S. 74 ff.

¹⁰ *Schwerhoff* (Fn. 1), S. 107 ff., 195 ff., 251 ff., 333 ff.

¹¹ *Schwerhoff* (Fn. 1), S. 435 ff., 461 ff., 494 ff.

¹² Vgl. *Roper* (Fn. 2), S. 272 ff.

¹³ *Blickle*, Art. Bauernkrieg, in: Cordes et al., HRG Bd. I, 2. Aufl. 2004, S. 471 ff.; Zu den Klosterstürmen *Straube*, in: Vogler, Bauernkrieg zwischen Harz und Thüringer Wald, 2008, S. 381 (381 ff.).

¹⁴ *Blickle* (Fn. 3), S. 184 ff.; *Götze*, Historische Vierteljahrschrift 1901, 1 (1 ff.) weist bereits auf Beteiligung hin; für Thüringen *Schirmer*, in: Greiling/Müller/Schirmer, Reformation und Bauernkrieg, 2019, S. 21 (53).

¹⁵ *Schwerhoff* (Fn. 1), S. 371 ff., 511 ff.; zu Recht weist *Blickle*, HZ-Beiheft 1975 (Vol. 4), 298 (303 ff., 311) darauf hin, dass im Nachgang auch Verbesserungen errungen wurden.

¹⁶ Der Baltringer-, Allgäuer und Seehaufen, *Schwerhoff* (Fn. 1), S. 134 f.

¹⁷ Möglicherweise mit Anteilen des Geistlichen *Christoph Schappeler*, *Schwerhoff* (Fn. 1), S. 134, 151.

¹⁸ Bei *Blickle* (Fn. 3), S. 32 ff. analysiert.

¹⁹ „Die grundlegenden und rechtmäßigen Hauptartikel der gesamten Bauernschaft und Hintersassen [der geistlichen und weltlichen Obrigkeiten, von denen sie sich mit Lasten beschwert glauben].“

²⁰ *Schwerhoff* (Fn. 1), S. 160: Die Artikel sind als Basisforderung fast überall nachweisbar.

²¹ *Schwerhoff* (Fn. 1), S. 157.

²² Vgl. *Schwerhoff* (Fn. 1), S. 157.

²³ Vgl. *Vogler*, HZ-Beiheft 1975 (Vol. 4), 206 (214).

²⁴ Zur Rezeption *Blickle* (Fn. 3), S. 90 ff.; *Vogler*, HZ-Beiheft 1975 (Vol. 4), 206 (228).

²⁵ „Drittens ist es bislang Brauch gewesen, dass die Obrigkeit uns als ihre Leibeigenen angesehen hat [...]. Deshalb ergibt sich aus der Schrift, dass wir frei sind und sein wollen. [...] Wir haben auch keine Zweifel, dass ihr [...] uns gern aus der Leibeigenschaft entlassen werdet [...].“

1. Lasten der Leibeigenschaft

Klargestellt sei, dass es nicht die eine überregionale und übertemporale Bedeutung des Begriffs „Leibeigenschaft“ gibt.²⁶ Es handelt sich um ein Rechtsinstitut, das sich mit regional unterschiedlicher Prägung im europäischen Mittelalter entwickelt hat und bis in das 19. Jh. hinein Bedeutung hatte.²⁷ Allgemein gesprochen ist die Leibeigenschaft eine Form der personenbezogenen Abhängigkeit bzw. Herrschaft, die teilweise mit anderen Herrschaftsformen wie der Grundherrschaft und Landesherrschaft konkurrierte,²⁸ und einen Verfügungsanspruch²⁹ des Herrn über den Leibeigenen umfasste. Teilweise konnte eine Gerichtshoheit, Steuerhoheit und Wehrhoheit des Leibherren aus der Leibeigenschaft abgeleitet werden.³⁰ Hier ist entscheidend, welche üblichen Lasten und Rechtsfolgen mit der Leibeigenschaft vor Ausbruch des Bauernkriegs verbunden waren.

a) Abgaben und Dienste

Leibeigene waren zu bestimmten Abgaben und ggf. Diensten verpflichtet. Die üblichen Abgaben beschränkten sich auf das jährliche *Leibhuhn* oder den *Leibpfennig* als Herrschaftsanerkennung.³¹ Wegen der teilweise bestehenden Steuerhoheit konnte unter Umständen auch eine Art allgemeine Steuer zu leisten sein.³² Ebenso waren im Fall einer bestehenden Wehrhoheit Kriegsdienste möglich.³³ Neben diesen besonderen Hoheiten konnte die Leibeigenschaft eine Grundlage für *Frondienste* (bspw. die Bewirtschaftung des Herrenhofes) sein.³⁴ Die ausschließliche Zuordnung von Dienstpflichten zu der Leibherrschaft oder z.B. der Grundherrschaft ist wegen der sich überschneidenden Herrschaftsrechte aber nur schwer durchführbar.³⁵ Die Frondienste mussten im Übrigen nicht immer eigenhändig erbracht werden, sondern konnten unter Umständen durch einen Geldzins abgelöst werden.³⁶

b) Heiratsbeschränkungen

Zu nennen sind auch die mit der Leibeigenschaft verknüpften Heiratsbeschränkungen. Leibherren verboten ihren Leibeigenen sogenannte *ungenossame* Ehen einzugehen.³⁷

Als ungenossam (sinngemäß „außerhalb der Genossenschaft“) wurde die Eheschließung mit einer Person, die nicht auch Leibeigener des entsprechenden Herrn ist, bezeichnet.³⁸ In Betracht kam als Sanktion bei Verstoß gegen das Verbot z.B. die Einziehung des Vermögens.³⁹ In einer ländlichen Gesellschaft mit kleinen Dorfgemeinschaften den Personenkreis von potenziellen Ehepartnern einzuschränken, stellt eine spürbare Beschränkung dar.⁴⁰

c) Erbrechtliche Folgen

Eine weitere prominente Last der Leibeigenschaft stellte der sogenannte *Todfall* dar. Dabei handelte es sich um eine von den Erben eines Leibeigenen bei dessen Tod zu entrichtende Abgabe an den Leibherren. Diese begrenzte sich im mildesten Fall auf das *beste Gewand* (also das beste Kleidungsstück) und das *Besthaupt* (das beste Stück Vieh).⁴¹ Auch Todfallabgaben in Höhe von bis zu einem Drittel der *fahrenden Habe* (bedeutet so viel wie bewegliche Habe)⁴² kamen vor.⁴³ Diese Form des Todfalls konnte eine erhebliche wirtschaftliche Last für die Erben des Leibeigenen bedeuten. Verschärfte erbrechtliche Konsequenzen konnten insbesondere die leibherrschaftlichen Heiratsbeschränkungen nach sich ziehen: So hat *Sabeau* anhand mehrerer Herrschaftsverträge zwischen Leibeigenen und ihrem jeweiligen Herrn gezeigt, wie als Sanktion das halbe Erbe speziell eines ungenossam verheirateten Leibeigenen an den Leibherren, statt an die Erben, wanderte.⁴⁴

Misslich konnte die Lage auch aus einem anderen Grund werden, wenn Eheleute Leibeigene verschiedener Herren waren. So richtete sich in Oberschwaben die Leibeigenschaft der Kinder nach derjenigen der Mutter.⁴⁵ Hatte der Leibherr dem verstorbenen leibeigenen Vater nun (Grund-)Besitz geliehen, so würde dieser in der Erbfolge an dessen Kinder gehen. Die Kinder waren nun aber Leibeigene eines anderen Herren. Um das zu verhindern, bestimmten Leibherren teilweise, dass ein Lehensverhältnis bei Eingehung einer ungenossamen Ehe automatisch verfällt.⁴⁶

²⁶ Vgl. *Andermann*, Art. Leibeigenschaft, in: Cordes et al., HRG Bd. III, 2. Aufl. 2004, Sp. 771 ff.

²⁷ Vgl. *Andermann* (Fn. 26), Sp. 771 ff.

²⁸ Vgl. *Andermann* (Fn. 26), Sp. 771.

²⁹ *Blickle*, in: Birtsch, Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte, 1981, S. 25 (27); vgl. auch *Rabe*, Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte (VSWG Beiheft), 1977 (Bd. 64), 1.

³⁰ Für das Allgäu *Blickle*, in: *Blickle*, Studien zur geschichtlichen Bedeutung des deutschen Bauernaufstandes, 1989, S. 3 (8); für Oberschwaben vgl. *Sabeau*, Landbesitz und Gesellschaft am Vorabend des Bauernkriegs, 1972, S. 95 ff.

³¹ Vgl. *Blickle* (Fn. 3), S. 40.

³² *Ulbricht*, Leibherrschaft am Oberrhein im Spätmittelalter, 1979, S. 284.

³³ *Ulbricht* (Fn. 32), S. 284.

³⁴ *Blickle* (Fn. 29), S. 27 f.; *ders.* (Fn. 3), S. 66.

³⁵ *Ulbricht* (Fn. 32), S. 284.

³⁶ *Blickle* (Fn. 29), S. 28; vgl. *Müller*, HZ-Beiheft 1975 (Vol. 4), 264 (266).

³⁷ *Blickle* (Fn. 3), S. 42; die Heiratsbeschränkungen betont auch *Ulbricht* (Fn. 32), S. 261.

³⁸ *Sabeau* (Fn. 30), S. 89.

³⁹ *Blickle* (Fn. 3), S. 42.

⁴⁰ Vgl. *Ulbricht* (Fn. 32), S. 285; in kleineren Herrschaften waren die Verbote kaum umsetzbar.

⁴¹ Vgl. *Blickle* (Fn. 3), S. 40.

⁴² Vgl. *Ogris*, Art. Fahrnis, Fahrhabe, in: Cordes et al., HRG Bd. I, 2. Aufl. 2004, Sp. 1474.

⁴³ Für Oberschwaben *Sabeau* (Fn. 30), S. 88 ff.; bei zB Kinderlosen oder Unverheirateten sogar mehr: *Müller*, HZ-Beiheft 1975 (Vol. 4), 264 (266).

⁴⁴ *Sabeau* (Fn. 30), S. 89; hierzu auch *Blickle* (Fn. 3), S. 44 (hier sogar bis zu zwei Dritteln).

⁴⁵ *Blickle* (Fn. 3), S. 44; *Sabeau* (Fn. 30), S. 90.

⁴⁶ *Sabeau* (Fn. 30), S. 90 f.

2. Rolle der fehlenden Freizügigkeit

a) Freizügigkeit

Jedenfalls am Vorabend des Bauernkriegs konnten Leibeigene grundsätzlich keine Freizügigkeit mehr genießen.⁴⁷ Als Leibeigene waren sie örtlich (aber auch Kraft ihrer persönlichen Abhängigkeit!) an ihren Leihherren gebunden. Ohne dessen Erlaubnis durften sie den Herrschaftsbereich ihres Herren nicht verlassen und in den eines anderen Herren oder einer Stadt ziehen, geschweige denn einem anderen Herrn den Treueeid schwören.⁴⁸ Fast schon symbolische Bedeutung hat damit das kilometerweite Umherziehen der Bauern durch das Land.⁴⁹ Der Bruch dieser Regel durch *Flucht* konnte bspw. mit dem Lehensentzug bestraft werden.⁵⁰

b) Leibeigenschaft und Agrarkrise

Im Zusammenhang mit der Leibeigenschaft im Spätmittelalter wird häufig ein Phänomen diskutiert, das unter dem Stichwort Agrarkrise oder Krise des Feudalismus bekannt ist.⁵¹ Die Details dieser umstrittenen Einordnung sind hier nicht entscheidend. Skizzenhaft geht es darum, dass nach einem Bevölkerungsabfall im 14. Jh. die Getreidepreise sanken und gleichzeitig in den Städten ein Arbeitskräftemangel bestand.⁵² Das wiederum führte u.a. dazu, dass Bauern den Weg zu profitableren Wirtschaftszweigen, namentlich dem Handwerk, suchten. Eine Flucht setzte ein, sei es in die Städte oder zumindest in andere Gemeinden mit mehr wirtschaftlichen Entfaltungsmöglichkeiten.⁵³ Um Verlusten und insbesondere der Landflucht entgegenzuwirken, verschärften einige Leihherren die Bedingungen der Leibeigenschaft und schränkten vor allem die Freizügigkeit ein.⁵⁴

Sichtbar wird in dieser Dynamik eine weitere Last der Leibeigenschaft. Den Bauern wird mangels Freizügigkeit die Partizipationsmöglichkeit an anderen profitableren wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten durch ihre Leihherren genommen.⁵⁵

3. Objektive Schwere der Belastungen durch Leibeigenschaft

Ein vollständiges Bild der Belastung durch die Leibeigenschaft entsteht aber nur unter Berücksichtigung des Folgenden. Zwar stellen die genannten Folgen der Leibeigenschaft für sich eine Belastung dar. Doch ist gerade in den Jahren vor Ausbruch des Bauernkriegs zu beobachten, dass sich auch bezüglich der Leibeigenschaft und ihrer Strenge die Situation der Bauern eher verbessert als verschlechtert hat.⁵⁶ Häufiger konnten Leibeigene gegenüber ihrem Herren Herrschaftsverträge mit für sie günstigeren Bedingungen (z.B. bezüglich des Todesfalls) erwirken.⁵⁷ Auch kam es durch den Tausch von Leibeigenen (ohne Ortswechsel) zwischen Leihherren seltener vor, dass in einer Gemeinde Leibeigene verschiedener Herren wohnten. Das entschärfte das Problem der ungenossamen Ehen.⁵⁸ Daneben erholte sich die Bevölkerungsdichte Ende des 15. Jh. zügig und auch die Getreidepreise waren in den 20 Jahren vor dem Bauernkrieg stabil.⁵⁹ Ohnehin war es Leibeigenen grundsätzlich möglich, ihre Freizügigkeit gegen eine relativ geringe Ablösesumme zu erkaufen.⁶⁰

Die teilweise⁶¹ vorzufindende Betonung einer wirtschaftlich-rechtlichen Verschlechterung ist vor diesem Hintergrund nicht haltbar. Rätselhaft erscheint diese Darstellung bei *Blickle*.⁶² Er selbst erwähnt, dass sich nach einer Intensivierung der Leibeigenschaft zur Mitte des 15. Jh. die Bedingungen der Leibeigenschaft entspannt haben.⁶³ Folgen zieht er daraus aber keine.⁶⁴ Zum Teil wird hier geschlossen, dass der Bauernkrieg nicht auf eine ökonomische Misere des Bauernstandes zurückführbar ist, sondern vielmehr ein Kampf der örtlichen Gemeindeeliten (reicheren Bauern) um wirtschaftliche Aufstiegsmöglichkeiten war.⁶⁵ Dieses Ergebnis ist aber keineswegs zwingend. Auch andere als rein ökonomische Faktoren spielten bei der Freiheitsforderung der Bauern eine Rolle.

⁴⁷ *Blickle* (Fn. 3), S. 41 zu loseren Formen der persönlichen Abhängigkeit vor Anbruch des 15. Jh.

⁴⁸ Vgl. *Sabean* (Fn. 30), S. 93; die Freizügigkeitsbeschränkungen betont auch *Ulbricht* (Fn. 32), S. 257, 265; vgl. *Blickle*, Von der Leibeigenschaft zu den Menschenrechten, 2. Aufl. 2006, S. 73.

⁴⁹ Vgl. *Roper* (Fn. 2), S. 272 ff., 280 f.

⁵⁰ *Sabean* (Fn. 30), S. 93.

⁵¹ *Blickle* (Fn. 3), S. 46 zur Agrarkrise, zurückgehend auf *Abel* (hierzu und zu der Krise des Feudalismus als Gegenmodell *Kriedte*, Geschichte und Gesellschaft (GG) 1981, 42 (42 ff.); *Rösener*, VSWG 2012 (Bd. 99), 189 (193 f.)).

⁵² *Blickle* (Fn. 3), S. 46.

⁵³ *Blickle* (Fn. 3), S. 46 zur Flucht in die Städte; kritisch merkt *Scott*, The Historical Journal (HJ) 1979, 693 (698) an, dass auch ländliche Gemeinden das Handwerk ausbauten und eine Flucht in andere Gemeinden, nicht Städte, zentral gewesen sei.

⁵⁴ *Blickle* (Fn. 3), S. 46; *Schwerhoff*, Auf dem Weg zum Bauernkrieg, 2024, S. 27; vgl. *Troßbach*, GG 1981, 69 (73 f.); *Ulbricht* (Fn. 32), S. 266, 269 f.

⁵⁵ Vgl. *Scott*, HJ 1979, 693 (699).

⁵⁶ Ökonomische Gesamtsituation Bauern: Vgl. *Pfister*, in: Frieß/Schiersner, Beschwert und überladen?, 2024, S. 65 (67, 89): keine gravierende

Krise; *Roper* (Fn. 2), S. 460; für Thüringen *Schirmer* (Fn. 14), S. 24; *Müller*, HZ-Beiheft 1975 (Vol. 4), 264 (266, 270): Leibeigenschaft nur für einen Bruchteil schwere Belastung; auch *Sreenivasan*, P&P 2001, 30 (44 ff.).

⁵⁷ *Sreenivasan*, P&P 2001, 30 (46 ff.); vgl. *Ulbricht* (Fn. 32), S. 279.

⁵⁸ Hierzu *Blickle* (Fn. 3), S. 45.

⁵⁹ Vgl. *Pfister* (Fn. 56), S. 71 ff. zum Fallen der Urbanisierungsrate; *Roper* (Fn. 2), S. 73, 76; vgl. *Schwerhoff* (Fn. 1), S. 534.

⁶⁰ Vgl. *Sabean* (Fn. 30), S. 93; *Sreenivasan*, P&P 2001, 30 (51).

⁶¹ *Blickle* (Fn. 3), S. 81; *Cohn*, P&P 1979, 3 (12 f.); *Endres*, in: Buszello/Blickle/Endres, Der deutsche Bauernkrieg, 1984, S. 217 (235 ff.).

⁶² *Blickle* (Fn. 3), S. 81.

⁶³ Vgl. *Blickle* (Fn. 3), S. 110; *ders.* (Fn. 29), S. 25 (31); ähnlich *Endres* (Fn. 61), S. 238 f., der ebenso keine wirklichen Konsequenzen hieraus zieht.

⁶⁴ Kritik hieran äußert auch *Sreenivasan*, P&P 2001, 30 (45).

⁶⁵ Dabei heißt es, es seien diese Eliten gewesen, die in den Gemeinden das Sagen hatten, und Träger der Bewegung waren, vgl. *Sreenivasan*, P&P 2001, 30 (32 f., 43, 55); vgl. *Stalnaker*, GG 1975 (Sonderheft 1), 38 (44 f.).

Zuletzt muss klargestellt werden, dass eine fehlende Verschlechterung oder sogar Verbesserung der Situation der Bauern keineswegs bedeutete, dass die Bauern keinen beachtlichen ökonomischen Belastungen unterlagen. Das hier gefundene Ergebnis verschafft aber eine Perspektive auf die wirtschaftlich-rechtliche Dimension der Leibeigenschaft, ohne die das Bild unvollständig wäre.

4. Räumliche Verbreitung der Leibeigenschaft

Die Leibeigenschaft hatte nicht für alle Aufständischen eine Bedeutung, in Süddeutschland war sie allerdings verbreitet.⁶⁶ In Franken, Thüringen und Tirol kam sie hingegen nur selten vor.⁶⁷ Wie erwähnt, beteiligten sich außerdem auch Stadtbewohner an den Aufständen. Für Städte galt in Grenzen das Prinzip „*Stadtluft macht frei*“, wonach Stadtbürger grundsätzlich frei waren.⁶⁸ Auch wenn im Stadtgebiet teilweise Leibeigene wohnten und Städte nicht per se „Inseln der Freiheit“ waren,⁶⁹ war zumindest ein Teil der städtischen Aufständischen frei.

5. Zwischenfazit zur Bedeutung der Leibeigenschaft in der Freiheitsforderung

Die Leibeigenschaft ist der Dreh und Angelpunkt des Dritten Artikels. Frei sein bedeutete für die Aufständischen, nicht mehr den hier erläuterten Lasten zu unterliegen. Es bedeutete, keiner auf die eigene Person bezogenen Verfügungsgewalt mehr zu unterliegen. Wer gegen rechtliche Zwänge der Leibeigenschaft verstieß, der konnte empfindlich sanktioniert werden. Das galt aber nicht für alle Aufständischen, denn bei Weitem nicht alle Aufständischen waren selbst Leibeigene. Außerdem gehört zu einer vollständigen Betrachtung der Leibeigenschaft die Feststellung, dass die Schwere ihrer Lasten vor dem Ausbruch des Bauernkriegs jedenfalls nicht zunahm, sondern die Lasten tendenziell geringer waren.

II. Die religiös-soziale Seite der Freiheitsforderung

Die Zwölf Artikel insgesamt, wie auch Artikel Drei speziell, sind durchzogen von religiösen Referenzen. Die Aufhebung der Leibeigenschaft steht nicht im luftleeren Raum, sondern wird damit begründet, „*das vns Christus all mitt seynem kostparlichen plutvergussen, erloßt vnnd erkaufft*

hat, Den Hyrtten gleych alls wol alls Den hochsten [...]“⁷⁰. Aus dem Verhältnis von religiösen und sozialen Momenten lässt sich eine weitere Dimension der Freiheitsforderung herauskristallisieren.

1. Die Reformation als historischer Kontext

Der Bauernkrieg brach in einer Zeit aus, die von der Frühphase der Reformation geprägt war. Als *Martin Luther* 1517 seine 95 Thesen angeschlagen hatte und im Folgenden die Papstkirche angriff, hatte dies, auch wegen des Buchdrucks, kaum zu überschätzende Auswirkungen.⁷¹ Für die Bauern sollte später besonders seine Schrift „*Von der Freiheit eines Christenmenschen*“ (1520) bedeutsam werden. Dort postuliert *Luther*, freilich im geistlichen Sinne, die Freiheit aller Christen.⁷² Vorangetrieben wurde die Frühreformation neben *Luther* aber auch von Theologen wie *Andreas Karlstadt*, *Huldrych Zwingli*, *Philipp Melancthon*, *Thomas Müntzer* und vielen lokalen Predigern.⁷³

In einer Gesellschaft, in der das Leben des Einzelnen durchweg vom Christentum bestimmt war und die Kirche bzw. der Klerus nicht bloß als geistliche, sondern auch als mächtige weltliche Obrigkeit auftrat,⁷⁴ hat die reformatorische Bewegung einen großen Eindruck hinterlassen. Hinzu kommt, dass einige Reformatoren so weit gingen, aus dem Evangelium auch Konsequenzen für die weltliche Herrschaft und ein bestehendes Widerstandsrecht gegen unchristliche Herrscher abzuleiten.⁷⁵ Die Reformation erschütterte also die geistliche wie weltliche Herrschaft und führte zu einem neuen Verhältnis zur Autorität.⁷⁶ Ebenso bedeutsam war das neue, gesteigerte Selbstbild und -bewusstsein der gemeinen Bevölkerung, hervorgerufen durch die reformatorische Idee der individuell geltenden Gnade Gottes.⁷⁷

2. Soziale Stellung der Bauernschaft und ihrer Obrigkeit

Die Reformation fällt, nicht nur aufgrund der ökonomisch-rechtlichen Lage der Bauern, sondern auch aus sozialer Perspektive auf fruchtbaren Boden. Denn gerade die Bauern werden im Mittelalter regelmäßig als Menschen zweiter Klasse betrachtet und behandelt. Herablassung und Verachtung durch die gehobenen Stände waren weit verbreitet.⁷⁸ Die Bauern werden verbunden mit Charakteristika wie Un-

⁶⁶ Vgl. Müller, HZ-Beiheft 1975 (Vol. 4), 264 (266).

⁶⁷ Endres, GG 1975 (Sonderheft 1), 61 (63) zu Franken; Scott, HJ 1979, 693 (702) zu Thüringen und Tirol; Vogler, in: Vogler, Bauernkrieg zwischen Harz und Thüringer Wald, 2008, S. 43 (60); Andermann, in: Klußmann, Leibeigenschaft, 2003, S. 63 (70 f.) betont im Übrigen auch für die Pfalz die Milde der vorzufindenden Leibeigenschaft.

⁶⁸ Schwerhoff (Fn. 54), S. 28.

⁶⁹ Schwerhoff (Fn. 54), S. 28 f.

⁷⁰ „[...]“, dass uns Christus mit dem Vergießen all seines kostbaren Bluts erlöst und freigekauft hat, und zwar den Hirten gleichermaßen wie den Höchsten [...].“

⁷¹ Vgl. Roper (Fn. 2), S. 31 f.

⁷² Vgl. Roper (Fn. 2), S. 33 f.

⁷³ Grochowina, Die Reformation, 2020, S. 13 f. zu Theologen als einer Trägergruppe; vgl. Roper (Fn. 2), S. 35 f., 97 ff., 102, 104 ff.; Deflers, Lex und Ordo, 2005.

⁷⁴ Schwerhoff (Fn. 1), S. 27 ff.

⁷⁵ Selbst *Karlstadt* wendet sich gegen unchristliche weltliche Herrschaft: Roper (Fn. 2), S. 103; *Zwingli* ging von einem Widerstandsrecht aus: Schwerhoff (Fn. 1), S. 66.

⁷⁶ Vgl. Buszello, in: Buszello/Blickle/Endres, Der deutsche Bauernkrieg, 1984, S. 281 (292); vgl. Laube, Social History (SH) 1987, 361 (362): „fundamental shaking of the old church“; vgl. Müller, HZ-Beiheft 1975 (Vol. 4), 264 (269 f.).

⁷⁷ Buszello (Fn. 76), S. 292; Grochowina (Fn. 73), S. 2.

⁷⁸ Schwerhoff (Fn. 54), S. 23; vgl. auch, Bücking, GG 1975 (Sonderheft 1), 168 (174).

sittlichkeit und Grobheit, Tölpelhaftigkeit und Rohheit.⁷⁹ Sie sind teils kaum der menschlichen Gattung zugeordnet, sondern erscheinen als „Wilde“.⁸⁰

a) Degradierung in der Kunst

Diese Stilisierung (sogenannter *Bauernspott*) fand nicht zuletzt Ausdruck in künstlerischen Darstellungen.⁸¹ Oft, selbst bei *Albrecht Dürer*, dargestellt als „ungehobeltes Landvolk“, mit geöffnetem Mund, die Zähne sichtbar.⁸² Schon in der zeichnerischen Kontrastierung von Bauern und dem höheren Stand im *Sachsenspiegel* (1235) – die Bauern im Gegensatz zum gehobenen Stand mit groben Zügen, übergroßen Köpfen und hässlich gebogenen Nasen dargestellt –⁸³ wird die Sicht auf den niederen Stand erkennbar. Stets geht es um eine Abgrenzung nach unten.⁸⁴ Der bildliche Bauernspott nahm nach deren Niederlage keineswegs ab, eher zu. In dieser Zeit nach dem Bauernkrieg entstanden etwa *Sebald Behams* Darstellungen von Bauernfesten als Sinnbilder für das lasterhafte Bauernverhalten.⁸⁵

b) Degradierung durch Leibeigenschaft

Die ultimative Degradierung stellte das Institut der Leibeigenschaft selbst dar. Hier, wo der Leiherr über die Person des Leibeigenen herrschte und verfügen konnte, wurde der Leibeigene nahezu verdinglicht. „Menschen sollen nicht wie Kühe und Kälber verkauft werden“, formulierte deshalb ein Bauernbund.⁸⁶ Auch die Einschränkung der Ehegattenwahl, einer doch höchstpersönlichen Angelegenheit, stellte ein „erniedrigendes Attribut“ der Leibeigenschaft dar.⁸⁷ Die persönliche Unfreiheit und Subordination schufen eine Kluft zwischen betroffenen Bauern und den gehobenen, herrschenden Ständen.

Diese Kluft war nicht bloß ideell, sondern sehr real. Während Bauern sich ihre Herabwürdigung gefallen lassen mussten, genossen Adel und Klerus Privilegien und übten die Herrschaft aus.⁸⁸ So unterstand etwa der Klerus einer eigenen kirchlichen Gerichtsbarkeit, nicht der weltlichen.⁸⁹ Hinzu kamen steuerliche Befreiung.⁹⁰ Ständig standen diese beiden Stände herrschend den Bauern und dem niederen Stand insgesamt gegenüber. Der herrschaftliche Um-

gang konnte bisweilen willkürlich wirken, beispielsweise, wenn die Herren in Ausübung ihrer Jagdrechte über die gemeindliche Allmende ritten und diese so beschädigten, den Wald für die Bauern sperren oder ihre Hunde von den Untertanen mit Fleisch füttern ließen.⁹¹ Zu Ross einem Untertanen gegenüberzutreten hieß daneben schon physisch eine bewusste Höherstellung, ein Herabschauen.⁹²

c) Die Absurdität sozialer Ungleichheit

Eine kuriose Geschichte – Schnecken sind hier Protagonisten – soll, wenn sie auch dem Reich der Legenden angehört,⁹³ zur Illustration des Gesagten beitragen. Denn diese Geschichte hat sich zumindest als Chiffre der Unterdrückung und angeblicher Startpunkt der Bauernaufstände seitdem erhalten. In Stühlingen soll inmitten der Erntezeit des Jahres 1524 die *Landgräfin von Lupfen* ihre leibeigenen Bauern angewiesen haben, die Arbeit niederzulegen und Schneckenhäuser zu sammeln. Zweck dieser dubiosen Aufforderung: Ihre Hofdamen sollten Garn auf die Schneckenhäuser wickeln können.⁹⁴ Hier tritt die adelige Herrschaft als besonders verklärt und willkürlich hervor.

3. Ausdruck sozialer und religiöser Aspekte in der Freiheitsforderung

Für die Erforschung des Bauernkriegs sind besonders subjektive Vorbedingungen (Mentalitäten) in den Blick zu nehmen.⁹⁵ Hier leisten die dargestellten religiösen und sozialen Gegebenheiten einen entscheidenden Beitrag. Dass die Reformation bei den Aufständischen große Wirkung entfaltete drückt sich u.a. im Ersten der Zwölf Artikel, der die freie, gemeindliche Pfarrerwahl betrifft, aus.⁹⁶ Besonders *Luther*, der das gefährliche Wort „Freiheit“ propagierte, wurde von den Aufständischen (fehl-)interpretiert.⁹⁷ Diese hielten die Freiheit im fleischlichen Sinne für gottgewollt. Wenn sich auch einige der Reformatoren, allen voran *Luther* selbst, vehement gegen die Sache der Bauern stellten,⁹⁸ konnte die Rezeption ihrer Ideen durch die Bauern nicht mehr aufgehalten werden. Die neue Mentalität der Reformation – mehr Selbstwertschätzung und Autoritätszweifel – ließ die Bauern erst ihre ökonomisch-rechtliche

⁷⁹ Rippmann, in: Münkel/Uekötter, *Das Bild des Bauern*, 2012, S. 21 (36); vgl. Schwerhoff (Fn. 54), S. 23.

⁸⁰ Rippmann (Fn. 79), S. 36.

⁸¹ Radbruch/Radbruch, *Der deutsche Bauernstand zwischen Mittelalter und Neuzeit*, 2. Aufl. 1961, S. 25; vgl. Roper (Fn. 2), S. 66 f.; Schwerhoff (Fn. 54), S. 23.

⁸² Roper (Fn. 2), S. 67, 69 (vgl. auch Abb. 12 dort).

⁸³ Radbruch/Radbruch (Fn. 81), S. 19 f.

⁸⁴ Rippmann (Fn. 79), S. 22, 36.

⁸⁵ So zB „*Das Bauernfest*“ (1535-1540) oder „*Der Nasentanz zu Gimpelsbrunn*“ (1534); Rippmann (Fn. 79), S. 49ff; Roper (Fn. 2), S. 68 ff.

⁸⁶ Nach Roper (Fn. 2), S. 125.

⁸⁷ Müller, HZ-Beiheft 1975 (Vol. 4), 264 (267).

⁸⁸ Allgemein Buszello, HZ-Beiheft 1975 (Vol. 4), 273 (290); Schwerhoff (Fn. 1), S. 19, 28, 540.

⁸⁹ Schwerhoff (Fn. 1), S. 28.

⁹⁰ Schwerhoff (Fn. 1), S. 28.

⁹¹ Roper (Fn. 2), S. 88 ff.

⁹² Vgl. Roper (Fn. 2), S. 281 f.

⁹³ Schwerhoff (Fn. 1), S. 74.

⁹⁴ Roper (Fn. 2), S. 47.

⁹⁵ Boockmann, in: Moeller, *Bauernkriegs-Studien*, 1975, S. 9 (11); Endres (Fn. 61), S. 217; Roper (Fn. 2), S. 76; vgl. Scott, HJ 1979, 693 (706 f.); vgl. schon Betonung bei Wunder, GG 1975 (Sonderheft 1), 9 (11 f., 16).

⁹⁶ Vgl. Deflers (Fn. 73), S. 94 zum Anklang der Reformation bei den Bauern; vgl. Laube, SH 1987, 361 (361 f.); vgl. Vogler, in: Greiling/Müller/Schirmer, *Reformation und Bauernkrieg*, 2019, S. 397 (409) zur Rezeption des Evangeliums als Voraussetzung für den Erfolg der Bewegung; ders., HZ-Beiheft 1975 (Vol. 4), 206 (214) zum Ersten Artikel als Ausdruck der Identifikation mit Reformation.

⁹⁷ Cohn, P&P 1979, 3 (8, 25); vgl. Vogler (Fn. 96), S. 410.

⁹⁸ Vgl. Müller, HZ-Beiheft 1975 (Vol. 4), 264 (269 f.); Schwerhoff (Fn. 1), S. 351 ff., 354.

Ausbeutung und soziale Degradierung in dem für den Aufstand von 1525 nötigen Ausmaß spüren.⁹⁹ Entscheidend ist, dass die Bauern nun das Verhalten der weltlichen und geistlichen Herren mit neuen Augen sahen.

Die Bauern wollten die Abschaffung der Leibeigenschaft also nicht bloß aufgrund ihrer wirtschaftlich-rechtlichen Lasten, sondern auch, weil sie unchristlich sei und weil sie sich degradierend anfühle. Der Dritte Artikel bezieht sich seinem reinen Wortlaut nach nicht auf die Freiheit von den wirtschaftlich-rechtlichen Lasten der Leibeigenschaft, sondern auf die Leibeigenschaft als Institut selbst. Dass die Leibeigenschaft mit dem christlichen Glauben vereinbar sein soll, wurde schon zuvor – beispielsweise in der *Reformatio Sigismundi* – bezweifelt.¹⁰⁰ Mit der Reformation nahm die kritische Betrachtung der Herrschaft aus der Sicht des Evangeliums aber ein neues Ausmaß an.

Erst mit dem Einsetzen der Reformation und dem Bauernkrieg kommen, wenn auch nur zeitweise, Darstellungen von Bauern auf, die sie nicht als unsittliche Tölpel darstellen.¹⁰¹ Die Bauern traten nun gelegentlich als würdige Partner im Disput über die Lehren der Heiligen Schrift auf. Das war es, was letztlich neben der Abschaffung der Leibeigenschaft im wirtschaftlich-rechtlichen Sinne geschehen sollte: Artikel Drei stand auch symbolisch für die Forderung nach mehr Respekt und weniger Degradierung, für ein „Streben nach persönlicher sozialer Aufwertung“.¹⁰²

Höchstwahrscheinlich traten die Bauern 1525 für die Abschaffung der Privilegien von Adel und Klerus ein.¹⁰³ Jedenfalls forderten die Bauernhaufen Herren, die zum Beitritt bewegt wurden, ganz symbolträchtig dazu auf, vom Pferd zu steigen und mit den anderen zu Fuß zu gehen.¹⁰⁴ Auch im Briefwechsel mit Herren verwendeten sie das „Du“ in „brüderlicher“ Ansprache statt der Höflichkeitstitel.¹⁰⁵ Hier, und in der religiös-sozialen Dimension insgesamt, wird ein egalitäres Moment der Freiheitsforderung sichtbar.¹⁰⁶ Die Kluft zwischen der bisherigen Behandlung

der Bauern und der privilegierten Herrschaft der oberen Stände wurde grundsätzlich in Frage gestellt, wenn es im Dritten Artikel ganz egalitär heißt: „[...] *Den Hyrtten gleych alls wol alls Den hochsten*“. Christliche Brüderlichkeit sollte an die Stelle degradierender Herrschaft treten. Dieser religiös-soziale Hintergrund ist es, der die Grenzen zwischen Bauern verschiedener Regionen mit unterschiedlicher sozioökonomischer Stellung wie auch zwischen Bauern und Stadtbewohnern überwand.¹⁰⁷ Hier lag ein Grund, dass auch in Gebieten, in denen die Leibeigenschaft praktisch keine Rolle spielte, der Dritte Artikel einen Nerv traf.¹⁰⁸ Der Dritte Artikel ging in seiner religiös-sozialen Dimension über die unmittelbar enthaltene Forderung hinaus.¹⁰⁹ Er wendete sich gegen eine Welt, in der Ungleichheit das „zentrale Ordnungsprinzip“¹¹⁰ darstellte. Erkennt man dieses Freiheitsverständnis im Dritten Artikel an, dann ist die Einreihung der Zwölf Artikel in die Tradition der Menschenrechtsgeschichte durchaus gerechtfertigt.¹¹¹

4. Grenzen des egalitären Moments: Frauen und Juden

Die Rolle zweier Personengruppen vervollständigt das Bild der religiös-sozialen Dimension der Freiheitsforderung mit ihrem egalitären Element. Sie zeigt gewisse Grenzen in dieser Hinsicht auf. Keineswegs strebten die Bauern eine vollkommen egalitäre, hierarchielose Gesellschaft an.

Ebenso wie die meisten Männer waren auch die meisten Frauen im Heiligen Römischen Reich des Spätmittelalters fromme Christen. Man könnte deshalb auf den Gedanken kommen, dass die sozial-egalitäre Forderung im Dritten Artikel, inspiriert von *Luthers* Freiheit aller Christenmenschen, auch Frauen betraf. Doch so sehr sich die Bewegung von 1525 auch gegen Aspekte weltlicher wie geistlicher Herrschaft wendete, bedeutete sie keine Auflösung jeder ungleichen Herrschaft.¹¹² Die Herrschaft des Mannes über die Frau, gerade im politischen Kontext, wurde von den Aufständischen nicht angetastet.¹¹³ Insofern galt wohl „[...] *Den*

⁹⁹ Buszello (Fn. 76), S. 296: zur „Demaskierung“ als „Zustand der Unterdrückung und Ausbeutung“; vgl. Bücking, GG 1975 (Sonderheft 1), 168 (174, 176 f.); so auch H. Boockmann laut des Tagungsberichts bei *Wohlfel*, Social History 1977, 515 (517).

¹⁰⁰ Boockmann (Fn. 95), S. 12; *Mayenburg*, Gemeiner Mann und Gemeines Recht, 2018, S. 240 zum Vorbild Sachenspiegel.

¹⁰¹ Roper (Fn. 2), S. 37, 68, 351.

¹⁰² Buszello zitiert nach Blickle (Fn. 3), S. 31 Fn. 23.

¹⁰³ So zumindest Buszello, HZ-Beiheft 1975 (Vol. 4), 273 (290, 295), was aber keine generelle Aufhebung der Ständegesellschaft bedeutete; ders. (Fn. 76), S. 281 (298 ff.) zum Privilegienverlust im Rechts- und Wirtschaftsleben; auch Cohn, P&P 1979, 3 (25) zu gewollter Gleichheit vor Gerichten und bzgl. Steuern.

¹⁰⁴ Roper (Fn. 2), S. 281.

¹⁰⁵ Roper (Fn. 2), S. 191 f.

¹⁰⁶ Angermeier, VSWG 1966 (Bd. 53), 329 (338); vgl. Buszello, HZ-Beiheft 1975 (Vol. 4), 273 (290) zur Gleichstellung in bestimmten Bereichen; vgl. Cohn, P&P 1979, 3 (25); vgl. Heidenreich, Ein Ereignis ohne Namen?, 2019, S. 202, 204 zu egalitärem Element der Exodus Erzählung, auf die sich im Bauernkrieg immer wieder bezogen wird, sowie der Begründung im Dritten Artikel; vgl. Oberman, Harvard Theological Review 1976, 103 (107); Schwerhoff (Fn. 1), S. 538.

¹⁰⁷ Buszello, (Fn. 76), S. 281 (289); vgl. Schirmer (Fn. 14), S. 68 f.; vgl. Vogler (Fn. 96), S. 410 zu sozialer (und politischer) Interpretation des Evangeliums als die territorialen Grenzen überwindendes Element; vgl. Heidenreich (Fn. 106), S. 208: Dritter Artikel in Leseart allg. Unterdrückung übertragbar auf nicht leibeigene Personen; kritisch hingegen Scott, HJ 1979, 953 (961 f.).

¹⁰⁸ Vgl. Schwerhoff (Fn. 1), S. 541 f.

¹⁰⁹ Schwerhoff (Fn. 1), S. 538 f.

¹¹⁰ Schwerhoff (Fn. 54), S. 15.

¹¹¹ So insbesondere Blickle, (Fn. 51), S. 91, S. 92 zur Würde des Menschen, die mit Leibeigenschaft „nicht mehr angemessen ausgedrückt war“, S. 201 ff., 298 ff.

¹¹² Kobelt-Groch, in: Vogler, Bauernkrieg zwischen Harz und Thüringer Wald, 2008, S. 467 (375, 379): Anknüpfung an den Kampf gegen Herrschaftsstrukturen, der sich letztlich aber nicht gegen männliche Herrschaft wendete.

¹¹³ Vgl. Kobelt-Groch (Fn. 112), S. 375, 379: Frauen größtenteils von politischen Entscheidungen und führenden Rollen ausgeschlossen; vgl. Roper (Fn. 2), S. 363, 374 f.; Schwerhoff (Fn. 1), S. 562: „an den Rand des Geschehens gedrängt“.

Hyrten gleych alls wol alls Den hochsten“, aber nicht „die Hirtin gleichermaßen wie den Hirten“. Im Gegenteil: Frauen waren für den Gang der Aufstände zwar durchaus bedeutsam,¹¹⁴ die Bewegung selbst mit ihrer „Brüderlichkeit“ aber war insgesamt zutiefst männlich.¹¹⁵ Einzig in Teilen der Täuferbewegung kam es zu einer gewissen Stärkung mit Blick auf die Rolle der Frau.¹¹⁶

Aus der Bezugnahme auf die christliche Brüderlichkeit und die Freiheit aller Christenmenschen wird außerdem klar: Angesprochen sind bloß Christen, nicht etwa Juden. Vielmehr sind antisemitische Elemente in der Bauernbewegung verbreitet.¹¹⁷ Bedeutsam ist dies auch für die Konturierung der Freiheitsforderung: Das Evangelium lieferte insofern schon auf der sozialen Ebene der Freiheitsforderung auch eine Grenze.

III. Freiheit als Grundlage einer neuen politischen Ordnung?

Es bleibt, den Blick auf einen weiteren, bedeutsamen Textabschnitt des Dritten Artikels zu lenken und nach dem politischen Gehalt der Freiheitsforderung zu fragen. Gleich nachdem dort proklamiert wird, dass die Aufständischen *„frey seyen vnd wollen sein“*, heißt es: *„Nit, dz wir gar frey wollen seyn, kain oberkait haben wellen, Lernet vnß Gott nit.“*¹¹⁸ Der Dritte Artikel erkennt hier indirekt selbst an, dass ihm durchaus eine politische Sprengkraft zukommen kann. Eine solche Versicherung wäre sonst überflüssig gewesen. Weiter: *„[...] Darumb sollen wir nach seinem gepot leben: zaigt vnd weißt vns diß gepot an das wir der oberkait nit korsam seyen? Nit allain der oberkait, sunder wir sollen vns gegen jederman diemutign, das wir auch geren gegen vnser erwelten vns gesetzten oberkayt (so vns von Got gesetzt) jn allen zimlichen vn Christlichen sachen geren gehorsam sein, [...]“*.¹¹⁹ Welche politischen Ziele dieser Formulierung innewohnen, soll nun untersucht werden.

1. Die politische Seite der Leibeigenschaft

Im Zentrum des Dritten Artikels steht die unmittelbare Forderung nach der Abschaffung der Leibeigenschaft. Um auf die obigen Ausführungen zurückzukommen: Die Leibeigenschaft war letztlich eine Form der Herrschaft und konnte als solche auch die Steuer-, Gerichts- und Wehrhoheit umfassen. Zumindest dort, wo die Herrschaft primär auf der Leibeigenschaft fußt, hat deren Abschaffung automatische Konsequenzen für die politische Herrschaft.¹²⁰ Das Herrschaftsverhältnis endet.

2. Herrschaft getreu der neuen religiösen Perspektive

Die Zwölf Artikel, besonders der Dritte, sind ihrem Wortlaut nach durchaus offen für weitergehende politische Ambitionen.¹²¹ Sie sind insofern theoretisch flexibel einsetzbar. Wieder bietet der Wortlaut des Dritten Artikels einen Anknüpfungspunkt für ein weiteres politisches Ziel. Dort heißt es, man wolle nach Gottes Gebot leben und der Obrigkeit in allen christlichen Angelegenheiten gehorsam sein. Was steckt hinter dieser Verknüpfung der religiösen mit der politischen Sphäre? Oder: Welche politische Vorstellung über Herrschaft kommt hier zum Ausdruck?

a) Evangelium als Maßstab weltlicher Herrschaft

Akzeptiert wird ausdrücklich bloß eine christliche, am Evangelium orientierte Herrschaft. Das musste keine Theokratie bedeuten.¹²² Allerdings sollte das Evangelium als Maßstab weltlicher Herrschaft herangezogen werden. In diesem Kontext wird teilweise der Begriff des *göttlichen Rechts* als Rechtfertigungsmittel und Ziel der Aufständischen stark gemacht.¹²³ Der Gehalt dieses „Rechts“ bleibt aber weitgehend diffus, sodass hier auf die Verwendung des Begriffs verzichtet werden soll.¹²⁴ Inhaltlich bedeutete der Maßstab des Evangeliums zumindest, dass Herrschaft stets gemeinwohlorientiert, frei von Willkür und verankert in dem Prinzip der Nächstenliebe sein sollte.¹²⁵ Hierzu gehörte auch die „Tugend des Mitleidens“ als Pflichtbegründung für gegenseitige Hilfe und Einsatz für das Wohlergehen anderer.¹²⁶ Gefordert wird letztlich ein neues Untertanenverständnis, respektive Herrschaftsverständnis.¹²⁷

¹¹⁴ Kobelt-Groch (Fn. 112), S. 374 f.; vgl. Vogler (Fn. 96), S. 422.

¹¹⁵ Roper (Fn. 2), S. 350, 355.

¹¹⁶ Vgl. Kobelt-Groch (Fn. 112), S. 379 f.

¹¹⁷ Bücking, GG 1975 (Sonderheft 1), 168 (173); Roper (Fn. 2), S. 371 f.; vgl. Schwerhoff (Fn. 54), S. 41 zum Vorabend des Bauernkriegs; ders. (Fn. 1), S. 545.

¹¹⁸ „Nicht etwa, dass wir ganz und gar frei sein, also keine Obrigkeit haben wollen, was uns Gott so nicht lehrt.“

¹¹⁹ „[...] Deshalb sollen wir nach seinem Gebot leben. Zeigt und weist uns dieses Gebot nicht an, dass wir der Obrigkeit zu Gehorsam verpflichtet sind? Nicht allein der Obrigkeit, sondern wir sollen uns gegen jedermann demütigen, wie wir auch gern unserer erwählten und (von Gott) eingesetzten Obrigkeit in allen geziemenden und christlichen Angelegenheiten gern gehorsam sind. [...]“.

¹²⁰ Vgl. (auch) zur Leibeigenschaft als Herrschaftsbasis Blickle (Fn. 3), S. 47; Scott, HJ 1979, 693 (714).

¹²¹ Vgl. Blickle (Fn. 3), S. 31, 147 f., 149, ders., HZ-Beiheft (Vol. 4) 1975, 127 (129).

¹²² Vgl. Deflers (Fn. 73), S. 110; wobei die Forderung nach der Verwendung der Bibel als Rechtsquelle nicht fernliegend erscheint, Heidenreich (Fn. 106), S. 54.

¹²³ Das auch gerade in Abgrenzung zum sogenannten „alten Recht“, das weniger offen für eine politische Neugestaltung sei, Blickle (Fn. 3), S. 105, 139, 143, 145, 147.

¹²⁴ Ähnlich auch Schwerhoff (Fn. 1), S. 536 ff.; Deflers (Fn. 73), S. 110: Was genau die Aufständischen darunter verstanden haben sollen sei ungeklärt. Ein politisches oder juristisches Programm zur Umsetzung in anwendbare Normen habe es nicht gegeben.

¹²⁵ Heidenreich (Fn. 106), S. 48, 55 f., 59, 204, 218; vgl. Zitat eines Zeitgenossen bei Angermeier, VSWG 1966 (Bd. 53), 329 (331) zur Nächstenliebe als einziger konkreter Vorstellung.

¹²⁶ Heidenreich (Fn. 106), S. 57, 59.

¹²⁷ Heidenreich (Fn. 106), S. 48, 50, 53, 57, 183.

Ausdruck findet dieses Herrschaftsbild auch in der alttestamentarischen Exodus Erzählung, deren sich die Aufständischen regelmäßig als Narrativ bedienten.¹²⁸ Schon die Präambel der Zwölf Artikel fragt: „*Hat er die kinder Israhel zu jm schreyendt, erhoret, vnd auß der hand Pharaonis erlediget, Mag er nit noch heut die seynen erretten?*“¹²⁹ Das Narrativ konnte gewissermaßen als „Handlungsmatrix und Zielperspektive“ der Bewegung dienen, wie *Heidenreich* es deutet.¹³⁰ Die Herrschaft, wie sie die Aufständischen zu ihrer Zeit empfinden, entspräche demgemäß der Unterdrückungspolitik des mosaischen Pharaos. Von Gott erwarten sie, in das gelobte Land christlicher, besserer Herrschaft geführt zu werden und – wie die Israeliten am Sinai – Instruktionen für die Errichtung einer alternativen Ordnung zu erhalten.¹³¹ Die Ordnung des Bundesschlusses in seiner horizontalen Dimension steht eben für die Sorge um den Nächsten ein.¹³²

Es geht in dieser Hinsicht weniger um die Frage, wer Herrschaft ausüben soll, sondern vielmehr wie Herrschaft ausgeübt wird.¹³³ Hier besteht eine gewisse Parallele zu der religiös-sozialen Freiheitsdimension, die ebenso auf die Behandlung der niederen Stände im Einklang mit christlichen Werten zielte. Doch sei auf eine weitere Konsequenz der im Dritten Artikel geäußerten politischen Vorstellung hingewiesen: Implizit geht die dortige Formulierung von einem Widerstandsrecht der Untertanen gegen unchristliche Herrschaft aus.¹³⁴ Auch diese Vorstellung betrifft letztlich die politische Sphäre bzw. das Verhältnis von Herrschaft und Beherrschten.

Die klare Orientierung am Evangelium steckt aber auch Grenzen: Die Aufständischen wollen jedenfalls nichts fordern, was nicht mehr dem Evangelium entspricht.¹³⁵

b) Politische Folgen des Antiklerikalismus

Politische Auswirkungen lassen sich auch einem der zentralen Phänomene des Bauernkriegs entnehmen: Der Abneigung gegenüber dem Klerus.¹³⁶ Gerade nach der öffentlichen Enttarnung kirchlicher Ablasspraktiken durch die Reformation und *Luthers* Angriffe auf altradierte kirchliche Institutionen war die Abneigung unter den Aufständischen gegenüber der Kirche mit ihren Institutionen und Würden-

trägern sicher groß.¹³⁷ Einen wichtigen Beitrag hierzu leistete aber auch der Umstand, dass in der Zeit vor dem Bauernkrieg rund 90 geistliche Fürstbischöfe und Fürststäbe über Territorien im Reich herrschten.¹³⁸ Geistliche Institutionen – besonders Klöster – traten den Bauern gegenüber als Grund- und Leihherren auf.¹³⁹ Gerade Klöster wurden von den Aufständischen gestürmt.¹⁴⁰

Konsequenz des Antiklerikalismus war die Zielvorstellung einer wirtschaftlichen und politischen Entmachtung des Klerus.¹⁴¹ Wäre diese von den Aufständischen gewollte Entmachtung verwirklicht worden, dann hätte das eine bedeutende Umgestaltung der politischen Landschaft bewirkt. Folge wäre eine „allgemeine Säkularisierung“ gewesen.¹⁴² Interessant ist hier die Beobachtung, dass sich die Aufständischen zwar eine christliche Herrschaft wünschten, hierzu aber keineswegs geistliche Herrscher berufen wollten.

3. Freiheit durch Gemeindeautonomie

Möglicherweise lässt sich den politischen Vorstellungen der Aufständischen aber noch mehr abgewinnen. Es soll im Folgenden um Fragen gehen, die das Verhältnis der (insb. ländlichen) Gemeinden zu einer sich entwickelnden Territorialstaatlichkeit betreffen. Die Vorstellung von politischer Freiheit wird hier erweitert auf eine kollektive, statt individuelle Freiheit.

a) Strukturen ländlicher Gemeinden

Das bäuerliche Leben war zur Zeit des Bauernkriegs meist eingebunden in übergeordnete Siedlungen verschiedenster Größe, die sogenannten dörflichen Gemeinden.¹⁴³ In diesen Dorfgemeinden sind politische Organisationsstrukturen zur Regelung und Bewerkstelligung innerdörflicher Angelegenheiten vorzufinden. Dabei ging es vor allem um Fragen der *Allmendenutzung* und Bewirtschaftung der Feld- und Weideparzellen sowie des Zeitpunktes der Getreidesaat oder der Bewachung der Felder.¹⁴⁴ In der *Gemeindeversammlung* traten Bauern und Söldner, die das Gemeinderecht besaßen, zusammen; sie entschieden über „besondere“ Fragen, kontrollierten die Kommunalpolitik und übten eine Art Satzungsrecht aus.¹⁴⁵ Von der Gemeindeversammlung wurde ein Kollegialorgan, der sogenannte *Vierer*

¹²⁸ Vgl. *Schwerhoff* (Fn. 1), S. 538.

¹²⁹ „Hat er nicht die Kinder Israels, die sich schreiend an ihn wandten, erhört und aus der Hand des Pharaos gerettet? Kann er nicht auch noch heute die Seinen retten? [Ja, er wird sie retten!]“.

¹³⁰ *Heidenreich* (Fn. 106), S. 177.

¹³¹ Vgl. *Heidenreich* (Fn. 106), S. 178 f., 180 ff. Mit der Bezugnahme auf den Bundesschluss mit Gott ist Herrschaft kein (ur-)eigenes Recht zwischen Herren und Untertanen, sondern entspringt dem Bund mit Gott, vgl. S. 202.

¹³² Vgl. *Assmann*, Exodus, 3. Aufl. 2015, S. 237, 254; *Heidenreich* (Fn. 106), S. 203, 210.

¹³³ *Buszello* (Fn. 76), S. 315 f.

¹³⁴ Das gerade auch im Gegensatz zu *Luthers* Zwei Regimente Lehre, *Heidenreich* (Fn. 106), S. 47, 50.; zu *Luther/Melanchthon Deflers* (Fn. 73), S. 226.

¹³⁵ Vgl. *Blickle* (Fn. 3), S. 149.

¹³⁶ *Schwerhoff* (Fn. 1), S. 539, 544 zum Antiklerikalismus als Kern.

¹³⁷ Vgl. *Roper* (Fn. 2), S. 32, 40.

¹³⁸ *Schwerhoff* (Fn. 54), S. 35: 90 geistl. Fürsten; vgl. *Cohn*, P&P 1979, 3 (25 ff.).

¹³⁹ Vgl. *Cohn*, P&P 1979, 3 (15); vgl. *Roper* (Fn. 2), S. 41.

¹⁴⁰ *Schwerhoff* (Fn. 1), S. 540, 544.

¹⁴¹ *Blickle*, HZ-Beiheft 1975 (Vol. 4), 127 (130); *Buszello*, HZ-Beiheft 1975 (Vol. 4), 273 (275); *Schwerhoff*, (Fn. 1), S. 540.

¹⁴² *Schwerhoff* (Fn. 1), S. 544.

¹⁴³ *Schwerhoff* (Fn. 1), S. 20.

¹⁴⁴ *Roper* (Fn. 2), S. 62; *Schwerhoff* (Fn. 1), S. 21 (*Allmende* umfasst hier Wiesen, Weiden, Wege, Wälder und Wasser in gemeindlichem Besitz, zur Benutzung aller Gemeindemitglieder).

¹⁴⁵ *Blickle*, Kommunalismus, Bd. 1, 2000, S. 42 ff.

(oder *Fünfer*, *Sechser* usw.) gewählt.¹⁴⁶ Diese Art Regierungsbehörde wachte u.a. über die gemeindlichen Einrichtungen. Dem Vierer saß das Gemeindeoberhaupt, der *Ammann*, vor.¹⁴⁷ Zwar grundsätzlich eingesetzt durch den Herrn des Dorfes, kam der Dorfgemeinschaft bei seiner Bestellung doch eine gewisse Autonomie zu.¹⁴⁸ Den Vorsitz hatte der Ammann auch über das *Dorfgericht* inne.¹⁴⁹ Dieses urteilte insbesondere in landwirtschaftsrechtlichen und strafrechtlichen Angelegenheiten.¹⁵⁰ Personell vereinigte sich die Entscheidungsmacht in den Gemeinden regelmäßig in einer Schicht wohlhabender Bauern, den örtlichen Eliten.¹⁵¹ Ähnliche Strukturen sind im Übrigen auch in den Städten zu finden.¹⁵²

b) Konkurrierende „frühmoderne Staaten“

Die beschriebene Gemeindeautonomie konkurrierte am Beginn der Frühen Neuzeit mit Territorialisierungsbestrebungen der Grundherren bzw. Landesherren hin zu „frühmodernen Staaten“. Diese neue Form der Herrschaft zeichnete sich zuvorderst dadurch aus, dass sie nicht mehr auf der Agrarverfassung bzw. lehensrechtlichen Bindungen beruhen sollte.¹⁵³ Stattdessen versuchten die Herren durch die Beanspruchung eines Rechtssetzungsmonopols, die Einsetzung eines Beamtenapparats und die Erhebung von Steuern unabhängig von feudalarwirtschaftlichen Abgaben eine neue Herrschaftsstruktur zu schaffen.¹⁵⁴ Um personell geschlossene Herrschaftsterritorien zu schaffen, wurde auch das Institut der Leibeigenschaft eingesetzt: Besonders das Tauschen und Handeln von Leibeigenen zwischen verschiedenen Herren, deren Leibeigene „zusammengewürfelt“ in denselben Territorien lebten oder sogar der Zwang in die Leibeigenschaft machten die Bildung einer rechtlich einheitlichen Untertanenschaft möglich.¹⁵⁵ Die Entwicklung des frühmodernen Staates hatte auch Auswirkungen auf die Gemeindeautonomie.¹⁵⁶

Um die territoriale Herrschaft bis in die unterste Ebene der Gemeinde durchsetzen zu können, wurden auf dieser Ebene meist adelige *Amtleute* eingesetzt, die von der landesfürst-

lichen Zentrale abhängig waren.¹⁵⁷ Sie nahmen Kompetenzen wahr, die eigentlich den Gemeindeorganen zukamen.¹⁵⁸ Ein weiteres Beispiel stellen eingesetzte Forstbeamte dar, die mitunter die Wälder, Bäche oder sogar Allmende für die Bauern sperren.¹⁵⁹

c) Stärkung der Gemeindeautonomie als Teil der Freiheitsforderung

Vor dem Hintergrund des Dargestellten überrascht es nicht, dass sich die Aufständischen über die Auswirkungen des frühmodernen Staates beklagten und deshalb eine weitere politische Ambition in der Stärkung der Gemeindeautonomie gegenüber der Territorialherrschaft zu sehen ist.¹⁶⁰ Wünsche nach mehr Gemeindeautonomie kommen konkret im Ersten, Vierten und Fünften sowie Zehnten Artikel zum Ausdruck.¹⁶¹ Die Aufständischen fordern dort das gemeindliche Recht zur Wahl und Absetzung des eigenen Pfarrers, gemeindliche Teilhaberechte an Wasser und Wald, sowie die Rückgabe ursprünglich gemeindlicher Wiesen und Äcker. Neben den unmittelbaren Forderungen der Zwölf Artikel nennt *Buszello* außerdem Einzelforderungen nach dem Gebots- und Verbotsrecht in inneren Angelegenheiten und der gemeindlichen Wahl von Amtsmännern und Richtern.¹⁶² Aus der vorgenommenen Analyse ergibt sich, dass auch die Leibeigenschaft als Vehikel der Territorialisierung genutzt wurde. Es wird deshalb klar, wie im Dritten Artikel der Wunsch nach Gemeindeautonomie mitschwingt.

4. Entwürfe einer neuen Ordnung?

Bisher wurden vier politische Ambitionen der Aufständischen herausgearbeitet. Keine dieser Ambitionen aber enthält konkretisierte Entwürfe einer neuen politischen Ordnung. Die Vorstellungen blieben eher grundsätzlicher Natur. In der Bauernkriegsforschung spielen – neben den Zwölf Artikeln – jedoch immer wieder Dokumente und Personen eine Rolle, die in ihren politischen Ambitionen weiter gingen.

¹⁴⁶ Blickle (Fn. 145), S. 51 f., 54.

¹⁴⁷ Blickle (Fn. 145), S. 40, 56.

¹⁴⁸ Blickle (Fn. 145), S. 57.

¹⁴⁹ Blickle (Fn. 145), S. 57.

¹⁵⁰ Blickle (Fn. 145), S. 60 f.

¹⁵¹ Roper (Fn. 2), S. 63; Schwerhoff (Fn. 1), S. 21; Sreenivasan, P&P 2001, 30 (38 f.).

¹⁵² Blickle (Fn. 145), S. 40 ff. vergleicht jeweils die ländliche und städtische Verfassung.

¹⁵³ Blickle, Bauernkrieg, S. 126.

¹⁵⁴ Blickle, (Fn. 153), S. 126; Endres (Fn. 61), S. 243 ff.; vgl. Schwerhoff (Fn. 54), S. 33, 35 f.

¹⁵⁵ Blickle (Fn. 30), S. 8 ff., 17 f.; vgl. ders. (Fn. 3), S. 136; Cohn, P&P 1979, 3 (15); Endres (Fn. 61), S. 238; Müller, HZ-Beiheft 1975 (Vol. 4), 264 (265); vgl. Troßbach, GG 1981, 69 (73, 79 f.); Ulbricht (Fn. 32), S. 286 ff.

¹⁵⁶ Allgemein Blickle (Fn. 3), S. 136; ders., in: Buszello/Blickle/Endres, Der deutsche Bauernkrieg, 1984, S. 38 (48): Von der Entwicklung des frühmodernen Staates abgesehen war die Autonomie durch die Herrschaft begrenzt; eine Konkurrenz bestand zB im Bereich der Gerichtsbarkeit.

¹⁵⁷ Blickle, (Fn. 153), S. 130; Schwerhoff (Fn. 54), S. 35.

¹⁵⁸ Bspw. Richter-, Polizei- und Verwaltungsfunktionen, Blickle (Fn. 3), S. 130.

¹⁵⁹ Blickle, (Fn. 153), S. 130 f.

¹⁶⁰ Buszello, HZ-Beiheft 1975 (Vol. 4), 273 (274 f., 277, 292); Endres, GG 1975 (Sonderheft 1), 61 (64 ff.) zu Franken; Müller, Central European History (CEH) 2007, 193 (194); Schirmer (Fn. 14), S. 30, 69 zu Thüringen; Vogler, HZ-Beiheft 1975 (Vol. 4), 206 (218); Walder, in: Blickle, Der deutsche Bauernkrieg 1525, 1985, S. 40 (56, 58).

¹⁶¹ Vgl. Buszello, HZ-Beiheft 1975 (Vol. 4), 273 (275); Walder (Fn. 160), S. 59 f. zu Art. 1.

¹⁶² Buszello, HZ-Beiheft 1975 (Vol. 4), 273 (275).

a) Kein Streben nach korporativ-bündischer Verfassung

Im Rahmen der Versammlung von Bauerndelegierten in Memmingen, die auch die Zwölf Artikel hervorbrachte, entstand die sogenannte Bundesordnung. Sie ist das Gründungsdokument der *Christlichen Vereinigung*, bestehend aus den drei großen oberschwäbischen Bauernhaufen.¹⁶³ Dort werden letztlich zwei Ziele verfolgt: Die Friedenssicherung nach innen und der Schutz vor Angriffen von außen.¹⁶⁴ In diesem Zusammenhang steht z.B. der sogenannte „Schlösserartikel“, nach dem befestigte Burgen entwaftet werden sollen, um sie für die Bauernvereinigung unschädlich zu machen.¹⁶⁵ Organisatorisch ist die Vereinigung in drei Haufen gegliedert, die jeweils einen Obersten und vier Räte wählen sollten.¹⁶⁶ In der Geschichtsforschung wird die Bundesordnung gelegentlich als politischer Entwurf einer „korporativ-bündischen“ Verfassung gedeutet.¹⁶⁷ Die kommunalen Verbände (Dorf- und Stadtgemeinden) würden als unterste politische Einheit regional in den Haufen als größere Einheiten zusammengefasst, um ein die kleinterritorialen Grenzen des Südwestens überschreitendes Herrschaftssystem zu bilden.¹⁶⁸ Sicherlich stellte das Konzept einer korporativ-bündischen Verfassung einen potenziell gangbaren Weg dar.¹⁶⁹ Doch muss betont werden, dass es sich bei der Bundesordnung zuvorderst – wenn nicht ausschließlich – um eine Art Feldordnung mit militärisch-pragmatischem Charakter und keine politische Vision handelte.¹⁷⁰ Als aussagekräftiges Dokument in puncto Verfassungsentwurf taugt sie deshalb nur bedingt.

Einen ähnlichen, dort auf Dauer angelegten Organisationsentwurf entwickelte für Franken der Anführer des Neckartal-Odenwälder Haufens *Wendel Hipler*.¹⁷¹ Für die Suche nach konkreteren Verfassungsvorstellungen der Aufständischen ergibt sich hier jedoch ein Problem: Bei *Hipler* handelte es sich nicht um einen Bauern bzw. „gemeinen Mann“,

sondern einen Bauernführer. Die Vorstellungen der oft gebildeten Bauernführer mussten keineswegs mit den Vorstellungen der Masse übereinstimmen.¹⁷² Die Handlungen der Aufständischen insgesamt suggerieren eher gemäßigte Ambitionen, jedenfalls keine derart konkreten Pläne.¹⁷³

b) Kein Streben nach landschaftlichen Verfassungen

Besonders für die größeren, politisch nicht zersplitterten Reichsterritorien wird teilweise die politische Zielperspektive einer landschaftlichen Verfassung abgeleitet. Die Aufständischen sollten als Teil der Landstände maßgeblich am politischen Prozess der Landschaft (bzw. am *Regiment*) beteiligt werden.¹⁷⁴ Die Quellenlage lässt jedoch auch hier trotz einzelner solcher Bestrebungen nicht den Schluss zu, es handle sich um ein Gemeingut aufständischer Ambitionen.¹⁷⁵

c) Kein Streben nach Reichsunmittelbarkeit

Erwähnt sei außerdem der Ruf nach der Reichsunmittelbarkeit für bäuerliche Gemeinden. Tatsächlich ist die Geschichtsschreibung gelegentlich zu dem Ergebnis gekommen, die Aufständischen hätten einen Zentralstaat – ja sogar einen deutschen Nationalstaat – angestrebt.¹⁷⁶ Schon die Forderung nach der Reichsunmittelbarkeit stellte zur Zeit des Bauernkriegs aber eine Randerscheinung dar und kann keineswegs verallgemeinert werden.¹⁷⁷ Die Neuordnungspläne *Friedrich Weygands* unterliegen den zu *Hipler* angesprochenen Bedenken.¹⁷⁸ Ohnehin: Die Bauern strebten in keiner Weise nach einem Zentral- oder Nationalstaat, sondern vor allen Dingen nach Gemeindeautonomie.¹⁷⁹ Gerade die Fokussierung auf den Zentral- und Nationalstaat in der Forschung ist vielmehr Ausdruck eines wiederkehrenden Motivs in der Bauernkriegsforschung: Die Projektion des eigenen ideologischen und politischen Zeitgeists in die Vorstellungen der Aufständischen.¹⁸⁰

¹⁶³ *Schwerhoff* (Fn. 1), S. 138, 137 ff.

¹⁶⁴ *Schwerhoff* (Fn. 1), S. 139.

¹⁶⁵ *Schwerhoff* (Fn. 1), S. 140.

¹⁶⁶ *Schwerhoff* (Fn. 1), S. 141.

¹⁶⁷ *Blickle* (Fn. 3), S. 196 ff.; dem zustimmend *Scott*, HJ 1979, 693 (717); wohl auch *Vogler*, in: *Vogler*, Bauernkrieg zwischen Harz und Thüringer Wald, 2008, S. 11 (18).

¹⁶⁸ *Blickle* (Fn. 3), S. 196, 200, 203, 208 f., auch zu den Elsässer Haufen.

¹⁶⁹ *Schwerhoff* (Fn. 1), S. 145 f.; *Buszello* (Fn. 76), S. 310 f.

¹⁷⁰ Einzig zu erwähnen ist, dass in einer letztlich nicht mehrheitsfähigen Fassung der Ordnung der Begriff „ewige Eidgenossenschaft“ verwendet wird, *Buszello*, HZ-Beiheft 1975 (Vol. 4), 273 (282, 284); *Schwerhoff* (Fn. 1), S. 145.

¹⁷¹ *Buszello*, HZ-Beiheft 1975 (Vol. 4), 273 (284 f.).

¹⁷² Die gleichen Bedenken bestehen auch bezüglich *Gaismairs* Tiroler Landesordnung, die hier nicht weiter behandelt wurde *Schwerhoff* (Fn. 1), S. 543 auch zu *Hipler*; auch *Roper* (Fn. 2), S. 13, 210; *Sabeau* (Fn. 30), S. 114.

¹⁷³ *Schwerhoff* (Fn. 1), S. 543 f., 546, 583.

¹⁷⁴ Das Regiment würde sich aus Adeligen, Bürgern und Bauern zusammensetzen und ggf. mit dem Landesherrn gemeinsam regieren, *Buszello*, HZ-Beiheft 1975 (Vol. 4), 273 (279 f.); siehe auch *Blickle* (Fn. 3), S. 220 (Übersicht); *Blickle* zustimmend *Scott*, HJ 1979, 693 (717).

¹⁷⁵ *Buszello*, HZ-Beiheft 1975 (Vol. 4), 273 (279, 295), auch zu den Bestrebungen; *Schwerhoff* (Fn. 1), S. 543, 583.

¹⁷⁶ *Angermeier*, VSWG 1966 (Bd. 53), 329 (333 f.); *Arnold*, ZHF 1982, 257 (286); *Steinmetz*, in: *Wohlfeil*, Der Bauernkrieg 1524-1526, 1975, S. 65 (87); *ders.*, in: *Blickle*, Der Deutsche Bauernkrieg 1525, 1985, S. 62 (67 f., 75), anknüpfend an Stalin.

¹⁷⁷ Besonders Aussagen von Gegnern der Aufständischen dahingehend sind mit äußerster Vorsicht zu genießen, *Schwerhoff* (Fn. 1), S. 161, 542; *Buszello*, HZ-Beiheft 1975 (Vol. 4), 273 (286 f.).

¹⁷⁸ *Weygandt* plante wohl ein säkularisiertes, kaisertreues Reich und die Entmachtung territorialer Gewalten, sowie ein Reichsregiment mit Beteiligung der Aufständischen, *Schwerhoff* (Fn. 1), S. 366 f., 543; *Buszello*, HZ-Beiheft 1975 (Vol. 4), 273 (289, 295).

¹⁷⁹ Das auch, wenn man anerkennt, dass eine Entmachtung der Obrigkeit zwischen Gemeinde und Landesherrschaft stattfinden sollte, so *Buszello*, HZ-Beiheft 1975 (Vol. 4), 273 (276, 286 f.); *ders.*, in: *Blickle*, Der Deutsche Bauernkrieg von 1525, 1985, S. 110 (111).

¹⁸⁰ Hierzu: *Buszello*, in: *Buszello/Blickle/Endres*, Der deutsche Bauernkrieg, 1984, S. 11 (14 ff., 18 f.) (Zimmermann und Engels); *ders.*, GG 1975 (Sonderheft 1), 105; *Jonscher*, in: *Vogler*, Bauernkrieg zwischen Harz und Thüringer Wald, 2008, S. 467 (469, 474) (zu Zimmermann, DDR und Nationalstaat); *Müller*, CEH 2007, 193 (194 f., 196 f., 204, 210) speziell zu Engels/DDR, G. Franz und Zentralisierung als Ziel; *Nipperdey*, in: *Blickle*, Der Deutsche Bauernkrieg von 1525, 1985, S. 78 (87); *Winterhagen*, Bauernkriegsforschung, 1981, S. 44 ff. zu Engels. Beispielhaft für ideologische Färbungen nur: *Engels*, Der Deutsche Bauernkrieg, 10. Aufl. 1972 (Original 1875), S. 42, 45 f., 50 f. mit Fokus auf „exploitierte Masse“, Ökonomie; Entdeckung kommunistischer Elemente bei

D. Fazit

In ihrer „*Marseillaise [...] sans musique*“¹⁸¹ – den Zwölf Artikeln – fordern tausende Aufständische 1525 die Freiheit. Welche Stoßrichtungen dieser Freiheitsforderung, besonders im Dritten Artikel, abzugewinnen sind, war Gegenstand der vorstehenden Untersuchung. Letztlich sind drei Dimensionen der Freiheitsforderung zu beobachten. Erstens: In wirtschaftlich-rechtlicher Hinsicht forderten die Aufständischen die bedingungslose Abschaffung der Leibeigenschaft. Zweitens: Aus einer Synthese religiöser und sozialer Vorbedingungen ergibt sich ein egalitäres Moment der Freiheitsforderung. Besonders die Bauern kämpften um mehr soziale Anerkennung und Respekt und den Abbau ständischer Privilegien. Diese religiös-soziale Freiheitsdimension fand ihre persönliche Grenze gegenüber Juden und Frauen. Drittens: Der Forderung nach Freiheit, wie sie in

den Zwölf Artikeln steht, ist ein politisches Element inhärent. Neben den unmittelbaren politischen Konsequenzen der Abschaffung der Leibeigenschaft und des Antiklerikalismus forderten die Bauern eine auf dem Evangelium beruhende Herrschaft, die christliche Werte wie Nächstenliebe praktisch umsetzt. Das Evangelium stellte aber die Grenze vorstellbarer Herrschaft dar. Implizit wurde von einem politischen Widerstandsrecht gegenüber unchristlicher Herrschaft ausgegangen. Ein zentrales Anliegen der Aufständischen war außerdem die Stärkung der Gemeindeautonomie gegenüber den Territorialstaaten. Konkrete Verfassungsentwürfe einzelner Personen(-gruppen) sind zwar als Indikator des Denkbaren interessant, können auf die Aufständischen als Gesamtheit aber nicht übertragen werden. Der Bauernkrieg, mit seinen insgesamt Zwölf Artikeln, bleibt ein Teil der europäischen Freiheitsgeschichte.

Kevin Ambrosius*

Urheberrechtliche Implikationen von Deepfakes

Deepfakes werden vor allem deshalb diskutiert, weil sie Manipulation, Desinformation oder Persönlichkeitsverletzungen beinhalten. Dabei wird jedoch häufig übersehen, dass sie ebenso neue Ausdrucksformen etwa in den Bereichen Kunst, Bildung oder Entertainment eröffnen. Wo diese (positiven) Deepfakes mit urheberrechtlich geschützten Schutzgegenständen in Konflikt geraten, treten urheberrechtliche und zugleich grundrechtliche Fragen auf. Gegenstand der Betrachtung sind etwaige in Betracht kommende Urheberrechtsverletzungen. Es wird sich der Frage gewidmet, ob das geltende Urheberrecht in der Lage ist, das schutzwürdige Potential derartiger Deepfakes normativ sachgerecht zu berücksichtigen. In einem zweiten Schritt wird die grundsätzliche Frage untersucht, ob KI-generierten Inhalten – insbesondere dem Deepfake – ein urheberrechtlicher Werkcharakter zuzusprechen ist. Die Untersuchung wird zeigen, dass das aktuelle Urheberrecht nicht immer zu sachgerechten Ergebnissen kommt.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	107
B. Technischer Hintergrund:	
Die Deep Learning Methode	108
C. Urheberrechtsverletzungen	109
I. Interessenlage	110
II. Betroffene Schutzobjekte	110

III. Eingriffe in Verwertungsrechte	110
1. Vorbereitungshandlungen	111
2. Erstellung des Deepfakes	111
3. Verbreitung des Deepfakes	112
IV. Schranken	112
1. Privatkopie, § 53 UrhG	112
2. Zitat, § 51 UrhG	112
3. Text- und Datamining, § 44b UrhG	113
4. Parodie und Pastiche, § 51a UrhG	113
5. Zwischenfazit	115
V. Urheberpersönlichkeitsrechtliche Elemente	115
VI. Durchsetzung der Ansprüche	116
D. Schutzfähigkeit des Deepfakes	116
I. Werkschutz	116
1. Menschliche Urheberschaft als Grundvoraussetzung	116
2. Anwendung der Grundsätze auf Deepfakes	117
3. Bewertung der Rechtslage	117
II. Leistungsschutz	118
E. Fazit: Zusammenfassung in Thesen	118

A. Einleitung

Im Juli 2018 wird auf YouTube ein Video veröffentlicht, in welchem Barack Obama scheinbar eine Rede hält. Er macht auf Veränderungen in der Welt durch die Deepfake-Technologie aufmerksam und bezeichnet Donald Trump als einen „*total and complete dipshit*“ („kompletten Voll-

Müntzer; Franz, Der deutsche Bauernkrieg, 1. Aufl. 1933, S. V zur Verwirklichung damaliger Ziele im 3. Reich.

¹⁸¹ Pfister zitiert nach Buszello (Fn. 76), S. 281.

* Der Autor studiert Rechtswissenschaft im siebenten Semester an der Freien Universität Berlin. Der Beitrag beruht auf einer Studienabschlussarbeit im Schwerpunktbereich „Immaterialgüterrecht“. Die Themenstellung erfolgte durch Dr. Viktoria Kraetzig.

idioten“).¹ In Wirklichkeit hat Obama diese Rede nie gehalten. Es handelt sich um einen sogenannten *Deepfake*, also ein täuschend echt aussehendes, aber in Wirklichkeit nicht so aufgenommenes Video, hergestellt durch Künstliche Intelligenz (KI) unter Anleitung realer Menschen.

Was einst eine Weltneuheit war, hat sich zu einem etablierten Werkzeug zur Erzeugung von Parodien oder zur gezielten Verbreitung von Fake News entwickelt. Von animierten Tanzszenen mit eingefügten Köpfen über fiktive Treffen mit US-Politikern zu Videospielen oder Videos mit Olaf Scholz als Bodybuilder oder Rapper² bis hin zu dem Balenciaga Pope, dem berühmten Bild des Papstes in einer weißen Pufferjacke, die er nie getragen hat – der Vielfalt der Deepfake-Technologie sind mittlerweile kaum noch Grenzen gesetzt. Selbst in der Filmindustrie wird diese Technologie eingesetzt, etwa um Schauspieler zu verjüngen. Großes Anwendungsfeld ist die Deepfakepornografie. Vor allem die Köpfe berühmter Frauen halten ungewollt für die Erstellung von pornografischen Deepfakes her.³ Mithilfe von KI lassen sich Stimmen verändern, Gesichter austauschen, Filme und Fotografien grundlegend manipulieren u.v.m. Es lassen sich sogar fiktive Personen erstellen.

Der Einsatz dieser revolutionären Technologie stößt nicht nur auf der gesellschaftspolitischen Ebene auf Bedenken. Unter anderem im Persönlichkeits-, Datenschutz-, und Strafrecht wird lebhaft darüber diskutiert, wo genau die Grenzen des Erlaubten verlaufen.⁴ Schweigsam hingegen sind Schrifttum und Rechtsprechung im Urheberrecht, obwohl man hier nicht unerhebliche Interessenkollisionen zwischen den Beteiligten beobachten kann. So ist es nicht unbedenklich, wenn urheberrechtlich geschützte Werke oder sonstige Schutzgegenstände wider den Willen der Rechteinhaber für die Erstellung des Deepfakes zugrunde gelegt werden. Sofern es sich um Eingriffe in das Urheberrecht handelt, ist fraglich, ob diese Eingriffe wegen ihres unterhaltenden oder künstlerischen Charakters ausnahmsweise zulässig sein können. Zudem fragt sich, wie sich jene Ansprüche in einer digitalen, anonymisierten Welt durchsetzen lassen.

Weiterhin steht man vor der Frage, ob Ersteller von typischerweise KI-generierten Deepfakes selbst urheberrechtlichen Schutz in Anspruch nehmen können oder sollten. Immerhin kann heutzutage jeder einen Deepfake erstellen – mithilfe von komplexer KI-Software oder simplen Deepfake-Apps.

Diese Fragen sollen Gegenstand der nachfolgenden Betrachtung sein. Nachdem der technische Hintergrund der Deepfake-Technologie näher beleuchtet wurde (B.), stehen die beiden oben aufgeworfenen Problemkreise im Vordergrund: Zunächst werden potenzielle Urheberrechtsverletzungen im Kontext mit der Erstellung und Verbreitung solcher Deepfakes untersucht (C.), bevor sich dem Problem gewidmet wird, inwieweit Deepfakes als solche urheberrechtlicher Schutzgegenstand sein können (D.). Die Betrachtung schließt mit einem Fazit (E.).

B. Technischer Hintergrund: Die Deep Learning Methode

Auf der Suche nach einer Definition des Wortes „Deepfake“ wird man schnell fündig. Art. 3 Nr. 60 KI-VO⁵ enthält eine Legaldefinition. Hiernach ist ein Deepfake ein durch KI erzeugter oder manipulierter Bild-, Ton- oder Videoinhalt, der wirklichen Personen, Gegenständen, Orten, Einrichtungen oder Ereignissen ähnelt und einer Person fälschlicherweise als echt oder wahrheitsgemäß erscheinen würde. Diese Definition ist freilich relativ eng formuliert und auf die Schutzrichtungen in der Verordnung begrenzt. Nicht unbeachtet bleiben soll, dass auch die weniger hochwertigen und offensichtlich manipulierten Materialien (sog. „Cheap-Fakes“) im weiteren Sinne Deepfakes sind.

Nähert man sich dem Begriff „Deep-Fake“ in grammatikalischer Hinsicht, fällt auf, dass es sich um ein zweigliedriges englisches Kofferwort handelt. Das Wort „fake“ impliziert dabei, dass etwas manipuliert oder erstellt wurde, das es in Wirklichkeit nicht gibt. Das zweite Wort „deep“ geht auf die zugrunde liegende technische Komponente, die sogenannte „Deep Learning“-Methode, zurück. „Deep Learning“ ist im Kern mehrschichtiges maschinelles („tiefes“) Lernen.⁶ Es handelt sich dabei um ein System selbstlernender Algorithmen, die innerhalb und mithilfe von künstlichen neuronalen Netzwerken Gesichtszüge, Gestiken, Stimmen usw. lernen, um diese später reproduzieren zu können.⁷ Anfangs musste der Trainingsprozess ständig überwacht werden (*supervised learning*).⁸ Das war ineffizient, zumal die erstellten Deepfakes nicht wirklich gut waren. Aus diesem Grund haben sich insbesondere zwei effektivere Technologien herausgebildet: *Generative Adversarial Networks* (GANs) und *Variational Autoencoders* (VAEs).

¹ *BuzzFeedVideo*, „You won't believe what Obama says in this video!“, 2018, <https://www.youtube.com/watch?v=cQ54GDm1eL0>, zuletzt abgerufen am 23.9.2025.

² Brauer, Deepfakes als Unterhaltung, 2024, <https://www.bpb.de/lernen/bewegt-bild-und-politische-bildung/556809/deepfakes-als-unterhaltung>, zuletzt abgerufen am 23.9.2025.

³ Im Ganzen und zu weiteren Anwendungsfeldern s. Brauer (Fn. 2).

⁴ S. insb. zum Datenschutzrecht etwa Kumkar/Rapp, ZfDR 2022, 199; zum Persönlichkeitsrecht: Kraetzig, CR 2024, 207 und Gomille,

ZUM 2025, 500; zum Strafrecht: Erdogan, MMR 2024, 379 und Beukelmann, NJW-Spezial 2025, 504.

⁵ VO (EU) 2024/1689, ABl. L 2024/1689 vom 12.7.2024.

⁶ Erdogan, MMR 2024, 379 (380); s. auch Thiel, ZRP 2021, 202, (203).

⁷ Vertiefend Söblich, MMR 2021, 111 (111 f.); Kevekordes, in: MMR-HdB, 62. Aufl. 2024, Teil 29 Rn. 18.

⁸ Tyagi, in: Law and Economics of the Digital Transformation, 2023, S. 191 (193); näher Kevekordes (Fn. 7), Teil 29 Rn. 12.

Bei ersterem Verfahren wird das System sowohl mit bewusst korrekten als auch mit falschen Eingaben trainiert.⁹ Es vergleicht die „echten“ Ausgangswerte mit den falschen Eingaben, um letztlich „annähernd echte“ Datensätze, also Fälschungen, zu erstellen.¹⁰ Es bedient sich dabei zweier neuronaler Netzwerke: dem *generator* und dem *discriminator*. Der *generator* produziert die entsprechenden Fälschungen.¹¹ Der *discriminator* ist darauf programmiert, ebendiese Fälschungen zu erkennen und sein Ergebnis (echt oder fake) dem *generator* mitzuteilen.¹² Meldet der *discriminator* zurück, dass es sich um einen „echten“ Wert handelt, ist der Prozess erledigt. Dieses synthetische Ergebnis ist demnach das Produkt aus der Wechselwirkung der beiden Komponenten.

Bei der *VAE-Technologie* wird sich mathematischen Darstellungsformen bedient. Ein bestimmter, in das System eingespeister Inhalt (typischerweise ein Bild) wird durch den *encoder* in seine Einzelteile zerlegt und kodiert. Bestimmten *latent attributes* werden dabei ein mathematischer Wert (diskreter Wert) zugeordnet (z.B. Lächeln = 0.5, Hautfarbe = 0.7, Bart = 0.3, Geschlecht = -0.5 usw.). Das System gibt dabei oft nur einen Bereich an, in welchem sich der Wert wahrscheinlich bewegt. Anschließend können diese Werte vom *decoder* dekodiert und auf andere Bilder oder Videos übertragen werden. So lassen sich also bestimmte Gesichtszüge und Mimiken auf andere Inhalte und auch auf Videoinhalte übertragen, sogar in Echtzeit (sog. *real-time facial reenactment*).¹³

VAEs geben oft nur eine Grobstruktur vor und werden daher für weniger detailgetreue Deepfakes genutzt, während GANs regelmäßig besonders hochwertige Deepfakes erstellen können. Zuweilen werden die beiden Technologien für bessere Ergebnisse kombiniert.¹⁴ Zudem sind die heutigen Deepfakesysteme um einiges komplexer und bedienen sich oft nur teilweise dieser Technologien.

Die unterschiedlichen Erscheinungsformen von Deepfakes lassen sich mit folgendem Beispiel veranschaulichen: Möchte man einen Deepfake erstellen, in welchem Olaf Scholz eine Wahlkampfrede im Körper von Friedrich Merz hält, muss man wie folgt vorgehen: Zunächst beschafft man sich das Ausgangsmaterial, z.B. eine Rede von Friedrich Merz. Im ersten Schritt wird man nun das Gesicht von Merz mit dem von Scholz tauschen (sog. *face swap*). Im zweiten Schritt wird der Inhalt der Rede händisch oder mithilfe von generativen Sprachmodellen erstellt. Anschließend muss eine Fake-Scholz-Stimme erstellt werden. Hierzu bedient

man sich einer *voice swapping* Software, bei der eine KI die Stimme von Olaf Scholz lernt und schließlich in den angegebenen Text übersetzt. Schließlich findet ein *lip sync* statt, d.h. die Mundbewegungen des „Fake-Olaf Merz“ werden an die Audiodatei mit der Fake Stimme/Rede angepasst. Wünscht man nun noch, dass Scholz dieselben Kopfbewegungen und dieselbe Mimik und Gestik wie Merz macht, bedient man sich dem sog. *puppeteering*, bei welchem die KI alle Bewegungsabläufe ersetzt, sodass der Körper marionettenhaft gesteuert wird. Der Deepfake ist fertig. Zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass auch das Erstellen von fiktiven Gesichtern (sog. Gesichtssynthese) und Personen an Beliebtheit gewinnt.¹⁵ In jüngerer Zeit sind auch Deepfakesysteme auf den Markt gekommen, die in der Lage sind, die meisten dieser Formen bzw. Bearbeitungsschritte in einem Prozess zu vereinen.

Für die nachfolgende Betrachtung sind weitere Unterscheidungen von Bedeutung. Zum Ersten die Art des Mediums und des zugrunde gelegten Ausgangsmaterials, also die Frage, ob Video-, Audio-, Text- oder Bildmaterial verwendet wird und ob es sich um gemeinfreie oder geschützte Inhalte handelt. Von besonderer Bedeutung ist zum Zweiten der nach objektiven Merkmalen zu bestimmende Verwendungszweck, also die Differenzierung nach positiven Anwendungen (z.B. Entertainment, Bildung, Kunst, Meinungsäußerung), negativen Anwendungen (z.B. Verbreitung von Fake News, Betrug, Pornografie, Rufschädigung) und kommerziellen Nutzungen.¹⁶ Schließlich lässt sich nach dem Grad der Veränderung des Ursprungswerks sowie danach unterscheiden, wie offensichtlich oder täuschend echt die Fälschung ist.¹⁷

C. Urheberrechtsverletzungen

Zunächst sollen die Rechtsverletzungen behandelt werden, die sich aus dem Urheberrechtsgesetz (UrhG)¹⁸ ergeben, und die damit verbundenen Folgefragen. Zu Beginn wird die Interessenlage der beteiligten Personen(gruppen) skizziert (I.). Anschließend findet eine Darstellung der für die Betrachtung relevanten Schutzgegenstände statt (II.). Sodann werden die Eingriffe in Verwertungsrechte (III.) sowie einschlägige Schranken (IV.), hier mit dem Fokus auf die Auslegung des Pastichebegriffs (§ 51a UrhG), und schließlich urheberpersönlichkeitsrechtliche Elemente (V.) erörtert. Abschließend werden Fragen der Durchsetzung behandelt (VI.).

⁹ Tyagi (Fn. 8), S. 193; Kevekordes (Fn. 7), Teil 29 Rn. 19.

¹⁰ Kevekordes (Fn. 7), Teil 29 Rn. 19; Olbrich/Bongers/Pampel, GRUR 2022, 870 (873).

¹¹ Tyagi (Fn. 8), S. 193.

¹² Kumkar/Rapp, ZfDR 2022, 199 (202).

¹³ Im Ganzen zu diesem Absatz Tyagi (Fn. 8), S. 193 m.w.N.; Kietzmann/Lee/McCarthy/Kietzmann, Business Horizons, 2020, 135 (139 f.).

¹⁴ Lawton, GANs vs. VAEs: What is the best generative AI approach?, 2025, <https://www.techtarget.com/searchenterpriseai/feature/GANs-vs-VAEs-What-is-the-best-generative-AI-approach>, abgerufen am 23.9.2025.

¹⁵ Zu den Erscheinungsformen insgesamt etwa Thiel, ZRP 2021, 202 (203); Kietzmann/Lee/McCarthy/Kietzmann, Business Horizons, 2020, 135 (135 ff.); Sunil u.a., Heliyon, 2025, S. 8.

¹⁶ S. z.B. BT-Drucks. 19/15657, S. 4.

¹⁷ Kraetzig, CR 2024, 207; dies., CR 2024, 276 unterscheidet insoweit zwischen „täuschenden Deepfakes“ und „offen fiktiven Verwendungen“, welche im Folgenden beide unter den Begriff Deepfake i.w.S. gefasst werden.

¹⁸ BGBl. I S. 1273, zuletzt geändert durch Gesetz vom 23.10.2024 (BGBl. 2024 I Nr. 323).

I. Interessenlage

Rechteinhaber, Verwerter, Ersteller und Konsumenten von Deepfakes haben unterschiedliche Interessen,¹⁹ die zu einem großen Teil unter dem Schutz der Grundrechte des Grundgesetzes (GG)²⁰ und der europäischen Grundrechtecharta (GRCh)²¹ stehen. Deepfakes sind regelmäßige Kunst; das Erstellen jener Inhalte ist oft eine grundrechtlich geschützte künstlerische Betätigung im Werkbereich und die Verbreitung eine im Wirkbereich i.S.d. Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG (Art. 13 S. 1 Alt. 1 GRCh). Deepfakes können aber auch Ausdruck einer Meinung des Erstellers sein, der etwa seine Unzufriedenheit mit der aktuellen Politik oder Sympathien und Antipathien gegenüber bestimmten Personen verdeutlichen möchte (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG, Art. 11 Abs. 1 GRCh).²² Nicht zuletzt kann das Erstellen von Deepfakes Erwerbszwecken dienen und damit die Berufsfreiheit betreffen (Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 15 Abs. 1 GRCh). Ob sich auf die Eigentumsgarantie gem. Art. 14 Abs. 1 GG (Art. 17 Abs. 1, Abs. 2 GRCh) berufen werden kann, wird zu erörtern sein. Womöglich ist zudem die Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG, Art. 11 Abs. 1 S. 2 GRCh) betroffen. Ganz generell hat die Allgemeinheit ein ideelles Interesse an einer vielfältigen Kommunikationslandschaft, vor allem in den sozialen Medien.

Urheber und Verwerter hingegen haben ein Interesse daran, dass sie an der Verwertung ihrer Werke angemessen beteiligt werden (Art. 14 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG bzw. Art. 17 Abs. 2 GRCh, Art. 15 Abs. 1, Art. 13 GRCh), vor allem, wenn der Verbreiter von Deepfakes kommerzielle Absichten verfolgt. Der Urheber hat, wie die Allgemeinheit, zudem ein gesteigertes Interesse daran, dass die Werke nicht zu böswilligen Zwecken missbraucht werden, etwa um gezielt Fake News zu verbreiten oder Hetzkampagnen zu initiieren. Dies könnte unberechtigtweise dem Urheber oder seinem Werk zugeschrieben werden und damit sein allgemeines Persönlichkeitsrecht berühren (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG bzw. Art. 7 GRCh).

Es ist verfassungsrechtlich geboten, diese kollidierenden Grundrechte in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.²³ Zu wessen Gunsten ein solcher Interessenausgleich im Einzelfall ausfällt, lässt sich nicht pauschal sagen, da sich ähnlich starke Grundrechte gegenüberstehen. Eine Richtung kann dabei die Einordnung vorzeichnen, ob der Deepfake objektiv positive (i.d.R. schutzwürdige) oder

negative (i.d.R. nicht schutzwürdige) Nutzungen enthält. Das verfassungsrechtlich verankerte Prinzip der praktischen Konkordanz dient dabei als Leitlinie. Es wird festzustellen sein, ob das Urheberrecht in der Lage ist, einen sachgerechten Ausgleich der widerstreitenden Grundrechtspositionen auch im Einzelfall zu gewährleisten.

II. Betroffene Schutzobjekte

Die in Betracht kommenden Eingriffe in das Urheberrecht setzen eine persönliche geistige Schöpfung i.S.v. § 2 Abs. 2 UrhG voraus. Für die Erstellung von Deepfakes werden zu- meist Lichtbild- und Filmwerke (§ 2 Abs. 1 Nr. 5, 6 UrhG) verwendet, aber auch Sprachwerke (z.B. Reden) oder pantomimische Werke (z.B. Tänze) dienen oft als Grundlage etwa für einen *face swap*. Musikwerke werden vereinzelt ebenfalls genutzt.

An die Schöpfungshöhe werden keine hohen Anforderungen gestellt. Mittlerweile genießt nahezu alles, was unter die obigen Werkkategorien fällt, Werkschutz, bis hin zu „Werken von geringem schöpferischem Wert“ (sog. „kleinen Münzen“).²⁴ Darüber hinaus sind über die Verweise in §§ 72 Abs. 1, 73 ff., 85 UrhG usw. sogar selbst solche Inhalte geschützt, für die von der betroffenen Person kein Werkschutz, sondern nur Leistungsschutz in Anspruch genommen werden kann. So sind etwa alle Fotografien, auch wenn sie keine Lichtbildwerke sind, nahezu wie jene geschützt (§ 72 UrhG). Ersteller von Deepfakes müssen also davon ausgehen, dass potenziell alles, was sie an fremden Inhalten für das Anfüllen der KI nutzen, durch das UrhG geschützt ist.

Diese Erkenntnis wiederum ist ernüchternd. Das Urheberrecht verliert zunehmend seine Konturen. Es weist Erstellern von kurzen TikTok-Clips oder privaten Urlaubsbildern nahezu dieselben Rechte zu wie renommierten Malern oder Architekten bekannter Bauwerke. Damit büßt das Urheberrecht an Wert ein²⁵ und verhindert manch Innovation oder auch einen einzigartigen Deepfake. Aus diesem Grund wird teilweise zu Recht gefordert, die Schutzwelle des Urheberrechts anzuheben.²⁶

III. Eingriffe in Verwertungsrechte

Im Folgenden ist zu klären, in welchen Fällen konkret eine Rechtsverletzung vorliegt. Eingriffe in Verwertungsrechte können sich in einem Vorstadium (1.), bei der Erstellung des Deepfakes (2.) und bei dessen Verbreitung (3.) ergeben.

¹⁹ Allgemein Ohly, in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Bd. I, Gutachten F, 19 f.; Lennartz/Kraetzig, GRUR 2024, 1258 (1259, 1261).

²⁰ Zuletzt geändert durch Gesetz vom 22.03.2025 (BGBl. 2025 I Nr. 94).

²¹ ABl. 2012 C 326, S. 391 vom 26.10.2012.

²² Zum Verhältnis von Kunst- und Meinungsfreiheit in diesem Kontext Kraetzig, CR 2024, 207 (209).

²³ Wenn auch nicht konsequent so gehandhabt („in dubio pro auctore“), Ohly (Fn. 19), 19 f.; Kraetzig, Das Urheberrecht als Zensurrecht, 2022,

S. 46 ff. m.d.Anm., dass die Vorschriften des UrhG verfassungs- und unionsrechtskonform auszulegen sind, v.a. in Missbrauchsfällen.

²⁴ BT-Drucks. IV/270, S. 37; zum Begriff eingehend G. Schulze, GRUR 1987, 769; Pfeifer, in: FS Schulze, 2017, S. 23 (23 ff.); Ohly (Fn. 19), 29. S. Lennartz/Kraetzig, Werk ohne Wert, F. A. Z. v. 31.8.2022, S. 11.

²⁵ So auch Szalai, ZUM 2014, 231 (232 f.); Schack, in: FS Wandtke, 2013, S. 9 (12 f.); Schack, NJW 2024, 113 (116); Für ein weiteres Kriterium „Herstellungsaufwand“ Bisges, GRUR 2015, 540 (542 f.).

1. Vorbereitungshandlungen

Das Herunterladen und Speichern fremder Inhalte wie z.B. Fotos oder Videos auf eine Computerfestplatte ist bereits eine Vervielfältigungshandlung i.S.v. §§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 16 UrhG.²⁷ Gleiches gilt für den sich anschließenden Schritt, in dem diese Daten in die Upload-Maske der KI und damit ggf. auch in das gesamte KI-System eingespeist werden. Nach diesen Grundsätzen nehmen auch die Ersteller eines KI-Systems eine Vervielfältigungshandlung vor, wenn sie den Trainingskorpus der KI erstellen und in diesen die entsprechenden Inhalte einspeisen. Das zeigt schon die Existenz von §§ 44b, 60d UrhG. Ob damit den Interessen der Ersteller des Deepfake-Systems und der Deepfake-Ersteller ausreichend Rechnung getragen wird und dies dogmatisch konsequent ist, ist jedoch fraglich. Für den digitalen „Werkgenuss“ im Allgemeinen und die Analyse durch eine KI im Besonderen ist eine Vervielfältigung zwingend erforderlich. Es ist systemwidrig, originär digitalen Werkgenuss nur deshalb dem Zugriff des Urheberrechts zu unterwerfen, weil eine technisch bedingte Vervielfältigung des Werkes stattfindet, während der analoge Werkgenuss vollkommen freigestellt wird.²⁸ Der Werkgenuss durch einen Menschen mithilfe einer KI darf nicht anders behandelt werden als jener ohne die KI. Immerhin würde man auch nicht von einer Vervielfältigungshandlung sprechen, wenn der Mensch einen Inhalt in seinem Gehirn „speichert“, um ihn dann zu „verarbeiten“. ²⁹ Die vom Unionsgesetzgeber vielfach betonte Ausrichtung am technischen Fortschritt³⁰ und der Schutzgehalt flankierender Grundrechte erfordern de lege ferenda eine andere Handhabung.³¹

2. Erstellung des Deepfakes

Der erstellte Deepfake kann ebenfalls eine Vervielfältigungshandlung, aber auch zusätzlich eine Bearbeitung (§§ 23, 3 UrhG) beinhalten.³² Maßgeblich ist, ob das übernommene Werk noch wiederzuerkennen ist³³ bzw. ob die eigenpersönlichen künstlerischen Züge und Prägungen übernommen wurden.³⁴ Es kommt dabei auf den Gesamteindruck

an.³⁵ Wenn hingegen das neue Werk einen hinreichenden Abstand zum benutzten Werk wahrt, also die eigenpersönlichen Züge und Prägungen nicht mehr wiederzuerkennen sind, liegt die Nutzung außerhalb des Schutzbereichs (§ 23 Abs. 1 S. 2 UrhG).³⁶ Der Urheber muss etwa hinnehmen, dass sein Werk anderen als Anregung dient.³⁷ Die Übernahme von Ausschnitten oder gar des ganzen Ausgangswerkes kann zulässig sein, wenn es im neu geschaffenen Werk nicht mehr wiederzuerkennen ist.³⁸

a) Unstreitig wird beim *face swap* die Umgebung, in die das andere Gesicht eingefügt wird, vervielfältigt und bearbeitet im Sinne des § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG. Hinsichtlich des eingefügten Gesichts liegt eine Bearbeitung vor, wenn es in einer wiedererkennbaren Weise übernommen wird, wie bspw. bei der Deepfakepornografie.³⁹ Komplizierter ist die Beantwortung der Frage hingegen hinsichtlich des *puppeteering*s, also der Animation der Bewegungen sowie des *lipsync*s. Bei der mathematischen Analyse durch das VAE-System oder den *discriminator*, also dem Entnehmen der diskreten Werte, muss es sich eigentlich um den bloßen digitalen „Werkgenuss“ desjenigen handeln, der das System bedient und es damit als mathematisches Hilfsmittel nutzt. Denn das Werk wird dabei weder verändert noch werden künstlerische Prägungen übernommen. Es wird schlicht nach mathematischen Parametern ausgewertet. Dies ist eine Handlung, die typischerweise dem Werkgenuss unterfällt. Es handelt sich dabei um einen Data-Mining Prozess, der nach h.M. an sich erlaubnisfrei ist.⁴⁰ Nur wird unglücklicherweise wieder vor und ggf. während dieses Prozesses – de lege lata – eine technisch bedingte Vervielfältigungshandlung vorgenommen (s. III. 1).

Überträgt das System die Muster eines fremden Inhalts auf einen anderen fremden Inhalt, wird nur letzterer Inhalt bearbeitet, es sei denn, die wesentliche eigenschöpferische Leistung spiegelte sich gerade in den Umrissen und Gesichtszügen wider⁴¹, wie z.B. bei Porträtmalereien. Das wird bei einer bloßen Fotografie jedoch nicht der Fall sein, da hier nur die technische Aufnahmeleistung geschützt und kein Motiv-

²⁷ BGH GRUR 1999, 325 (327) – *Elektronische Pressearchive*; Statt vieler Götting, in: BeckOK UrhR, 45. Ed v. 1.2.2025, UrhG § 16 Rn. 3 ff.; a.A. Kumkar/Rapp, ZfDR 2022, 199 (206), die verkennen, dass Vervielfältigungen nicht erst bei der Bearbeitung, sondern schon in einem Vorstadium stattfinden.

²⁸ Sucker, Der digitale Werkgenuss im Urheberrecht, 2014, S. 86 f. bezeichnet dies als Paradigmenwechsel, wenngleich er ihn teilw. hinnimmt, v.a. wenn Schranken greifen; gegen eine Erfassung technisch bedingter Vervielfältigungen auch Hoeren/Schuhmacher, CR 2000, 137 (144 f.); s. auch Kraetzig NJW 2024, 697 (698).

²⁹ Anschaulich Kraetzig, NJW 2024, 697 (698 f.): „Die Vervielfältigungen, welche im Rahmen der Verarbeitung von Input erfolgen, sind für sich noch keine kommerziellen Verwertungshandlungen. [Sie ist] hier [...] wie beim „Zeigen“ zwischen Menschen nur eine Folge der technischen Funktionsweise, aber in ihrem sozialen Sinn bei einer Parallelwertung zum menschlichen Lernen doch etwas anderes als die übliche Verwertung.“

³⁰ Z.B. ErWG 4, 5 RL 2001/29/EG, ErWG 3 S. 3 RL (EU) 2019/790, ErWG 4, 8 VO (EU) 2024/1689.

³¹ Ebenso wohl Kraetzig, NJW 2024, 697 (698 f.); Lennartz/Kraetzig, GRUR 2024, 1258 (1259 f.).

³² Für KI-Output im Allgemeinen Maamar, ZUM 2023, 481 (489 f.); dass jede Bearbeitung eine Vervielfältigung beinhaltet, hat etwa der BGH ZUM 2022, 547 (553) – *Porsche 911* erkannt.

³³ EuGH ZUM 2019, 738, (742) – *Pelham*; Eingehend hierzu Grisse/Kaiser, ZUM 2021 (401).

³⁴ BGH ZUM 2022, 547 (553) – *Porsche 911*; Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, 6. Aufl. 2022, UrhG § 23 Rn. 6; Wandtke/Ostendorff, Urheberrecht, 9. Aufl. 2023, § 4 Rn. 27.

³⁵ BGH GRUR 2023, 571 (574) – *Vitrinenleuchte*.

³⁶ Vgl. auch Bullinger (Fn. 34), § 23 Rn. 7; Raue, in: Dreier/Schulze, UrhG, 8. Aufl. 2025, § 23 Rn. 66.

³⁷ OLG Düsseldorf ZUM 2004, 71 (72); Bullinger (Fn. 34), § 23 Rn. 7.

³⁸ Maamar, ZUM 2023, 481 (489); Grisse/Kaiser ZUM 2021, 401 (410); Kumkar/Rapp, ZfDR 2022, 199 (206).

³⁹ Zurth, ZUM 2025, 509 (513).

⁴⁰ Statt aller etwa Bomhard, in: BeckOK UrhR, 45. Ed v. 1.2.2025, UrhG § 44b Rn. 12; Kraetzig, NJW 2024, 697 (698); Maamar, ZUM 2023, 481 (483); Pesch/Böhme, GRUR 2023, 997 (1004); Kleinkopf/Jacke/Gärtner, MMR 2021, 196 (196).

⁴¹ Vgl. etwa OLG Köln NJW 2000, 2212 (2213).

schutz gewährt wird.⁴² Das hätte zur Folge, dass man etwa die Gesichtszüge und Bewegungen einer auf einem fremden Inhalt abgebildeten Person in der Regel übernehmen und auf einen eigenen oder anderen lizenzierten Inhalt übertragen dürfte, ohne dass eine Bearbeitung dessen vorliegt.

b) Bedient man sich der GAN-Technologie, ist zu differenzieren: Während sich der *discriminator* eigentlich noch im Bereich des digitalen „Werkgenusses“ bewegt (s.o. a)), nimmt der *generator* zumeist relevante Verwertungshandlungen vor. Zwar ist es zuweilen schwierig, den gesamten Prozess im Einzelnen genau nachzuvollziehen.⁴³ Allerdings werden üblicherweise Zwischenergebnisse des *generators* auf dem Server gespeichert. Eingriffe in §§ 23, 16 UrhG ergeben sich ab dem Moment, in dem die Schwelle der freien Benutzung zu der unfreien Bearbeitung überschritten wird, also das entsprechende Zwischenprodukt eine Form angenommen hat, die eine wiedererkennbare eigenpersönliche künstlerische Prägung des Ursprungswerks erkennen lässt. Würde man sich analog dazu als einigermaßen begabter Maler daran versuchen, die Mona Lisa nachzumalen, würde sich nicht gleich zu Beginn, aber irgendwann im Laufe des künstlerischen Aktes eine Wiedererkennbarkeit mit dem Ursprungswerk ergeben. Man denke daran, dass der *generator* gewisse Gesichtszüge oder Schattierungen gelernt hat, die einzigartig im ursprünglichen Inhalt sind. Ab diesem Punkt an kann jede weitere Speicherung eines Zwischenproduktes und schließlich des Endproduktes eine Bearbeitung und eine Vervielfältigung darstellen, sofern aufgrund des Gesamteindrucks des jeweiligen Zwischenproduktes eine Wiedererkennbarkeit vorliegt. Werden sie, wie so oft, erneut in das System eingespeist, kann eine weitere Vervielfältigungshandlung vorliegen.

c) Bei dem *voice swap* ist festzuhalten, dass selbst eine markante Stimme per se nicht urheberrechtlich geschützt ist,⁴⁴ wohl aber ggf. das zugrunde liegende Sprach- oder Musikwerk. Werden also Reden oder Songs für den *voice swap* als Ausgangsmaterial genutzt, werden die Inhalte vervielfältigt und ggf. bearbeitet. Kein Eingriff in § 23 UrhG liegt vor, wenn nur eine Vielzahl von Ausschnitten verschiedener Werke genutzt werden, woraufhin ein ganz neues Sprachwerk geschaffen wird. Denn in diesem Fall ist der Abstand zum ursprünglichen Sprachwerk so groß, dass dieses nicht mehr wiederzuerkennen ist. Es kommt wie bei der Gesichtssynthese letztlich darauf an, wie viel Referenzmaterial gesammelt wird und wie hoch die Wiedererkennbarkeit eines einzelnen Werkes ist.

3. Verbreitung des Deepfakes

Bei der Erst- und Weiterverbreitung (Repost) des Deepfakes im Internet wird das bearbeitete Werk i.S.d. §§ 15 Abs. 2 S. 1, S. 2 Nr. 2, 19a UrhG öffentlich zugänglich gemacht und ein weiteres Mal vervielfältigt.⁴⁵

IV. Schranken

Die Eingriffe können aufgrund einzelner im UrhG normierter gesetzlicher Erlaubnistatbestände (Schranken) zulässig sein. Es kommen §§ 53, 51, 51a und 44b UrhG in Betracht.

1. Privatkopie, § 53 UrhG

Vervielfältigungen können unter die Privatkopieschranke (§ 53 UrhG) fallen, sofern die Nutzung weder unmittelbar noch mittelbar einem Erwerbszweck dient. Privater Gebrauch ist nur so lange anzunehmen, wie die Vervielfältigung ausschließlich zum Gebrauch in der Privatsphäre zur Befriedigung rein persönlicher Bedürfnisse außerwirtschaftlicher Art dienen soll.⁴⁶ Sofern der Deepfake im Internet verbreitet wird, muss § 53 UrhG als Schranke ausscheiden, da ein privater Gebrauch mit einer öffentlichen Zugänglichmachung endet.

2. Zitat, § 51 UrhG

Das Verbreiten eines Deepfakes ist regelmäßig kein (Bild- oder Film-)Zitat im Sinne des § 51 UrhG. Zwar ist ein solches grundsätzlich zulässig, wenn der Zitatzweck dies erfordert.⁴⁷ Dasselbe gilt für Zitate aus den sonstigen Werkkategorien.⁴⁸ Allerdings wird es sich in der Regel nicht einmal um ein Zitat handeln. Denn nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist das Zitat dadurch charakterisiert, dass eine Meinung verteidigt oder eine geistige Auseinandersetzung zwischen dem Werk und den Aussagen des Nutzers ermöglicht wird.⁴⁹ Ersteller von Deepfakes beabsichtigen jedoch zumeist keine Auseinandersetzung mit den Aussagen des verwendeten Bild- oder Filmausschnitts oder dessen Urheber. Oft verfolgen sie andere Zwecke wie z.B. Unterhaltung, Verbreitung von Fake News, etc. Das konkret genutzte Lichtbild der Person ist oft austauschbar und willkürlich als eines von vielen herausgegriffen. Erforderlich ist, dass der potenziell zitierte Werkteil als solcher erkenntlich gemacht⁵⁰ bzw. verlinkt⁵¹ wird, was aber in den seltensten Fällen erfolgt. Die Zitatschranke ist somit regelmäßig nicht einschlägig.

⁴² BGH GRUR 1967, 315 (316 f.) – *Skai cubana*; Thum, in: Wandtke/Bullinger, 6. Aufl. 2022, UrhG § 72 Rn. 81.

⁴³ Allg. bzgl. neuronaler Netzwerke Baum, in: Leupold/Wiebe/Glossner IT-R, 4. Aufl. 2021, Teil 9.1 Rn. 33.

⁴⁴ Raue (Fn. 36), § 2 Rn. 172; Ebenso Zurth, ZUM 2025, 509 (512), der allenfalls eine entstellende Übersetzung einer Darbietung auf Grundlage des § 75 S. 1 UrhG als angreifbar ansieht.

⁴⁵ BGH GRUR 2015, 258 Rn. 35 – *CT-Paradies*; Wanckel, Foto- und Bildrecht, 6. Aufl. 2023, Rn. 751.

⁴⁶ BGH GRUR 1978, 474 (475) – *Vervielfältigungsstücke*.

⁴⁷ S. etwa OLG Hamburg GRUR 1993, 666 (666) – *Altersfoto*; Wanckel (Fn. 45), Rn. 844 ff.; *Maafen*, ZUM 2003, 830; Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, 8. Aufl. 2025, § 51 Rn. 24.

⁴⁸ BT-Drucks. 16/1828, S. 25; Lüft, in: Wandtke/Bullinger, 6. Aufl. 2022, UrhG § 51 Rn. 17.

⁴⁹ EuGH GRUR 2019, 940 (945) – *Reformistischer Aufbruch*.

⁵⁰ Dreier (Fn. 47), § 51 Rn. 3.

⁵¹ EuGH GRUR 2019, 940 (946) – *Reformistischer Aufbruch*.

3. Text- und Datamining, § 44b UrhG

Für die Vervielfältigungen und gem. § 23 Abs. 3 UrhG auch die (technisch bedingten) Bearbeitungen, die zum Zwecke der erlaubnisfreien mathematischen Analyse in den Deep Learning Modellen und Softwares (z.B. des VAE-Systems) angefertigt werden (siehe auch III.1), kommt zudem § 44b UrhG in Betracht.⁵² Zumindest, sofern man wie die h.M. annimmt, dass die Schranke für solche Prozesse innerhalb von KI-Systemen überhaupt Anwendung findet.⁵³ Dasselbe gilt für die Programmierer des Deepfake-Systems hinsichtlich der Erstellung des Trainingskorpus.⁵⁴ Zum Beispiel können die diskreten Werte bestimmter Gesichtszüge oder Stimmuster „Muster“ i.S.d. § 44b Abs. 1 UrhG darstellen, die erkannt und schließlich als Grundlage für eine Gesichtssynthese oder ein *voice swapping* dienen sollen. Problematisch ist dann weiter, dass der Rechteinhaber einen Nutzungsvorbehalt gem. § 44b Abs. 3 UrhG erklären, also einseitig die Nutzung verbieten, kann.

4. Parodie und Pastiche, § 51a UrhG

a) Auslegung des Begriffs „Pastiche“

Es könnte § 51a UrhG von Bedeutung sein, der auf Art. 5 Abs. 3 lit. k RL 2001/29/EG⁵⁵ zurückgeht. Hiernach sind die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe eines veröffentlichten Werkes zum Zweck der Karikatur, der Parodie und des Pastiches zulässig. Während die Parodie eine Nutzung erfasst, die an ein bestehendes Werk erinnert, „gleichzeitig aber ihm gegenüber wahrnehmbare Unterschiede aufweist und zum anderen einen Ausdruck von Humor oder Verspottung darstellt“,⁵⁶ ist der Begriff des Pastiches noch offen. Da es sich um einen autonomen Begriff des Unionsrechts handelt, obliegt die Auslegung des Begriffs dem EuGH, der sich aufgrund eines Vorabentscheidungsersuchens des BGH in Kürze hierzu erstmalig äußern wird.⁵⁷

Die Literatur diskutiert lebhaft über seine Auslegung. Während teilweise eine wortlaut- bzw. kunstspezifische Auslegung gefordert wird,⁵⁸ überzeugt demgegenüber die Auf-

fassung, die davon Abstand nimmt.⁵⁹ Eine solche Lesart ist zu einseitig und berücksichtigt teleologische Gesichtspunkte nicht hinreichend. Sie kann jedoch einen ersten Orientierungspunkt für die Auslegung des sehr unklaren Begriffs bieten. Er geht auf den italienischen Begriff *pasticio* (Pastete) zurück, also eine zufällige, schon experimentelle Mischung von Zutaten.⁶⁰

Der BGH spekuliert, dass § 51a UrhG als Auffangtatbestand für alle künstlerischen transformativen Inhalte fungiert.⁶¹ Hingegen vertritt etwa *Kraetzig* den Standpunkt, dass in dem Begriff des Pastiche die Grundrechtsdogmatik aufgehen müsse, was zwar zu einer weiten Auslegung des Begriffs führt, aber gleichzeitig eine zu weite Auslegung im Sinne einer – dem europäischen Unionsrecht unbekannten – versteckten fair-use-Regelung verhindert.⁶²

Die Gesetzesbegründung zu § 51a UrhG möchte zu Recht unter Verweis auf Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2, ErwG. 70 S. 2 RL (EU) 2019/790⁶³ „moderne Formen transformativer Nutzungen geschützter Inhalte insbesondere im digitalen Umfeld“, vor allem nutzergenerierte Inhalte auf sozialen Medien wie Remixe, Memes, GIFs, Mashups, Fan Art, Fan Fiction oder Sampling, rechtlich abgesichert sehen.⁶⁴ Auch der Pastiche müsse eine Auseinandersetzung mit einem vorbestehenden Werk oder sonstigen Bezugsgegenstand erkennen lassen, anders als bei der Parodie sei aber jegliche Auseinandersetzung ausreichend, etwa auch in Form einer Hommage.⁶⁵ Zudem sollen die Inhalte zitierend, imitierend und anlehnend geprägt sein.⁶⁶ Diese Begriffe dürfen allerdings nicht strikt im wörtlichen Sinne gelesen werden. Denn zitierende Inhalte sind bereits von § 51 UrhG erfasst, anlehnende Nutzungen sind schon gar nicht urheberrechtlich relevant.⁶⁷ Ebenso wenig vom Schutzbereich erfasst ist die Stil-Imitation.⁶⁸ *Kreutzer* bspw. versteht unter „anlehnenden“ Nutzungen schlicht solche, bei denen Werkteile übernommen werden.⁶⁹ Auch der Begriff der „Auseinandersetzung“ ist nicht zu eng zu fassen und sollte sich auf jeden denkbaren Zweck und Bezugsgegenstand beziehen.⁷⁰ Einschränkung wirkt das Kriterium, dass es sich zwingend um eine transformative Nutzung handeln muss,⁷¹ die

⁵² *Zurth*, ZUM 2025, 509, 511 f. erkennt pauschal, dass „auch bei Deepfakes die Schranke des § 44b UrhG auf das KI-Training angewendet wird.“ Die nachfolgende Differenzierung nimmt er hingegen nicht vor.

⁵³ Statt vieler bejahend *Bomhard*, in: BeckOK UrhR, 46. Ed. v. 15.2.2024, UrhG § 44b Rn. 11a f.; *Baumann*, NJW 2023, 3673 (3674); *de la Durantaye*, ZUM 2023, 645 (651); *Maamar*, ZUM 2023, 481 (483); a.A. *Schack*, NJW 2024, 113 (114 f.); *Dornis*, GRUR 2024, 1676 (1678 ff.).

⁵⁴ S. vorige Fn.

⁵⁵ ABl. 2001 L 167, S. 10 ff. vom 22.6.2001.

⁵⁶ EuGH GRUR 2014, 972 Rn. 20 – *Deckmyn*; BGH GRUR 2016, 157 Rn. 25 – *Auf fett getrimmt*.

⁵⁷ S. BGH GRUR 2023, 1531.

⁵⁸ Z.B. *Ortland*, ZGE 2022, 1 (30 f., 54 f.); *Döhl*, ZUM 2020, 740 (743).

⁵⁹ Statt vieler: *Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK UrhR, 45. Ed. v. 1.2.2025, UrhG § 51a Rn. 15.

⁶⁰ Hierzu anschaulich *Pfeifer*, in: FS Dreier, 2017, S. 477 (478).

⁶¹ S. BGH GRUR 2023, 1531.

⁶² *Kraetzig*, NJW 2024, 697 (698); Ähnlich *Kreutzer*, Der Pastiche im Urheberrecht: Gutachten über eine urheberrechtsspezifische Definition des

Pastiche-Begriffs nach § 51a UrhG, 2022, https://freiheitsrechte.org/uploads/documents/Demokratie/Urheberrecht/Gutachten_Kreutzer_Pastiche.pdf, zuletzt abgerufen am 23.9.2025, S. 26 f.

⁶³ ABl. 2019 L 130, S. 92 ff. vom 17.5.2019.

⁶⁴ BT-Drucks. 19/27426, S. 89 f.

⁶⁵ BT-Drucks. 19/27426, S. 90.

⁶⁶ BT-Drucks. 19/27426, S. 91.

⁶⁷ *Döhl*, ZUM 2020, 740 (745).

⁶⁸ So selbst BT-Drucks. 19/27426, S. 89 f.

⁶⁹ *Kreutzer* (Fn. 62), S. 14.

⁷⁰ Ähnlich *Brandes*, Leipziger Law Journal (LLJ) 2023, 175 (183); *Lennartz/Kraetzig*, GRUR 2024, 1258 (1262); *Kreutzer* (Fn. 62), S. 20 verlangt bloß einen inneren losen Zusammenhang zwischen Werk und Aussage des Pastiche. Der Pastiche könne auch eine vom entnommenen Werk völlig unabhängige, eigene Aussage treffen und etwa antithematischer oder wertneutraler Natur sein.

⁷¹ *Lennartz/Kraetzig*, GRUR 2024, 1258 (1263) bezeichnen es als „Difference to the protected subject matter“; *Kreutzer* (Fn. 62), S. 15 ff. fasst

aufgrund der hohen Grundrechtsrelevanz in diesem Bereich in den Schutzbereich der Kunst- oder Meinungsfreiheit fällt.⁷² Dabei reicht jeglicher künstlerischer Gehalt aus, wobei Faktoren wie Aufwand, Qualität⁷³ und Eigenanteil der Schöpfung berücksichtigt werden können. Die bloße Übernahme des Werkes ohne nennenswerte eigene Schöpfung kann jedenfalls kein Pastiche sein. Es muss analog zu § 51 UrhG erkennbar sein, dass die Schöpfung „andere“ Zutaten enthält. Ein Bezug zu einem konkreten Werk wie bei § 51 UrhG darf aber gerade nicht gefordert werden.

Pastiche lässt sich also als (1) künstlerische oder kommunikative (2) Auseinandersetzung mit etwas Bestehendem in (3) transformativer Form definieren, wobei der transformative Charakter (4) erkennbar sein muss. Es wird dabei eine grundrechtsspezifische Form der Auslegung verfolgt. Sofern man nach dieser Definition Pastiche annimmt, muss wegen Art. 5 Abs. 5 RL 2001/29/EG eine umfassende Interessenabwägung vorgenommen werden,⁷⁴ wobei diese aufgrund der hoch einzustufenden Interessen des Pastiche-Erstellers (Kunst- bzw. Meinungsfreiheit) und der regelmäßig nur minimal tangierten Verwertungsinteressen des Urhebers oft zugunsten des Pastiche-Erstellers ausfallen dürfte. Insgesamt muss der Pastichebegriff im Interesse der Einengung ausufernder Urheberrechtsverletzungen im Social-Web und der Grundrechte weit gefasst sein.⁷⁵ Der Fokus muss auf der Interessenabwägung liegen, es darf jedoch vor dem Hintergrund des Ausnahmecharakters der Schranken nicht auf eine einzige fair-use-Prüfung hinauslaufen.⁷⁶

Generalanwalt *Emiliou* vertritt indes in seinen Schlussanträgen zu der o.g. beim EuGH anhängigen Sache die Auffassung, Pastiche müsse notwendig an „ein bestehendes Werk erinnern“ und dessen „charakteristische Sprache übernehmen“.⁷⁷ Eine Ausweitung auf sämtliche derivative Ausdrucksformen lehnt er unter Hinweis auf unterbliebene gesetzgeberische Initiativen ab.⁷⁸ Zwar sieht er diesbezüglich ebenfalls ein Regelungsdefizit,⁷⁹ eine grundrechtskonforme Auslegung hält er jedoch für *contra legem* und mit dem Ausnahmecharakter der Schranken sowie dem angestrebten „hohen Schutzniveau“ unvereinbar.⁸⁰ Diese Sichtweise überzeugt nicht. *Emiliou* reduziert Pastiche unzutreffend auf eine bloße Stilkopie und verkennet dabei die grundrechtliche Dimension. Der Ausnahmecharakter der Schranken verlangt keine derart enge Auslegung, vielmehr ist die Vorschrift im Lichte der Meinungs- und Kunstfreiheit zu interpretieren. Die vorgenannten Kriterien wahren bereits

den angemessenen Ausgleich. Sie beschränken sich auf transformative Kunstformen und ermöglichen zugleich eine Interessenabwägung zugunsten eines hohen Schutzniveaus der Urheber. Darüber hinaus führt nur diese Lesart zu sachgerechten und den Grundrechten angemessen Rechnung tragenden Ergebnissen. Dass der Gesetzgeber bei Schaffung der Ausnahme vor 24 Jahren möglicherweise ein anderes Verständnis des Begriffs verfolgte, steht einer weiteren Auslegung nicht entgegen. Rechtsnormen sind einem Interpretationswandel zugänglich.⁸¹ Angesichts der zunehmenden Verlagerung der Kommunikation in den digitalen Raum und der damit einhergehenden Erschließung neuer Kunstformen ist eine veränderte Lesart des Begriffs zuzunehmen. Eine solche Auslegung ist auch nicht *contra legem*, da der Gesetzgeber sich nie ausdrücklich dagegen ausgesprochen hat. Im Gegenteil hat er mit der Wahl eines offenen Begriffs bewusst einen Spielraum eröffnet. Bis zu einer Entscheidung des EuGH ist also an den vorgenannten Grundsätzen festzuhalten.

b) Anwendung der Kriterien auf Deepfakes

Ob sich nun Deepfakes nach Maßgabe dieser Grundsätze als Pastiche einordnen lassen, hängt davon ab, wie hoch der auseinandersetzen, künstlerische und transformative Teil ist und welcher Verwendungszweck objektiv verfolgt wird.

aa) Deepfakes, die zum Zwecke der Unterhaltung verbreitet werden, haben sich bereits in der Kommunikationslandschaft in den sozialen Medien etabliert und sind oft Ausdruck einer Meinung des Erstellers, die er in den öffentlichen Diskurs bringen will (Kriterium (1)). Auf künstlerisch experimentelle Weise setzt sich der Ersteller mit oft hochaktuellen Themen auseinander. Dabei nimmt der Ersteller Bezug auf bereits existierende Narrative, Meinungen, Kunstformen oder Trends und versucht sich daran, eine Idee auf weniger konventionelle Weise umzusetzen (Kriterium (2)). Gerade die Gestaltung der Prompts oder eine gute Symbiose des Bestehenden mit dem Neuen erfordert eine eigenpersönliche Leistung des Erstellers. Er formt beispielsweise eine Idee für einen Deepfake, sammelt das Ausgangsmaterial, überlegt sich passende Prompts und lässt das synthetische Ergebnis ggf. noch mehrfach nach seinen Wünschen ändern. Er erstellt so einen neuen, vom Ursprungswerk zu unterscheidenden Inhalt (Kriterium (3)). Bei solchen Deepfakes kann der Empfänger zumeist erkennen, dass es sich um einen solchen handelt und er nicht nur aus einer „Zutat“

dies unter das Kriterium „Eigenständigkeit“ und fordert lediglich, dass sich der Pastiche vom Werk „wahrnehmbar unterscheidet“.

⁷² Ebenso *Kraetzig*, ZUM 2024, 1 (6); *Lennartz/Kraetzig*, GRUR 2024, 1258 (1262).

⁷³ *Kraetzig*, ZUM 2024, 1 (7).

⁷⁴ LG Berlin ZUM-RD 2022, 498 Rn. 41 ff; *Lauber-Rönsberg* (Fn. 59), § 51a Rn. 16.

⁷⁵ *Kraetzig*, ZUM 2024, 1 (6); *Kreutzer* (Fn. 62), S. 12; zweifelnd *Döhl*, ZGE 2020, 380 (439).

⁷⁶ *Kraetzig*, ZUM 2024, 1 (4).

⁷⁷ Schlussanträge des Generalanwalts *Emiliou* vom 17.6.2025, Rechtss. C-590/23, ECLI:EU:C:2025:452 Rn. 133.

⁷⁸ *Emiliou* (Fn. 77), Rn. 133.

⁷⁹ *Emiliou* (Fn. 77), Rn. 77.

⁸⁰ *Emiliou* (Fn. 77), Rn. 77 ff.

⁸¹ Eindrucksvoll *Grimm*, Seoul Law Journal 2001, S. 182 (190): „Lässt sich der Normzweck unter veränderten Umständen mit der alten Interpretation nicht mehr erreichen, ist gerade aus Gründen der Gesetzestreue eine Neuinterpretation geboten.“

besteht (Kriterium (4)). Aus diesem Grund sind jedenfalls nicht-kommerzielle, künstlerische und hinreichend transformative Deepfakes als Pastiche anzusehen. Die Interessenabwägung muss dabei in der Regel zugunsten des Erstellers des Deepfakes ausfallen, es sei denn der Rechteinhaber bringt im Einzelfall berechnete Einwände vor. Dies gilt umso mehr, wenn der Rechteinhaber nur Leistungsschutz vorweisen kann. Ist der eigenschöpferische Anteil aber etwa sehr niedrigschwellig und der Teil des übernommenen Werkes sehr hoch, kann die Interessenabwägung im Einzelfall in die andere Richtung ausfallen. Gleiches gilt für urheberpersönlichkeitsrechtliche Einwendungen.

bb) Werden kommerzielle Interessen verfolgt, wie bei Deepfakes zu Werbezwecken oder zur Generierung von Einnahmen auf Social Media, handelt es sich zwar oft um Pastiche, die Interessenabwägung wird dann aber spiegelbildlich zugunsten des Rechteinhabers ausfallen. Dies gilt auch für die Filmindustrie, die bereits bestehendes Material von Schauspielern verwendet, um damit einen neuen Film mit künstlich verjüngten Schauspielern zu erstellen und damit erhebliche Einnahmen generiert.

cc) Deepfakes mit objektiv negativem Verwendungszweck (Fake News, Propaganda, Deepfakepornografie usw.) werden hingegen nie einer Interessenabwägung standhalten. Zudem werden sie die Kriterien für Pastiche selten erfüllen, da in solchen Fällen weder eine grundrechtlich geschützte Form der Auseinandersetzung vorliegt (Kriterium (1 und 2)) noch eine solche für den Durchschnittsempfänger erkennbar ist (Kriterium (4)).

dd) Denkbar ist es auch, dass eine Einordnung in diese Kategorien nicht oder nur schwer möglich ist, also sowohl positive als auch negative Motive aus der Sicht des Empfängers verfolgt werden („Mischtypus“). Bspw. kann ein Deepfake sehr wohl Ausprägung künstlerischer Betätigung sein oder eine Meinung enthalten und gleichzeitig Fake News verbreiten oder auf die Verletzung von Persönlichkeitsrechten gerichtet sein. In solchen Fällen müssen die Kriterien besonders sorgfältig geprüft werden. Das Ergebnis kann sein, dass der Deepfake entweder (a) die Kriterien erfüllt und auch einer Interessenabwägung standhalten wird, (b) die Kriterien erfüllt, er als „Gerade-noch-Pastiche“ allerdings einer Interessenabwägung nicht mehr standhält oder er (c) die Kriterien nicht erfüllt, etwa weil er als solcher nicht erkennbar ist (Kriterium (4)). Die Grenzen sind insoweit fließend. Aus diesem Grund sind die Fallgruppen auch nur als Denkhilfe zur Rate zu ziehen und sollen die eigentliche Prüfung der Kriterien nicht erübrigen.

5. Zwischenfazit

Ob das Urheberrecht geeignet ist, neue künstlerische und transformative Ausdrucksformen wie Deepfakes sachgerecht zu erfassen, hängt davon ab, wie der Begriff des Pastiche ausgelegt wird. Wird er wie nach hiesiger Auffassung grundrechtsspezifisch und weit ausgelegt, können zumindest objektiv positive Deepfakes (zulässiger) Pastiche sein. Folgt man aber etwa der Ansicht *Emilious*, sind Deepfakes per se nicht erlaubt, denn Deepfakes treffen eigene Aussagen und entwickeln einen eigenen Stil. Der ästhetische und charakteristische Stil wird gerade nicht übernommen. Es bleibt zu hoffen, dass der EuGH sich hiesiger Auffassung anschließt. Andere Schranken kommen regelmäßig nicht in Betracht. Einzig Vervielfältigungshandlungen zu Data-Mining Zwecken können ggf. unter die Schranke des § 44b UrhG fallen.

V. Urheberpersönlichkeitsrechtliche Elemente

Weiterhin kann der Urheber aus seinem Urheberpersönlichkeitsrecht Schutz in Anspruch nehmen. Von besonderer Bedeutung ist der Beeinträchtigungs- und Entstellungsschutz in § 14 UrhG. Insbesondere in solchen Fällen, in denen eine Entstellung des Werkes vorliegt oder der Urheber sich gegen Deepfakes wehren möchte, bei denen seine Inhalte bereits lizenziert wurden, er sich aber gleichwohl aus ideellen Gründen eine bestimmte Art der Nutzung nicht gefallen lassen muss, kann er den Anspruch gem. § 14 UrhG geltend machen.⁸² Sein Anspruch steht und fällt letztlich mit dem Ergebnis der Interessenabwägung. Der Urheber kann grundsätzlich nicht geltend machen, dass sein Werk in einem anderen Kontext genutzt wird. Denn das Änderungsverbot gilt nicht für Parodien und Pastiche, da dem Empfänger aufgezeigt wird, dass diese Art der Nutzung nicht vom Urheber, sondern der Meinungs- und Kunstfreiheit des Erstellers entspringt.⁸³ Werden mit dem erzeugten Deepfake jedoch verfassungsfeindliche Ziele verfolgt, kann § 14 UrhG einschlägig sein.⁸⁴ Ebenso kann diese Vorschrift ein Einfallstor für Erwägungen dritter (z.B. abgebildeter) Personen sein (etwa bei Beleidigungen oder Verleumdungen) oder Allgemeininteressen (z.B. Fake News, Betrug), vor allem in den Fällen, in denen der Fake nicht erkennbar ist. Der Urheber kann dann geltend machen, nicht mit solchen Inhalten in Verbindung gebracht zu werden sowie eine auf ihn unberechtigte Zuschreibung vermeiden zu wollen.⁸⁵ Denkbar ist, dass schon die Kennzeichnung als Deepfake gem. Art. 50 Abs. 2 und 4 KI-VO geeignet ist, die Gefahr einer solchen Zuschreibung zu verhindern. Zuletzt kann bei hohem Schutzinteresse ggf. geschmackloser, irreführender oder abwertender Pastiche untersagt werden.

⁸² S. hierzu auch *Bullinger* (Fn. 34), UrhG § 14 Rn. 1.

⁸³ Vgl. für die Parodie *Specht-Riemenschneider*, in: Dreier/Schulze, 8. Aufl. 2025, UrhG § 14 Rn. 24.

⁸⁴ *Zurth*, ZUM 2025, 509 (514).

⁸⁵ Vgl. auch *Zurth*, ZUM 2025, 509 (514).

VI. Durchsetzung der Ansprüche

Bei der Durchsetzung von Beseitigungs-, Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen aus § 97 Abs. 1 und 2 UrhG ergeben sich mannigfaltige Probleme. *Kumkar/Rapp* sprechen zutreffend von der „Achillesferse aller Ansprüche“.⁸⁶ Die im Internet bestehenden Möglichkeiten zur anonymen Nutzung und zur Verschleierung digitaler Spuren erschweren es erheblich, die Urheberschaft eines Deepfakes sowie den genauen Umfang der dabei erfolgten Nutzung fremder Werke nachzuvollziehen. Die rechtsverletzende Person wird selten unter ihrer wahren Identität auftreten. Eine Bestandsdatenabfrage bei der Plattform über die Nutzerdaten gem. § 21 Abs. 1 TDDDG⁸⁷, die im Übrigen gut begründet sein muss, wird oft nicht zielführend, aber relativ aufwendig sein. So kommen in nahezu allen Fällen Verbreiter von rechtswidrigen Deepfakes davon.⁸⁸

In Betracht käme auch die Inanspruchnahme der Plattform selbst, die allerdings wenig aussichtsreich ist. Zwar postuliert § 1 Abs. 1 S. 1 UrhDaG⁸⁹ in Umsetzung des Art. 17 RL (EU) 2019/790, dass Plattformanbieter mit der Bereitstellung der Inhalte eine Handlung der öffentlichen Wiedergabe vornehmen, womit sich im Falle von Urheberrechtsverletzungen auch die Plattform gem. § 97 UrhG haftbar macht. Allerdings bestimmt § 1 Abs. 2 iVm §§ 4, 7, 11 UrhDaG, dass dies nicht gilt, wenn der Diensteanbieter seine Pflichten nach Maßgabe branchenüblicher Standards unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes einhält.⁹⁰ Bei hochwertigen Deepfakes ist nicht erkennbar ob – und wenn ja, inwieweit – urheberrechtlich geschütztes Material verwendet wurde. Es wäre nicht verhältnismäßig, den Plattformen eine solche Überprüfung abzuverlangen. Etwas anderes könnte in solchen Fällen gelten, in denen der Deepfake als solcher gem. Art. 50 Abs. 2, Abs. 4 KI-VO gekennzeichnet wurde. Allerdings sind auch in den Fällen, in denen eine Erkennbarkeit vorliegt, die Nutzungen regelmäßig gem. §§ 5 Abs. 1 Nr. 2, 9 UrhDaG, § 51a UrhG mutmaßlich erlaubt, sodass sie zugelassen werden müssen. Dies ist nicht zuletzt zur Wahrung der betroffenen Grundrechte erforderlich, v.a. der Meinungs- und Kunstfreiheit, die auch hier zu berücksichtigen sind und ein Overblocking verbieten (§ 7 Abs. 2 S. 1 UrhDaG).

⁸⁶ *Kumkar/Rapp*, ZfDR 2022, 199 (207 f.).

⁸⁷ BGBl. 2021 I 1982; 2022 I 1045, zuletzt geändert durch Gesetz vom 12.7.2024 (BGBl. 2024 I Nr. 234).

⁸⁸ Vertiefend *Kumkar/Rapp*, ZfDR 2022, 199 (207 f.); s. auch *Kraetzig*, CR 2024, 276 (280).

⁸⁹ BGBl. 2021 I 1204, zuletzt geändert durch Gesetz vom 6.5.2024 (BGBl. 2024 I Nr. 149).

⁹⁰ Zum Grds. der Verhältnismäßigkeit Art. 17 Abs. 5 und ErwG. 66 UAbs. 2 S. 2, 4 zur RL (EU) 2019/790.

⁹¹ *Kraetzig*, NJW 2024, 697 (701).

⁹² *Kraetzig*, NJW 2024, 697 (701).

⁹³ So auch *Kraetzig*, NJW 2024, 697 (701).

⁹⁴ Etwa EuGH GRUR 2012, 166, Rn. 88 ff. – *Painer*; *Hoeren*, MMR 2023, 81 (82); *Baumann*, NJW 2023, 3673 (3676); *Maamar*, ZUM 2023, 481 (490); *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 8. Aufl. 2025, UrhG § 7 Rn. 2.

⁹⁵ LG Berlin GRUR 1990, 270 (270) – *Satellitenfoto*.

D. Schutzfähigkeit des Deepfakes

Fraglich ist, ob die Schöpfer von Deepfakes für ihre Schöpfungen selbst den Schutz des Urheberrechts in Anspruch nehmen können und sollten.

I. Werkschutz

1. Menschliche Urheberschaft als Grundvoraussetzung

Deepfakes werden durch oder mithilfe von Künstlicher Intelligenz geschaffen. Es ist noch offen, ob diese Inhalte in den Schutzbereich der Kunstfreiheit und des Urheberrechts fallen. Der deutsche Kunstbegriff ist weit und entwicklungs offen.⁹¹ „KI-Kunst“ wird daher grundsätzlich vom sachlichen Schutzbereich der Kunstfreiheit erfasst.⁹² Fraglich ist allerdings, ob sie auch in den persönlichen Schutzbereich fällt. Grundrechtsträger können nur Rechtspersonen sein. Eine solche ist ein KI-System aber bislang noch nicht. Sie selbst kann daher keinen Schutz in Anspruch nehmen.⁹³ Aber auch die dahinterstehende Person, die beispielsweise einen Deepfake von der KI erstellen lässt, kann nur dann Träger des Rechts sein, wenn die Arbeit ihr selbst irgendwie zugerechnet werden kann.

Diese Gedanken finden sich auch in §§ 7, 2 Abs. 2 UrhG und dem darin enthaltenen Prinzip, dass Schöpfer eines Werkes nur ein Mensch sein kann.⁹⁴ Nur der menschliche Urheber besitze die „persönlichen“ und „geistigen“ Fähigkeiten zur Schöpfung eines Werkes.⁹⁵ Dieses Schöpferprinzip erkennen die meisten Rechtsordnungen an.⁹⁶ Das US-amerikanische Urheberrecht etwa begründet dies damit, dass das Urheberrecht das ausschließliche Recht einer Person auf das Produkt seiner eigenen schöpferischen Geisteskraft sei⁹⁷ und nur menschliche Autoren dabei die Anreize des Urheberrechts benötigen.⁹⁸

Ausgehend hiervon ist zu erkennen, dass der Mensch bei KI-generierten Inhalten so lange nicht der Schöpfer sein kann, wie er durch seine Prompts nur einen Rahmen vorgibt, den die KI autonom ausfüllt.⁹⁹ Etwas anderes kann dann gelten, wenn der Mensch die gestalterischen Entscheidungen trifft,¹⁰⁰ also den Schöpfungsvorgang durch hinreichend konkrete Vorgaben selbst steuert und „sich der KI lediglich als untergeordnetes Hilfsmittel seines eigenen

⁹⁶ Für einen Überblick siehe etwa *Zurth*, UCLA Jolt 2020, S. 3 ff. - SSRN; *Leistner*, in: FS Dreier, 2022, S. 87 (91 ff.); *Balough*, in: Claypoole, Ted (Hrsg.), *The Law of AI and Smart Machines*, 2019, S. 335 (345 f.) (Australien, Spanien, Japan); Ebenso *US-Copyright Office*, Copyright Authorship: What can be registered, 2021, <https://www.copyright.gov/comp3/chap300/ch300-copyrightable-authorship.pdf>, zuletzt abgerufen am 23.9.2025, Abschn. 306; Anders das britische Urheberrecht, welches bei computergenerierten Werken demjenigen den Schutz zuweist, der für die Schaffung des Werkes die notwendigen Vorkehrungen getroffen hat (Sec. 9 (3) Sec. 178 CDPA).

⁹⁷ *US Copyright Office*, Federal Register Vol. 88 No. 51, S. 16191.

⁹⁸ *Thaler v Pearlmuter*, 1:22-cv-01564, ECF No. 24.

⁹⁹ *Kraetzig*, NJW 2024, 697 (702).

¹⁰⁰ *Maamar*, ZUM 2023, 481 (490).

kreativen Schaffens bedient.“¹⁰¹ Den Menschen darf das Ergebnis des Schaffensprozesses nicht überraschen,¹⁰² die KI darf die eigene konkrete Idee lediglich technisch umgesetzt haben.¹⁰³ Es ist also danach zu fragen, ob der Deepfake ein Werk der KI oder des Menschen ist.¹⁰⁴

In Bezug auf Deep Learning Systeme kommt es maßgeblich darauf an, ob der Künstler auf den Lernprozess des Systems Einfluss hatte, ob er selbst gestalterischen Einfluss auf das Endergebnis ausgeübt hat und wie autonom es arbeitet.¹⁰⁵ Von Bedeutung ist vor allem das zweite Kriterium, der „gestalterische Einfluss des Menschen“. Anknüpfungspunkte hierfür sind die Auswahl und die Repräsentation des Trainingsmaterials sowie das Vorliegen gezielter Eingriffe in den Gestaltungsprozess durch spezifische Prompts, Anpassungen am Algorithmus und Korrekturen am Output.¹⁰⁶

2. Anwendung der Grundsätze auf Deepfakes

a) Werden nur einfache Prompts eingefügt, wie z.B.: „Manipuliere das Bild so, dass die Person nun einen Hut trägt“, ist das Ergebnis der KI zuzurechnen, denn sie hat eigenen gestalterischen Spielraum dabei, welche Art von Hut abgebildet wird, wie groß dieser ist und welche Farbe und Passform er hat. Anders hingegen liegt es, wenn eben jene Attribute selbst im Prompt festgelegt werden. Werden also hinreichend konkrete Prompts verfasst, sodass das Ergebnis vorhersehbar ist und die zum Ausdruck gebrachte freie kreative Entscheidung dem Menschen zugerechnet werden kann, so ist dieser schutzfähig. Bei der Gesichts- oder Personensynthese wird es sich in der Regel nicht um ein Werk des Menschen handeln, es sei denn in die Upload-Maske des Deepfake-Systems werden eine Vielzahl verschiedener sorgfältig ausgewählter Inhalte in das System eingespeist und das Ergebnis durch eine Vielzahl von Eingaben so konkretisiert, dass es absehbar war.

b) Ein *face swap* wird oft schutzfähig sein. Denn nimmt man etwa das VAE-System, macht dieses System nichts weiter, als mathematische Parameter festzulegen und in ein anderes Bild zu übertragen. Eine solche Leistung kann der Mensch selbst vornehmen. Wenn er sich dabei der Hilfe einer KI bedient, übernimmt die KI nur den Part der techni-

schen Umsetzung, nimmt also eine untergeordnete Stellung ein. Die gestalterischen Entscheidungen trifft der Mensch. Weiterhin nimmt er wie oben erkannt regelmäßig eine wesentliche Gestaltungsentscheidung vor, bereits wenn er die Auswahl hinsichtlich des Ausgangsmaterials trifft. Trifft er dann im Rahmen der Erstellung z.B. einer Fake Rede eine weitere wesentliche Entscheidung, etwa das eigenständige Erstellen des Redentextes oder die Gesten und Aktionen, die der Redner vornimmt, kann man ihm den Schutz oft zusprechen.

c) Der *voice swap* kann keinen Schutz in Anspruch nehmen. Denn wenn die Stimme nicht urheberrechtlich geschützt werden kann, muss das auch für eine synthetische imitierende Stimme gelten. Er kann aber freilich Teil des schutzfähigen Gesamtwerks sein, soweit die oben genannten Voraussetzungen erfüllt sind.

d) Es sind Konstellationen denkbar, bei denen das KI-System von den Prompts abweicht oder eigene gestalterische Entscheidungen trifft und somit das Ergebnis verändert. In solchen Fällen ist danach zu fragen, wer welchen Teil durch seine künstlerische Leistung mehr geprägt und inwieweit dies Einfluss auf den Gesamteindruck hat. Wenigstens kann man dem Ersteller, so wie in allen anderen Konstellationen auch, den Schutz für den Prompt zusprechen,¹⁰⁷ da die Schutzwelle auch für Sprachwerke nicht sonderlich hoch ist. Das wird ihm allerdings nicht viel bringen, weil der Schutz des Prompts nicht automatisch zu einem Schutz des Outputs führt.¹⁰⁸

3. Bewertung der Rechtslage

Es ist richtig, dass nur der Mensch Urheber sein kann und dass Werkschutz nur nach Maßgabe obiger Grundsätze gewährt werden kann. Das folgt allerdings nicht zwingend aus ökonomischer Sicht, wie teilweise vertreten wird.¹⁰⁹ Nach dieser Ansicht legitimiere sich das Urheberrecht aus Marktversagen, weil der Urheber das Werk zu hohen Kosten schaffe, Dritte dieses aber zu geringen Kosten kopieren könnten.¹¹⁰ Durch den automatisierten Einsatz von KI könnten nun massenhaft neue Inhalte erstellt werden – und das zu geringeren Fix- und Grenzkosten.¹¹¹

¹⁰¹ Baumann, NJW 2023, 3673 (3676); s. auch Becker, GRUR 2024, 505 (505).

¹⁰² Baumann, NJW 2023, 3673 (3676); Maamar, ZUM 2023, 481 (490).

¹⁰³ Maamar, ZUM 2023, 481 (490); Olbrich/Bongers/Pampel, GRUR 2022, 870 (871 ff.).

¹⁰⁴ Auch in den USA wird die Möglichkeit gesehen, dass die KI als bloßes Werkzeug fungiert: *US-Copyright Office*, Copyright Authorship: What can be registered, 2021, <https://www.copyright.gov/comp3/chap300/ch300-copyrightable-authorship.pdf>, zuletzt abgerufen am 23.9.2025, Abschn. 313.2: „The crucial question is “whether the work is basically one of human authorship, with the computer [...] merely being assisting instrument, or whether the traditional elements of authorship in the work (literary, artistic, or musical expression or elements of selection, arrangement, etc.) were actually conceived and executed not by man but by a machine.“

¹⁰⁵ Eingehend Olbrich/Bongers/Pampel, GRUR 2022, 870 (874 ff.).

¹⁰⁶ Olbrich/Bongers/Pampel, GRUR 2022, 870 (875); Ory/Sorge, NJW 2019, 710 (711); Hacker, in: *Intelligente Systeme – Intelligentes Recht*, 2021, S. 223; s. auch Leistner, in: FS Dreier, 2022, S. 87 (90 f.).

¹⁰⁷ Maamar, ZUM 2023, 481 (487); dagegen Becker, GRUR 2024, 505 (506).

¹⁰⁸ So auch Maamar, ZUM 2023, 481 (487).

¹⁰⁹ Maamar, ZUM 2023, 481 (490 f.); Sucker, *Der digitale Werkgenuss im Urheberrecht*, 2014, S. 24 ff.

¹¹⁰ Maamar, ZUM 2023, 481 (490); Lemley, *University of Chicago Law Review*, 2004, S. 129 (129).

¹¹¹ Maamar, ZUM 2023, 481 (491).

Dem ist nur teilweise zuzustimmen. Zwar mag dies einer von vielen Begründungsansätzen für das Urheberrecht sein.¹¹² In erster Linie sind es jedoch die Grundrechte (insb. Art. 14 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG und die jeweiligen Entsprechungen in der GRCh, hier insb. Art. 17 Abs. 2 GRCh), die den Schutz durch das Urheberrecht gebieten. Diese Legitimation entfällt in solchen Fällen, in denen der Mensch sich nicht hierauf berufen kann, weil er nicht der Schöpfer ist.¹¹³ Außerdem ist nicht gesagt, dass KI-Erzeugnisse grundsätzlich „billig“ hergestellt werden und das Erstellen menschlicher Werke „teuer“ ist. So können „kleine Münzen“ wie TikTok-Tänze sogar kostenlos und mit wenig Aufwand hergestellt werden, während die intensive Suche nach dem Ausgangs- bzw. Referenzmaterial für an der Werkschwelle scheiternde KI-Erzeugnisse wie Deepfakes aufwendig und Investitionen in gute Software teuer werden kann.

II. Leistungsschutz

Zuletzt könnte dem Prompter ein Leistungsschutzrecht zustehen. Da diese aber nur in den gesetzlich erwähnten Fällen in Betracht kommen, wie z.B. bei Datenbanken, Presseerzeugnissen oder Laufbildern, scheidet ein solches in der Regel aus.¹¹⁴ KI-Output fällt auch nicht unter den Lichtbildschutz (§ 72 UrhG), da hierfür strahlende Energie eingesetzt werden muss,¹¹⁵ was bei computergenerierten Bildern gerade nicht der Fall ist.¹¹⁶ Zudem wird teilweise für möglich gehalten, dass jedes KI-Erzeugnis eine Datenbank ist.¹¹⁷ Diese Ansicht verdient aber keinen Beifall. Nach dem Erwägungsgrund 17 RL 96/9/EG sind Datenbanken systematisch angeordnete Sammlungen von Einzelwerken, die jeweils für sich zugänglich sind. Die Datenwerte eines KI erzeugten Inhalts sind jedoch nicht einzeln zugänglich, sondern stehen in einem untrennbaren Zusammenhang, bei dem die Werte jeweils aufeinander bezogen sind.¹¹⁸ Außerdem kann der Unionsgesetzgeber einen derart ausufernden Leistungsschutz für Datenbanken nicht gewollt haben.¹¹⁹

Zweifelhaft ist, weshalb beispielsweise für Lichtbilder ein Leistungsschutzrecht gewährt wird, nicht hingegen für teilweise aufwendige und teuer gestaltete KI-generierte Inhalte wie Deepfakes mit objektiv positivem Verwendungszweck. Eine solche Ungleichbehandlung ist nicht zu rechtfertigen.

Der Schutzgrund hinter der Gewährung von Leistungsschutz für Lichtbildner ist die technisch handwerkliche Leistung des Lichtbildners.¹²⁰ Warum ist nun aber in dem Klicken auf einen Auslösebutton einer Kamera ein „Mehr“ an Leistung zu sehen als in dem Bilden einer ausgereiften Idee für einen KI-generierten Inhalt wie einen Deepfake, das Aussuchen des Trainingsmaterials, die Suche und Auswahl einer geeigneten Software, ggf. das Zahlen einer Gebühr und das Eingeben von Prompts? Ganz allgemein ist der deutsche Sonderweg für die Gewährung von Leistungsschutz für Lichtbilder nicht nachzuvollziehen. Die Schutzwelle für Lichtbildwerke ist wie bei den anderen Werkkategorien schon sehr gering.¹²¹ Einigermaßen aufwendig erstellte Lichtbilder sind daher schon vom Urheberrecht erfasst. Der bloße „Schnappschuss“ hingegen ist im Unterschied zu anderen Leistungsschutzrechten wie das des Presseverlegers oder Filmherstellers, bei denen oft erhebliche Arbeitskraft und große Investitionen in ein tatsächlich existierendes Werk mit regelmäßig sehr hoher Schöpfungshöhe hineingesteckt wird, nichts wirklich Schützenswertes, für das man solch ein starkes Ausschließlichkeitsrecht gewähren müsste.¹²² Nicht zuletzt belastet § 72 UrhG potenzielle Nutzer ohne wirklich rechtfertigenden Grund mit seinen umfassenden Sanktionsmöglichkeiten übermäßig stark.¹²³ Aus diesen Gründen muss der Schutz für Lichtbilder begrenzt werden bzw. entfallen,¹²⁴ oder es alternativ zur Vermeidung von Widersprüchen eine Art allgemeinen Leistungsschutztatbestand für KI-generierte Inhalte¹²⁵ oder sonstige Inhalte geben, der „erheblichen Aufwand“ oder „wesentliche Investitionen“¹²⁶ schützt. Zudem sollte darüber nachgedacht werden, ob für gewisse Schutzrechte der Schutz auf den Kernbereich beschränkt werden sollte.¹²⁷

E. Fazit: Zusammenfassung in Thesen

1. Die Erstellung von Deepfakes unter Verwendung von fremden Inhalten ist fast immer urheberrechtlich relevant, insbesondere wenn es sich um Lichtbilder handelt.

a) Beim Sammeln des Ausgangsmaterials für den Deepfake und einer öffentlichen Zugänglichmachung dessen auf sozialen Netzwerken findet de lege lata immer eine Vervielfältigung statt. Richtigerweise dürfen technisch bedingte

¹¹² Zu weiteren Rechtfertigungsgründen *Olbrich/Bongers/Pampel*, GRUR 2022, 870 (870 f.) m.w.N.

¹¹³ So wohl auch *Kraetzig*, NJW 2024, 697 (701 f.).

¹¹⁴ Etwa *Baumann*, NJW 2023, 3673 (3676).

¹¹⁵ BGH GRUR 2019, 284 (286) – *Museumsfotos*.

¹¹⁶ *A. Nordemann*, in: *Loewenheim UrhR-HdB*, 3. Aufl. 2021, § 9 Rn. 191.

¹¹⁷ S. etwa *Lauber-Rönsberg*, GRUR 2019, 244 (248), die die Frage jedoch noch offenlässt.

¹¹⁸ *Baumann* NJW 2023, 3673 (3676).

¹¹⁹ *Baumann* NJW 2023, 3673 (3676).

¹²⁰ BT-Drucks. IV/270, S. 88; *Thum* (Fn. 42), UrhG § 72 Rn. 2.

¹²¹ Zu den Anforderungen OLG Hamburg ZUM-RD 1999, 73 (74 f.); *Wanckel* (Fn. 45), Rn. 722 ff.

¹²² *Werner*, Die Reformbedürftigkeit des Lichtbildschutzes nach § 72 UrhG aus rechtsökonomischer Perspektive, 2023, S. 127 (149) sieht einen

rechtsökonomischen Legitimationsmangel für den überwiegenden Teil des Lichtbildschutzes.

¹²³ *Overbeck*, Der Lichtbildschutz gem. § 72 UrhG im Lichte der Digitalfotografie, 2018, S. 161 sieht sogar einen Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 GG.

¹²⁴ *Ohly* (Fn. 19), 36 ff.; *Becker*, GRUR 2024, 510 (511); *Leistner* (Fn. 96), S. 107; *Overbeck* (Fn. 123), S. 195.

¹²⁵ Für ein Nutzerrecht sui generis *Legner*, ZUM 2019, 807 (811 f.); für eine starke Vermenschlichung *Becker*, GRUR 2024, 505 (513); Ebenfalls ablehnend *Leistner* (Fn. 96), S. 100 ff.

¹²⁶ *Werner* (Fn. 122), S. 233 f. mit ansehnlichem Reformvorschlag.

¹²⁷ Nur wettbewerbsrelevante Entnahmen, *Spindler*, NJW 2014, 2550 (2551); s. auch *Ohly*, (Fn. 19), 41.

Vervielfältigungshandlungen jedoch nicht als solche angesehen werden. Der digitale Werkgenuss muss möglich sein.

b) Wird genutztes Material in einer wiedererkennbaren Weise übernommen und verändert, wird es in der Regel bearbeitet und erneut vervielfältigt. Bei der mathematischen Analyse eines Werkes nach Mustern handelt es sich hingegen immer nur um den digitalen „Werkgenuss“. Deshalb kann etwa beim *Lyp Sync* selten eine Bearbeitung des Ursprungswerkes, wohl aber des Werkes vorliegen, auf das die Muster übertragen werden.

c) Insbesondere bei verfolgten böswilligen Zwecken kann § 14 UrhG relevant sein.

2. Diese Eingriffe sind nur selten gemäß §§ 53, 44b, 51 UrhG gerechtfertigt. Regelmäßig müssen jedenfalls nicht-kommerzielle, hinreichend transformative Deepfakes mit positivem Verwendungszweck zulässige Pastiches sein, selten hingegen Deepfakes, bei denen böswillige Motive verfolgt werden.

3. Das diesbezügliche Urheberrecht ist durchsetzungsschwach, was sich angesichts der Anonymität im Internet und flankierenden Grundrechten schwer vermeiden lässt.

4. KI-generierte Deepfakes sind nur im Einzelfall als Werk geschützt. Maßgeblich ist, wer die gestalterischen Entscheidungen trifft und ob das Ergebnis als Werk der KI oder des Menschen einzustufen ist. Deepfakes mit hinreichend eigenpersönlichem künstlerischem Gehalt sind regelmäßig schutzfähig, v.a. wenn neben die Entscheidung zur Auswahl des Ausgangsmaterials eine weitere wesentliche künstlerische Entscheidung hinzutritt (in der Regel bei *face swaps* oder aufwendig erstellten Deepfakes).

5. Warum der Lichtbildner als Inhaber eines Leistungsschutzrechts bessergestellt wird als der KI-Anweisende, ist nicht nachvollziehbar. Der Schutz für Lichtbildner muss abgeschafft werden, um Widersprüche zu vermeiden. Alternativ muss darüber nachgedacht werden, ob man das System der Leistungsschutzrechte angesichts des technischen Fortschritts reformieren und gleichzeitig auf einen Kernbereichsschutz eingrenzen sollte.

*Ipek Sera Şenyuva**

Der Effektivitätsgrundsatz als Grundlage für einen Mindestschaden im Kartellschadensersatzrecht

Die Durchsetzung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche scheitert häufig an der Bezifferung der Schadenshöhe, obwohl Kartelle erhebliche Schäden für Abnehmer und Wettbewerb verursachen. Dies wirft die Frage auf, wie Geschädigte wirksam zu ihrem Recht kommen können und ob die geltenden Instrumente den unionsrechtlichen Anforderungen an eine effektive Rechtsdurchsetzung tatsächlich genügen. Vor diesem Hintergrund untersucht die Arbeit, ob sich aus dem europäischen Effektivitätsgrundsatz eine unionsrechtliche Verpflichtung zur Einführung eines Mindestschadens ableiten lässt. Ausgangspunkt ist das Thermo-fenster-Urteil des BGH, in dem erstmals ein unionsrechtlich gebotener Mindestschaden anerkannt wurde. Im Fokus steht die Frage, ob und in welcher Form sich eine vergleichbare Dogmatik auf das Kartellrecht übertragen lässt und wie sich ein pauschalierter Mindestschaden unter Berücksichtigung der deutschen Schadensdogmatik, insbesondere dem Totalreparationsprinzip und § 287 ZPO, umsetzen lässt.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung: Zur Ausgangslage des Kartellschadensersatzes	120
B. Der europäische Effektivitätsgrundsatz	121
I. Entwicklung des Kartellrechts und Anforderungen an das nationale Recht	121
II. Reichweite bei kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen	122
C. Die Herausforderung der Schadenshöhe im Kartellrecht	122
I. Die Kompensation im deutschen Schadensrecht ..	123
II. Die Schadensschätzung nach § 287 ZPO	123
D. Der Mindestschaden als Lösungsansatz	123
I. Der Mindestschaden als Schadensuntergrenze	124
1. Die Thermo-fenster-Entscheidung	124
2. Übertragbarkeit auf Kartellschadensersatzansprüche	125
3. Integration eines Mindestschadens in die deutsche Schadensdogmatik	125
II. Der widerlegbare Mindestschaden	126
III. Entwicklungen in Rechtsprechung und Gesetzgebung	127
E. Fazit: Der widerlegbare Mindestschaden als Umsetzung des europäischen Effektivitätsgrundsatzes ..	127

* Die Autorin studiert Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Der Beitrag beruht auf einer Studienabschlussarbeit im Schwerpunktbereich „Wettbewerbs- und Regulierungsrecht“. Die Themenstellung erfolgte durch Dr. Kathrin Westermann.

A. Einleitung: Zur Ausgangslage des Kartellschadensersatzes

Kartelle stellen eine erhebliche Gefahr für den Wettbewerb dar und führen oft zu wirtschaftlichen Nachteilen für Unternehmen und Verbraucher.¹ Sie bewirken künstlich erhöhte Preise, Marktzutrittsbarrieren und eine Einschränkung des Innovationswettbewerbs.² Um diesen negativen Effekten entgegenzuwirken, existieren in der Europäischen Union und in Deutschland sowohl öffentliche Sanktionen als auch private Schadensersatzansprüche. So können betroffene Marktteilnehmer Kartellanten auf Ersatz des ihnen entstandenen Schadens in Anspruch nehmen. Allerdings zeigen sich in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten bei der Geltendmachung solcher Kartellschadensersatzansprüche.³ Die oft verdeckte Natur von Kartellen sowie die komplexen Preisbildungsmechanismen erschweren es Geschädigten, den konkreten Schaden zu beziffern.⁴ Zwar sehen sowohl europäisches Recht, insbesondere Art. 17 der Richtlinie 2014/104/EU,⁵ als auch nationales Recht, wie § 33a Abs. 2 S. 2 und 3 GWB Beweiserleichterungen vor, doch bleibt die Höhe des Schadens regelmäßig schwer nachweisbar.⁶ Hinzu kommt, dass Kartellschadensersatzverfahren in besonderem Maße auf ökonomische Gutachten angewiesen sind. Diese werden häufig bereits benötigt, um die Wahrscheinlichkeit eines Schadens zu belegen und sind spätestens bei dessen Schätzung von Notwendigkeit.⁷ Die Gutachten können sowohl von den Parteien selbst als auch vom Gericht eingeholt werden. Angesichts der unterschiedlichen Interessenlagen der Parteien bedürfen Parteigutachten jedoch meist einer unabhängigen Überprüfung.⁸ Zwar verfügen viele Gerichte über eine gewisse ökonomische Erfahrung, doch können sie nicht immer die hochspezialisierten Methoden überblicken.⁹ Für die Klägerseite bedeutet dies erhebliche zusätzliche Kosten, die nicht selten schon vor Klageerhebung durch die Einholung von Privatgutachten anfallen. Ein einzelnes ökonomisches Gutachten kann dabei regelmäßig einen Betrag im niedrigen bis mittleren sechsstelligen Euro-Bereich erreichen.¹⁰ Zwar sind solche Aufwendungen grundsätzlich als Teil des Schadens nach § 249 BGB erstattungsfähig, sie müssen jedoch zunächst von den Anspruchstellern vorfinanziert werden – und dies, ohne dass zu diesem Zeitpunkt bereits eine gesicherte Prognose über die Erfolgsaussichten besteht.¹¹ Auch wenn eine teil-

weise unbezifferte Klage zulässig ist, bleibt es regelmäßig erforderlich, spätestens im Prozess ein Gutachten vorzulegen oder sich mit einem vom Gericht bestellten Sachverständigen auseinanderzusetzen.¹²

Vor diesem Hintergrund wird zunehmend die Einführung eines Mindestschadens diskutiert. Ein solcher pauschaler Schadensersatz würde es Geschädigten ermöglichen, ohne aufwendige wirtschaftliche Gutachten zumindest einen typisierten Mindestbetrag geltend zu machen.¹³ Die zentrale Frage lautet, ob eine solche Regelung unionsrechtlich geboten sein könnte, vor allem aus der Sicht des Effektivitätsgrundsatzes. Der Effektivitätsgrundsatz verpflichtet die Mitgliedstaaten, nationale Regelungen so auszugestalten, dass die Durchsetzung der unionsrechtlich garantierten Rechte nicht leerläuft.¹⁴ Daraus ergibt sich die Leitfrage dieser Arbeit: Lässt sich aus dem europäischen Effektivitätsgrundsatz zur Durchsetzung des Kartellverbots die Vorgabe eines Mindestschadens bei Kartellschadensersatzansprüchen herleiten?

Einen aktuellen Anknüpfungspunkt liefert die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, insbesondere das Urteil des VIa. Zivilsenats vom 26.6.2023,¹⁵ in dem ein unionsrechtlich gebotener Mindestschaden im Zusammenhang mit dem sogenannten *Thermofenster*-Urteil zugesprochen wurde.¹⁶ Die Argumentation stützt sich ausdrücklich auf das Effektivitätsprinzip, was die Frage aufwirft, ob sie auf kartellrechtliche Schadensersatzansprüche übertragbar ist.

Im Folgenden wird zunächst der Effektivitätsgrundsatz als Auslegungsmaßstab im Unionsrecht analysiert und auf seine Bedeutung für das Kartellschadensersatzrecht hin untersucht (B.). Daran anknüpfend werden bestehende Beweiserleichterungen dargestellt und deren Reichweite kritisch bewertet (C.). Im Anschluss wird das Urteil des BGH vom 26.6.2023 ausgewertet und geprüft, ob und inwieweit dessen Grundsätze auf das Kartellrecht übertragbar sind. Sodann erfolgt eine Auseinandersetzung mit der Frage, inwiefern ein gesetzlicher Mindestschaden innerhalb der deutschen Schadensdogmatik ausgestaltet werden könnte (D.). Die Arbeit schließt mit einer Bewertung und einem Ausblick, ob ein Mindestschaden unionsrechtlich gefordert, praktisch sinnvoll und dogmatisch vertretbar ist.

¹ Hauser/Haas, in: Stancke/Weidenbach/Lahme, Schadensersatzklagen, 2. Aufl. 2021, Kap. B Rn. 5.

² Schroeder, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV, Bd. 1, 2024, Art. 101 Rn. 769.

³ Schweitzer/Woeste, ZWeR 2022, 46.

⁴ Hauser/Haas (Fn. 1), Kap. I Rn. 120.

⁵ RL (EU) 2014/104 des europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, Amtsblatt L 349 vom 5.12.2014, S. 1-19.

⁶ Fritzsche, NZKart 2017, 581 (581 ff.).

⁷ Dewenter/Gasper, NZKart 2024, 671 (672).

⁸ Dewenter/Klein, WuW 2022, 14.

⁹ Dewenter/Gasper, NZKart 2024, 671 (672).

¹⁰ Rother, in: Fuchs/Weitbrecht, Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, 1. Aufl. 2019, § 3 Rn. 41.

¹¹ Rother (Fn. 10), § 3 Rn. 41.

¹² Dewenter/Gasper, NZKart 2024, 671 (672).

¹³ Krüger, NZKart 2024, 152 (152 ff.).

¹⁴ EuGH, Urt. v. 14.6.2011, Pfeleiderer, C-360/09, ECLI:EU:C:2011:389, Rn. 29 ff.; EuGH, Urt. v. 6.6.2013, Donau Chemie, C-536/11, ECLI:EU:C:2013:336, NZKart 2013, 330, Rn. 29 ff.; Völcker, in: FS Roth, 2015, S. 647.

¹⁵ BGH NJW 2023, 2259.

¹⁶ Krüger, NZKart 2024, 152 (152 ff.).

B. Der europäische Effektivitätsgrundsatz

Der Effektivitätsgrundsatz ist eines der zentralen Prinzipien des Unionsrechts. Er verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, nationale Regelungen so auszugestalten und anzuwenden, dass die praktische Wirksamkeit (*effet utile*) der unionsrechtlichen Vorschriften gewährleistet wird.¹⁷ Maßstab ist dabei nicht die bloße formale Umsetzung, sondern die tatsächliche Möglichkeit, Rechte aus dem Unionsrecht wirksam durchzusetzen.¹⁸

Seine Grundlage findet der Effektivitätsgrundsatz zunächst im Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV. Daraus folgt, dass die Mitgliedstaaten alle geeigneten Maßnahmen ergreifen müssen, um die Ziele des Unionsrechts zu erreichen.¹⁹ Zwar wenden die Mitgliedstaaten grundsätzlich ihre eigenen Verfahrens- und Sanktionsnormen an und folgen somit dem Grundsatz der Verfahrenautonomie der Mitgliedstaaten, doch darf dies nicht dazu führen, dass die Durchsetzung unionsrechtlicher Vorgaben erschwert oder praktisch unmöglich gemacht wird.²⁰

Insbesondere in wettbewerbsrechtlichen Kontexten gewinnt der Effektivitätsgrundsatz an Relevanz. Der EuGH betont seit langem, dass es für die praktische Wirksamkeit des Kartellrechts nicht ausreicht, nur behördliche Sanktionen vorzusehen. Vielmehr muss auch die private Rechtsdurchsetzung effektiv ausgestaltet sein, insbesondere durch den Zugang zu Schadensersatzansprüchen.²¹

I. Entwicklung des Kartellrechts und Anforderungen an das nationale Recht

Die zunehmende Bedeutung des Effektivitätsgrundsatzes für das Kartellrecht zeigt sich exemplarisch in mehreren Grundsatzentscheidungen.²² In *Courage/Crehan*²³ stellte der EuGH klar, dass Privatpersonen, denen durch einen Verstoß gegen Art. 101 AEUV ein Schaden entstanden ist, Anspruch auf Ersatz haben müssen.

In *Manfredi*²⁴ konkretisierte der EuGH dies. Der Anspruch auf Ersatz umfasst nicht nur den Ersatz des unmittelbaren Schadens, sondern auch den entgangenen Gewinn und die Zahlung von Zinsen.²⁵ Zudem müsse der Schadensersatz eine abschreckende Wirkung entfalten.²⁶

Diese Entscheidungen mündeten in der Kartellschadensersatzrichtlinie, die den Effektivitätsgrundsatz in Art. 1, 4 und 17 ausdrücklich aufgreift und systematisch mit dem Äquivalenzprinzip verbindet. Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, wirksame prozessuale und materielle Rahmenbedingungen für die Durchsetzung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche zu schaffen.

Ein weiterer entscheidender Schritt in der Entwicklung des Effektivitätsgrundsatzes war zudem die *Verordnung (EG) Nr. 1/2003*²⁷, welche die Anwendung von Art. 101 und 102 AEUV dezentralisierte und 2004 in Kraft trat.²⁸ Bis dahin war die Durchsetzung des Kartellrechts weitgehend zentralisiert. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen mussten bei der Kommission angemeldet und von ihr genehmigt werden.²⁹ Die Verordnung übertrug die Verantwortung für die Anwendung des Kartellrechts auch auf nationale Wettbewerbsbehörden und Gerichte.³⁰ Damit wurde deutlich, dass die praktische Wirksamkeit des europäischen Kartellrechts maßgeblich von nationalen Durchsetzungsmechanismen abhängt. Zwar sind die Mitgliedstaaten in der Ausgestaltung von Verfahrensregeln im Grundsatz frei. Jedoch muss sichergestellt werden, dass die effektive Durchsetzung nicht beeinträchtigt wird.³¹

Die Mitgliedstaaten verfügen zwar über ein gewisses Maß an Verfahrenautonomie, doch ist diese durch den Effektivitätsgrundsatz begrenzt.³² Dies bedeutet konkret, dass Schadensersatzansprüche wegen Kartellverstößen unter realistischen Bedingungen durchsetzbar sein müssen.³³ Unverhältnismäßige Anforderungen an Kausalität, Darlegungs- oder Beweislast können hier dementsprechend unzulässig sein.³⁴

¹⁷ EuGH, Urt. v. 14.6.2011, Pfeiderer, C-360/09, ECLI:EU:C:2011:389, Rn. 29 f.; EuGH, Urt. v. 6.6.2013, Donau Chemie, C-536/11, ECLI:EU:C:2013:336, NZKart 2013, 330, Rn. 29 ff.; EuGH, Urt. v. 5.6.2014, Kone, C-577/12, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn. 33 f.

¹⁸ *Franck*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 7. Aufl. 2024, vor § 33 Rn. 21.

¹⁹ EuGH, Urt. v. 16.12.1976, Rewe, C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188, Rn. 5; EuGH, Urt. v. 9.11.1983, San Giorgio, C-199/82, ECLI:EU:C:1983:328, Rn. 14; EuGH, Urt. v. 26.3.1963, Van Gend & Loos, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1, S. 25; *Franck* (Fn. 18), vor § 33 Rn. 21.

²⁰ *Kahl*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 4 EUV Rn. 61.

²¹ EuGH, Urt. v. 20.9.2001, *Courage/Crehan*, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 26 ff.; *Völcker* (Fn. 14), S. 647.

²² *Völcker* (Fn. 14), S. 647.

²³ EuGH, Urt. v. 20.9.2001, *Courage/Crehan*, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 28.

²⁴ EuGH, Urt. v. 13.7.2006, *Manfredi*, C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461.

²⁵ EuGH, Urt. v. 13.7.2006, *Manfredi*, C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 95, 100.

²⁶ EuGH, Urt. v. 13.7.2006, *Manfredi*, C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 93, 99.

²⁷ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, Amtsblatt Nr. L 001 vom 04/01/2003 S. 1-25.

²⁸ *Völcker*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Handbuch Kartellverfahren und Kartellprozess, 2. Aufl. 2024, § 6 Rn. 5; *Mestmäcker*, NZKart 2014, 8 (9 f.).

²⁹ *Völcker* (Fn. 28), § 6 Rn. 4 f.

³⁰ *K. Schmidt/König* (Fn. 18), VO (EG) 1/2003 Art. 1 Rn. 9.

³¹ *K. Schmidt/König* (Fn. 18), VO (EG) 1/2003 Art. 1 Rn. 17.

³² *Ebers*, Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht, 2016, S. 249 ff.; *Roth*, ZHR 197 (2015), 668 (671 ff.).

³³ EuGH, Urt. v. 20.9.2001, *Courage*, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 29; EuGH, Urt. v. 6.6.2013, *Donau Chemie*, C-536/11, ECLI:EU:C:2013:336, NZKart 2013, 330, Rn. 29 ff.; EuGH, Urt. v. 14.6.2011, *Pfeiderer*, C-360/09, ECLI:EU:C:2011:389, Rn. 29 f.

³⁴ *König*, Der Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz in der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs, 2011, S. 17 f.

Der Effektivitätsgrundsatz verfolgt dabei nicht nur den Schutz individueller Rechte. Vielmehr erfüllt er auch eine öffentliche Funktion, indem er zivilrechtliche Klagemöglichkeiten als integralen Bestandteil der Wettbewerbsordnung begreift.³⁵ Diese sogenannte funktionale Subjektivierung besagt, dass die Anerkennung subjektiver Rechte zugleich der Sicherstellung der unionsrechtlichen Ordnung dient.³⁶ Die effektive Durchsetzbarkeit der Rechte Einzelner trägt somit unmittelbar zur Durchsetzung des Kartellrechts bei.

II. Reichweite bei kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen

Nicht jede Maßnahme, die theoretisch die Rechtsdurchsetzung verbessern könnte, ist unionsrechtlich geboten.³⁷ Ein Übermaß an Klägerfreundlichkeit könnte die beabsichtigte Effektivierung beeinträchtigen, wenn ein Großteil der Klagen geltend gemacht werden würde, ohne dass ein Verstoß gegen das Kartellverbot überhaupt vorliegt. Eine derartig klägerfreundliche Ausgestaltung würde somit über das Maß der anzustrebenden Effektivität hinausschießen und den vom EuGH bei der Entwicklung des Effektivitätsgrundsatzes angestrebten Motiven nicht gerecht werden. In seiner Rechtsprechung hat der EuGH zudem immer wieder betont, dass der Effektivitätsgrundsatz kein generelles Instrument zur Vereinheitlichung oder Maximierung der Rechtsdurchsetzung ist.³⁸ Er greift nur ein, wenn nationale Regelungen die praktische Geltendmachung unionsrechtlicher Rechte faktisch unmöglich machen oder in unverhältnismäßiger Weise erschweren.³⁹

Dies bedingt eine differenzierte Betrachtung, um die Reichweite des Effektivitätsgrundsatzes zu formulieren. Der Effektivitätsgrundsatz entfaltet seine Bindungswirkung in jedem Fall, kommt aber insbesondere dort zum Tragen, wo strukturelle Durchsetzungsdefizite vorliegen.⁴⁰ Dabei können sowohl formelle Hürden wie kurze Verjährungsfristen oder restriktive Beweislastverteilungen als auch materielle Anforderungen, etwa an die Kausalität oder die Schadensdarlegung, unionsrechtlich problematisch werden.⁴¹ Maßgeblich ist stets, ob die Regelung im Ergebnis dazu führt, dass das durch das Unionsrecht gewährte Recht nicht sinnvoll ausgeübt werden kann.⁴²

Der Effektivitätsgrundsatz verlangt nicht, dass die Durchsetzung vollkommen risikofrei und kostenneutral oder stets erfolgreich verläuft.⁴³ Auch erlaubt er den Mitgliedstaaten, ihre Verfahren unter Beachtung der nationalen Rechtskultur und der allgemeinen Prinzipien des Prozessrechts zu gestalten. Entscheidend ist lediglich, dass die praktische Durchsetzbarkeit unionsrechtlich garantierter Rechte nicht unterlaufen wird.⁴⁴ In diesem Spannungsverhältnis zwischen unionsrechtlicher Wirksamkeit und nationaler Gestaltungshoheit liegt die Herausforderung. Der Effektivitätsgrundsatz zwingt nicht zur Einführung bestimmter Instrumente, wohl aber zur fortlaufenden Prüfung, ob das bestehende System den unionsrechtlichen Anforderungen noch genügt.⁴⁵

Die Frage, ob eine nationale Regelung die effektive Durchsetzung von Unionsrecht tatsächlich behindert, fällt in den Zuständigkeitsbereich des EuGH. Es obliegt den innerstaatlichen Gerichten, die maßgeblichen Tatsachen festzustellen und das nationale Recht auf den Einzelfall anzuwenden. Die Bewertung, ob damit zugleich der Effektivitätsgrundsatz verletzt wird, ist hingegen Teil der unionsrechtlichen Auslegung. Der EuGH hat dies etwa im *Pfleiderer-Urteil*⁴⁶ bekräftigt.

C. Die Herausforderung der Schadenshöhe im Kartellrecht

Zwar stellt § 33a Abs. 1 GWB klar, dass jeder durch ein Kartell Geschädigte Anspruch auf Ersatz des tatsächlich erlittenen Vermögensnachteils hat, doch die Bestimmung der Schadenshöhe ist angesichts komplexer Marktmechanismen in der Praxis sehr schwierig. Gerade die wirtschaftlich gebotene Vergleichsbetrachtung zwischen realem und hypothetischem Wettbewerbsgeschehen stößt an praktische und ökonomische Grenzen.⁴⁷ Die Kartellschadensersatz-RL normiert insoweit keine konkreten Berechnungsmodelle. In Erwägungsgrund 26 wird lediglich betont, dass den nationalen Gerichten geeignete Instrumente zur Schätzung zur Verfügung stehen müssen, um auch unter Beweisschwierigkeiten einen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten.⁴⁸

³⁵ Zuleeg, in: Von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2017, Art. 1 Rn. 34.

³⁶ Ebers (Fn. 32), S. 104 ff.

³⁷ Roth, WRP 2013, 257 (262).

³⁸ König (Fn. 34), S. 79.

³⁹ EuGH, Urt. v. 21.2.2023, Mercedes-Benz Group, C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229, Rn. 90 ff.; Fischer, ZAP 2023, 1003 (1005 f.).

⁴⁰ Schmolke, NZG 2016, 721 (725).

⁴¹ EuGH, Urt. v. 17.9.2002, Muños, C-253/00, ECLI:EU:C:2002:497, Rn. 31; Schmolke, NZG 2016, 721 (725).

⁴² Schmolke, NZG 2016, 721 (725).

⁴³ Fuchs (Fn. 10), § 2 Rn. 1 ff.

⁴⁴ Fuchs (Fn. 10), § 2 Rn. 1 ff.

⁴⁵ Fuchs (Fn. 10), § 2 Rn. 1 ff.

⁴⁶ EuGH, Urt. v. 14.6.2011, Pfleiderer, C-360/09, ECLI:EU:C:2011:389, Rn. 29 f.

⁴⁷ COM (2013) 404 final, S. 3; Mederer, EuZW 2013, 847 (851); Logemann, Der kartellrechtliche Schadensersatz, 2009, S. 407.

⁴⁸ Erwägungsgrund 26 RL (EU) 2014/104; Oster, EuR 2019, 578 (596).

I. Die Kompensation im deutschen Schadensrecht

Dem Kartellschadensersatz liegt das allgemeine schadensrechtliche Prinzip der Totalreparation nach § 249 BGB zugrunde. Dies bedeutet, dass der Geschädigte so zu stellen ist, wie er stünde, wenn der Kartellverstoß nicht eingetreten wäre.⁴⁹ Soweit eine Naturalrestitution nicht möglich ist, tritt Geldersatz nach § 251 Abs. 1 BGB an ihre Stelle.⁵⁰

Der Schadensersatz dient damit grundsätzlich dem Ausgleich konkreter Einbußen, nicht jedoch der Bestrafung des Schädigers.⁵¹ Zwar wird die Ersatzpflicht auch als präventives Instrument anerkannt, eine darüber hinausgehende abschreckende Wirkung wird im deutschen Schadensrecht jedoch nur in Ausnahmefällen, etwa bei immateriellen Schäden oder besonders schwerwiegenden Rechtsverletzungen, berücksichtigt.⁵² Maßstab bleibt die konkret-individuelle Kompensation.⁵³

Zur Ermittlung der Schadenshöhe wird regelmäßig auf die Differenzhypothese zurückgegriffen. Der tatsächliche Zustand des Vermögens wird mit jenem verglichen, der ohne den Wettbewerbsverstoß hypothetisch eingetreten wäre.⁵⁴ In der Theorie erscheint dieses Modell bestechend klar, in der Praxis stößt es jedoch auf erhebliche Beweisprobleme, da der hypothetische Zustand ohne den Wettbewerbsverstoß angesichts der unzähligen Faktoren, die das Marktgeschehen beeinflussen können, nur sehr schwer zu bestimmen ist.⁵⁵ Gerade im Zusammenspiel mit dem Effektivitätsgebot des Unionsrechts ergibt sich daraus ein Spannungsverhältnis.⁵⁶ Einerseits wird eine möglichst präzise und im Idealfall vollständig nachgewiesene Schadensberechnung verlangt, andererseits droht dadurch in der Praxis eine faktische Entwertung des Anspruchs, wenn die Darlegungslast für Geschädigte zu hoch angesetzt wird.⁵⁷

II. Die Schadensschätzung nach § 287 ZPO

In Anerkennung dieser Schwierigkeiten eröffnet § 287 Abs. 1 S. 1 ZPO dem Gericht die Möglichkeit, die Höhe des Schadens nach freier Überzeugung zu schätzen.⁵⁸ Die Vorschrift modifiziert das sonst geltende Beweismaß nach § 286 ZPO.⁵⁹ Es genügt eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Feststellung der Schadenshöhe; eine absolute ist nicht erforderlich.⁶⁰

Diese Erleichterung ist im Kartellrecht besonders relevant. § 33a Abs. 3 S. 1 GWB verweist im Zuge der Umsetzung der Kartellschadensersatz-RL ausdrücklich auf § 287 ZPO als maßgebliche Grundlage für die Schadensbemessung. Der BGH hat zuletzt im *LKW-Kartell*⁶¹ betont, dass die Gerichte nicht verpflichtet seien, von der Klägerseite ökonomische Parteigutachten zu verlangen. Vielmehr genügen konkrete Anhaltspunkte, die als Ausgangspunkt einer richterlichen Schätzung dienen könnten.⁶²

Diese Schätzungsbefugnis ist allerdings keine Ermächtigung für Entscheidungen ohne jegliche Grundlage.⁶³ Die Rechtsprechung fordert tatsächliche Anhaltspunkte.⁶⁴ Das bedeutet, dass der Geschädigte substantiierte Anhaltspunkte vortragen muss, aus denen sich eine Schätzunggrundlage bilden kann.⁶⁵ Vergleichsmarktanalysen oder ökonomische Studien können hier als Bezugspunkte dienen. In § 287 ZPO erfolgt daher keine abstrakte Berechnung des Schadens, sondern eine Schätzung, die auf konkrete Anhaltspunkte gestützt ist. Fehlen solche Grundlagen, scheidet eine Schätzung aus und es entscheidet letztlich die objektive Beweislast darüber, zu wessen Lasten dieses *non liquet* geht, wobei grundsätzlich der Kläger die materielle Beweislast trägt.⁶⁶ Gerade in Konstellationen strukturell bestehender Beweisschwierigkeiten ist § 287 ZPO daher ein zentrales Instrument, um im Bereich der Haftungsausfüllung die praktische Wirksamkeit kartellrechtlicher Ersatzansprüche sicherzustellen.

D. Der Mindestschaden als Lösungsansatz

Die Schadensvermutung nach § 33a Abs. 2 S. 1 GWB erleichtert den Nachweis einer Schadensentstehung, indem angenommen wird, dass ein Kartell einen Schaden verursacht hat, solange die Kartellanten dies nicht widerlegen.⁶⁷ Vor diesem Hintergrund wird vermehrt diskutiert, ob die Einführung eines sogenannten gesetzlichen Mindestschadens zusätzlich auch ein geeignetes Instrument zur Verbesserung der Durchsetzungskraft des Kartellrechts darstellen könnte.⁶⁸ Dieses Konzept unterscheidet sich fundamental von der klassischen Schadensersatzbemessung.

⁴⁹ Oetker, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 320; Logemann (Fn. 47), S. 409.

⁵⁰ K. Schmidt/König (Fn. 18), VO (EG) 1/2003, Art. 1 Rn. 28.

⁵¹ Oetker (Fn. 49), § 249 Rn. 320.

⁵² BGH NJW 2012, 927; WuW/E DE-R 3431; Oetker (Fn. 49), § 249 Rn. 8 f. Anders Wagner (Fn. 49), vor §§ 823 ff. Rn. 48.

⁵³ BGH NJW 1995, 861; 1996, 984; 2005, 215 (218).

⁵⁴ Oetker (Fn. 49), § 249 Rn. 16 ff.

⁵⁵ Logemann (Fn. 47), S. 405, 410.

⁵⁶ Logemann (Fn. 47), S. 407.

⁵⁷ König (Fn. 34), S. 17.

⁵⁸ BGH WuW 2024, 607, Rn. 11; Woeste, WuW 2024, 591.

⁵⁹ Prütting, in: MüKo-ZPO, Bd. 1, 7. Aufl. 2025, § 287 Rn. 1; Laumen, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 16. Aufl. 2024, § 287 Rn. 1, 19 f.

⁶⁰ BGHZ 149, 63 (66); NJW 2002, 128; BGHZ 159, 254 (257); NJW 2004, 2828 (2829); Prütting (Fn. 59), § 287 Rn. 19; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPO, 18. Aufl. 2018, § 115 Rn. 2.

⁶¹ BGH WuW 2024, 607.

⁶² BGH WuW 2024, 607, Rn. 20 f.; Woeste, WuW 2024, 591.

⁶³ Prütting (Fn. 59), § 287 Rn. 3; Laumen (Fn. 59), § 287 Rn. 19.

⁶⁴ Laumen (Fn. 59), § 287 Rn. 16; Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 60), § 115 Rn. 2.

⁶⁵ Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 60), § 115 Rn. 2.

⁶⁶ Laumen (Fn. 59), § 287 Rn. 2; Prütting (Fn. 59), § 286 Rn. 99 f.

⁶⁷ Kersting, in: Kersting/Meyer-Lindemann/Podszun, Kartellrecht, 5. Aufl. 2025, § 33a Rn. 85, 101 f.

⁶⁸ Makatsch/Mir, EuZW 2015, 7 (8); Weitbrecht, WuW 2015, 959 (968 f.); Klumpe/Thiede, NZKart 2017, 332 (334); Krüger, NZKart 2024, 152 (154).

Die nachfolgenden Ausführungen beleuchten zunächst die konzeptionellen Grundlagen und denkbaren Ausgestaltungsvarianten eines Mindestschadens, um darauf aufbauend zu untersuchen, inwieweit das Urteil des BGH vom 26.6.2023 Anhaltspunkte für die kartellrechtliche Diskussion geben kann und inwiefern sich ein Mindestschaden in die deutsche Schadensdogmatik integrieren ließe.

I. Der Mindestschaden als Schadensuntergrenze

In diesem Modell wird dem Geschädigten ein bestimmter Schadensbetrag unabhängig davon zugesprochen, ob konkrete Anhaltspunkte zur Schadenshöhe vorliegen, sofern die haftungsbegründenden Voraussetzungen gegeben sind.⁶⁹ Ziel dieses Konzepts ist es, prozessuale Hürden auf Klägerseite zu überwinden.⁷⁰ Der BGH hat dieses Prinzip bereits anerkannt. Bei feststehendem Schadenseintritt, dessen genaue Höhe jedoch nicht zuverlässig ermittelt werden kann, ist ein Mindestschaden zu schätzen.⁷¹ Dieses Vorgehen stützt sich auf die Erwägung, dass die Darlegungs- und Beweislast nicht vollständig zulasten des Geschädigten gehen darf. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie der Ansatz unionsrechtlich weiterentwickelt werden kann.

1. Die Thermofenster-Entscheidung

Am 21.3.2023 stellte der EuGH in der Entscheidung *Mercedes-Benz*⁷² fest, dass ein Käufer eines Fahrzeugs mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 715/2007⁷³ einen Schadensersatzanspruch gegen den Hersteller geltend machen kann, sofern ihm durch die Abschalteinrichtung ein Schaden entstanden ist.⁷⁴ Dieser Anspruch ergäbe sich aus dem individualschützenden Charakter der unionsrechtlichen Vorschriften, insbesondere aus Art. 46 der Rahmenrichtlinie 2007/46/EG⁷⁵ sowie Art. 13 Abs. 1 der VO 715/2007. Zwar obliegt die Ausgestaltung der Ansprüche dem nationalen Recht, doch unterliegt dieses dem unionsrechtlichen Effektivitätsgebot.⁷⁶

Diese Vorgaben griff der BGH in seiner *Thermofenster-Entscheidung*⁷⁷ auf. Der Kläger begehrte Schadensersatz für den Kauf eines Diesel-Pkw mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung im Emissionskontrollsystem.⁷⁸ Der BGH sah darin einen Verstoß gegen die Verordnung (EG) Nr.

715/2007 und bejahte ein unionsrechtlich geschütztes Interesse des Käufers daran, keinen Vermögensnachteil im Sinne der Differenzhypothese zu erleiden.⁷⁹ Entscheidend sei, dass der Käufer das Fahrzeug, angesichts der mit der Abschalteinrichtung verbundenen Risiken, zu einem überhöhten Preis erworben habe.⁸⁰ Der dadurch entstandene Differenzschaden sei gemäß § 287 ZPO durch den Tatrichter im Rahmen einer freien Schätzung unter Beachtung aller Umstände zu bemessen.⁸¹

In diesem Urteil hat der BGH erstmals eine konkrete Unter- grenze für den Schadensersatz formuliert. Dabei erkannte das Gericht in Anlehnung an die Vorgaben des EuGH eine Schadenshöhe von mindestens 5 % und höchstens 15 % des Kaufpreises als rechtlich gebotene Grenzen an.⁸² Diese Spanne begrenze das richterliche Ermessen in rechtlicher Hinsicht.

Die untere Grenze begründet der BGH mit dem Effektivitätsgebot des Unionsrechts. Ein Schadensersatz von weniger als 5 % sei nicht geeignet, den durch den Rechtsverstoß verursachten Schaden in wirksamer Weise zu sanktionieren.⁸³ Dabei betont der BGH, dass eine Sanktionierung bereits dann unionsrechtlich wirksam sei, wenn sie für den Schädiger angesichts seines durch das Geschäft erzielten Ertrags eine nicht völlig unerhebliche wirtschaftliche Einbuße darstelle.⁸⁴ Es sei nicht erforderlich, dass jede einzelne Sanktion für sich genommen verhaltensändernde Wirkung entfalte. Vielmehr genüge es, wenn die Summe der Sanktionen bei mehrfachen Verstößen eine abschreckende Wirkung ausübe.⁸⁵

Die Obergrenze von 15 % begründet der BGH hingegen mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.⁸⁶ Angesichts des objektiv eher geringfügigen Charakters des Verstoßes sei ein darüber hinaus gehender Schadensersatz nicht angemessen. Zudem könne es in der Praxis zu einer Kumulation von Ersatzansprüchen kommen, da der Fahrzeughersteller für dasselbe Fahrzeug bei Wiederverkäufen mehrfach in Anspruch genommen werden könne.⁸⁷

Für die konkrete Bemessung des Schadens innerhalb dieser Bandbreite ist der Tatrichter zudem nicht verpflichtet, ein Sachverständigengutachten einzuholen.⁸⁸ Auch ein konkreter Parteivortrag zur exakten Schadenshöhe, etwa zur Be-

⁶⁹ Krüger, NZKart 2024, 152 (155).

⁷⁰ Hauser/Frantzmann (Fn. 1), Kap. I Rn. 124; Isikay, Schadensschätzung, S. 188 f.

⁷¹ Vgl. BGH, Urt. v. 17.7.1992, Az. I ZR 107/90.

⁷² EuGH, Urt. v. 21.3.2023, Mercedes-Benz Group, C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229, Rn. 90 ff.

⁷³ Verordnung (EG) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.6.2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge, Amtsblatt L 171/1 vom 19.6.2007, S. 1-16.

⁷⁴ Weitbrecht, NZKart 2024, 170 (174).

⁷⁵ Richtlinie 2007/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.9.2007 zur Schaffung eines Rahmens für die Genehmigung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern sowie von Systemen, Bauteilen

und selbstständigen technischen Einheiten für diese Fahrzeuge, Amtsblatt L 263 vom 9.10.2007, S. 1-160.

⁷⁶ EuGH, Urt. v. 21.3.2023, Mercedes-Benz Group, C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229, Rn. 90 ff.; Fischer, ZAP 2023, 1003 (1005 f.).

⁷⁷ BGH, Urt. v. 26.6.2023, VIa ZR 335/21.

⁷⁸ BGH NJW 2023, 2259, Rn. 34.

⁷⁹ BGH NJW 2023, 2259, Rn. 28.

⁸⁰ BGH NJW 2023, 2259, Rn. 40.

⁸¹ BGH NJW 2023, 2259, Rn. 72.

⁸² BGH NJW 2023, 2259, Rn. 73.

⁸³ BGH NJW 2023, 2259, Rn. 74.

⁸⁴ BGH NJW 2023, 2259, Rn. 74.

⁸⁵ BGH NJW 2023, 2259, Rn. 51.

⁸⁶ BGH NJW 2023, 2259, Rn. 75.

⁸⁷ BGH NJW 2023, 2259, Rn. 75.

⁸⁸ BGH NJW 2023, 2259, Rn. 78.

hauptung, der Schaden liege unter 5 % oder über 15 %, sei für die gerichtliche Schätzung grundsätzlich nicht erforderlich, das Gericht kann diesen jedoch berücksichtigen.⁸⁹ Der BGH stellt vielmehr klar, dass die rechtlichen Vorgaben aus dem Effektivitäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip den Maßstab der Schätzung von vornherein rechtlich begrenzen. Innerhalb dieses Rahmens könne die Schadenshöhe nach Maßgabe der Umstände des Einzelfalls bestimmt werden. Allerdings hält der BGH fest, dass nachträgliche Umstände, die zu einer Reduzierung des Schadens führen, durchaus im Rahmen der Vorteilsausgleichung berücksichtigt werden können.⁹⁰ So sei etwa die signifikante Minderung des Risikos behördlicher Betriebseinschränkungen durch ein späteres Software-Update ein möglicher schadensmindernder Faktor.

2. Übertragbarkeit auf Kartellschadensersatzansprüche

Angesichts der Diskussion um einen Mindestschaden stellt sich die Frage, inwieweit sich die *Thermofenster*-Entscheidung auf Kartellschadensersatzansprüche übertragen lässt.

Ein ausschlaggebender Einwand gegen eine direkte Übertragung der im *Thermofenster*-Urteil entwickelten Schätzbandbreite auf das Kartellrecht ergibt sich aus der systematischen Eigenständigkeit der Kartellschadensersatzrichtlinie.⁹¹ Anders als viele andere sekundärrechtliche Vorgaben, die den Mitgliedstaaten lediglich aufgeben, bei Verstößen wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen vorzusehen, enthält die Richtlinie 2014/104/EU eine spezialgesetzliche Regelung des zivilrechtlichen Schadensersatzes bei Verstößen gegen Art. 101 und 102 AEUV. Sie normiert ausdrücklich konkrete Anforderungen an die Schadensvermutung, die Beweislastverteilung, die Kausalität und die Schadensabwälzung.⁹² Damit handelt es sich um eine *lex specialis* gegenüber allgemeinen Sanktionierungspflichten, wie sie etwa in Produktsicherheits- oder Zulassungsverordnungen enthalten sind.⁹³ Eine Analogie zur Rechtsprechung in technischen Bereichen, wie sie im Zusammenhang mit der VO 715/2007 erfolgt ist, ist daher nicht ohne Weiteres geboten.

Angesichts dessen verlangen Teile der Literatur, dass der Mindestschaden bei Verstößen gegen das Kartellverbot mit etwa 5 % anzusetzen und im Übrigen zu schätzen ist, wobei – angesichts der gegenüber den beim *Thermofenster* vorliegenden, weit schwerwiegenderen Verstöße gegen Kartellrecht – dieser Mindestschaden erst recht gelten und es keine Obergrenze von 15 % geben dürfe.⁹⁴

3. Integration eines Mindestschadens in die deutsche Schadensdogmatik

Weiterhin offen ist auch, inwiefern sich eine gesetzliche Untergrenze als Mindestschaden in die deutsche Schadensdogmatik integrieren ließe. Maßgeblich ist insbesondere das in § 249 Abs. 1 BGB verankerte Totalreparationsprinzip.⁹⁵ Danach ist der Geschädigte so zu stellen, wie er ohne das schädigende Ereignis stünde. Das deutsche Schadensrecht fordert damit grundsätzlich eine konkrete, individuell bezogene Schadensberechnung, die auf der Differenz zwischen tatsächlicher und hypothetischer Vermögenslage beruht.⁹⁶ Pauschale Festlegungen widersprechen diesem Grundgedanken jedenfalls dann, wenn sie nicht widerlegbar sind und keine Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalls nehmen.

Gerade das Verbot der Überkompensation, das auch in Art. 3 Abs. 3 2014/104/EU und in § 33a Abs. 1 S. 2 GWB ausdrücklich normiert ist, steht einer starren Schadensuntergrenze entgegen.⁹⁷ Eine solche Untergrenze ließe sich im Prozess nicht relativieren und führe selbst dann zur Zuspicherung eines Schadens, wenn im Einzelfall nur ein geringerer oder gar kein Schaden vorliegt. Dies ließe sich mit dem Verbot der Überkompensation nicht vereinbaren und würde damit die Einzelfallprüfung nach § 287 ZPO umgehen.⁹⁸ Allerdings könnte eine gesetzliche Untergrenze als *lex specialis* zu § 287 ZPO verstanden werden.⁹⁹ Sie könnte den Gerichten als Orientierung dienen und so den Prozess beschleunigen.¹⁰⁰ Gleichwohl bliebe die Bindung an konkrete tatsächliche Anhaltspunkte bestehen, die § 287 ZPO voraussetzt. Ohne greifbare Anhaltspunkte wäre eine Schätzung weiterhin nicht möglich.

Eine feste Untergrenze ließe sich somit nicht ohne Weiteres in die Dogmatik des deutschen Schadensrechts einfügen, ohne den Grundsatz der individuellen Schadensbemessung und das Verbot der Überkompensation zu gefährden.

Auch die Einführung einer Obergrenze für kartellrechtlichen Schadensersatz würde aus dogmatischer Sicht nicht nur systematisch problematisch, sondern auch unionsrechtlich unzulässig sein.¹⁰¹ Anders als im *Thermofenster*-Fall, auf den sich der BGH mit seiner Schätzobergrenze von 15 % stützt, geht es im Kartellrecht nicht um geringfügige technische Verstöße, sondern um tiefgreifende, systematisch organisierte Eingriffe in den Marktmechanismus.¹⁰² Sie führen nachweislich zu erheblichen Preisverzerrungen,

⁸⁹ BGH NJW 2023, 2259, Rn. 79.

⁹⁰ BGH NJW 2023, 2259, Rn. 80.

⁹¹ *Weitbrecht*, NZKart 2024, 170 (171).

⁹² Art. 17 RL (EU) 2014/104.

⁹³ *Weitbrecht*, NZKart 2024, 170 (174).

⁹⁴ *Krüger*, NZKart 2024, 152.

⁹⁵ *Rother* (Fn. 10), § 33a Rn. 74.

⁹⁶ *Oetker* (Fn. 49), § 249 Rn 16 ff.

⁹⁷ EuGH, Urt. v. 21.3.2023, Mercedes-Benz Group, C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229, Rn. 94.

⁹⁸ *Jaensch*, JM 2023, 404 (406); *Birkholz*, VersR 2023, 1117 (1121).

⁹⁹ *Klumpe*, WuW 2024, 12 (13 ff.); *Kirchhoff*, WuW 2024, 73 (74).

¹⁰⁰ *Krüger*, NZKart 2024, 152 (155).

¹⁰¹ EuGH, Urt. v. 6.6.2013, Mercedes-Benz Group, C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366; NZKart 2013, 330, Rn. 24.

¹⁰² *Krüger*, NZKart 2024, 152 (154).

die nicht selten deutlich über 15 % hinausgehen.¹⁰³ In diesen Konstellationen ist das öffentliche Interesse an wirksamer Sanktionierung besonders hoch.¹⁰⁴ Eine pauschale Begrenzung des ersatzfähigen Schadens würde dieses Interesse unterlaufen.

Zudem verstieße eine solche Obergrenze gegen das unionsrechtlich garantierte Prinzip des vollständigen Schadenersatzes, wie es in Art. 3 Abs. 1 2014/104/EU ausdrücklich normiert ist. Der dort geforderte „volle Ersatz“ umfasst nicht nur den tatsächlich entstandenen Schaden, sondern auch den entgangenen Gewinn und Zinsen.¹⁰⁵ Eine Begrenzung der Ersatzhöhe nach oben würde diesem umfassenden Anspruch zuwiderlaufen und wäre im Lichte des Effektivitätsgrundsatzes nicht haltbar.

Unabhängig von der fehlenden systematischen Übertragbarkeit zeigt sich eine weitere Schwäche des BGH-Urteils auch in der methodischen Begründungstiefe der dort angenommenen Schätzbandbreite. Die im Urteil aufgeführten Orientierungswerte von 5 % bis 15 % sind weitgehend begründungslos.¹⁰⁶ Weder wird erläutert, auf welcher Grundlage diese Prozentwerte beruhen, noch nach welchen Kriterien innerhalb dieser Bandbreite eine konkrete Schadenshöhe zu bestimmen ist.

II. Der widerlegbare Mindestschaden

Während eine starre Schadensuntergrenze mit den Grundsätzen des deutschen Schadensrechts kaum vereinbar erscheint, könnte eine widerlegbare gesetzliche Schadenshöhenvermutung den dogmatischen Konflikt entschärfen und gleichzeitig den unionsrechtlichen Effektivitätsanforderungen Rechnung tragen. Der Effektivitätsgrundsatz verlangt von den Mitgliedstaaten, wirksame Instrumente zur Schadensschätzung bereitzustellen.¹⁰⁷ Der BGH hat in der *Thermofenster*-Entscheidung gezeigt, dass unionrechtliche Wertungen die Bemessung von Schadenersatz vorstrukturieren können, was nahelegt, dass ein unionsrechtlich geprägter Mindestschaden auch im Kartellrecht eine tragfähige Lösung darstellen könnte. Er könnte zudem eine ausgewogene Lösung zwischen dem Ziel effektiver Anspruchsdurchsetzung und den Prinzipien der Einzelfallgerechtigkeit und Totalreparation darstellen.¹⁰⁸ Vor diesem

Hintergrund wird in Rechtsprechung und Literatur zunehmend diskutiert, ob und in welcher Form eine solche Vermutung in das nationale Recht integriert werden könnte.¹⁰⁹

Die widerlegbare Schadenshöhenvermutung bietet eine typisierende Anknüpfung, lässt jedoch im konkreten Fall Abweichungen zu. Die Beklagtenseite kann darlegen, dass der Schaden im Einzelfall unterhalb der Vermutung liegt oder gar nicht eingetreten ist. Damit wird die Vermutung zur Stütze für den Anspruch, ohne das Prinzip der Totalreparation zu gefährden. Für Kläger bedeutet das eine spürbare Entlastung.¹¹⁰ Sie müssen keine aufwendigen Marktanalysen oder ökonomischen Beweise mehr führen, sondern können sich zunächst auf den gesetzlichen Vermutungswert berufen.¹¹¹

Während der deutsche Gesetzgeber trotz zahlreicher Vorschläge aus Literatur und Praxis bislang keine solche Regelung geschaffen hat, haben andere Mitgliedstaaten bereits konkrete gesetzliche Vermutungen implementiert.¹¹² In Ungarn besteht seit 2009 eine gesetzliche Vermutung eines kartellbedingten Preisaufschlags von 10 %.¹¹³ Lettland folgte mit einer analogen Regelung und führte auch einen widerlegbaren Mindestschaden von 10 % ein.¹¹⁴ Dem folgte Rumänien 2020, indem es eine gesetzliche Vermutung einführte, wonach Kartelle einen Preisaufschlag von sogar 20 % verursachen.¹¹⁵

Die empirischen Studien zeigen, dass Kartelle in rund 93 % der Fälle zu einem messbaren Schaden führen.¹¹⁶ Ein Null-Schaden trat lediglich in etwa 7 % der Fälle auf, wobei selbst diese Quote mit methodischen Unschärfen erklärbar sein dürfte. Am häufigsten wurden Preisaufschläge im Bereich zwischen 10 % und 20 % festgestellt, wobei der arithmetische Mittelwert „um 20 %“ und der Median bei 18 % lag.¹¹⁷

Neuere Studien bestätigen diese Tendenz. So wurde bei insgesamt 191 europäische Kartellfällen ein durchschnittlicher Preisaufschlag von 20,7 % ermittelt.¹¹⁸ Allerdings wiesen viele dieser Kartelle auch deutlich geringere Effekte auf, insbesondere solche mit rein nationaler Reichweite oder kürzerer Laufzeit. Diese empirische Streuung unterstreicht, dass die konkrete Schadenshöhe erheblich variieren kann und eine flexible, aber widerlegbare gesetzliche Regelung erforderlich erscheint.¹¹⁹

¹⁰³ Vgl. *Oxera*, Quantifying antitrust damages – Towards non-binding guidance for courts. Studie für die Europäische Kommission, 2009, S. IX (keine statistisch belastbaren Beispiele, jedoch von der Rechtsprechung genutzt).

¹⁰⁴ *Krüger*, NZKart 2024, 152 (154).

¹⁰⁵ *Krüger*, NZKart 2024, 152.

¹⁰⁶ *Weitbrecht*, NZKart 2024, 170 (174).

¹⁰⁷ *Franck* (Fn. 18), vor § 33 Rn. 21.

¹⁰⁸ *Weitbrecht*, NZKart 2024, 170 (174).

¹⁰⁹ *Kersting*, NZKart 2022, 309 (312); *Dewenter/Gasper*, NZKart 2024, 671 (674).

¹¹⁰ *Kersting/Preuß*, Kartellschadenersatzrichtlinie, § 5 Rn. 2.

¹¹¹ *Krüger*, NZKart 2024, 152 (153).

¹¹² *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7 (8); *Weitbrecht*, WuW 2015, 959 (968 f.).

¹¹³ § 88/C Abs. 6 ungarisches Kartellgesetz i.d.F. vom 23.3.2009.

¹¹⁴ Kapitel VI, Section 21 Abs. 3 lettisches Wettbewerbsgesetz.

¹¹⁵ Art. 16 Abs. 2, ORDONANȚĂ DE URGENȚĂ nr. 170 din 14 octombrie 2020 privind acțiunile în despăgubire în cazurile de încălcare a dispozițiilor legislației în materie de concurență, precum și pentru modificarea și completarea Legii concurenței nr. 21/1996.

¹¹⁶ Vgl. *Oxera*, Quantifying antitrust damages – Towards non-binding guidance for courts. Studie für die Europäische Kommission, 2009, S. IX.

¹¹⁷ Vgl. *Oxera*, Quantifying antitrust damages – Towards non-binding guidance for courts. Studie für die Europäische Kommission, 2009, S. IX.

¹¹⁸ Vgl. *Smuda*, 10 Journal of Competition Law & Economics, 2013, S. 72 ff.

¹¹⁹ *Isikay* (Fn. 70), S. 22.

Vorschläge reichen von einer pauschalen Schätzung des Schadens in Höhe von 1 % des Kaufpreises bis zu einer gesetzlichen Festlegung eines typisierten Mindestschadens von 10 %.¹²⁰ Bisher hat sich der Gesetzgeber jedoch zurückhaltend gezeigt, obwohl sich eine solche Regelung dogmatisch problemlos an § 287 ZPO anbinden ließe. Die Norm erlaubt es dem Tatrichter bereits heute, Schadenshöhe und Schadenseintritt bei unsicherer Tatsachenlage nach freier Überzeugung zu schätzen.¹²¹ Eine gesetzliche Vermutung würde diesen Spielraum nicht ersetzen, sondern systematisch strukturieren. Zudem würde auch das Problem der Überkompensation mit einem widerlegbaren Mindestschaden gedämmt werden, da den Kartellanten die Möglichkeit eingeräumt wird, sich gegen den angesetzten Wert zu wehren.¹²² Es besteht eher eine höhere Gefahr der Unterkompensation, wenn der Anspruchsteller einen tatsächlichen höheren Schaden nicht beweisen kann.¹²³ Der widerlegbare Mindestschaden könnte – wie die Schadensvermutung – zu einer Beweislastumkehr führen, dessen Kosten der Schädiger tragen müsste.¹²⁴ Dieser verfügt meist über die ökonomischen Mittel und besitzt – im Gegensatz zu dem Geschädigten – alle notwendigen Informationen.¹²⁵ Zugleich hat der BGH in der *Thermofenster*-Entscheidung gezeigt, dass sich ein Mindestschaden auch in der Beweiswürdigung nach § 287 ZPO anerkennen lässt.¹²⁶

Die widerlegbare Mindestschadensvermutung bietet einen klaren Rahmen, lässt aber Raum für Einzelfallgerechtigkeit.¹²⁷ Gerade in Verfahren ohne belastbare ökonomische Daten ist sie geeignet, die Rechtsverfolgung planbarer und gerechter zu machen.

III. Entwicklungen in Rechtsprechung und Gesetzgebung

Begleitend zur Diskussion um die Zulässigkeit eines Mindestschadens im Kartellrecht sind in Rechtsprechung und Gesetzgebung bereits Tendenzen erkennbar, die auf eine pauschalierende Behandlung kartellbedingter Schäden hindeuten.

Ein Beispiel für eine solche praktische Ausgestaltung sind vertraglich vereinbarte Schadenspauschalierungen, wie sie etwa in Standardverträgen oder Branchenvereinbarungen Anwendung finden.¹²⁸ Gerade in Sektoren mit wiederholten kartellrechtlichen Problemen bieten sie eine Möglichkeit, die Unsicherheiten bei der Schadensbeifferung durch feste Vereinbarungen abzumildern. Der BGH hat sich in seiner Entscheidung zum *Schienenkartell VI* mit der Frage der Zulässigkeit solcher Klauseln befasst und eine pauschale

Schadenshöhe von bis zu 15 % der Auftragssumme für grundsätzlich zulässig erklärt, vorausgesetzt die Vereinbarung lässt dem Schädiger die Möglichkeit, einen geringeren Schaden nachzuweisen.¹²⁹ Damit zeigt sich, dass die Vertragsfreiheit im Einklang mit § 307 BGB durchaus Wege eröffnen kann, um auch ohne staatliche Intervention einen effektiveren Schadensausgleich herbeizuführen, sofern ein angemessener Interessenausgleich zwischen den Vertragsparteien gewahrt bleibt.¹³⁰

Das Beispiel der vertraglichen Schadenspauschalierung zeigt, dass der Mindestschaden bereits auf unterschiedlichen Ebenen des Kartellrechts durchgesetzt wird. Ein solcher Ansatz kann dazu beitragen, die Rechtsdurchsetzung effektiver, kalkulierbarer und letztlich fairer zu gestalten – ohne die materiellen Grundlagen des deutschen Schadensrechts aufzugeben.

E. Fazit: Der widerlegbare Mindestschaden als Umsetzung des europäischen Effektivitätsgrundsatzes

Die Einführung eines Mindestschadens bei kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen ist nun vor allem im Hinblick auf die Vorgaben des unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatzes zu beurteilen. In der Praxis zeigt sich, dass kartellrechtliche Schadensersatzklagen regelmäßig mit erheblichen Beweisschwierigkeiten verbunden sind.¹³¹ Diese Ausgangslage führt dazu, dass potenziell berechnete Ansprüche häufig nicht geltend gemacht werden.¹³²

Der Mehrwert einer unionsrechtlich fundierten Betrachtung liegt darin, die bewährte nationale Praxis der Mindestschadensschätzung mit den Vorgaben des Effektivitätsgrundsatzes systematisch zu verbinden. Die *Thermofenster*-Entscheidung verdeutlicht, dass unionsrechtliche Wertungen die Festlegung von Untergrenzen für die Schadensschätzung nicht nur legitimieren, sondern unter Umständen sogar gebieten können.

Nach dem Effektivitätsgrundsatz ist es geboten, effektive Methoden zu schaffen, um den Zugang zum Recht zu sichern.¹³³ Die Möglichkeit einer gerichtlichen Schadensschätzung allein genügt dafür nicht in jedem Fall, denn die Anwendung des § 287 ZPO setzt zumindest eine Schätzungsgrundlage voraus.¹³⁴ Ein gesetzlich verankerter, widerlegbarer Mindestschaden könnte diese Lücke schließen, indem er typisierend eine Schadenshöhe vorgibt, die bei Fehlen konkreter Nachweise greift, aber gleichzeitig dem Beklagten die Möglichkeit einräumt, diese Vermutung zu entkräften.¹³⁵

¹²⁰ Kersting/Preuß (Fn. 110), § 5 Rn. 2.

¹²¹ LG Dortmund, Urt. v. 30.9.2020, 8 O 115/14; NZKart 2020, 612.

¹²² Coppik/Heimeshoff, WuW 2020, 584 (588).

¹²³ Hauser/Frantzmann, in: Stancke/Weidenbach/Lahme, Kartellrechtliche Schadensersatzklagen, 1. Aufl. 2018, Rn. 776.

¹²⁴ Hauser/Frantzmann (Fn. 123), Rn. 776.

¹²⁵ Bernhard, NZKart 2013, 488 (493).

¹²⁶ Krüger, NZKart 2024, 152 (154).

¹²⁷ Bernhard, NZKart 2013, 488 (494).

¹²⁸ Kersting (Fn. 67), § 33a Rn. 126 f.; Franck (Fn. 18), § 33a Rn. 116.

¹²⁹ BGHZ 229, 1; NZKart 2021, 350 (355).

¹³⁰ BGHZ 229, 1; NZKart 2021, 350 (355).

¹³¹ Schweitzer/Woeste, ZWeR 2022, 46 (47).

¹³² Schweitzer/Woeste, ZWeR 2022, 46 (47).

¹³³ EuGH, Urt. v. 20.9.2001, Courage/Crehan, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 28.

¹³⁴ Laumen (Fn. 59), § 287 Rn. 16.

¹³⁵ Weitbrecht, NZKart 2024, 170 (174).

Dieses Modell würde sich systematisch an der bereits bestehenden Schadensvermutung des § 33a Abs. 2 GWB orientieren. Eine Erweiterung um eine widerlegbare Schadenshöhenvermutung würde das Instrumentarium sinnvoll ergänzen, ohne mit dem Totalreparationsprinzip oder dem Verbot der Überkompensation in Konflikt zu geraten.¹³⁶ Der Schädiger hat weiterhin die Möglichkeit, nachzuweisen, dass im konkreten Fall ein geringerer Schaden entstanden ist. Dass der europäische Gesetzgeber bislang keine konkrete Vermutung der Schadenshöhe aufgenommen hat, bedeutet kein Verbot solcher Regelungen auf nationaler Ebene, im Gegenteil sogar.¹³⁷ Die Öffnungsklauseln in der Richtlinie lassen den Mitgliedstaaten bewusst Spielraum, um angemessene Lösungen zu finden. Der Effektivitätsgrundsatz wirkt hier somit als Maßstab, nicht als Grenze.

Ein widerlegbarer Mindestschaden könnte in die deutsche Schadensdogmatik integriert werden, wobei sich die Frage stellt, wie dies mit den bisherigen Prinzipien des Schadensrecht in Einklang gebracht werden kann. § 249 BGB ver-

langt zwar grundsätzlich eine individuelle Kompensation, steht aber pauschalierenden Elementen nicht grundsätzlich entgegen, insbesondere, wenn diese typisierend auf der Grundlage empirischer Erfahrung oder struktureller Erkenntnisse erfolgen.¹³⁸ Die Rechtsprechung des BGH lässt in komplexen Fallkonstellationen bereits jetzt großzügige Schätzspielräume zu, sofern diese auf plausiblen Anknüpfungstatsachen beruhen.¹³⁹

Ob die Einführung einer solchen Regelung durch den Gesetzgeber erfolgt oder sich im Wege der richterlichen Fortbildung des geltenden Rechts herausbildet, bleibt abzuwarten. Auch über eine mögliche Höhe kann nur spekuliert werden. Die unionsrechtliche Entwicklung und die praktische Ineffektivität der derzeitigen Anspruchsdurchsetzung sprechen jedoch eine klare Sprache: Der Mindestschaden, verstanden als widerlegbare Vermutung, erscheint nicht nur als rechtlich möglich, sondern notwendig, um den europäischen Effektivitätsgrundsatz zu erfüllen.

Shashwati Wagle*

Externalisierung von Asylverfahren: Vereinbarkeit mit europäischem Menschenrechtsschutz?

Die Externalisierung von Asylverfahren in Drittstaaten hat sich zu einem zentralen Ansatz europäischer Migrationspolitik entwickelt, wirft jedoch erhebliche menschenrechtliche Herausforderungen im Kontext der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) auf. Insbesondere das Verbot der Kollektivausweisung (Art. 4 Prot. 4) sowie der Schutz vor willkürlicher Freiheitsentziehung (Art. 5) werden durch systematische Merkmale wie kollektive Ausweisungen und de facto Inhaftierungen gefährdet. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) relativiert diese Schutzrechte zunehmend durch das Konstrukt der culpability, das Schutzsuchenden eine Mitverantwortung zuschreibt. Die Arbeit zeigt auf, dass die Praxis der Drittstaatenauslagerung mit den grundlegenden Prinzipien des europäischen Menschenrechtsschutzes nicht im Einklang steht, und fordert eine konsequente menschenrechtliche Rückbesinnung zur Wahrung effektiver Schutzstandards.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	129
B. Aufbau und systematische Bedingungen der Externalisierung	130
I. Begriff und Grundlagen der Drittstaatenauslagerung	130
II. Anwendbarkeit der EMRK bei der Externalisierung von Asylgesuchen	131
III. Kollektivausweisung (Art. 4 Prot. 4) als systematisches Merkmal der Drittstaatenauslagerung ..	131
1. Schutzgehalt und Funktion des Art. 4 Prot. 4 ..	131
2. Kollektivausweisung in der Drittstaatenauslagerung	131
3. Systematik: kollektive Ausweisung als inhärentes Merkmal der Externalisierung	132
IV. De facto Inhaftierung als strukturelle Bedingung der Drittstaatenauslagerung	132
1. De facto Inhaftierung in der EMRK	132
2. Asyllager in Drittstaaten	133
3. Lagerbedingungen in empirischer Evidenz	133
4. Systematik: Inhaftierung als konzeptionelle Voraussetzung der Externalisierung	134

¹³⁶ Weitbrecht, NZKart 2024, 170 (174).

¹³⁷ Makatsch/Mir, EuZW 2015, 7 (8); Weitbrecht, WuW 2015, 959 (968 f.); Klumpe/Thiede, NZKart 2017, 332 (334).

¹³⁸ Kersting (Fn. 67), § 33a Rn. 119.

¹³⁹ Prütting (Fn. 59), § 287 Rn. 1.; Laumen (Fn. 59), § 287 Rn. 1, 19 f.

* Die Autorin studiert Rechtswissenschaft mit dem Schwerpunkt Völkerrecht, Europarecht und Menschenrechte an der Freien Universität Berlin und der University of California College of the Law, San Francisco. Der Beitrag beruht auf einer Studienabschlussarbeit im Völkerrecht. Die Themenstellung erfolgte durch Univ.-Prof. Dr. Helmut Philipp Aust.

C. Einschränkung des Anwendungsbereichs des Kollektivausweisungsverbots durch die Rechtsprechung des EGMR	134
I. <i>ND und NT gegen Spanien</i> und seine Ausstrahlungswirkung	134
II. Die Rolle individueller <i>culpability</i> im Lichte von Art. 4 Prot. 4	135
III. Strukturelle Schutzlücke: Einzelfallprüfung und <i>Refoulement</i> -Risiko	135
D. Rechtliche Relativierung der <i>de facto</i> Inhaftierung durch den EGMR	135
I. Grundlagen der Freiheitsentziehung in der EGMR-Rechtsprechung	136
II. Kontextualisierung als Schranke des Freiheitsschutzes von Art. 5	136
III. Strukturelle Verantwortungsverlagerung als Form impliziter <i>culpability</i>	136
E. Gesenkter Schutzstandard für Asylsuchende wegen <i>culpability</i> zulässig?	136
I. Vermeintliches Anderssein der Asylsuchenden als Grundlage für geringen Schutz in der Rechtsprechung	137
1. Sonderstellung von Asylsuchenden in der EMRK und nach der EGMR-Rechtsprechung	137
2. Rhetorische Konstruktion des Andersseins in der Rechtsprechung	137
3. Menschenrechte v. staatliche Souveränität: ein schiefer Balanceakt	137
4. Narrative der <i>culpability</i> : eine kollektive Schuldzuschreibung statt individuellen Schutzes	138
II. <i>Culpability</i> als schutzminderndes Kriterium in der Rechtsprechung	138
1. Unschärfe des Begriffs – strategische Vagheit?	138
2. Realitätsverknennung bei illegaler Einreise als Grundlage für Schuldzuschreibung	138
3. Schutzminderung durch Verantwortungsverlagerung bei Einzelfallprüfung und Beweislast	139
4. <i>Culpability</i> als unzulässige Einschränkung von Art. 4 Prot. 4 und Art. 5	139
III. Effektivität menschenrechtlicher Garantien als Maßstab für die Drittstaatenauslagerung	140

F. Externalisierung der Asylpolitik: politische Motivationen, rechtliche Herausforderungen und die Rolle des EGMR	140
I. Politische Motivation der Drittstaatenauslagerung.	140
1. Beweggründe für die Externalisierung	140
2. Vom Recht zum Risiko: Drittstaatenauslagerung als System zur Umgehung menschenrechtlicher Verpflichtungen	141
II. Rechtsprechung im Wandel: der EGMR unter politischem Druck	141
1. Kontextualisierung der Rechtsprechung in politischer Realität	141
2. Souveränität contra Menschenrechte als Gefahr für den EGMR	142
3. Drittstaatenauslagerung als rechtlich gestützte Politikstrategie	142
III. <i>Backlash</i> gegen Menschenrechte: Auswirkungen für Asylsuchende	142
G. Fazit	143

A. Einleitung

Die Auslagerung von Asylverfahren in Drittstaaten ist zu einem prägenden Ansatz europäischer Migrationspolitik geworden.¹ Modelle wie das britisch-ruandische Abkommen² oder die italienisch-albanische Kooperation³ zielen darauf ab, Schutzsuchende daran zu hindern, das Territorium der Zielstaaten zu erreichen, und verlagern die Verantwortung für Asylverfahren und Schutzgewährung von den Zielstaaten auf als sicher⁴ eingestufte Drittstaaten.⁵ Diese Praxis wirft erhebliche menschenrechtliche Fragen auf,⁶ insbesondere im Hinblick auf die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK). Im Zentrum der Bedenken stehen dabei das Verbot der Kollektivausweisung nach Artikel 4 des Vierten Zusatzprotokolls (Art. 4 Prot. 4 EMRK⁷) und der Schutz vor willkürlicher Freiheitsentziehung gemäß Art. 5. Dessen zum Trotz wird auch in Deutschland die Externalisierung von Asylgesuchen als „Pilotprojekt“⁸ vorgeschlagen, um später ähnliche Auslagerungen auch von Deutschland aus durchzuführen.⁹

¹ Vgl. *Strik/Robbesom*, NILR 2024, 199 (200 ff.); *Shachar*, in: Dies. et al., *The shifting border. Legal cartographies of migration and mobility*. Ayelet Shachar in dialogue, 2020, S. 14 f.; *Nicolosi*, NILR 2024, 1 (2, 6).

² *Secretary of State for Foreign, Commonwealth and Development Affairs*, Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Rwanda for the Provision of an Asylum Partnership Agreement to Strengthen Shared International Commitments on the Protection of Refugees and Migrants, 2023, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/65705fd474693000d4888dc/CS_Rwanda_1.2023_UK_Rwanda_Agreement_Asym_Partnerhip_Protection_Refugees_Migrants.pdf, alle Internetquellen sind zuletzt abgerufen am 25.9.2025.

³ *Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale*, Protocollo tra il Governo della Repubblica Italiana e il Consiglio dei Ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria, 2023, <https://www.esteri.it/wp-content/uploads/2023/12/PROTOCOLLO-ITALIA-ALBANIA-in-materia-migratoria.pdf>.

⁴ *Costello*, HRLR 2012, 287 (310 ff.).

⁵ *Endres de Oliveira*, Asylmagazin 2024, 326 (326 f.).

⁶ *Shachar* (Fn. 1), S. 15.

⁷ Alle in dieser Arbeit genannten Artikel (Art.) sind solche der EMRK.

⁸ *Kornmeier*, Wie könnten externe Asylverfahren funktionieren?, 2024, <https://www.tagesschau.de/inland/innenpolitik/asylverfahren-drittstaaten-102.html>; tagesschau, Asylverfahren in Drittstaaten nur unter Bedingungen, 2023, <https://www.tagesschau.de/inland/migration-asylverfahren-drittstaaten-100.html>.

⁹ *Thym*, Migration und Asyl im Koalitionsvertrag. Wo gibt es juristische Probleme, was ist Rhetorik und wer hat sich durchgesetzt?, 2025, <https://verfassungsblog.de/migration-und-asyl-im-koalitionsvertrag/>; vgl. *Bundesministerium des Inneren und für Heimat (BMI)*, Umfassende Prüfung zu Asylverfahren in Drittstaaten wird fortgesetzt: Bundesinnenministerium veröffentlicht Bericht und Stellungnahmen von Experten, 2024, <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2024/06/mpk-drittstaaten.html>.

An Brisanz gewinnt auch die Debatte über die jüngere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), in der Schutzrechte von Asylsuchenden durch eine stärkere Betonung individueller und kollektiver Verantwortlichkeit im Sinne einer sog. *culpability* relativiert werden.¹⁰ Damit zeichnen sich mögliche Verschiebungen in der menschenrechtlichen Schutzlogik ab, die im Folgenden näher beleuchtet werden.

Vor diesem Hintergrund untersucht die vorliegende Arbeit, inwiefern die Zuschreibung von *culpability* an Schutzsuchende deren Rechte nach der EMRK – insbesondere das Verbot der Kollektivausweisung (Art. 4 Prot. 4) und den Schutz vor *de facto* Inhaftierung (Art. 5) – im Kontext der Drittstaatenauflagerung von Asylgesuchen einschränkt. Im Fokus steht die Frage, inwieweit die Praxis der Externalisierung und die aktuelle Rechtsprechung hierzu rechtlich im Rahmen der EMRK sowie politisch einzuordnen sind und zu einer Aushebelung des rechtlichen Schutzes von Asylsuchenden führen.

B. Aufbau und systematische Bedingungen der Externalisierung

I. Begriff und Grundlagen der Drittstaatenauflagerung

Die Drittstaatenauflagerung beschreibt ein Konzept, bei dem Asylgesuche externalisiert werden. Asylsuchende werden überstellt in einen von ihrem Zielstaat als sicher¹¹ eingestuften Drittstaat.¹² Dort werden die Asylverfahren durchgeführt, während die Betroffenen in Lagern untergebracht werden.¹³ Diese Drittstaaten sind nicht unbedingt – und anders als in üblichen Migrationsfällen – Staaten, deren Gebiet die Asylsuchenden durchquert haben; ein Verbindungskriterium ist insoweit nicht erforderlich.¹⁴ Dieser Externalisierungsprozess ist nicht neu¹⁵ und wurde etwa schon von Staaten wie Australien und Israel durch Koope-

rationen mit Drittstaaten des Globalen Südens praktiziert, wodurch schon belastbare Erkenntnisse vorliegen, die Aufschluss über eine potenzielle Behandlung der Asylverfahren und ihrer Subjekte geben.¹⁶

Für den europäischen Bereich sind vor allem zwei verschiedene Modelle einer Drittstaatenauflagerung relevant. Zum einen beinhaltet die Vereinbarung zwischen Italien und Albanien, das sog. „Albanien-Modell“, dass männlich gelesene Menschen auf der Flucht auf Hoher See mit dem Zielstaat Italien von italienischen Kräften nach Albanien übermittle werden.¹⁷ Dort werden sie in Lagern untergebracht, die von Italien verwaltet und finanziert werden sollen.¹⁸ Die Asylverfahren sollen nach italienischem Recht im Rahmen von Online-Gerichtssitzungen durchgeführt werden.¹⁹

In einer weiteren Variante werden Asylsuchende abgeschoben und die Asylverfahren nach dem Recht des Staates, in den sie abgeschoben wurden, durchgeführt.²⁰ Auf diese Weise handelte das Vereinigte Königreich in Bezug auf Abschiebungen nach Ruanda, welches es im Rahmen eines Vertrags als sicheren Drittstaat einstufte, weshalb es auch als „Ruanda-Modell“ bezeichnet wird.²¹ Auch Dänemark schloss eine Vereinbarung mit Ruanda zur Externalisierung von Asylverfahren, die in ihrer Funktionsweise der britischen Regelung ähnelte.²² In dieser Arbeit wird auf Externalisierungsprozesse von Asylgesuchen im Allgemeinen eingegangen, allerdings werden bei der Analyse insbesondere die genannten Modelle im internationalen sowie deutschen Kontext als Ausgangspunkt genommen. Dabei geht es nicht um die Annahme, dass grundsätzlich ein Recht bestehe, sich einen bestimmten sicheren Zielstaat auszusuchen, aus dem keine Abschiebung erfolgen dürfe, sondern darum, dass Asylgesuche nicht entgegen Menschenrechten umgangen werden dürfen und ihre Umsetzung im Einklang mit den entsprechenden Rechten der EMRK stehen muss.

¹⁰ *Hakiki/Rodrik*, Asyl 2023, 3 (3 ff.); *Pichl/Schmalz*, „Rechtswidrig“ bedeutet nicht gleich rechtslos. Das schockierende Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in der Rechtssache N.D. und N.T., 2020, <https://www.fes.de/themenportal-flucht-migration-integration/artikelseite-flucht-migration-integration/rechtswidrig-bedeutet-nicht-gleich-rechtslos>.

¹¹ *Kießling/Kienzle*, Grenzwertige Grenzverfahren. Zum Zusammenspiel von Asylverfahren an den europäischen Außengrenzen mit dem Konzept Sicherer Drittstaaten, 2023, <https://verfassungsblog.de/grenzwertige-grenzverfahren/>.

¹² Vgl. *Endres de Oliveira* (Fn. 5).

¹³ *BMI*, „Asylverfahren in Drittstaaten“: Sachstandsbericht der Bundesregierung, 2024, <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2024/mpk/mpk-sachstandsbericht-asylverfahren-in-drittstaat.pdf>.

¹⁴ *Mégret*, in: Benhabib/Shachar (Hrsg.), *Lawless Zones, Rightless Subjects. Migration, Asylum, and Shifting Borders*, 2024, S. 93; *Endres de Oliveira* (Fn. 5).

¹⁵ *Shacknove*, *IJRL* 1993, 516 (516 ff.).

¹⁶ *Amnesty International*, Stellungnahme zur Auflagerung von Asylverfahren im Rahmen des Prüfauftrages des Bundesministeriums des Inneren und für Heimat, 2024, S. 3, https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2024/mpk/mpk-drittstaat_stellungnahme-

[amnesty.pdf?__blob=publicationFile&v=2](https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2024/mpk/mpk-drittstaat_stellungnahme-markard.pdf?__blob=publicationFile&v=2); *Garlick/Tan*, Moving beyond externalisation? Toward lawful cooperation on asylum, <https://externalizingasylum.info/moving-beyond-externalisation-toward-lawful-cooperation-on-asylum/>.

¹⁷ *Markard*, Stellungnahme zum Prüfauftrag bezüglich einer Externalisierung deutscher Asylverfahren, 2024, S. 1 f., https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2024/mpk/mpk-drittstaat_stellungnahme-markard.pdf?__blob=publicationFile&v=2; *Amnesty International* (Fn. 16).

¹⁸ *Vorländer/Kluth*, Menschenrechte und Genfer Flüchtlingskonvention als Richtschnur. Möglichkeiten und Grenzen einer rechtskonformen Auflagerung von Asylverfahren in Transit- oder Drittstaaten, 2024, S. 4, 7, https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2024/mpk/mpk-drittstaat_stellungnahme-kluth.pdf; *Markard* (Fn. 17), S. 1 f.; *Amnesty International* (Fn. 16).

¹⁹ *Markard* (Fn. 17), S. 1 f.

²⁰ *Secretary of State for Foreign, Commonwealth and Development Affairs* (Fn. 2).

²¹ Vgl. *Home Affairs Committee*, UK-Rwanda treaty: provision of an asylum partnership, 2024, <https://publications.parliament.uk/pa/cm5804/cmselect/cmhaff/434/report.html>.

²² *Lemberg-Pedersen*, *DFPR* 2023, 83 (83 ff.).

II. Anwendbarkeit der EMRK bei der Externalisierung von Asylgesuchen

Art. 1 besagt, dass Konventionsstaaten Rechte und Freiheiten der Personen, die sich in ihrer Hoheitsgewalt befinden, zusichern müssen. Dies ist unstrittig gegeben, wenn sich Menschen auf ihrem Territorium befinden und dann Abschiebungen erfolgen sollen, wie es im Ruanda-Modell vorgesehen ist. Besonders an Grenzen bezeugt der EGMR überdies, dass diese zum Gebiet des Staates gehören und somit die EMRK anzuwenden ist.²³ Außerhalb des Gebiets findet die EMRK Anwendung, wenn der Staat effektive Kontrolle ausübt.²⁴ Dies wurde in *Hirsi Jamaa u.a. gegen Italien* für die Hohe See und die Zurückbringung von Menschen auf Hoher See nach Libyen bestätigt.²⁵ Physische Kontrolle, die von staatlichen Kräften also auf Schiffen oder in von ihnen betriebenen extraterritorialen Lagern²⁶ ausgeübt wird, ist somit auch erfasst.²⁷ Mithin kann zumindest für die oben genannten Modelle von effektiver Kontrolle und Gerichtsbarkeit der Zielstaaten ausgegangen werden, wodurch diese folglich die Pflicht und Verantwortung tragen, Rechte der EMRK gegenüber den Asylsuchenden zu achten.

III. Kollektivausweisung (Art. 4 Prot. 4) als systemisches Merkmal der Drittstaatenauslagerung

Im Folgenden wird die Rolle des Kollektivausweisungsverbots gemäß Art. 4 Prot. 4 im Kontext der Verlagerung von Asylverfahren in Drittstaaten untersucht.

1. Schutzgehalt und Funktion des Art. 4 Prot. 4

Art. 4 Prot. 4 besagt, dass Kollektivausweisungen ausländischer Personen nicht zulässig sind. Um den Grundsatz des *Non-Refoulements* gemäß Art. 3 zu wahren, muss gewährleistet werden, dass Abgeschobene im Drittstaat keiner unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung ausgesetzt werden und das Verfahren dort fair ist, um zu verhindern, dass sie weiteren Rückführungen und entsprechender Behandlung im Sinne des Ketten-*Refoulement*-Verbots unterworfen werden.²⁸ Dies erfordert eine gründliche Einzelfallprüfung, die auch durch das Verbot der Kollektiv-

ausweisung gemäß Art. 4 Prot. 4 untermauert wird. Letzteres verbietet die pauschale Abweisung oder Abschiebung von Menschen ohne eine Prüfung ihrer individuellen Umstände.²⁹ Bei der Externalisierung von Asylverfahren in Drittstaaten ist es notwendig, sicherzustellen, dass diese Verfahren den Anforderungen des *Non-Refoulement*-Grundsatzes entsprechen. Das Verbot der Kollektivausweisung kann als eine Bedingung für die Umsetzung dieses Grundsatzes verstanden werden, wobei hier die Prüfstandards weniger hoch sein müssen als bei der direkten Anwendung von Art. 3.³⁰ Zudem ist Art. 4 Prot. 4 für die Externalisierungsfälle relevant, da er eine eigenständige Verfahrensgarantie darstellt,³¹ unabhängig davon, ob es eine realistische Chance auf Anerkennung als Flüchtling gibt, das heißt unabhängig von Art. 3.³² Genau das erste Zusammentreffen der potentiell Asylsuchenden und den Behörden eines Staates, der dem *Council of Europe* (CoE) angehört, ist also der Kontext, in dem das Kollektivausweisungsverbot des Art. 4 Prot. 4 verletzt werden kann.³³

Kurzgefasst erfordert das Kollektivausweisungsverbot dementsprechend, dass für jeden Nicht-Staatsangehörigen bei dem Externalisierungsakt durch den Zielstaat eine vernünftige³⁴ und objektive Einzelfallprüfung erfolgt.³⁵ Laut den Zielstaaten soll eine Einzelfallprüfung erfolgen,³⁶ wodurch die Problematik der Kollektivausweisung und die Notwendigkeit einer Einzelfallprüfung anerkannt wird. Allerdings wird dies in Plänen für die Drittstaatenauslagerung erwähnt, ohne dass eine Ausarbeitung oder Planung des Verfahrens diesbezüglich vorliegt.³⁷ Dass die hier relevanten Rechte aus der EMRK in aller Kürze abgehandelt werden, wirkt beinahe floskelhaft und additiv, nicht als unabdingbarer Teil der Drittstaatenauslagerung.

2. Kollektivausweisung in der Drittstaatenauslagerung

Eine Ausweisung gilt als kollektiv, wenn sie ohne angemessene und objektive Prüfung der Einzelfälle erfolgt. Es reicht nicht, dass Menschen mit einem kollektiven Merkmal gemeinsam ausgewiesen werden, wenn eine solche Einzelfallprüfung erfolgt ist.³⁸ Dass im Albanien-Modell männlich gelesene Personen wiederholt gemeinsam nach

²³ EGMR (GK), Ur. v. 13.2.2020, N.D. and N.T. v. Spain, No. 8675/15 and 8697/15, §§ 104 ff.

²⁴ EGMR (GK), Ur. v. 8.7.2004, Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia, No. 48787/99, §§ 392, 394; EGMR (GK), Ur. v. 7.7.2011, Al-Skeini and Others v. United Kingdom, No. 55721/07, § 149; EGMR (GK), Ur. v. 23.2.2012, Hirsi Jamaa and Others v. Italy, No. 27765/09, §§ 81, 169 ff.

²⁵ EGMR (GK), Ur. v. 23.2.2012, Hirsi Jamaa and Others v. Italy, No. 27765/09, §§ 81, 175 ff.

²⁶ Vorländer/Kluth (Fn. 18), S. 4, 7.

²⁷ Vgl. Uerpmann-Witzack, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG. Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 3. Aufl. 2022, Rn. 90.

²⁸ EGMR (GK), Ur. v. 12.11.2019, Ilias and Ahmed v. Hungary, No. 47287/15, §§ 130 ff.

²⁹ EGMR (GK), Ur. v. 31.1.2019, Georgia v. Russia (I), No. 13255/07, §§ 167 ff.; Zölls, Das Verbot der Kollektivausweisung nach Art. 4 Protokoll Nr. 4 EMRK. Diskriminierungs- und Willkürverbot im Ausweisungsrecht, 2021, S. 13 ff.

³⁰ Moreno-Lax, in: Çali/Bianku/Motoc (Hrsg.), Migration and the European Convention on Human Rights, 2021, S. 49 f.; Hakiki/Rodrik (Fn. 10), 5.

³¹ Sander, Der Schutz des Aufenthalts durch Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2008, S. 29.

³² Thym, A Restrictionist Revolution? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR's N.D. & N.T.-Judgment on 'Hot Expulsions' at the Spanish-Moroccan Border, 2020, <https://verfassungsblog.de/a-restrictionist-revolution/>.

³³ Vgl. Zölls (Fn. 29), S. 182 f.

³⁴ EGMR, Ur. v. 5.2.2002, Čonka v. Belgium, No. 51564/99, § 59.

³⁵ Uerpmann-Witzack (Fn. 27), Rn. 89, 94 ff.

³⁶ BMI, Prüfung zu Asylverfahren in Drittstaaten, 2025, <https://www.bmi.bund.de/DE/themen/migration/asyl-fluechtlings-schutz/asyl-fluechtlingspolitik/mpk-asylantraege-drittstaaten-artikel.html>, s. Mögliche Drittstaatenmodelle.

³⁷ Vgl. BMI (Fn. 36); Markard (Fn. 17), S. 4.

³⁸ EGMR (GK), Ur. v. 31.1.2019, Georgia v. Russia (I), No. 13255/07, §§ 167 ff.; Zölls (Fn. 29), S. 13 ff.

Albanien transferiert werden, reicht also zunächst nicht, um das Merkmal der Kollektivität zu erfüllen, wenn jede einzelne Person eine angemessene Prüfung ihrer Umstände erfahren sollte. Jedoch gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass über die Erfassung von Geschlecht und Nationalität hinaus eine weitergehende Einzelfallprüfung vorgesehen ist.³⁹ Wie der Nationalstaat oder das Herkunftsland geprüft werden sollen, ist ebenfalls nicht konkretisiert. Somit werden auf Hoher See alle Menschen, die männlich gelesen werden und bei denen bestimmte Herkunftsstaaten zumindest vermutet werden, im Rahmen einer essentialisierenden Prüfung nach Albanien gebracht. Des Weiteren ist fraglich, ob diese Prüfung ausreicht, um im Fall der Drittstaatenauslagerung Art. 4 Prot. 4 und ggf. Art. 3 gerecht zu werden. Mit dieser Beschränkung kann nicht festgestellt werden, wer Traumata, psychische Belastungen und andere Vulnerabilitäten⁴⁰ hat, die bspw. zu einer stärkeren Belastung bei einer Inhaftierung führen und die bei einem Online-Gerichtsformat womöglich nicht ausreichend in Erwägung gezogen werden könnten, wodurch eine Abschiebung noch wahrscheinlicher ist.⁴¹ Dass nur Männer und nicht Frauen und Kinder Zielgruppe der Externalisierung sind, vermeidet diesen Faktor nicht.⁴²

3. Systematik: kollektive Ausweisung als inhärentes Merkmal der Externalisierung

Es scheint offenbar nicht Ziel oder Bestandteil des systematischen Ablaufs der Externalisierung zu sein, dass eine Einzelfallprüfung der Umstände erfolgt.⁴³ Besonders beim zügigen Ablauf des Transports in den Drittstaat ist es zweifelhaft, ob eine adäquate Einzelfallprüfung erfolgt, die feststellt, dass eine Verletzung von Art. 3 bei der Abschiebung vorliegt. Im Umkehrschluss und genau im Gegenteil zeigt es eher, dass eine Art der Kollektivausweisung in der Externalisierung vorgesehen wird. Dies ist ersichtlich keine Problematik einer fehlerhaften Umsetzung des Konzepts, sondern gehört zum Konzept selbst.⁴⁴ Die schnelle Abwicklung des Prozesses benötigt das Eindämmen einer gründlichen Prüfung, die als objektiv und vernünftig gemäß Art. 4 Prot. 4 eingestuft werden kann.

Stattdessen ist die Kollektivität der Ausweisung in das Prinzip der Externalisierung eingebettet und bildet ein systemisches Merkmal derer, welches notwendig ist, um die Ziele der Auslagerung zu erreichen. Mithin ist eine Verletzung von Art. 4 Prot. 4 in Fällen der Externalisierung von Asylprozessen und somit auch den Asylsuchenden beim Externalisierungsakt immer zumindest möglich. Dies ist dementsprechend als ein systemisches Merkmal der Konzeption der Drittstaatenauslagerung zu verstehen, im Gegensatz zu einer Lösung, die Art. 4 Prot. 4 unberührt lässt.

IV. *De facto* Inhaftierung als strukturelle Bedingung der Drittstaatenauslagerung

Ein weiterer Faktor der Drittstaatenauslagerung sind die Bedingungen der Unterbringung der Schutzsuchenden. In den Drittstaaten können sie sich nicht frei bewegen, sondern müssen sich in sog. Asyllagern aufhalten.⁴⁵ Das System der Drittstaatenauslagerung, wie die Zielstaaten es konzipiert haben, benötigt immer diese Art der Inhaftierung der Asylsuchenden, um ihre Asylgesuche zu bearbeiten.⁴⁶ Denn die Einsperrung in geschlossene Zentren in den Drittstaaten wird als notwendig betrachtet, um sie an weiteren Versuchen der Einreise in die Zielstaaten zu hindern.⁴⁷ Diese Unterbringung könnte eine *de facto* Inhaftierung darstellen, die nicht mit Art. 5 vereinbar ist.

1. *De facto* Inhaftierung in der EMRK

Eine *de facto* Inhaftierung im Gegensatz zu einer formellen Inhaftierung liegt vor, wenn eine Person faktisch ihrer Freiheit beraubt wird, ohne dass dies auf der Grundlage eines rechtlichen Verfahrens angeordnet wäre.⁴⁸ Bei der Drittstaatenauslagerung werden die Schutzsuchenden in Lagern, also geschlossenen Einrichtungen, untergebracht, ohne dass dies explizit als Haft deklariert wird.⁴⁹ Da sie sich dort nicht freiwillig aufhalten, liegt eine Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 5 vor.⁵⁰ Diese darf gemäß Art. 5 nicht willkürlich sein,⁵¹ also nicht ohne eine Einzelfallprüfung erfolgen, bei der individuelle Faktoren und Alternativen zur Haft, insbesondere mögliche Vulnerabilitäten, angemessen berücksichtigt werden.⁵² Die Problematik der Einzelfallprüfung wurde oben bereits untersucht.

³⁹ Markard (Fn. 17), S. 4.

⁴⁰ Turković, in: Çali/Bianku/Motoc (Hrsg.) (Fn. 30), S. 106 ff.

⁴¹ Markard (Fn. 17), S. 4.

⁴² Zur Vulnerabilität Asylsuchender s. EGMR (GK), Urt. v. 21.1.2011, M.S.S. v. Belgium and Greece, No. 30696/09, § 236; Turković (Fn. 40), S. 106 ff.

⁴³ Vgl. *The National Archive*, Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Act 2024, 2024, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2024/8/enacted>; Endres de Oliveira, Grenzen der Externalisierung, 2024, <https://externalizingasylum.info/de/die-grenzen-der-externalisierung-zur-auslagerung-von-asylverfahren-an-drittstaaten/>.

⁴⁴ Vgl. BMI (Fn. 36); *The National Archive* (Fn. 43).

⁴⁵ Deutsches Institut für Menschenrechte, „Die Bundesregierung wird prüfen, ob die Feststellung des Schutzstatus von Geflüchteten unter Achtung der GFK und der EMRK zukünftig auch in Transit- oder Drittstaaten

erfolgen kann.“ Stellungnahme als Sachverständige zum Prüfauftrag I April 2024, 2024, S. 2, 4 f., https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2024/mpk/mpk-drittstaat_stellungnahme-DIMR.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

⁴⁶ Endres de Oliveira (Fn. 43); Gleeson/Yacoub, Cruel, costly and ineffective: The failure of offshore processing in Australia, 2021, S. 15 f., https://www.kaldorcentre.unsw.edu.au/sites/kaldorcentre.unsw.edu.au/files/Policy_Brief_11_Offshore_Processing.pdf.

⁴⁷ Endres de Oliveira (Fn. 43); Gleeson/Yacoub (Fn. 46).

⁴⁸ EGMR, Urt. v. 6.11.1980, Guzzardi v. Italy, Series A Nr. 39, §§ 90 ff.; Murdoch, treatment of prisoners. European standards, 2006, S. 79 ff.

⁴⁹ Endres de Oliveira (Fn. 43).

⁵⁰ Endres de Oliveira (Fn. 43).

⁵¹ EGMR, Urt. v. 5.4.2011, Rahimi v. Greece, No. 8687/08, §§ 108 f.

⁵² Markard (Fn. 17), S. 4.

Nun stellt sich die Frage, ob die Unterbringung von Schutzsuchenden haftähnlich ist und mithin ungerechtfertigt in die Rechte aus Art. 5 eingreifen könnte. Kriterien für die *de facto* Inhaftierung über die räumliche Beschränkung hinaus sind besonders die Dauer, Rechtsgrundlage und Kontrollmöglichkeit.⁵³ Die unverhältnismäßige Lagerunterbringung ist als *de facto* Inhaftierung einzuordnen.⁵⁴ Das bedeutet, dass eine unverhältnismäßige Überlänge ohne rechtliche Anordnung und Einzelfallprüfung, gegen die keine Anfechtung möglich ist (Art. 5. Abs. 4, Abs. 2), gegen Art. 5 verstoßen würde.

2. Asyllager in Drittstaaten

Asyllager sind restriktive und begrenzte Räume, die zur Kontrolle der Asylsuchenden hierarchisch verwaltet werden und meist zu starken Einschränkungen, Reglementierungen und Gefahren von und für Menschenrechte führen, einschließlich der Bewegungsfreiheit.⁵⁵ Des Weiteren ist vor allem in Externalisierungsfällen nicht zu unterschätzen, wie Vorgaben der Zuständigen für alltägliche und lebensnotwendige Aspekte – wie Zugang zu sanitären Anlagen, sauberem Trinkwasser und Nahrung sowie zu Aufenthaltsumständen – die Schutzsuchenden einschränken, was zu einer psychischen Höchstbelastung führen und in bestimmten Ausprägungen auch eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung im Sinne des Art. 3 darstellen kann.⁵⁶ Bei dem Externalisierungsprozess müssen Menschen auf der Flucht sich während der Durchführung des Verfahrens in den Lagern im Drittstaat aufhalten.⁵⁷ Dies kann bedeuten, dass Asylsuchende über einen langen Zeitraum hinweg in Lagern inhaftiert sind und zugleich die mental belastende Unsicherheit über die Dauer ihres Aufenthalts bewältigen müssen.⁵⁸ Vor allem wegen der benötigten und anvisierten Dauer bei der Drittstaatenauslagerung,⁵⁹ also einer Inhaftierung für den gesamten Ablauf des Asylverfahrens, ist eine Überlänge zu vermuten, die zu einer Verletzung von Art. 5 führen kann.⁶⁰

3. Lagerbedingungen in empirischer Evidenz

Dass insbesondere bei Asyllagern, die in Drittstaaten platziert sind, eine hohe Gefahr für die Menschenrechte der *de facto* Inhaftierten besteht, kann anhand durch Australien praktizierten Externalisierungen von Asylverfahren nachvollzogen werden.⁶¹ In den Zentren, in denen Menschen, die Australien als Zielstaat anvisiert hatten, untergebracht wurden, sind Menschen infolge medizinischer Vernachlässigung, Ermordung durch Wachpersonal und Suizid verstorben.⁶² Psychiatrisches Personal, das in den Lagern arbeitete, bezeichnete die Bedingungen für die Inhaftierten als inhärent toxisch und folterähnlich.⁶³ Weiterhin hatte Australien, das die tatsächliche Kontrolle innehatte, ebenso wie es die CoE-Staaten heute beteuern, zugesichert, die Haftbedingungen zu prüfen, erfüllte dieses Versprechen jedoch nur unzureichend.⁶⁴ Eine angemessene Unterbringung nach Vulnerabilität wurde nicht ermöglicht⁶⁵ und es wurden Verschlechterungen des körperlichen und geistigen Wohlbefindens einschließlich Selbstverletzungen, Depressionen, Nierenstörungen, Schlaflosigkeit, Kopfschmerzen, Gewichtsverlusten und Gedächtnisproblemen festgestellt.⁶⁶ Die Externalisierung von Asylgesuchen durch Australien kann wegen der Parallelen der Stellung von Zielstaat und von ihnen als sicher eingestuftem Drittstaat⁶⁷ von europäischen Staaten als Vorbild gesehen werden,⁶⁸ um ähnliche Vereinbarungen zur Auslagerung von Asylsuchenden zu unternehmen, weshalb die Relevanz der Haftbedingungen nicht zu unterschätzen ist. Solche erheblichen Verletzungen von Menschenrechten⁶⁹ sind auch durch europäische Staaten absehbar. Das wird bereits anhand der vom EGMR festgestellten Verletzung von Art. 5 durch Italien aufgrund der Haftbedingungen im italienischen Aufnahmezentrum auf Lampedusa deutlich.⁷⁰ Hygienische und sanitäre Standards wurden laut der Inhaftierten nicht eingehalten. Bspw. mussten sie auf dem Boden schlafen und essen, lange auf den Zugang zu sanitären Anlagen warten, hatten nur kurzen Zugang zu frischer Luft und erfuhren erniedrigende verbale

⁵³ EGMR, Urt. v. 25.6.1996, *Amuur v. France*, Rep. 1996-III (§§ 43 ff.); EGMR (GK), Urt. v. 15.12.2016, *Khlaifia and Others v. Italy*, No. 16483/12, § 113.

⁵⁴ EGMR (GK), Urt. v. 15.12.2016, *Khlaifia and Others v. Italy*, No. 16483/12, §§ 100 ff.

⁵⁵ Krause, Externalisierung von Asylverfahren? Eine kritische Betrachtung politischer Verantwortung, konzeptioneller Probleme und praktischer Risiken, 2024, S. 5 f., https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2024/mpk/mpk-drittstaat_stellungnahme-krause.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

⁵⁶ Krause (Fn. 55), S. 5 f.; Gleeson/Yacoub (Fn. 46), S. 15 f.; Kosin, The Attribution of Torture in the Private Sphere. An Analysis of the Jurisprudence of the ECHR and the UN Committee against Torture, 2020, S. 70 f., 75.

⁵⁷ McDonnell, NILR 2024, 119 (120 ff.).

⁵⁸ Krause (Fn. 55), S. 5 f.; Gleeson/Yacoub (Fn. 46), S. 15 f.

⁵⁹ Amnesty International, Das „Memorandum of Understanding“ zwischen Italien und Albanien: Verantwortung auslagern, Menschenrechte gefährden, 2024, S. 9 f., <https://www.amnesty.de/sites/default/files/2024-03/Amnesty-Stellungnahme-Asylverfahren-Auslagerung-Italien-Albanien-Januar-2024.pdf>.

⁶⁰ Markard (Fn. 17), S. 4.

⁶¹ Gleeson/Yacoub (Fn. 46), S. 15 f.

⁶² United Nations Human Rights Office of the High Commissioner (OHCHR), Australia responsible for arbitrary detention of asylum seekers in offshore facilities, UN Human Rights Committee finds, 2025, <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2025/01/australia-responsible-arbitrary-detention-asylum-seekers-offshore-facilities>; Doherty, Australia violated rights of asylum seekers on Nauru, 2025, <https://www.theguardian.com/australia-news/2025/jan/10/australia-violated-rights-of-asylum-seekers-on-nauru-un-watchdog-rules>.

⁶³ OHCHR (Fn. 62); Doherty (Fn. 62).

⁶⁴ Vgl. Doherty (Fn. 62); Gleeson/Yacoub (Fn. 46), S. 15 f.

⁶⁵ Gleeson/Yacoub (Fn. 46), S. 15 f.

⁶⁶ OHCHR (Fn. 62); Doherty (Fn. 62).

⁶⁷ Linden-Retek, in: Benhabib/Shachar (Hrsg.) (Fn. 14), S. 59 ff.

⁶⁸ Vgl. Hyndman/Mountz, Government and Opposition 2008, 249 (250 ff.); Engler, Auslagerung von Asylverfahren – Chance oder Risiko?, 2024, <https://heimatkunde.boell.de/de/2024/12/05/auslagerung-von-asylverfahren-chance-oder-risiko>.

⁶⁹ In Australiens Fall Rechte aus dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte, s. OHCHR (Fn. 62).

⁷⁰ EGMR (GK), Urt. v. 15.12.2016, *Khlaifia and Others v. Italy*, No. 16483/12.

Behandlungen durch das Wachpersonal.⁷¹ Zudem kann die *de facto* Inhaftierung durch europäische Staaten als Mittel zur Abschreckung verstanden werden,⁷² wodurch es zweifelhaft ist, ob Mindeststandards umgesetzt werden sollen. Folgerichtig ist bei der Unterbringung von Asylsuchenden in Lagern in Drittstaaten von einer *de facto* Inhaftierung auszugehen, die gegen ihre Rechte aus Art. 5 verstößt.

4. Systematik: Inhaftierung als konzeptionelle Voraussetzung der Externalisierung

Die rechtliche Möglichkeit einer Drittstaatenauslagerung ist umstritten, jedoch wird vor allem die anvisierte praktische Umsetzung wegen möglicher Menschenrechtsverstöße abgelehnt. Allerdings ist die Drittstaatenauslagerung so konzipiert, dass sie eine Art der *de facto* Inhaftierung voraussetzt.⁷³ Mithin kann die Externalisierung von Asylgesuchten nicht in einer gesonderten Rechtssphäre als theoretisch menschenrechtlich vereinbar begriffen werden, wenn die Umsetzung Teil des Konzepts ist. Denn die Drittstaatenauslagerung ausschließlich in einer theoretischen, losgelösten Rechtssphäre zu betrachten, in der Zielstaaten behaupten, die EMRK zu achten – ohne jedoch konkret darzulegen, wie eine menschenrechtskonforme Unterbringung gewährleistet wird – wäre rechtlich verfehlt. Eine solche Betrachtung ignoriert, dass gerade die praktische Umsetzung offenlegt, wie das Prinzip tatsächlich verstanden und angewandt wird. Eine solche Betrachtungsweise wird für eine umfassende Bewertung der EMRK-Konformität in dieser Arbeit als unzureichend verstanden. Wie die Kollektivausweisung ist die Inhaftierung als Voraussetzung für die Auslagerung zu verstehen und nicht als Konsequenz einer optimierungsfähigen Umsetzung, die auch anders gestaltet werden könnte. Diese Art der Inhaftierung, die mit Art. 5 unvereinbar ist, ist eine strukturelle Bedingung für die Externalisierung von Asylgesuchten.⁷⁴ Vor diesem Hintergrund wird in dieser Arbeit nicht von der Prämisse ausgegangen, dass die Drittstaatenauslagerung in ihrer theoretischen Konzeption und praktischen Umsetzung getrennt zu betrachten ist, sondern vielmehr davon, dass etwaige Verletzungen der EMRK auf das Gesamtgefüge des Prinzips bezogen zu analysieren sind.

C. Einschränkung des Anwendungsbereichs des Kollektivausweisungsverbots durch die Rechtsprechung des EGMR

Es stellt sich nun die Frage, wann eine Verletzung des Kollektivausweisungsverbots aus Art. 4 Prot. 4 vorliegt. Dafür wird herausgearbeitet, wie der EGMR die Kollektivausweisung versteht, und analysiert, ob er eine Ermöglichung der Kollektivausweisung trotz des eigentlichen Verbotes im Wege einer Ausnahme zulässt.

I. ND und NT gegen Spanien und seine Ausstrahlungswirkung

Der Fall *ND und NT gegen Spanien* vor der Großen Kammer stellt ein zentrales Leiturteil für das Verständnis von Art. 4 Prot. 4 und den Schutz von Menschen, die anstreben, in einem CoE-Staat Asyl zu beantragen, dar. Dort versuchten mehrere Schutzsuchende, darunter ND aus Mali und NT aus der Elfenbeinküste, einen Grenzzaun zu überwinden, um die spanische Exklave Melilla von Marokko aus zu erreichen und dort Asyl zu beantragen.⁷⁵ Jedoch wurden beide, nachdem sie den Zaun überwunden hatten, vom spanischen Grenzschutz direkt nach Marokko zurückgewiesen.⁷⁶ Die Beschwerdeführenden erklärten, dass die Zurückweisung kollektiv erfolgte und Spanien somit eine Verletzung von Art. 4 Prot. 4 verursachte.⁷⁷ Der EGMR bestätigte, dass die Zurückweisung an sich eine kollektive Maßnahme war.⁷⁸ Allerdings verwies der EGMR bei der Anwendung des Schutzbereichs darauf, dass *culpable conduct* der Beschwerdeführer dazu führe, dass sie sich nicht auf das Merkmal der Kollektivität berufen dürfen.⁷⁹ *Culpable conduct* könne den Beschwerdeführern jedoch nicht angelastet werden, soweit es an angemessenen Vorkehrungen für eine legale Einreise fehlt.⁸⁰ Mithin stellt der EGMR hier fest, dass das vermeintlich schuldhafte Verhalten des Einzelnen dazu führt, dass die Kollektivausweisung, deren Bedingungen vorliegen, gerechtfertigt ist.⁸¹

Dass die in *ND und NT gegen Spanien* etablierte Ausnahme keine Ausnahme in der Rechtsprechungslinie und Lesart der EMRK seitens des EGMR ist, wird deutlich durch *MB und RA gegen Spanien*, wo die körperlichen Verletzungen eines Beschwerdeführers trotz der Beweise auf sein eigenes

⁷¹ Herr, Die Würde des Menschen ist unantastbar, 2015, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/egmr-urteil-16483-12-fluechtlinge-lampedusa-menschenwuerde-verletzt>.

⁷² Bast/Endres de Oliveira/Wessels, IJRL 2023, 461 (472).

⁷³ Markard (Fn. 17), S. 4.

⁷⁴ Costello, The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law, 2015, S. 279 f., 285 ff.

⁷⁵ EGMR (GK), Urte. v. 13.2.2020, N.D. and N.T. v. Spain, No. 8675/15 and 8697/15, §§ 21 ff.

⁷⁶ EGMR (GK), Urte. v. 13.2.2020, N.D. and N.T. v. Spain, No. 8675/15 and 8697/15, §§ 21 ff.

⁷⁷ EGMR (GK), Urte. v. 13.2.2020, N.D. and N.T. v. Spain, No. 8675/15 and 8697/15, §§ 137 ff.

⁷⁸ EGMR (GK), Urte. v. 13.2.2020, N.D. and N.T. v. Spain, No. 8675/15 and 8697/15, §§ 185 ff.

⁷⁹ EGMR (GK), Urte. v. 13.2.2020, N.D. and N.T. v. Spain, No. 8675/15 and 8697/15, §§ 200 f.

⁸⁰ EGMR (GK), Urte. v. 13.2.2020, N.D. and N.T. v. Spain, No. 8675/15 and 8697/15, §§ 209 ff.

⁸¹ Pichl/Schmalz (Fn. 10).

Verhalten zurückgeführt wurden und die Verletzung des Art. 4 Prot. 4 mit Verweis auf *ND und NT gegen Spanien* erneut wegen *culpable conduct* abgelehnt wurde.⁸² Es kann davon ausgegangen werden, dass diese Umstände auch bei Drittstaatenauflagerungen, einschließlich zukünftigen Implementierungen, den Schutz der betroffenen Asylsuchenden aus Art. 4 Prot. 4 einschränken können.

Eine Schutzminderung ist auch in *Khlaifia u.a. gegen Italien* zu verzeichnen. Dort stuft der EGMR die Einzelfallprüfung als ausreichend ein, wenn von einer konsularischen Autorität ein Identifikationsverfahren ausgeführt wird, bei dem die Beschwerdeführer eine echte und wirksame Möglichkeit haben, Argumente gegen ihre Ausweisung vorzubringen.⁸³ Das ist als sehr niedrige Schwelle und erneute Verantwortungsverlagerung auf die Schutzsuchenden zu sehen, da nun nicht der Staat verpflichtet ist, vorzuweisen, dass eine angemessene individuelle Prüfung stattgefunden hat, sondern stattdessen von den Schutzsuchenden gefordert wird, nachzuweisen, dass keine Möglichkeit bestand, ihre Ausweisung anzufechten.⁸⁴

II. Die Rolle individueller *culpability* im Lichte von Art. 4 Prot. 4

Die Rechtsprechung im Fall *ND und NT gegen Spanien* schwächt den Schutz von Asylsuchenden an den Grenzen europäischer Staaten, die die EMRK ratifiziert haben, erheblich. Der EGMR berücksichtigt dabei wenig die strukturellen Realitäten, die Menschen auf der Flucht dazu zwingen, Grenzen irregulär zu überqueren.⁸⁵ Staaten werden nicht für die Einschränkung legaler Möglichkeiten, eine Grenze zu überqueren und Asyl zu beantragen, verantwortlich gemacht.⁸⁶ Stattdessen entwickelt der EGMR eine Ausnahme zum Schutz gemäß Art. 4 Prot. 4, wenn *culpable conduct* der Menschen auf der Flucht vorliegt.⁸⁷ Zwar gibt es teilweise theoretisch legale Wege, in die Staaten einzuwandern, jedoch ignoriert der EGMR vorliegend, dass diese für die betroffenen Menschen aufgrund struktureller Barrieren und sozioökonomischer Faktoren *de facto* unzugänglich sind.⁸⁸ Statt den Staaten die Verantwortung für die

Verhinderung legaler Einreisen zuzuschreiben, wird die Existenz solcher Wege genutzt, um den Schutzsuchenden eine Schuld zuzuweisen, wenn sie diese nicht nutzen. Dies führt dazu, dass sie keinen Schutz vor kollektiven Ausweisungsmaßnahmen erfahren, obwohl diese Maßnahmen vorliegen. Es besteht folglich eine Diskrepanz zwischen faktischen Bedingungen und rechtlichen Erwägungen. Die Kollektivausweisung wird daher als gerechtfertigt angesehen, basierend auf der *culpability* der Schutzsuchenden, einem Begriff, der in diesem Kontext neu und unklar bleibt.⁸⁹

III. Strukturelle Schutzlücke: Einzelfallprüfung und *Refoulement*-Risiko

Wenn gegen das Verbot der Kollektivausweisung verstoßen wird, sind Verletzungen des *Non-Refoulement*-Grundsatzes absehbar, denn ohne Einzelfallprüfung wird nicht überprüft, ob Kettenabschiebungen oder generell Abschiebungen in Staaten erfolgen, in denen eine Behandlung der Asylsuchenden nach Art. 3 zu erwarten ist.⁹⁰ Art. 3, einschließlich des Prinzips des *Non-Refoulements*, gilt laut dem EGMR absolut.⁹¹ Bei Fällen, in denen diese Art von Deportation vorliegt, sollte das Verhalten der Asylsuchenden, also auch ihre vermeintliche zurechenbare *culpability*, nicht in Betracht gezogen werden.⁹² Dies bei der Kollektivexpulsion, deren Einzelfallprüfung eine Voraussetzung für das *Non-Refoulement*-Verbot ist, einzubeziehen, lässt sich schwerlich mit der eigenen Rechtsprechung in Einklang bringen.⁹³ Die Feststellung, das *Non-Refoulement*-Verbot gelte absolut und sei nicht einzuschränken,⁹⁴ muss mit der konkreten Umsetzung durch eine angemessene Einzelfallprüfung unterfüttert werden und läuft sonst leer.

D. Rechtliche Relativierung der *de facto* Inhaftierung durch den EGMR

Weiterhin gilt zu analysieren, wie die *de facto* Inhaftierung, eine Bedingung für die Drittstaatenauflagerung, rechtlich einzuordnen ist. Dafür wird auf die Rechtsprechung des EGMR hinsichtlich Asylhaft und Art. 5 eingegangen.

⁸² EGMR, Entsch. v. 5.7.2022, M.B. and R.A. v. Spain, No. 20351/17, § 23; *Hakiki/Rodrik* (Fn. 10), S. 16.

⁸³ EGMR (GK), Ur. v. 15.12.2016, *Khlaifia and Others v. Italy*, No. 16483/12, §§ 247 f.

⁸⁴ *Hakiki/Rodrik* (Fn. 10), S. 5.

⁸⁵ *Markard*, A Hole of Unclear Dimensions: Reading ND and NT v. Spain, 2020, <https://eumigrationlawblog.eu/a-hole-of-unclear-dimensions-reading-nd-and-nt-v-spain/>; *Hakiki/Rodrik* (Fn. 10), S. 4 ff.

⁸⁶ *Tammone*, NILR 2024, 89 (90 f.); *European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR)*, Der Fall N.D. und N.T. gegen Spanien. Rückschlag für den Flüchtlingsschutz: EGMR verwirft Beschwerden gegen Spanien, 2020, <https://www.ecchr.eu/fall/nd-und-nt-gegen-spanien/>.

⁸⁷ *Pichl/Schmalz* (Fn. 10).

⁸⁸ *Hakiki/Rodrik* (Fn. 10).

⁸⁹ *Pichl/Schmalz* (Fn. 10).

⁹⁰ Vgl. *Moreno-Lax* (Fn. 30), S. 49 f.

⁹¹ EGMR, Ur. v. 20.3.2018, *Ireland v. the United Kingdom (revision)*, No. 5310/71, § 163; *Mavronicola*, Torture, Inhumanity and Degradation under Article 3 of the ECHR, 2021, S. 164 ff.

⁹² *Mole/Meredith*, Asylum and the European Convention on Human Rights, 2011, 23; *Moreno-Lax* (Fn. 30), S. 50.

⁹³ Vgl. *Lübbe*, The Elephant in the Room. Effective Guarantee of Non-Refoulement after ECtHR N.D. and N.T.?, 2020, <https://verfassungsblog.de/the-elephant-in-the-room/>.

⁹⁴ *Hruschka*, Hot returns remain contrary to the ECHR: ND & NT before the ECHR, 2020, <https://eumigrationlawblog.eu/hot-returns-remain-contrary-to-the-echr-nd-nt-before-the-echr/>; *van der Berg*, Folter, unmenschliche und erniedrigende Behandlung in der Rechtsprechung des EGMR und die strafprozessualen Konsequenzen, 2019, S. 93 ff.

I. Grundlagen der Freiheitsentziehung in der EGMR-Rechtsprechung

Der EGMR konstatiert in *Engel u.a. gegen die Niederlande*, dass bei Inhaftierungen Art, Dauer, Wirkung und Vollstreckungsweise der Maßnahme zu berücksichtigen sind.⁹⁵ Zudem muss einbezogen werden, dass eine Maßnahme nicht als Strafe ausgeführt wird, sondern gegen Menschen, die oft wegen der Angst um ihr Leben aus dem eigenen Land geflohen sind.⁹⁶ In *Dougoz gegen Griechenland* führt der EGMR weiter aus, dass die Inhaftierung im guten Glauben erfolgen und im engen Zusammenhang damit stehen muss, dass die unerlaubte Einreise verhindert werden soll, und der Ort und die Bedingungen dementsprechend angemessen sein müssen.⁹⁷ Sollten diese Voraussetzungen nicht ausreichend erfüllt sein, kann die Inhaftierung schließlich als willkürlich anerkannt werden. Eine willkürliche Inhaftierung ist nach Art. 5 untersagt.

II. Kontextualisierung als Schranke des Freiheitsschutzes von Art. 5

Allerdings schränkt der EGMR dies wieder ein in *Khlaifia u.a. gegen Italien*, indem er hier betont, dass die Interpretation der einzelnen Aspekte zur Umsetzung des Menschenrechts in der Gesamtbetrachtung gesehen werden muss.⁹⁸ Dies ist keine Aussage, die als floskelhaft abgetan werden kann, sondern wird hierbei zugrunde gelegt, um den Kontext, der in Erwägung gezogen werden müsse, näher zu bestimmen. Nämlich soll hier eine Krisensituation vorliegen, da so viele Menschen gleichzeitig nach Asyl suchen.⁹⁹ Weiterhin hält der EGMR in *Ilias und Ahmed gegen Ungarn* fest, dass die Interpretation von Art. 5 praktisch und realistisch, unter Berücksichtigung der heutigen Bedingungen und Herausforderungen, erfolgen muss.¹⁰⁰ Dies deutet darauf hin, dass der EGMR sich von seinen alten Standards zur Feststellung der Verletzung von Art. 5 abwendet, was er nicht mit einer Veränderung seiner Rechtsprechung wegen einer rechtlichen Bewertung begründet, sondern damit, dass der Kontext von Migration und Asyl sich verändert habe, was in die rechtliche Bewertung einfließen müsse.

III. Strukturelle Verantwortungsverlagerung als Form impliziter *culpability*

In der Bewertung von Sachverhalten führt der EGMR vorausgehend an, dass eine Krisensituation an sich nicht bedeute, dass die Staaten die Menschenrechte nicht achten müssen.

ten.¹⁰¹ Allerdings sollte die Schwierigkeit der Situation für den einzelnen Staat in die Abwägung einbezogen werden.¹⁰²

Zwar bleibt der Staat grundsätzlich dazu verpflichtet, die Rechte der EMRK zu gewährleisten, jedoch wird diese Verantwortung in einem bestimmten Kontext relativiert. In diesem Kontextverständnis lässt sich eine Verschiebung der Verantwortung erkennen. Die bloße Existenz der Situation, unabhängig von einer konkreten Zuschreibung der *culpability*, beeinflusst die Anwendung der EMRK zulasten der Schutzsuchenden. Weiterhin impliziert die im Kontext der Kollektivausweisung thematisierte niedrige Schwelle zur Einzelfallprüfung eine inhaltliche Verlagerung.¹⁰³ Und zwar weg von einer Auslegung, die den Staat verpflichtet, nachzuweisen, dass eine Expulsionsentscheidung individuell getroffen wurde, hin zu einer Auslegung, in der es nun den betroffenen Asylsuchenden obliegt, den Beweis zu erbringen, dass ihnen keinerlei effektive Möglichkeit zur Anfechtung der Ausweisung zur Verfügung stand.¹⁰⁴ Auch darin ist eine klare Verlagerung der Verantwortung auf die Schutzsuchenden bzw. zu deren Lasten zu erkennen.

Die Verantwortungsverlagerung kann als Variante der Zuschreibung von *culpability* verstanden werden. Die kontextbezogene Argumentation wird in dieser Arbeit daher nicht als eigenständiges oder alternatives Konzept neben der *culpability* verstanden, sondern als Teil oder Verstärkung derselben. Dafür spricht auch, dass der EGMR bei seiner Anwendung von *culpability* in *ND und NT gegen Spanien* auf *Khlaifia u.a. gegen Italien* verweist,¹⁰⁵ um aufzuzeigen, dass das Konzept nicht neu sei. Entweder wird den Schutzsuchenden direkte Verantwortung für ihre Situation zugeschrieben, was ihren Schutz mindert, oder es erfolgt eine mittelbare Verantwortungskonstruktion aufgrund der Umstände, die sich ebenfalls schutzmindernd auswirkt. Die *culpability* im Sinne des EGMR manifestiert sich somit in einer strukturellen Verantwortungsverlagerung vom Staat auf Asylsuchende.

E. Gesenkter Schutzstandard für Asylsuchende wegen *culpability* zulässig?

Durch die neue Rechtsprechung des EGMR stellt sich die Frage, ob ein reduzierter Schutzbereich für Asylsuchende wegen ihrer vermeintlichen *culpability* zulässig ist. Wenn dies der Fall ist, wäre auch der Schutz für Asylsuchende, die von der Drittstaatenauslagerung betroffen sind, niedriger, jedenfalls in Bezug auf die Kollektivausweisung und *de facto* Inhaftierung.

⁹⁵ EGMR, Ur. v. 8.6.1976, *Engel and Others v. The Netherlands*, Series A Nr. 22, § 59.

⁹⁶ EGMR, Ur. v. 6.3.2001, *Dougoz v. Greece*, Rep. 2001-II, § 57.

⁹⁷ EGMR, Ur. v. 6.3.2001, *Dougoz v. Greece*, Rep. 2001-II, § 57.

⁹⁸ EGMR (GK), Ur. v. 15.12.2016, *Khlaifia and Others v. Italy*, No. 16483/12, §§ 182 ff.

⁹⁹ EGMR (GK), Ur. v. 15.12.2016, *Khlaifia and Others v. Italy*, No. 16483/12, §§ 182 ff.

¹⁰⁰ EGMR (GK), Ur. v. 14.3.2017, *Ilias and Ahmed v. Hungary*, No. 47287/15, § 213.

¹⁰¹ *Rainey/McCormick/Ovey*, The European Convention on Human Rights, 8. Aufl. 2020, S. 213; *Feihle*, in: Aust/Demir-Gürsel (Hrsg.), The European Court of Human Rights. Current Challenges in Historical Perspective, 2021, S. 135 f.

¹⁰² *Rainey/McCormick/Ovey* (Fn. 101) S. 213; *Feihle* (Fn. 101), S. 135 f.

¹⁰³ *Hakiki/Rodrik* (Fn. 10), S. 5.

¹⁰⁴ *Hakiki/Rodrik* (Fn. 10), S. 5.

¹⁰⁵ EGMR (GK), Ur. v. 13.2.2020, *N.D. and N.T. v. Spain*, No. 8675/15 and 8697/15, § 200.

I. Vermeintliches Anderssein der Asylsuchenden als Grundlage für geringen Schutz in der Rechtsprechung

Die Einordnung des Konzepts der *culpability* in die Rechtsprechung des EGMR erscheint logischer, wenn es im Kontext des strukturell anderen Status von Asylsuchenden und Zwangsmigrierten betrachtet wird. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob der EGMR ihnen zulasten ein zumindest rechtliches Anderssein von Schutzsuchenden annimmt.

1. Sonderstellung von Asylsuchenden in der EMRK und nach der EGMR-Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des EGMR hat sowohl bedeutende Fortschritte zum Schutz der Menschenrechte von Schutzsuchenden gebracht als auch neuerdings eine Kehrtwende, die droht, ihre Rechte einzuschränken.¹⁰⁶ Der ursprüngliche Vertrag enthält kein ausdrückliches Recht auf Asyl und ist dabei sogar eher einschränkend, s. Art. 5 Abs. 1 und Art. 16.¹⁰⁷ Erst durch das vierte Zusatzprotokoll sowie in Teilen durch das siebte Zusatzprotokoll wurden Rechte positiviert. Zuvor beruhte ein entsprechender Schutz auf der sich fortentwickelnden Rechtsprechung des EGMR.¹⁰⁸ Dieser Umstand wird vom EGMR wiederholt erwähnt.¹⁰⁹

2. Rhetorische Konstruktion des Andersseins in der Rechtsprechung

Dass Fälle, die Asyl betreffen, anders behandelt werden, wird durch die Betonung des vermeintlichen Andersseins deutlich.¹¹⁰ Hierbei wird ihre Besonderheit hervorgehoben, ohne dass explizit erläutert wird, erstens auf welche Art anders und zweitens anders als wer Asylsuchende zu behandeln sind.¹¹¹ Rhetorisch bemerkenswert ist die Hervorhebung des EGMR, dass kein expliziter Schutz für Menschen auf der Flucht gewährleistet ist, die Staaten aber trotzdem ihren Verpflichtungen nachkommen müssen, obwohl der Kontext Asyl besonders sei und Migration und Grenzkontrolle in der Entscheidungsmacht der Staaten liegen.¹¹² Mithin ist mit das Erste, was der EGMR in den Fällen feststellt, dass es keinen expliziten Schutz oder ein Recht auf Asyl gibt und die Staaten souverän ihre Grenzkontrollen durchführen sollten.¹¹³ Dass zunächst die Souveränität des Staates betont wird und nicht das möglicherweise verletzte Recht des Schutzsuchenden, spricht erneut für die Andersbehandlung

von Migration, da der EGMR in anderen Kontexten sehr wohl zunächst auf das Recht eingeht.¹¹⁴ Somit ist der Schutz von Asylsuchenden prekär; er soll nur in außergewöhnlichen Umständen möglich und fortwährend beschränkt sein, während Maßnahmen wie Inhaftierung von Migrierenden in Asylkontexten normalisiert werden.¹¹⁵ Die Rechtsprechung des EGMR kann so gelesen werden, dass sie in Fällen zu Asyl und Migration zurückhaltend bezüglich des Schutzes ist und den Staaten einen großen Entscheidungsspielraum lässt.¹¹⁶

3. Menschenrechte v. staatliche Souveränität: ein schiefer Balanceakt

Der EGMR fundiert die *culpability* in *ND* und *NT* gegen *Spanien* damit, dass die Schutzsuchenden in einer im Voraus geplanten Operation unter Gewaltanwendung einreisen,¹¹⁷ was ein trügerisches¹¹⁸ Narrativ unterstreicht, das Migrierende pauschal als gewalttätige Akteur*innen konstruiert und ihnen eine geplante massenhafte Eindringung nach Europa unterstellt.¹¹⁹ Rhetorisch werden Asylsuchende durchweg als Gegner oder Bedrohung der staatlichen Interessen deklariert,¹²⁰ ohne dass zuvor eine gesonderte und sorgfältige Prüfung erfolgt, ob sie die öffentliche Sicherheit eines Staates gefährden. Dies unterstreicht den Widerspruch zwischen menschenrechtlichen Verpflichtungen und dem souveränen Anspruch der Staaten,¹²¹ ihre Grenzen zu kontrollieren sowie den Umgang mit jenen, die diese Grenzen überqueren wollen.¹²² Wenn zwei widersprüchliche und parallele Verpflichtungen dieselben Menschen betreffen, ist also bei der Umsetzung der Verpflichtungen zu vermuten, dass eine priorisiert wird,¹²³ während der anderen nicht gerecht wird. Dies ist eine Abwendung von der Klassifizierung von Asylsuchenden – vor allem solcher, die eine schwierige Reise hinter sich haben oder inhaftiert sind – als besonders vulnerabel¹²⁴ und schutzbedürftig, die auch vom EGMR entwickelt wurde. Die unzureichende rechtliche Fundierung ihrer positiven Besonderheit¹²⁵ in der EMRK birgt die Gefahr, dass ein politischer Wandel und die Aberkennung dieser Außergewöhnlichkeit¹²⁶ zu einem erheblichen Abbau des Schutzrahmens führen könnte, ohne dass dem rechtlich wirksam begegnet werden kann.¹²⁷

¹⁰⁶ *Bianku*, in: Çali/Ders./Motoc (Hrsg.) (Fn. 30), S. 86 ff.

¹⁰⁷ *Feihle* (Fn. 101), S. 133 ff.

¹⁰⁸ *Feihle* (Fn. 101), S. 133 ff.

¹⁰⁹ S. z.B. EGMR, Urt. v. 30.10.1991, *Vilvararajah and Others v. The United Kingdom*, Series A Nr. 215, § 102.

¹¹⁰ EGMR, Urt. v. 30.10.1991, *Vilvararajah and Others v. The United Kingdom*, Series A Nr. 215, § 102; *Feihle* (Fn. 101), S. 149.

¹¹¹ EGMR, Urt. v. 30.10.1991, *Vilvararajah and Others v. The United Kingdom*, Series A Nr. 215, § 102; *Feihle* (Fn. 101), S. 149.

¹¹² *Dembour*, *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, 2015, S. 504; EGMR, Urt. v. 30.10.1991, *Vilvararajah and Others v. The United Kingdom*, Series A Nr. 215, § 102; *Feihle* (Fn. 101), S. 149.

¹¹³ *Feihle* (Fn. 101), S. 135, 149.

¹¹⁴ *Dembour* (Fn. 112).

¹¹⁵ *Feihle* (Fn. 101), S. 150.

¹¹⁶ *Baumgart*, *Effektiver Schutz nationaler Minderheiten durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte?*, S. 227 f.

¹¹⁷ EGMR (GK), Urt. v. 13.2.2020, *N.D. and N.T. v. Spain*, No. 8675/15 and 8697/15, §§ 206 ff.

¹¹⁸ *Adema/Alipour*, *Steigert Migration die Kriminalität? Ein datenbasierter Blick*, 2025, <https://www.ifo.de/DocDL/sd-2025-digital-03-adema-alipour-migration-kriminalitaet.pdf>.

¹¹⁹ *Pichl/Schmalz* (Fn. 10).

¹²⁰ *Dembour* (Fn. 112), S. 504.

¹²¹ *Ippolito/Pérez González*, in: Çali/Bianku/Motoc (Hrsg.) (Fn. 30), S. 138 ff.

¹²² *Benhabib*, *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*, 2004, S. 2.

¹²³ *Dembour* (Fn. 112), S. 504.

¹²⁴ *Turković* (Fn. 40), S. 106 ff.

¹²⁵ *Feller*, RSQ 4/2005, 27 (28 ff.).

¹²⁶ *Fassin*, in: Pasquetti/Sanyal (Hrsg.), *Displacement: Global conversations on refuge*, 2020, S. x ff.

¹²⁷ *Motomura*, in: Benhabib/Shachar (Hrsg.) (Fn. 14), S. 32 ff.

4. Narrative der *culpability*: eine kollektive Schuldzuschreibung statt individuellen Schutzes

Die Besonderheit des Schutzes bei Asyl wird auch durch die Schuld- oder Wissenszuweisung deutlich, die den Betroffenen nicht bei der Abwägung und Verhältnismäßigkeit, sondern schon beim Schutzbereich negativ zugerechnet wird. Bspw. wurde im Fall *Omoregie gegen Norwegen* kein Recht auf Familie gemäß Art. 8 gewährleistet, weil die Betroffenen bei Gründung ihrer Familie¹²⁸ wussten, dass der Aufenthaltsstatus unsicher war.¹²⁹ Die vorangegangene Analyse zeigt, dass Art. 4 Prot. 4 bei der illegalen Einreise als Konsequenz einer vermeintlichen Schuld eingeschränkt wird, wenn legale Einreisewege möglich wären. Dieses schuldhaftes Verhalten wird direkt in die Definition der Kollektivität einbezogen, um diese abzulehnen. Insofern wird die vermeintliche *culpability* der Beschwerdeführenden in der Definition der betroffenen Rechte zu ihrer Ablehnung angewandt.¹³⁰ Es ist festzustellen, dass der EGMR ein Anderssein der Schutzsuchenden annimmt. Dies lässt zu, dass eine maßgebliche Verantwortungsverlagerung auf sie vorgenommen wird. Dadurch ist ihr Schutz gemindert.

II. *Culpability* als schutzminderndes Kriterium in der Rechtsprechung

Es stellt sich die Frage, ob die Berücksichtigung von *culpability* als schutzminderndes Kriterium in der Rechtsprechung geeignet ist, die Rechte aus Art. 4 Prot. 4 und Art. 5 einzuschränken, oder ob sie als unzulässig einzustufen ist, was eine manifeste Unzulässigkeit der Drittstaatenauslagerung im Lichte der EMRK nach sich ziehen würde.

1. Unschärfe des Begriffs – strategische Vagheit?

Der EGMR definiert die *culpability* nicht. Anstelle dessen treten Verweise auf Fälle, die aufzeigen sollen, dass der EGMR kein neues Konzept zur Einschränkung oder Rechtfertigung bei Verletzungen von Rechten aus der EMRK entwickelt.¹³¹ Dies erscheint logisch, da die Einschränkung in Einklang mit der sprachlichen Zurückhaltung des EGMR in einer eher subtilen Weise zum Ausdruck gebracht wird, ohne zu benennen, dass es sich um eine neue Beschränkung handelt.¹³² Jedoch erwähnt der EGMR, dass ein Verhalten dann unter *culpable conduct* fällt, wenn legale Einreise-

möglichkeiten nicht genutzt werden, eine Anzahl an Menschen ihre Anzahl nutzt, um Grenzen zu überqueren, sich nicht angemessen ausweist oder Gewalt anwendet.¹³³ Wenn es um die Drittstaatenauslagerung geht, ist davon auszugehen, dass die Betroffenen der Externalisierung ihre Fluchtwege ähnlich antreten werden wie die Beschwerdeführer, denen *culpable conduct* vorgeworfen wurde.¹³⁴ Dadurch, dass nicht abschließend definiert ist, was die *culpability* ist, sie jedoch vom EGMR durch Verweise auf Fälle wie *ND und NT gegen Spanien* und *Khlaifia u.a. gegen Italien* zitierbar ist, lässt sich vermuten, dass *culpable conduct* sich ausweiten und auf verschiedene weitere Verhaltensweisen oder Umstände von Asylsuchenden übertragen lässt, ohne dass die *culpability* konkretisiert wird.

Mithin bleibt die Bedeutung und Reichweite der *culpability* unklar¹³⁵ und damit ausweitbar, weshalb davon auszugehen ist, dass dies auch bei der Drittstaatenauslagerung relevant ist, sei es bei dem Akt der Externalisierung, die eine Kollektivausweisung oder eine Umgehung der Kollektivausweisung gemäß Art. 4 Prot. 4 darstellen könnte, oder der Unterbringung, die eine *de facto* Inhaftierung entgegen Art. 5 aufzeigt.

2. Realitätsverkenennung bei illegaler Einreise als Grundlage für Schuldzuschreibung

Externalisierungsprozesse in der Migration bzw. zu ihrer Verhinderung kennen CoE-Staaten wie Italien schon.¹³⁶ Nicht nur die Zahl an Zurückweisungen im Widerspruch zum *Refoulement*-Verbot sind gestiegen, sondern auch die Methoden, um Migration zu verhindern, bevor Asylsuchende Staatsgebiet erreichen.¹³⁷ Das heißt also, dass Staaten außerhalb ihres Gebietes versuchen, illegale Einreisen zu vermeiden und damit auch nach einer Lesart ihre Grenzen externalisieren.¹³⁸ Die Ausweitung der Externalisierung von Migrationskontrollen und repressive Formen der Zurückweisung an Grenzen wachsen.¹³⁹ Dabei ist auffällig, dass bei den Strategien der CoE-Staaten, illegale Reisewege zu vernichten, parallel die Immigration, die nicht unbedingt irregulär oder illegal ist, generell verhindert wird.¹⁴⁰ In der Rechtssache *ND und NT gegen Spanien* sowie in Fällen, in denen auf sie verwiesen wird, wird der EGMR dafür kritisiert, dass er nicht ausreichend geprüft

¹²⁸ Caroni, Privat- und Familienleben zwischen Menschenrecht und Migration. Eine Untersuchung zu Bedeutung, Rechtsprechung und Möglichkeiten von Art. 8 EMRK im Ausländerrecht, 1998, S. 171 ff.

¹²⁹ Costello (Fn. 73), S. 80.

¹³⁰ Feihle (Fn. 101), S. 152.

¹³¹ EGMR (GK), Urt. v. 13.2.2020, N.D. and N.T. v. Spain, No. 8675/15 and 8697/15, § 200.

¹³² EGMR (GK), Urt. v. 13.2.2020, N.D. and N.T. v. Spain, No. 8675/15 and 8697/15, § 200; *Dembour* (Fn. 112), S. 504; *Feihle* (Fn. 101), S. 149; *Pichl/Schmalz* (Fn. 10).

¹³³ EGMR (GK), Urt. v. 13.2.2020, N.D. and N.T. v. Spain, No. 8675/15 and 8697/15, §§ 200 ff.

¹³⁴ S. Biehler, Schriftliche Stellungnahme zum Prüfauftrag über die Feststellung des Schutzstatus von Geflüchteten unter Achtung der Genfer

Flüchtlingskonvention und der Europäischen Menschenrechtskonvention auch in Transit- oder Drittstaaten, 2024, S. 4, https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2024/mpk/mpk-drittstaat_stellungnahme-biehler.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

¹³⁵ Thym, Kippt in Brüssel das individuelle Asylrecht? EU-Kommission für legale „Pushbacks“ an den EU-Außengrenzen, 2025, <https://verfassungsblog.de/kippt-in-brussel-das-individuelle-asylrecht/>.

¹³⁶ Tammone (Fn. 86), S. 90 f.

¹³⁷ FitzGerald, Refuge beyond Reach: How Rich Democracies Repel Asylum Seekers, 2019, S. 9; Tammone (Fn. 86), S. 90 f.

¹³⁸ Shachar (Fn. 1), S. 4 ff.; FitzGerald (Fn. 137); Tammone (Fn. 86).

¹³⁹ Pichl/Schmalz (Fn. 10).

¹⁴⁰ ECCHR (Fn. 86).

habe, ob die legale Einreise für die Klagenden überhaupt möglich wäre.¹⁴¹ Neben dieser Prüfung muss jedoch zudem in Betracht gezogen werden, dass Staaten legale Einreisemöglichkeiten einschränken, da sie häufig Migration als Ganzes oder zu einem gewissen Grad vermeiden wollen oder dies in Kauf nehmen.¹⁴² Dies bedeutet, dass Schutzsuchenden negativ angerechnet wird, dass sie legale Möglichkeiten nicht nutzen, obwohl die Staaten in diesem Fall erneut verantwortlich sind für die Ausmerzungen solcher Wege. Zwar wird angebracht, dass das Urteil des EGMR für die Staaten als Motivation gesehen werden könne, um legale Einreisewege bereit zu stellen.¹⁴³ Allerdings ist wegen unzureichender oder ungenauer Prüfung seitens des Gerichts hinsichtlich der Möglichkeit solcher Einreisewege für die betroffenen Menschen auf der Flucht nicht davon auszugehen, dass dies einen erheblichen Schutz für diese darstellen würde. Stattdessen ist die Existenz legaler Wege ein Verweis für Staaten, weshalb an anderen Stellen ein Verstoß gegen das Kollektivausweisungsverbot aus Art. 4 Prot. 4 gerechtfertigt wäre. Aus Art. 4 Prot. 4 selbst ergibt sich das Konstrukt der *culpability* folgerichtig nicht.

3. Schutzminderung durch Verantwortungsverlagerung bei Einzelfallprüfung und Beweislast

Die angemessene Einzelfallprüfung ist sowohl für Art. 4 Prot. 4 als auch Art. 5 relevant. Sie ist notwendig, damit das Merkmal der Kollektivität im Sinne des Art. 4 Prot. 4 nicht gegeben ist. Daneben ist eine gesonderte Prüfung der Umstände nötig, damit eine Inhaftierung nicht als willkürlich im Sinne des Art. 5 gilt. Der EGMR senkt dabei die Anforderungen an die Einzelfallprüfung. Beschwerdeführenden wird die Verantwortung gegeben, Nachweise zur Unanfechtbarkeit aufzubringen,¹⁴⁴ also aufzuzeigen, warum ein unzureichendes Identifikationsverfahren *ex post* vorlag. Es ist ungewiss, ob den Asylsuchenden, die sich gezwungen fühlen, eine Reise aufzunehmen, die in einer illegalen Grenzüberschreitung mündet, möglich ist, rechtlich effektiv dagegen anzugehen. Dass die Anforderungen für die Prüfung also gesenkt werden, gleichzeitig aber Schutzsuchende die Beweislast tragen, kann dazu führen, dass Menschenrechtsverletzungen dem EGMR nicht wirksam zugeleitet werden können. Auch die Tatsache, dass die Menge an Schutzsuchenden zu ihren Ungunsten gewertet wird, ist fragwürdig. Denn eine große Anzahl an Asylsuchenden

kann darauf hinweisen, dass diese durch schwerwiegende Umstände zur Migration gezwungen und daher also besonders schutzbedürftig sind. Als Grundlage für das Konstrukt der *culpability* eignet sich dieses Argument somit nicht.

An all diesen Fällen ist erkennbar, dass die Schutzsuchenden für die Situation, in der sie sich befinden, verantwortlich gemacht werden. Mit dieser Vorgehensweise ist es zunächst schlüssig, dass die Konsequenzen auch auf ihnen lasten. Dem EGMR kann dabei vorgeworfen werden, dass er die strukturell limitierten Optionen der Menschen auf der Flucht verkennt.¹⁴⁵ Aufgrund der Lage, in der sich Schutzsuchende befinden, können sie sich nicht in einer Weise verhalten, die im Sinne des EGMR als weniger *culpable* gilt, da ihr Handeln von struktureller Ungleichstellung¹⁴⁶ bestimmt ist, die außerhalb ihres autonomen Einflussbereichs liegt.¹⁴⁷

4. Culpability als unzulässige Einschränkung von Art. 4 Prot. 4 und Art. 5

Die vorangegangene Analyse zeigt auf, dass durch das Konstrukt der *culpability* eine implizite Vorverurteilung vorgenommen wird, die im Lichte der EMRK nicht zulässig ist. Wer illegal einreist, verliert gewisse Rechte, obgleich die Anwendung der EMRK-Rechte nicht von der Einreise abhängig gemacht werden darf. Das läuft dem Telos von Art. 4 Prot. 4 zuwider, da dieser die kollektive Ausweisung unabhängig vom späteren Flüchtlingsstatus verbietet. Wenn also die *culpability* angenommen wird, schränkt das Art. 4 Prot. 4 fundamental in seinem Kern¹⁴⁸ ein.

Das Einreiseverhalten, einschließlich der Menge an Schutzsuchenden, die teilweise gemeinsam anreisen, wird ihnen zu Last gelegt, wenn es um die Verantwortung der Behörden geht, sie angemessen unterzubringen. Die Umstände der *de facto* Inhaftierung allein sind meist schon ausreichend, um die Verletzung von Art. 5 zu bejahen. Die Anzahl der Schutzsuchenden als Art der *culpability* ihrerseits, um die willkürliche oder unwürdige Unterbringung zu rechtfertigen, ist nicht nur ein widersinniges Konstrukt, es unterläuft auch den ausführlichen und systematischen Art. 5. Die Konstruktion führt zu einer faktischen Andersbehandlung Schutzsuchender, deren Begründung nicht aus der EMRK zu schließen ist.

¹⁴¹ *Hakiki/Rodrik* (Fn. 10), S. 4 ff., 16.

¹⁴² *ECCHR* (Fn. 86).

¹⁴³ *Feihle* (Fn. 101), S. 153.

¹⁴⁴ *Hakiki/Rodrik* (Fn. 10), S. 5 ff.

¹⁴⁵ *Dembour* (Fn. 112), S. 504.

¹⁴⁶ *Dembour* (Fn. 112), S. 504.

¹⁴⁷ Die Aussage intendiert, die Realität von Flucht- und Migrationsprozessen darzustellen, ohne die Asylsuchenden zu infantilisieren oder ihnen

ihre *Agency* absprechen zu wollen. S. weiterführend *Mégret* (Fn. 14), S. 90 ff.; *Mutua*, HILJ 2001, 201 (203 f.) und zum Begriff der Menschenrechte *Rajagopal*, *International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance*, 2009, S. 171 ff.

¹⁴⁸ Vgl. *Zöls* (Fn. 29), S. 3 ff.; *Kritzman-Amir/Spijkerboer*, HHRJ 2013, 1 (5 ff.).

Eine Verwässerung der Einzelfallprüfung – namentlich durch sehr niedrige Anforderungen, bei denen Vulnerabilitäten nicht festgestellt werden können, Schutzsuchende die Situation nicht ausreichend verstehen, selbst argumentieren müssen, welche Behandlung sie erhalten sollten, oder schlicht ihr Auslassen wegen vermeintlich schuldhaften Verhaltens – lässt sich auch auf die Idee der *culpability* zurückführen. Das führt zu Verletzungen des Kollektivausweisungsverbots aus Art. 4 Prot. 4 und erfüllt die Bedingungen der Willkür, die nach Art. 5 untersagt ist, und führt folglich auch zu Verletzungen von Art. 5.

Die *culpability* und Verantwortungsverlagerung, die die Rechtsprechung entwickelt, ist kein genügendes Konstrukt, das sich aus Art. 4 Prot. 4 und Art. 5 ergibt und ihre Verletzung negieren, rechtfertigen oder entschuldigen kann.

III. Effektivität menschenrechtlicher Garantien als Maßstab für die Drittstaatenauslagerung

Der EGMR selbst betont, dass die Rechte der EMRK nicht theoretisch und illusorisch, sondern praktisch und effektiv sein müssen.¹⁴⁹ Dass die Rechte in der Praxis gewährleistet werden und nicht bloß symbolisch sind,¹⁵⁰ ist also verpflichtend und auch für das Prinzip der Drittstaatenauslagerung, einschließlich der Schutzsuchenden, unabdingbar. Mithin läuft die negative Anrechnung der vermeintlichen Schuld und die Verantwortungsverlagerung auf die Beschwerdeführenden der EMRK zuwider. Dies bedeutet, dass davon ausgegangen werden kann, dass der EGMR weiterhin Rechte aus der EMRK verwässert, namentlich Art. 4 Prot. 4 und Art. 5, die bei der Drittstaatenauslagerung verletzt werden.

F. Externalisierung der Asylpolitik: politische Motivationen, rechtliche Herausforderungen und die Rolle des EGMR

Es stellt sich nun die Frage, wie sich die Bewertung der Drittstaatenauslagerung entwickeln wird. Neben der juristischen Analyse der Rechtsprechung darf dabei nicht der Kontext der Migrations- und Asylpolitik vergessen werden. Die Regelungen zum Verbleib in Zielstaaten und zur Ver-

hinderung weiterer Migration nach Europa sind politisch umstritten und werden perspektivisch Gegenstand der Rechtsprechung des EGMR sein.¹⁵¹ Deshalb ist es unabdingbar, die politische Entwicklung Europas, die Externalisierungsprozesse fördert, im Zusammenspiel mit dem EGMR und seiner Rechtsprechung zu betrachten.

I. Politische Motivation der Drittstaatenauslagerung

1. Beweggründe für die Externalisierung

Festzuhalten ist zunächst, dass hinter der Drittstaatenauslagerung eine asylsuchendenfeindliche Gesinnung steckt.¹⁵² Die Politik, die die Drittstaatenauslagerung unterstützt, möchte Migration vermeiden und nicht zulassen, dass potentielle Asylsuchende ihr Staatsgebiet erreichen.¹⁵³ Der Diskurs um die Drittstaatenauslagerung ist von einer populistischen und nationalistischen Idee geprägt.¹⁵⁴ Diese wird in CoE-Staaten immer stärker und beeinflusst ganz Europa.¹⁵⁵ Das Ziel der Drittstaatenauslagerung soll generell die Abschreckung sein.¹⁵⁶ Die Ineffektivität der Abschreckung¹⁵⁷ kann rechtlich und somit im Rahmen dieser Arbeit dahinstehen. Dagegen unterstreicht das Ziel der Abschreckung, dass es bei der Drittstaatenauslagerung nicht vordergründig um die würdige Behandlung der Schutzsuchenden geht.

Der Einwand, dass die Drittstaatenauslagerung wegen des vermeintlichen Abschreckungscharakters zu weniger irregulärer Migration und somit weniger Toten führen könnte,¹⁵⁸ überzeugt weiterhin nicht. Er zeigt allenfalls, dass das Sterben von Schutzsuchenden auf der Flucht als Konsequenz ihrer vermeintlichen Entscheidung, irregulär einzureisen, gesehen wird. Wenn das Ziel der Staaten die Vermeidung von toten Flüchtenden wäre, würde dies sich nämlich durch effektive Rettungsmaßnahmen statt Grenzschutzmaßnahmen äußern, was offensichtlich nicht der Fall ist.¹⁵⁹

Die Externalisierung der Asylgesuche kann somit als Zusammenarbeit von Ziel- und Drittstaaten zur Verhinderung von Migration und der daraus resultierenden Verantwortung gesehen werden, die zur kooperativen Abschreckung und systematischen Abstoßung dient.¹⁶⁰

¹⁴⁹ EGMR, Urt. v. 9.10.1979, *Airey v. Irland*, No. 6289/73, § 24.

¹⁵⁰ Baade, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als Diskurswächter. Zur Methodik, Legitimität und Rolle des Gerichtshofs im demokratisch-rechtsstaatlichen Entscheidungsprozess, 2017, S. 25.

¹⁵¹ Çali/Cunningham, in: Çali/Bianku/Motoc (Hrsg.) (Fn. 30), S. 159 ff.

¹⁵² Vgl. Adam/Hess, Fortified Nationalism. Racializing Infrastructures and the Authoritarian Transformation of the Body Politic. A Field Trip to the Bifurcated Polish/EU Border Regime, 2023, <https://movements-journal.org/issues/11.ukraine/05.adam,hess--fortified-nationalism.html>; Biehler (Fn. 134), S. 3 ff.; Endres de Oliveira (Fn. 43); Pro Asyl, Haftlager an den Außengrenzen und Abschiebungen in Drittstaaten: Ist das die Zukunft?, 2023, <https://www.proasyl.de/news/haftlager-an-den-aussen-grenzen-und-abschiebungen-in-drittstaaten-ist-das-die-zukunft/>.

¹⁵³ Biehler (Fn. 134), S. 3 ff.; Engler (Fn. 68); Ahlhaus, in: Benhabib/Shachar (Hrsg.) (Fn. 14), S. 266.

¹⁵⁴ Benhabib/Shachar, in: Dies. (Hrsg.) (Fn. 14), S. 2 f.; Pro Asyl (Fn. 152).

¹⁵⁵ Adam/Hess (Fn. 152); Pro Asyl (Fn. 152).

¹⁵⁶ Biehler (Fn. 134), S. 5; Endres de Oliveira (Fn. 43).

¹⁵⁷ Biehler (Fn. 134), S. 5; Endres de Oliveira (Fn. 43).

¹⁵⁸ Knaus, Stellungnahme zu Migrationsabkommen mit Sicheren Drittstaaten, 2024, S. 2, https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2024/mpk/mpk-drittstaat_stellungnahme-knaus.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

¹⁵⁹ Rodríguez Sánchez et al., Sci Rep 2023; Amnesty International, Retten verboten, 2023, <https://www.amnesty.de/informieren/amnesty-journal/europa-migration-seenotrettung-aktivismus-resqship-iuventa-crew-emergency-response-center-el-hiblu-3-retten-verboten>; Bachelet, OHCHR, Lethal Disregard, S. 7 ff., 2021, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Migration/OHCHR-thematic-report-SAR-protection-at-sea.pdf>.

¹⁶⁰ Nicolosi (Fn. 1), S. 6.

2. Vom Recht zum Risiko:

Drittstaatenauflagerung als System zur Umgehung menschenrechtlicher Verpflichtungen

Der CoE selbst identifiziert Populismus in seinen Staaten als Herausforderung für Menschenrechte¹⁶¹ und Migration als dessen einfaches Ziel.¹⁶² Es ist davon auszugehen, dass diese politische Entwicklung Europas zu noch mehr Leid und entrechtender Behandlung an den Außengrenzen Europas führen wird.¹⁶³ Denn sie stellt nicht die Befolgung von Menschenrechten, sondern die Ausgrenzung, Inhaftierung und Abschiebung von Asylsuchenden in CoE-Staaten in den Mittelpunkt ihres Ansatzes.¹⁶⁴ Anstatt sich wirksam mit den Ursachen von Flucht und den Menschen, die fliehen, auseinanderzusetzen, werden ebendiese Menschen, die Schutz suchen, selbst zum Problem erklärt.¹⁶⁵

In dem Bestreben, Migration wie die Asylsuchender einzudämmen, üben Staaten Mechanismen aus, um die Migrationskontrollen zu externalisieren, was auch die Anwendung von Menschenrechtsgarantien verhindern kann.¹⁶⁶ Italiens Politikwechsel zu Grenzmaßnahmen nach *Hirsi Jamaa u. a. gegen Italien* verdeutlicht exemplarisch, wie Externalisierungsmaßnahmen dazu beitragen können, staatliche Verantwortung nach der EMRK zu umgehen und zugleich die Möglichkeit Schutzsuchender, rechtlich gegen Menschenrechtsverletzungen vorzugehen, erschweren.¹⁶⁷ Durch die Auflagerung von Asylgesuchen auf andere Staaten wird das Konzept der Grenze durch seine Externalisierung auf die Schutzsuchenden direkt übertragen,¹⁶⁸ die dadurch in einen Zustand der Rechtlosigkeit geraten können.¹⁶⁹

Summa summarum kann die Drittstaatenauflagerung dazu dienen, menschenrechtliche Verpflichtungen der Zielstaaten zu umgehen, indem die Entstehung der Pflichten gegenüber Asylsuchenden verhindert wird, da unter anderem Territorium und Gerichtsbarkeit Grundlage für die Anwendung der EMRK sind.¹⁷⁰ Zwar bleibt die EMRK wegen der effektiven Kontrolle¹⁷¹ der Zielstaaten auf die Drittstaaten-

auslagerung anwendbar, allerdings kann eine immer stärkere Externalisierung von Asylgesuchen als systematischer Schritt gesehen werden, um die Menschenrechte Schutzsuchender zu umgehen. Das ist nicht nur gefährlich für die betroffenen Asylsuchenden, sondern kann auch die Legitimität des Völkerrechtssystems unterminieren.¹⁷²

II. Rechtsprechung im Wandel: der EGMR unter politischem Druck

1. Kontextualisierung der Rechtsprechung in politischer Realität

Wie der EGMR selbst betont, ist es nicht möglich, Recht außerhalb seines Kontextes zu analysieren.¹⁷³ Dieser Kontext und seine Umstände sind aktuell rechtspopulistisch geprägt.¹⁷⁴ Die Abneigung gegenüber der Migration nach Europa, die im politischen Diskurs kundgetan wird, stammt zu einem großen Teil aus der Abneigung gegen das vermeintliche Anderssein der Migrierenden.¹⁷⁵ Dass der EGMR also stets wiederholt, wie anders der Kontext Migration ist, ist nicht überraschend. Staaten stellen oft die Sicherheit ihres Landes der Migration gegenüber.¹⁷⁶ Der EGMR existiert wie das Recht, das er analysiert, auch in einem Kontext. Durch nationalistischere Züge in der Politik ist der Druck auf den EGMR angestiegen, Migration und seine menschenrechtlichen Implikationen unter der souveränen Kontrolle der Staaten einzuordnen.¹⁷⁷ Wenn dieser jene Annahme der Unterordnung nicht bestätigt, könnte seine Autorität infrage gestellt werden. Populistische Bewegungen weisen grundsätzlich nationalistische Züge auf¹⁷⁸ und die politischen Bestimmungen, die darunter eingebracht werden, schränken vor allem Grundrechte ein, was im internationalen Kontext die Menschenrechte betrifft.¹⁷⁹ Rhetorik wie provokante Statements können die Autorität des EGMR auch unterlaufen und beeinflussen, ohne dass die Staaten juristische Wege einleiten, um diese einzuschränken.¹⁸⁰

¹⁶¹ Krieger, EJIL 2019, 971 (972).

¹⁶² Rede des CoE Secretary General, Understanding Populism and Defending Europe's Democracies: The Council of Europe in 2017, 2017, s. CoE, Populism - How strong are Europe's checks and balances? Secretary General 2017 report on democracy, human rights and the rule of law in Europe, 2017, <https://www.coe.int/en/web/portal/-/populism-how-strong-are-europe-s-checks-and-balances->.

¹⁶³ Böhlo et al., Republikanischer Anwältinnen- und Anwälteverein, e.V.: Das Recht auf Schutz darf nicht abgeschafft werden. Offener Brief von Rechtsanwält*innen und Jurist*innen, 2023, <https://www.rav.de/publikationen/mitteilungen/mitteilung/das-recht-auf-schutz-darf-nicht-abgeschafft-werden-949>.

¹⁶⁴ Böhlo et al. (Fn. 163).

¹⁶⁵ Böhlo et al. (Fn. 163).

¹⁶⁶ FitzGerald (Fn. 137), S. 9; Nicolosi (Fn. 1), S. 2, 6.

¹⁶⁷ Pijnenburg, NILR 2024, 59 (84).

¹⁶⁸ Shachar (Fn. 1), S. 33 ff.

¹⁶⁹ Gündoğdu, in: Benhabib/Shachar (Hrsg.) (Fn. 14), S. 176; s. weiterführend Arendt, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft, 11. Aufl. 2013, S. 607 ff.

¹⁷⁰ FitzGerald (Fn. 137), S. 9; Pijnenburg (Fn. 167), S. 84.

¹⁷¹ EGMR (GK), Urt. v. 8.7.2004, Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia, No. 48787/99, §§ 392, 394; EGMR (GK), Urt. v. 7.7.2011, Al-Skeini and Others v. United Kingdom, No. 55721/07, § 149; EGMR (GK), Urt. v. 23.2.2012, Hirsi Jamaa and Others v. Italy, No. 27765/09, §§ 81, 169 ff., 175 ff.

¹⁷² Ochoa, in: Benhabib/Shachar (Hrsg.) (Fn. 14), S. 248 ff.

¹⁷³ EGMR (GK), Urt. v. 15.12.2016, Khlaifia and Others v. Italy, No. 16483/12, § 185.

¹⁷⁴ Böhlo et al. (Fn. 163).

¹⁷⁵ Brems, in: Çali/Bianku/Motoc (Hrsg.) (Fn. 30), S. 196.

¹⁷⁶ Benhabib (Fn. 122), S. 2.

¹⁷⁷ Madsen, in: Aust/Demir-Gürsel (Hrsg.) (Fn. 101), S. 39.

¹⁷⁸ Krieger (Fn. 161), S. 981.

¹⁷⁹ Krieger (Fn. 161), S. 982.

¹⁸⁰ Vgl. Krieger (Fn. 161), S. 987 f.

2. Souveränität contra Menschenrechte als Gefahr für den EGMR

In CoE-Staaten ist konkret in Bezug auf die Drittstaaten-auslagerung und Migration Kritik am EGMR gefallen und Diskussionen zum Austritt, um die EMRK nicht mehr befolgen zu müssen und die migrationspolitischen Ziele umsetzen zu können, wurden eingeleitet.¹⁸¹ In Großbritannien wird überdies versucht, Ruanda als sicheren Staat zu erklären, wodurch die Möglichkeit der Einstufung seitens des EGMR unterbunden werden würde.¹⁸² Durch Umgehung des Völkerrechts kann förmlich am Recht festgehalten, aber gegen dessen Zweck verstoßen werden.¹⁸³ Dies spricht auch dafür, dass die europäischen Staaten selbst erkennen, dass ihre Maßnahmen gegen Migration und Asyl den Menschenrechten zuwiderlaufen.

Neben der Umgehung des Völkerrechts ist auch eine direkte Herabsetzung von Völkerrechtsdurchsetzungsinstrumenten durch Hinterfragen ihrer Glaubwürdigkeit möglich. Bezeichnend dafür ist auch der in diesem Jahr erschienene sog. Brief der Neun,¹⁸⁴ in dem CoE-Staaten dem EGMR vorwerfen, seine Kompetenzen auszudehnen und dadurch den vermeintlich berechtigten Ermessens- und Handlungsspielraum der Staaten bei Asyl- und Deportationsfragen zu stark einzuschränken. Dabei plädieren sie für eine andere Auslegung der EMRK und werfen dabei vermeintliche mangelnde Integration, Straffälligkeit der Asylsuchenden und sicherheitspolitische Anliegen auf.¹⁸⁵ Parallel versuchen sie also in ihrer Politik, auf die Rechtsprechung des EGMR Einfluss zu nehmen.¹⁸⁶ Insbesondere der Brief der Neun kann als expliziter Versuch gewertet werden, den EGMR in seiner Rolle als Schutzkörper für Menschenrechte zu schwächen, weniger effektiv zu machen und ggf. sogar seine Vertrauenswürdigkeit in Frage zu stellen.

3. Drittstaaten-auslagerung als rechtlich gestützte Politikstrategie

Damit die Entscheidungen des EGMR ernst genommen und umgesetzt werden, kann es also sein, dass der EGMR seine Entscheidungen bezüglich Migration auch im Lichte der politischen Leitlinie der Staaten entwickelt. Das wird weiterhin dadurch untermauert, dass Veränderungen im poli-

tischen Umfeld und Diskurs sich auf das Völkerrecht auswirken, indem sie einen Rahmen vorgeben,¹⁸⁷ in dem Richter*innen Annahmen über seine Entwicklungen und mithin der Auslegung der EMRK formulieren. Niedrigere Schutzstandards bei der Drittstaaten-auslagerung und für Asylsuchende, einschließlich einer Verlagerung der Beweislast, wie sie der EGMR aufstellt, finden auch zunehmend Anklang in der nationalen rechtlichen Umsetzung unter Rechtspopulisten¹⁸⁸ und nun der deutschen Regierung¹⁸⁹.

Da es in der europäischen Politik eine stetige Entwicklung gibt, die sich mit immer mächtigeren Maßnahmen gegen den Schutz von Asylsuchenden und für die Drittstaaten-auslagerung einsetzt,¹⁹⁰ ist eine parallele Entwicklung auch in der Rechtsprechung des EGMR zu erwarten. Im Sinne einer Schadensbegrenzung könnte die Einleitung restriktiver Maßnahmen durch den EGMR durch die Absenkung der Einzelfallprüfungsstandards oder die Beweislastumkehr im Ergebnis dazu beitragen, dass Staaten nicht über die Gerichtsbarkeit des EGMR hinaus externalisieren, was in noch schwerwiegenderen Menschenrechtsverstößen münden könnte.

III. Backlash gegen Menschenrechte: Auswirkungen für Asylsuchende

Das Völkerrecht und seine Entwicklung sind stark davon abhängig, wie die Weltpolitik und internationale Ordnung wahrgenommen werden. Anders als im nationalen Recht wird es oft durch Auslegungen vieler verschiedener Beteiligter geprägt, weswegen sich bestimmte Entwicklungen nur als Trends beschreiben lassen, deren Durchsetzungsfähigkeit wiederum stark davon abhängt, wie das politische Umfeld insgesamt eingeschätzt wird.¹⁹¹

Der EGMR folgt aktuell verstärkt der nationalistischer werdenden Politik Europas. Daraus lässt sich jedoch noch nicht abschließend ableiten, dass eine neue Rechtsprechungslinie etabliert wird, die einen paradigmatischen Wandel im europäischen Menschenrechtsschutz darstellt oder das Verhältnis zwischen nationaler Souveränität¹⁹² und universellen Menschenrechten neu definiert. Dabei ist zu betonen, dass ein sog. *Backlash* gegen Menschenrechte auch zu einer genaueren Untersuchung führen kann, wenn es um ihre

¹⁸¹ Aust/Krieger, Die allerneueste deutsche Angst ist Bindungsangst. Auch eine Zeitenwende: Bei deutschen Politikern wird es Mode, Völkerrecht und Europarecht schlechtzureden, 2025, <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/so-wenden-sich-deutsche-politiker-vom-völkerrecht-ab-110277132.html>; Angenendt et al., SWP-Aktuell 12/2024, 1 (5); Dickinson, Brexit Wars part II: Tories plot British exit from Europe's human rights treaty. Right-wing Conservatives want Britain out of the European Convention on Human Rights., 2023, <https://www.politico.eu/article/brexit-tories-rishi-sunak-european-convention-on-human-rights/>.

¹⁸² Angenendt et al. (Fn. 181), S. 5.

¹⁸³ Búzás, EJIR 2017, 857 (862 ff.).

¹⁸⁴ Presidenza del Consiglio dei Ministri, Lettera aperta dei Primi Ministri di nove Paesi europei sulla necessità di discutere e riconsiderare l'applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo 2025, https://www.governo.it/sites/governo.it/files/Lettera_aperta_22052025.pdf.

¹⁸⁵ Hilpold, Challenging Strasbourg. The May 2025 Letter and the Pushback Against the European Court of Human Rights, 2025, <https://verfassungsblog.de/may-2025-letter-and-the-pushback-against-the-european-court-of-human-rights/>.

¹⁸⁶ Aust, in: Ders./Demir-Gürsel (Hrsg.) (Fn. 101), S. 3.

¹⁸⁷ Krieger (Fn. 161), S. 988 f.

¹⁸⁸ BT-Drucks. 19/30963.

¹⁸⁹ CDU, CSU und SPD, Verantwortung für Deutschland. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD. 21. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages, 2025, S. 92 ff., https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag2025_bf.pdf; Thym (Fn. 9).

¹⁹⁰ Pro Asyl (Fn. 152); ECCHR (Fn. 86); Thym (Fn. 9).

¹⁹¹ Krieger (Fn. 161), S. 988 f.

¹⁹² Ippolito/Pérez González (Fn. 121), S. 138 ff.

Verletzung geht, und ihnen mehr Aufmerksamkeit schenken kann.¹⁹³ Womöglich sollte die aktuelle Rechtsprechung des EGMR als nicht zu gewichtig und negativ gegenüber der Menschenrechtsumsetzung und -durchsetzung interpretiert werden.¹⁹⁴ Dafür spricht überdies, dass der EGMR auch im Bereich des Asylrechts eine Rechtsprechung zum Schutz von Asylsuchenden entwickelte, indem er den Grundsatz des *living instrument*¹⁹⁵ anwendet,¹⁹⁶ und so den Schutz dynamisch ausgestaltete, die über ausdrücklich in der EMRK verankerte Rechte hinausgeht.¹⁹⁷ Dazu gehört insbesondere auch die sorgfältige Ausarbeitung der besonderen Schutzbedürftigkeit von Asylsuchenden wegen ihrer Vulnerabilität.¹⁹⁸ Trotz Widerstands der Staaten und Kritik am EGMR war er vor der restriktiven Verschiebung in seiner Interpretation der Konvention dynamischer als von Staaten gewollt,¹⁹⁹ weshalb eine Rückbesinnung nicht ausgeschlossen werden kann.

Auch der Umstand, dass der EGMR seine Rechtsprechung zugunsten von Asylsuchenden nur nach und nach und nicht von Anfang an entwickelte,²⁰⁰ spricht dafür, dass Wandel in der Rechtsprechung weitgehend üblich ist. Womöglich wird der EGMR seine jetzige Priorisierung von staatlicher Souveränität über die Menschenrechte von Schutzsuchenden an Grenzen in der Zukunft für nicht haltbar erkennen.²⁰¹ Lehnt der EGMR die Anwendung der *culpability* ab, stellt er zugleich Menschenrechtsverletzungen fest.²⁰² Internationale Verträge wie die EMRK können dabei als beständig verstanden werden.²⁰³

Abhängig von der weiteren politischen Entwicklung bzw. davon, ob der EGMR eine Rückkehr auf seine alte Rechtsprechungslinie anbahnen wird, könnte er die rechtsdogmatisch unpräzise *culpability* aufgeben. Somit könnte er Externalisierungsprozesse wie die Drittstaatenauslagerung als menschenrechtswidrig erklären.

G. Fazit

Im Ergebnis zeigt die Analyse, dass die Externalisierung von Asylgesuchen in Drittstaaten und ihre zunehmende Normalisierung nicht nur rechtlich, sondern auch normativ und politisch erhebliche Spannungsfelder aufwerfen, die wiederum die Interpretation der EMRK beeinflussen. Diese verlangt einen effektiven und individualisierten Schutz der betroffenen Personen, der durch pauschale Überstellungen in Drittstaaten strukturell gefährdet wird. Die Kollektivausweisung und *de facto* Inhaftierung sind als systemische Bedingungen der Externalisierung von Asylgesuchen in Drittstaaten zu verstehen. Durch das Konstrukt der *culpability*, also einer Verantwortungsverlagerung auf die Schutzsuchenden, werden die Rechte aus Art. 4 Prot. 4 und Art. 5 durch den EGMR nicht in dem Maß berücksichtigt, das zur effektiven Wahrung des Konventionsschutzes erforderlich wäre. Das birgt die Gefahr, dass die Externalisierung von Asylgesuchen als zulässig anerkannt wird, obwohl sie nicht mit der EMRK im Einklang steht.

Es bedarf einer Rückbesinnung auf menschenrechtliche Kernprinzipien, um die Glaubwürdigkeit und Wirksamkeit des europäischen Schutzsystems zu erhalten. Dem EGMR kommt hierbei als Schutzorgan der Menschenrechte eine zentrale Rolle zu, konsequent die Rechte der Asylsuchenden zu wahren, die durch pauschale Auslagerung von Asylgesuchen und Schutzverantwortung gefährdet sind. Nur so kann gewährleistet werden, dass die Menschenrechte von Schutzsuchenden nicht zu einer inhaltsleeren Formel verkommen,²⁰⁴ sondern konkrete Schutzverpflichtungen der Mitgliedstaaten begründen. Die Behandlung von Asylgesuchen in Drittstaaten ist im Lichte der EMRK nicht zulässig. Dem EGMR kommt nun die Verantwortung zu, im Rahmen seiner Rechtsprechung klarzustellen, dass pauschalisierende Externalisierungspraktiken mit den Anforderungen der EMRK unvereinbar sind und die Schutzverantwortung der Vertragsstaaten nicht relativiert werden darf.

¹⁹³ Vinjamuri, in: Hopgood/Snyder/Dies. (Hrsg.), Human Rights Futures, 2017, S. 116 f.

¹⁹⁴ Aust (Fn. 186), S. 6 ff.

¹⁹⁵ Bjorge, HRLJ 2017, 243 (243 ff.).

¹⁹⁶ Siehe z.B. die Anwendung von Art. 3 in EGMR (GK), Urt. v. 21.1.2011, M.S.S. v. Belgium and Greece, §§ 250 ff.

¹⁹⁷ Feihle (Fn. 101), S. 133 ff.; Demir-Gürsel, in: Aust/Dies. (Hrsg.) (Fn. 101), S. 254 f.

¹⁹⁸ Turković (Fn. 40), S. 106 ff., 114 f.

¹⁹⁹ Demir-Gürsel, (Fn. 197), S. 254 f.

²⁰⁰ Dembour, in: Çali/Bianku/Motoc (Hrsg.) (Fn. 30), S. 20 ff.

²⁰¹ Oviedo Moreno, A Painful Slap from the ECtHR and an Urgent Opportunity for Spain, 2020, <https://verfassungsblog.de/a-painful-slap-from-the-ecthr-and-an-urgent-opportunity-for-spain/>.

²⁰² Schmalz, EGMR im Kampf um rechtsstaatliche Asylverfahren in Europa. Der Fall M.D. u.a. gegen Ungarn, 2024, <https://verfassungsblog.de/der-egmr-im-kampf-um-rechtsstaatliche-asylverfahren-in-europa>.

²⁰³ Nußberger, The European Court of Human Rights, 2020, S. 2.

²⁰⁴ Dembour (Fn. 200), S. 19.

Morsal Nilofar Azizi*

Fehlerquellen im Zwischenverfahren und alternative Verfahrensgestaltung

Das Zwischenverfahren wird im deutschen Strafprozess häufig auf eine rein formale Prüfung der Anklageschrift – etwa im Hinblick auf ihre Zulässigkeit und formgerechte Abfassung – reduziert, obwohl es mehrere entscheidende Fehlerquellen birgt, die die Entstehung von Fehlurteilen begünstigen können.

Dieser Beitrag zeigt, dass insbesondere die personelle Identität zwischen Eröffnungs- und Hauptverhandlungsgericht sowie kognitive Verzerrungen, etwa der confirmation bias oder der Perseveranzeffekt, das Risiko von Fehlurteilen erheblich erhöhen. Zudem bleibt die Kontrollfunktion des Zwischenverfahrens aufgrund eingeschränkter richterlicher Aufklärungsmöglichkeiten und begrenzter Verteidigungsrechte strukturell defizitär. Ein rechtsvergleichender Blick auf US-amerikanische Modelle wie die *grand jury* und die *preliminary hearings* offenbaren, dass strukturelle Reformen zur Fehlervermeidung beitragen könnten. In Anbetracht dessen plädiert dieser Beitrag für eine Reform des Zwischenverfahrens, die die Unabhängigkeit des Eröffnungsrichters stärkt, Verteidigungsrechte ausbaut und eine differenzierte Prüfung der Verdachtslage gewährleistet.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	144
B. Funktionen des Zwischenverfahrens	145
I. Verdachtskontrolle	145
II. Zuständigkeitsbestimmung, Fixierung des Verfahrensgegenstandes und das Recht auf rechtliches Gehör	145
III. Bedeutung und Notwendigkeit des Zwischenverfahrens	146
IV. Zwischenfazit	146
C. Fehlerquellen im Zwischenverfahren	146
I. Personelle Identität	147
1. Kognitive Verzerrungsprozesse	147
2. Übertragung auf das Zwischenverfahren	148
3. Empirische Bestätigung durch „Mannheimer Untersuchungen“ von Schünemann	150
4. Zwischenfazit	151
II. Richterliche Kontrollfunktion – Eine methodisch und sachlich unabhängige Prüfung?	151
1. Begrenzter Aufklärungsumfang des Gerichts	151
2. Unzureichende Verteidigungsmöglichkeiten	151
III. Zwischenfazit	152

D. Alternative Verfahrensgestaltungen	152
I. Die <i>grand jury</i>	152
1. Darstellung des Verfahrens	152
2. Bewertung	153
II. <i>Preliminary hearings</i>	154
1. Darstellung des Verfahrens	154
2. Bewertung	154
III. Schlüsselpunkte der Untersuchung	154
E. Fazit	155

A. Einleitung

Fehlurteile, die schwerwiegendste Verfehlung im Strafprozess, sind ein großes Betrübnis für das Ideal richterlicher Wahrheitsfindung. Sie treten auf, wenn die Tatsachenfeststellungen des Gerichts in wesentlichen Punkten von der Wirklichkeit abweichen und so die Schuld- oder Rechtsfolgenfrage fehlerhaft beantwortet wird.¹ Solche Fehlentscheidungen haben gravierende Konsequenzen, insbesondere dann, wenn sie zulasten des Angeklagten gehen. In diesen Fällen versagen die Kontrollmechanismen der betroffenen Instanz des Strafverfahrens. Obwohl Fehlurteile historisch untrennbar mit der Justiz verbunden sind, bleibt ihre Minimierung eine zentrale Aufgabe der Strafrechtswissenschaft. Doch wie können Fehlurteile wirksam verhindert werden? Um Fehlurteile zu verhindern, müssen in einem ersten Schritt die Fehlerquellen im Strafverfahren identifiziert werden. In diesem Kontext werden dem Ermittlungsverfahren und dem Hauptverfahren traditionell besonders große Aufmerksamkeit geschenkt. Diese Phasen gelten als die entscheidenden Momente des Strafverfahrens.² Dem Zwischenverfahren³ als Abschnitt zwischen der Anklageerhebung und der Eröffnung des Hauptverfahrens wird häufig zu wenig Aufmerksamkeit gewidmet. Es wird deshalb auch als „Mauerblümchen“ des Strafprozesses bezeichnet.⁴ In der Praxis spielt das Zwischenverfahren nur eine untergeordnete Rolle. Doch könnte genau dieser Abschnitt des Verfahrens eine Schlüsselposition einnehmen, um die Ursachen für die Entstehung von Fehlurteilen aufzudecken. Welche Fehlerquellen stecken im Zwischenverfahren, die sich im Hauptverfahren auswirken und zu Fehlurteilen führen können? Welche alternativen Verfahrensgestaltungen sind zu deren Prävention denkbar?

* Die Autorin studiert Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin im 8. Fachsemester. Die Seminararbeit entstand im Rahmen des Seminars „Fehlurteile im Strafverfahren – Post-Conviction Innocence Clinic“ bei Univ.-Prof. Dr. Carsten Momsen und Dr. Aneta Leszczynska.

¹ Vgl. Drenkhahn/Kölbel/Momsen, MschrKrim 2023, 135 (136).

² Jehle, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2013, 220 (224).

³ Zum Begriff *Ritscher*, in: Graf-StPO, 5. Aufl. 2025, § 199 Rn. 2.

⁴ Koch, StV 2002, 222 (222).

B. Funktionen des Zwischenverfahrens

Bevor mögliche Fehlerquellen im Zwischenverfahren analysiert werden können, ist es zunächst erforderlich, dessen Funktionen und Bedeutung zu erklären.

I. Verdachtskontrolle

Das Zwischenverfahren, auch als Eröffnungsverfahren⁵ bezeichnet, dient primär der gerichtlichen Überprüfung des von der Staatsanwaltschaft bereits bejahten hinreichenden Tatverdachts.⁶ § 203 StPO legt dabei den Maßstab fest, nach dem die richterliche Prüfung der von der Staatsanwaltschaft aufgestellten Verdachtshypothese erfolgt.⁷ Entscheidungsmaß bildet mithin der hinreichende Tatverdacht, für dessen Bejahung erforderlich ist, dass die Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung zum Zeitpunkt der Eröffnungsentscheidung höher ist als die Wahrscheinlichkeit eines Freispruchs, basierend auf einer vorläufigen Bewertung der Tat.⁸ Die gerichtliche Überprüfung endet dabei entweder mit der Eröffnung des Hauptverfahrens und der Zulassung der Anklage (§ 207 StPO), mit der Ablehnung der Eröffnung (§ 204 StPO) oder mit einer teilweisen Zulassung bzw. Modifizierung der Anklage (§ 207 Abs. 2 StPO), wobei das Eröffnungsgericht zur besseren Aufklärung der Sache einzelne Beweiserhebungen anordnen kann, vgl. § 202 StPO. Ziel ist damit eine sowohl „quantitative“ als auch „qualitative“ Prüfung der von der Staatsanwaltschaft vorgelegten Beweise.⁹ Die „Ermittlungskompetenz“ des Gerichts ist insoweit begrenzt, als sie einen Bezug zur Eröffnungsentscheidung haben muss.¹⁰ Die gerichtliche Überprüfung soll damit über eine reine Plausibilitätskontrolle hinausgehen. Das Eröffnungsgericht bewertet die Beweislage eigenständig und kann zu einem anderen Ergebnis als die Staatsanwaltschaft gelangen.¹¹ Die von der Staatsanwaltschaft vorgenommene Bewertung im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums entfaltet gegenüber dem Gericht im Zwischenverfahren keine Bindungswirkung.¹² Dies soll eine unabhängige und sorgfältige Kontrolle durch das Eröffnungsgericht gewährleisten. Das Zwischenverfahren übernimmt aus diesem Grund die Funktion eines „Filters“.¹³ Zugleich soll es einerseits den Angeschuldigten vor den sozialen und emotionalen Belastungen einer unberechtigten Hauptverhandlung bewahren, andererseits die Justiz vor unnötigem Ressourcenaufwand schützen, indem ein aufwendiges und kostenintensives Verfahren vermieden

wird.¹⁴ Damit trägt das Zwischenverfahren sowohl zur Wahrung der Rechte des Angeschuldigten als auch zur Effizienz des Strafprozesses bei.¹⁵ Da der hinreichende Tatverdacht im Falle eines Eröffnungsbeschlusses nicht ausdrücklich festgestellt, im Falle einer Ablehnung jedoch ausdrücklich verneint wird, spricht man in diesem Zusammenhang von einer „negativen Kontrollfunktion“.¹⁶

II. Zuständigkeitsbestimmung, Fixierung des Verfahrensgegenstandes und das Recht auf rechtliches Gehör

Zudem erfüllt das Zwischenverfahren drei weitere wichtige Funktionen im Rahmen des Strafverfahrens: Es eröffnet dem Angeschuldigten erstmals die Möglichkeit, zu dem ihm zur Last gelegten Tatvorwurf Stellung zu beziehen und diesem entgegenzutreten.¹⁷ Dies spiegelt den Grundgedanken des rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG wider.¹⁸ Der Anspruch auf rechtliches Gehör verpflichtet das Gericht, die Ausführungen des Betroffenen zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Er gewährleistet damit, dass der Angeschuldigte nicht bloß Objekt staatlichen Strafverfolgungshandelns ist, sondern in die Entscheidungsfindung einbezogen wird.¹⁹ Gerade im Zwischenverfahren bedeutet dies, dass der Angeschuldigte durch die Möglichkeit zur Stellungnahme Einfluss auf die Frage nehmen kann, ob das Hauptverfahren überhaupt eröffnet wird (§ 203 StPO). Zum anderen wird in diesem Verfahrensabschnitt sowohl das zuständige Gericht als auch der Gegenstand des Verfahrens endgültig festgelegt und der zu behandelnde Sachverhalt gegenüber anderen Ereignissen abgegrenzt.²⁰ Dadurch wird das Recht auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG betont und das Hauptverfahren von der Klärung grundlegender Fragen befreit.²¹ Dieses Grundrecht verpflichtet den Staat, bereits im Voraus durch abstrakt-generelle Normen festzulegen, welches Gericht in welchem Fall zuständig ist, um Manipulationen oder eine willkürliche Auswahl des Richters im konkreten Verfahren auszuschließen.²² Das Zwischenverfahren stellt durch die endgültige Bestimmung von Gericht und Verfahrensgegenstand sicher, dass das Hauptverfahren vor dem gesetzlich vorgesehenen Richter geführt wird und nicht nachträglich durch eine unzulässige Zuständigkeitsänderung beeinflusst werden kann.

⁵ Stuckenberg, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl. 2018, § 199 Rn. 1.

⁶ Wickel, Das Strafprozessuale Zwischenverfahren, 2021, S. 33.

⁷ Wickel (Fn. 6), S. 34.

⁸ BGH NJW 1970, 1543 (1544); Nierwetberg, NSTZ 1989, 212 (212); Ritscher (Fn. 3), § 203 Rn. 4; Schneider, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 203 Rn. 3; Wenske, in: MüKo-StPO, 2. Aufl. 2024, § 203 Rn. 13.

⁹ Momsen/Washington, in: FS Eisenberg, 2019, S. 453 (453).

¹⁰ Heghmanns, Das Zwischenverfahren im Strafprozeß, 1991, S. 58.

¹¹ Eisenberg, in: Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. 2017, Rn. 749.

¹² Wenske (Fn. 8), § 199 Rn. 3.

¹³ Koch, StV 2002, 222 (223); Mavany, JA 2015, 488 (489); Pfeiffer, in: StPO, 5. Aufl. 2005, §§ 198, 199 Rn. 1; Ritscher (Fn. 3), § 199 Rn. 2.

¹⁴ Paeffgen, in: SK-StPO, Band IV, 6. Aufl. 2024, Vor § 198 Rn. 11; Vormbaum, ZIS 2015, 328 (329).

¹⁵ Nierwetberg, NSTZ 1989, 212 (212); Stuckenberg (Fn. 5), Vor § 198 Rn. 12; Wenske (Fn. 8), § 199 Rn. 4.

¹⁶ Paeffgen (Fn. 14), Vor § 198 Rn. 11.

¹⁷ Paeffgen (Fn. 14), Vor § 198 Rn. 11.

¹⁸ Schneider (Fn. 8), § 199 Rn. 5; Wenske (Fn. 8), § 199 Rn. 20.

¹⁹ BVerfGE 107, 395, (408 ff.); Radtke, in: BeckOK-GG, 62. Edition 2025, Art. 103 Rn. 7; Wickel (Fn. 6), S. 36.

²⁰ Wickel (Fn. 6), S. 37 f.

²¹ Paeffgen (Fn. 14), Vor § 198 Rn. 15.

²² Morgenthaler (Fn. 19), Art. 101 Rn. 11 f.

III. Bedeutung und Notwendigkeit des Zwischenverfahrens

Der Gesetzgeber ist in der Gestaltung des Strafverfahrens in den Grenzen der verfassungsrechtlichen Rechtmäßigkeitsanforderung grundsätzlich frei.²³ Im Hinblick auf mögliche Reformen stellt sich daher die Frage, welche verfassungsrechtliche Rolle dem Zwischenverfahren zukommt. Ob ein Zwischenverfahren zwischen Ermittlungs- und Hauptverfahren verfassungsrechtlich erforderlich ist, wird unterschiedlich beurteilt.

Einige sehen in der richterlichen Kontrolle des hinreichenden Tatverdachts im Übergang vom Ermittlungs- in das Hauptverfahren eine zwingende Notwendigkeit.²⁴ Begründet wird dies unter anderem normativ mit der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG.²⁵ Danach gewährleistet die gerichtliche Kontrolle im Zwischenverfahren einen effektiven Rechtsschutz gegen eine unberechtigte Anklageerhebung und trägt zugleich zu einem innerprozessualen Kontrollsystem bei.²⁶ Demgegenüber wird die Ansicht vertreten, dass das Zwischenverfahren verfassungsrechtlich nicht zwingend geboten sei.²⁷

Zur Begründung wird angeführt, dass die Erhebung der Anklage durch die Staatsanwaltschaft für sich genommen noch keinen Eingriff in Rechte des Beschuldigten darstellt und daher schon kein Anspruch auf gerichtliche Kontrolle nach Art. 19 Abs. 4 GG besteht.²⁸ Ein Rechtsschutzbedürfnis entsteht vielmehr erst durch spätere gerichtliche Entscheidungen, gegen die der Beschuldigte hinreichende Rechtsmittel zur Verfügung hat.²⁹ Das Zwischenverfahren gewährt nach dieser Ansicht damit bereits mehr Schutz, als die Verfassung voraussetzt, weil es bereits einen vorgelagerten präventiven Rechtsschutz eröffnet.³⁰

Ein wichtiger Aspekt für die erste Ansicht ist jedoch, dass das strafprozessuale Hauptverfahren ein erheblicher Eingriff in die Grundrechte des Angeklagten ist, insbesondere in das Recht auf persönliche Freiheit (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) sowie in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). Das Freiheitsgrundrecht ist betroffen, weil mit der Durchführung des Hauptverfahrens regelmäßig die Möglichkeit freiheitsentziehender Maßnahmen wie Untersuchungshaft oder anschließender Strafhaft einhergeht. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht wird berührt, da bereits die öffentliche Anklage und die damit verbundene Stigmatisierung sowie die prozessuale Durchleuchtung der persönlichen Lebensumstände tiefgreifend in die individuelle Selbstbestimmung eingreifen.³¹ Der

Übergang vom Ermittlungs- zum Hauptverfahren, bei dem der Angeschuldigte zum Angeklagten wird (vgl. § 157 StPO), ist daher ein schwerwiegender Eingriff.³² Das bedeutet, dass der Eintritt in das Hauptverfahren als Schwelle nicht ohne weitere verfassungsrechtliche Prüfung und materielle Einschränkungen erfolgen darf. Der Grundrechtseingriff wird dabei durch die sogenannte „Justizpflicht“ legitimiert, die den Beschuldigten verpflichtet, sich dem Strafverfahren zu stellen.³³ Diese Pflicht, ist jedoch in zweifacher Hinsicht durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begrenzt: Zum einen erfordert dieser Grundsatz, dass eine spezifische Schwelle überschritten wird, bevor das Hauptverfahren eingeleitet werden kann. Diese Schwelle ist die Bestätigung des durch die Staatsanwaltschaft angenommenen hinreichenden Tatverdachts. Zum anderen folgt aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 20 Abs. 3 GG), dass die Bestätigung vor der Eröffnung des Hauptverfahrens durch einen unabhängigen Richter erfolgt. Nur so kann verhindert werden, dass der Angeklagte durch ein unverhältnismäßiges Hauptverfahren in seinen Grundrechten (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) ungerechtfertigt belastet wird.³⁴ Nur wenn diese verfassungsrechtlichen Grundanforderungen erfüllt sind, kann die Grundrechtsbelastung für den Beschuldigten, ausgelöst durch die Einleitung eines strafrechtlichen Hauptverfahrens, gerechtfertigt werden. Daraus folgt, dass die richterliche Prüfung des hinreichenden Tatverdachts vor der Eröffnung des Hauptverfahrens eine verfassungsrechtlich unverzichtbare Mindestanforderung darstellt.

IV. Zwischenfazit

Das Zwischenverfahren nimmt eine entscheidende Rolle als Bindeglied zwischen Ermittlungs- und Hauptverfahren ein, indem es grundlegende Prinzipien wie den Schutz der Beschuldigtenrechte und die Effizienz der Justiz vereint. Damit kommt dem Zwischenverfahren eine unverzichtbare Funktion als Kontrollinstanz im Strafprozess zu. Es zielt auf die Bewahrung der Verhältnismäßigkeit von durch im Hauptverfahren ausgelösten Eingriffen in die Grundrechte des Angeklagten ab.

C. Fehlerquellen im Zwischenverfahren

Basierend auf dieser Einordnung sind die konkreten Einflussfaktoren des Zwischenverfahrens auf das Hauptverfahren näher auszuführen und die sich daraus ergebenden Fehlerquellen aufzuzeigen.

²³ Wickel (Fn. 6), S. 49.

²⁴ Ernst, Das gerichtliche Zwischenverfahren nach Anklageerhebung, 1986, S. 20 ff.; Heghmanns (Fn. 10), S. 70; Wickel (Fn. 6), S. 51 f.

²⁵ Heghmanns (Fn. 10), S. 66 ff.

²⁶ Ernst (Fn. 24), S. 20 ff.; Heghmanns (Fn. 10), S. 70.

²⁷ Michler, Der Eröffnungsbeschluss im Strafverfahren, 1989, S. 129 ff.

²⁸ Michler (Fn. 27), S. 130 ff.

²⁹ Michler (Fn. 27), S. 130 ff.

³⁰ Michler (Fn. 27), S. 133.

³¹ Zu diesem Abschnitt: Heghmanns (Fn. 10), S. 62; Wickel (Fn. 6), S. 55 ff.

³² Wickel (Fn. 6), S. 62.

³³ Gaede, ZStW 129 (2017), 911, (922 ff.); Köhler, ZStW 107 (1995), 10, (22 f.); Wickel (Fn. 6), S. 65 ff.

³⁴ Zu dem Absatz Wickel (Fn. 6), S. 71 ff.

I. Personelle Identität

Zunächst wird die Frage thematisiert, wie die personelle Identität des Richters im Zwischen- und Hauptverfahren potenziell Einfluss auf die Entscheidung am Ende des Strafverfahrens nehmen kann. Dabei entscheidet über die Eröffnung des Hauptverfahrens stets das Gericht, das auch für die Hauptsache zuständig wäre; im Zwischenverfahren wirken dabei nur die Berufsrichter mit, während Schöffen erst in der Hauptverhandlung hinzugezogen werden.

1. Kognitive Verzerrungsprozesse

Der Strafprozess endet gemäß § 261 StPO mit einem Urteil, das auf der Überzeugung des Richters basiert. Diese Überzeugung bildet sich der Richter im Verlauf des Verfahrens durch die Aufnahme, Verarbeitung und Strukturierung der ihm vorgelegten Informationen.³⁵ Daher wird der Strafprozess häufig auch als Erkenntnisprozess bezeichnet.³⁶ Die Überzeugung soll sich der Richter nach der gesetzlichen Konzeption ausschließlich im Verlauf der Hauptverhandlung durch die dortige Beweisaufnahme bilden.³⁷ Gleichwohl beginnt der Erkenntnisprozess faktisch bereits früher: Im Zwischenverfahren setzt sich der Richter erstmals mit der Strafsache auseinander.³⁸ Das Zwischenverfahren ist mithin Ausgangspunkt der Informationsaufnahme. Gerade dieses Spannungsfeld zwischen der gesetzlichen Vorgabe, dass die Überzeugungsbildung ausschließlich in der Hauptverhandlung erfolgt, und der faktischen Vorbefassung des Richters im Zwischenverfahren birgt die Gefahr, dass frühzeitig aufgenommene Informationen die spätere Beurteilung unbewusst beeinflussen und somit als potenzielle Fehlerquelle wirken.

Um die personelle Identität als Fehlerquelle im Zwischenverfahren zu verstehen, ist es daher notwendig, psychologische Erkenntnisse über menschliche Wahrnehmung und Informationsverarbeitung zu berücksichtigen. Denn die Art und Weise, wie Informationen aufgenommen, gefiltert und interpretiert werden, hat erheblichen Einfluss auf die Urteilsbildung.³⁹ Zunächst werden daher Erkenntnisse aus der Psychologie erläutert, um anschließend deren Bedeutung für das Zwischenverfahren darzustellen.

a) Der *primacy-effect*

Der *primacy-effect* beschreibt das Phänomen, dass anfangs wahrgenommene Informationen besonders gut aufgenommen, gesondert verarbeitet und langfristig im Gedächtnis behalten werden.⁴⁰ Dies liegt daran, dass die ersten Eindrücke als Ausgangspunkt für die Verarbeitung aller weiteren Informationen dienen.⁴¹ Infolgedessen neigt der Mensch dazu, nachfolgende Eindrücke mit dem ersten Eindruck zu vergleichen und diese in Übereinstimmung zu bringen.⁴²

b) Die Theorie der kognitiven Dissonanz

Die Theorie der kognitiven Dissonanz beschreibt den inneren Konflikt, der entsteht, wenn neue Informationen mit bereits bestehenden Überzeugungen oder Entscheidungen im Widerspruch stehen.⁴³ Menschen verarbeiten daher Informationen unterschiedlich, je nachdem, in welcher Reihenfolge sie sie erhalten.⁴⁴ Dies geschieht oft dadurch, dass widersprüchliche Informationen ignoriert oder abgelehnt werden, während solche, die die ursprüngliche Entscheidung unterstützen, verstärkt wahrgenommen werden.⁴⁵ Der Mensch strebt also danach, sein Wissen in einem widerspruchsfreien Zustand zu halten, indem eine selektive Wahrnehmung der Informationen stattfindet. Im Folgenden wird auf zwei Effekte eingegangen, die die verschiedenen Mechanismen beschreiben, wie Individuen die objektive Sachlage einordnen, um ihre kognitiven Dissonanzen zu reduzieren.

aa) Der *Inertia-* oder *Perseveranzeffekt*

Ein Mechanismus zur Herstellung von Widerspruchsfreiheit ist der sogenannte *Inertia-Effekt* (auch *Perseveranzeffekt* genannt).⁴⁶ Der Effekt beschreibt die Neigung von Menschen, an ihren bestehenden Überzeugungen festzuhalten, selbst wenn neue Informationen diese infrage stellen.⁴⁷ Nach einer getroffenen Entscheidung sinkt die Wahrscheinlichkeit, dass neue Informationen unvoreingenommen bewertet werden.⁴⁸ Besonders widersprüchliche Informationen werden dann oft abgewertet oder ignoriert.⁴⁹ In extremen Fällen kann dieser Effekt dazu führen, dass einmal gefasste Ansichten nahezu immun gegen neue, diese widerlegende Informationen werden.⁵⁰ Das menschliche Gehirn strebt also in anderen Worten danach, eingehende Wahrnehmungen der zuvor gebildeten Vorstellung möglichst anzupassen.

³⁵ Ellbrück, KriPoZ 2022, 355 (356).

³⁶ Sommer, Effektive Strafverteidigung, 5. Auflage 2023, Kap. 2 Rn. 25; Wickel (Fn. 6), S. 90.

³⁷ Eisenberg (Fn. 11), Rn. 98.

³⁸ Ellbrück, KriPoZ 2022, 355 (356); Wickel (Fn. 6), S. 90.

³⁹ Vgl. Wickel (Fn. 6), S. 33.

⁴⁰ Abele-Brehm, in: Handbuch der Sozialpsychologie und Kommunikationspsychologie, Bd. 3, 2003, S. 397.

⁴¹ Fischer/Wiswede, Grundlagen der Sozialpsychologie, 3. Aufl. 2009, S. 250.

⁴² Fischer/Wiswede (Fn. 41), S. 250.

⁴³ Sommer (Fn. 36), Kap. 2 Rn. 133.

⁴⁴ Sommer (Fn. 36), Kap. 2 Rn. 133.

⁴⁵ Momen/Washington (Fn. 9), S. 466.

⁴⁶ Heghmanns, in: Heghmanns/Scheffler, Handbuch zum Strafverfahren, 2008, 2 VI, Rn. 138; Wickel (Fn. 6), S. 92.

⁴⁷ Wickel (Fn. 6), S. 92 f.

⁴⁸ Schünemann, Gesammelte Werke Bd. 3: Strafprozessrecht und Strafprozessreform, 2020, S. 235.

⁴⁹ Zu diesem und dem vorangegangenen Satz siehe Mavany, JA 2015, 488 (489); Sommer (Fn. 36), Kap. 2 Rn. 135.

⁵⁰ Momen/Washington (Fn. 9), S. 467.

bb) Das Prinzip der selektiven Informationssuche und confirmation bias

Ein weiterer Mechanismus, der dazu beiträgt, die Dissonanzen zu reduzieren, ist die selektive Informationssuche. Menschen neigen dazu, aktiv nach Informationen zu suchen, die ihre bereits akzeptierte Hypothese bestätigen, und nehmen diese stärker wahr. Informationen, die der Hypothese widersprechen, werden hingegen ignoriert und nicht gesucht.⁵¹ Der *confirmation bias* beschreibt die Tendenz, an einer getroffenen Entscheidung festzuhalten und sie zu verteidigen. Besonders stark ist diese Neigung, wenn die Entscheidung bereits öffentlich gemacht wurde.⁵²

2. Übertragung auf das Zwischenverfahren

Aus strafprozessualer Sicht stellt sich die Frage, wie diese psychologischen Erkenntnisse auf das Zwischenverfahren übertragen werden können und weshalb die personelle Identität eine Fehlerquelle im Zwischenverfahren darstellt. Im Zentrum der Kritik stehen zwei Aspekte: Zum einen, dass nach geltendem Recht der Richter des Zwischenverfahrens auch das Hauptverfahren leitet, sofern ein Eröffnungsbeschluss ergeht, (§ 199 Abs. 1 StPO). Zum anderen wird die Verurteilungsprognose des Eröffnungsrichters (§ 203 StPO) problematisiert: Sie stützt sich im Wesentlichen auf die Ermittlungsakte der Staatsanwaltschaft, also auf eine einseitige Informationslage, die bereits die Erwartung einer Verurteilung nahelegt. Psychologische Effekte wie *primacy*- und *inertia*-Phänomene verstärken diese Tendenz, sodass früh gebildete Einschätzungen die Wahrnehmung und Gewichtung später vorgebrachter, insbesondere entlastender Beweise in der Hauptverhandlung unbewusst verzerren. Hinzu kommt, dass die enge institutionelle Zusammenarbeit zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft dazu führen kann, dass das Gericht die Verdachtshypothese der Staatsanwaltschaft eher übernimmt, statt sie neutral zu überprüfen. In Kombination mit der personellen Identität des Eröffnungs- und Tatrichters erhöht dies die Gefahr einer voreingenommenen Beurteilung.

a) Die Vorbefassung des Eröffnungsrichters als Risiko für die Unvoreingenommenheit in der Hauptverhandlung

Bereits bei der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens muss ein hinreichender Tatverdacht festgestellt werden.⁵³ *De facto* bedeutet dies, dass der zuständige Richter im Zwischenverfahren eine Hypothese über den möglichen Ausgang des Strafverfahrens bilden muss. Genau hier wird die Problematik der kognitiven Dissonanz deutlich:

Das Gericht der Hauptverhandlung beschäftigt sich mit den Thesen, deren Hypothesen bereits im Zwischenverfahren prognostisch bestätigt wurden.⁵⁴ Diese Vorprägung beeinflusst nicht nur das Gericht selbst, sondern auch die Wahrnehmung des Verfahrens von außen.⁵⁵ Es stellt sich daher die Frage, ob im Zwischenverfahren tatsächlich noch von einer „vorläufigen Entscheidung“⁵⁶ gesprochen werden kann, denn bereits im Zwischenverfahren wird eine erste Erwartung über den Verfahrensausgang formuliert, die durch psychologische Effekte wie den Bestätigungsfehler (*confirmation bias*) und den Perseveranzeffekt verstärkt wird.⁵⁷ Diese Mechanismen bergen die Gefahr, dass das Gericht dazu neigt, seine frühere Entscheidung zu bestätigen, anstatt sie im Lichte neuer Beweise kritisch zu hinterfragen.⁵⁸ Dabei fordert § 261 StPO vom Richter, eine Trennung zwischen dem Zwischen- und Hauptverfahren vorzunehmen und den Eröffnungsbeschluss bei der Urteilsfindung außer Betracht zu lassen.⁵⁹

Weiterhin ist festzuhalten, dass dem Gericht in der Hauptverhandlung zwar nach § 244 Abs. 2 StPO ein weitergehender Untersuchungsgrundsatz zur Verfügung steht, um die Beweise umfassend zu erheben und zu überprüfen; gleichwohl können die bereits im Zwischenverfahren entstandenen psychologischen Verzerrungen die Art und Weise beeinflussen, wie das Gericht diesen Aufklärungsauftrag wahrnimmt – etwa indem es bestimmten Ermittlungsrichtungen stärker nachgeht oder andere vernachlässigt.⁶⁰ Dadurch wird die Objektivität der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung beeinträchtigt. Insgesamt stellt die frühzeitige Auseinandersetzung des Gerichts mit dem Fall im Zwischenverfahren daher eine „unvermeidbare gedächtnispsychologische“ Gefahr für die Unvoreingenommenheit dar, da die ersten Eindrücke des Gerichts die Bewertung im späteren Hauptverfahren beeinflussen können.⁶¹

b) Einseitige Erkenntnisbasis als Problem für die Verurteilungsprognose

Dem Zwischenverfahren liegt als Erkenntnisbasis die Akte zugrunde, anhand derer die Staatsanwaltschaft bereits die Anklageerhebung begründet.

Dass die Staatsanwaltschaft eine Verurteilung für wahrscheinlicher hält, ergibt sich bereits aus dem Umstand der Anklageerhebung, für die ein hinreichender Tatverdacht zu begründen ist. Die Akte prägt den ersten Eindruck des Gerichts auf das Verfahren und - basierend auf den darin enthaltenen Informationen - trifft es eine Entscheidung über den weiteren Fortgang.⁶² Dabei entsteht bereits eine

⁵¹ Zu diesem und dem vorangegangenen Satz *Wickel* (Fn. 6), S. 93.

⁵² Zu diesem und dem vorangegangenen Satz *Sommer* (Fn. 36), Kap. 2 Rn. 143.

⁵³ *Ritscher*, in: BeckOK-StPO, 53. Edition 2024, § 203 Rn. 1.

⁵⁴ *Schmidt/Zimmermann*, in: Gercke/Temming/Zöller, StPO, 7. Aufl. 2023, Vorb. zu § 199 Rn. 1.

⁵⁵ *Momsen/Washington* (Fn. 9), S. 467.

⁵⁶ *Paeffgen* (Fn. 14), Vor § 198 Rn. 18.

⁵⁷ *Paeffgen* (Fn. 14), Vor § 198 Rn. 22.

⁵⁸ *Grassberger*, Psychologie des Strafverfahrens, 2. Auflage 1968, S. 331.

⁵⁹ *Paeffgen* (Fn. 14), Vor § 198 Rn. 18.

⁶⁰ *Momsen/Washington* (Fn. 9), S. 468.

⁶¹ *Stuckenberg* (Fn. 5), Vor § 198 Rn. 20.

⁶² *Ritscher* (Fn. 53), § 203 Rn. 1; *Wenske* (Fn. 8), § 203 Rn. 7, Rn. 16.

bestimmte Haltung gegenüber dem Angeschuldigten, da das Gericht die Ermittlungsakte als Grundlage für die Entscheidung nimmt. Die psychologischen Phänomene wie der *primacy-effect* und der *inertia*-Effekt zeigen hier ihre Wirkung: Das Gericht könnte dazu neigen, die Informationen aus dem ersten Aktenstudium stärker zu gewichten als die in der Hauptverhandlung eingebrachten Beweise.⁶³ Hierbei besonders hervorzuheben ist, dass zu diesem Zeitpunkt die Verteidigung regelmäßig noch keinen großen Einfluss auf das Verfahren haben wird.⁶⁴ Der Angeschuldigte kann nach der Prüfung der Akten durch das Gericht zwar Anträge stellen und Einwendungen erheben (§ 201 Abs. 2 S. 1 StPO), angesichts des *primacy-effects*, ist es jedoch unwahrscheinlicher, dass solche Einwendungen entscheidenden Einfluss auf die Entscheidungsfindung des Richters nehmen.⁶⁵ Zudem sind Einwendungen des Angeschuldigten die Ausnahme.⁶⁶ Selbst wenn zusätzliche Beweise gemäß § 202 S. 1 StPO erhoben werden, besteht die Sorge, dass dies durch den Perseveranzeffekt allenfalls in der Form geschieht, dass sich die Chancen des Angeschuldigten auf eine Entlastung verringern. Daher erfolgt die Verurteilungsprognose auf einer relativ einseitigen Erkenntnisbasis.⁶⁷ Die anfängliche Hypothese bestätigt den von der Staatsanwaltschaft angenommenen hinreichenden Tatverdacht gemäß § 170 Abs. 1 StPO und dient daher psychologisch gesehen als Maßstab bzw. prägt damit die Perspektive, durch die der Richter den weiteren Verlauf des Verfahrens bewertet.⁶⁸

Die frühzeitige Festlegung des Gerichts auf der Grundlage der Ermittlungsakte sorgt weiterhin für eine selektive Informationssuche, sodass es sich auf die belastenden Aspekte konzentrieren könnte, während entlastende Argumente oder Beweise weniger Beachtung fänden. Die gilt bereits im Zwischenverfahren.⁶⁹ Diese Tendenz, sich an der ersten Einschätzung festzuhalten, könnte dazu führen, dass Gerichte die Strafverfahren voreingenommen führen.

§ 210 StPO erleichtert zudem die Eröffnung des Hauptverfahrens im Vergleich zur Nichteröffnung, da nur bei letzterer eine Begründungspflicht und Anfechtbarkeit bestehen.⁷⁰ § 210 Abs. 1 StPO legt fest, dass der Beschluss zur Eröffnung des Hauptverfahrens vom Beschuldigten grundsätzlich nicht angefochten werden kann. Die sofortige Beschwerde ist dagegen zulässig, wenn das Hauptverfahren aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht eröffnet wurde. Diese Regelung könnte dazu führen, dass Richter aus psychologischer Sicht Beweismittel nur selektiv heranziehen und das Verfahren häufiger eröffnen.⁷¹

aa) Belastung der Hauptverhandlung und Professionalität der Richter als Garant richterlicher Sorgfalt

Häufig wird den psychologischen Erkenntnissen und der Kritik der personellen Identität entgegnet, dass die Motivation der Richter gerade in der Vermeidung einer Hauptverhandlung liege.⁷² Es wird argumentiert, dass die psychologischen Probleme durch diese Aussicht auf Entlastung abgemildert werden könnten.⁷³ Befürworter der Einheit von Eröffnungs- und Tatrichter heben hervor, dass diese personelle Identität auch Vorteile haben könne: Gerade weil eine umfangreiche Hauptverhandlung eine erhebliche Belastung darstellt, sei das Gericht im Zwischenverfahren besonders sorgfältig. Der Zweck des Zwischenverfahrens liege daher darin, dass die Richter die Verdachtshypothese der Staatsanwaltschaft kritisch prüfen und gegebenenfalls widerlegen.⁷⁴ Argumentiert wird zudem, dass die Professionalität des Richters es ihm ermöglichen sollte, die Zulassungsentcheidung im Zwischenverfahren von seiner späteren Entscheidung im Hauptverfahren zu trennen.⁷⁵

bb) Verfestigung der Verdachtshypothese durch den sogenannten „Schulterschlusseffekt“

Jedoch kann die Argumentation der Gegenstimmen im Hinblick auf ein weiteres psychologisches Phänomen nicht überzeugen: Hervorgehoben wird in diesem Zusammenhang die institutionelle und berufliche Nähe zwischen Staatsanwaltschaft und Gericht. Zwar ist die Staatsanwaltschaft als Teil der Exekutive gemäß § 150 GVG in ihrer Amtsverrichtung unabhängig, gleichwohl nehmen Staatsanwaltschaft und Gerichte gemeinsam die Aufgabe der Justizgewähr im Bereich des Strafrechts wahr. Beide wirken als konstitutive Organe der Strafrechtspflege darauf hin, Straftaten aufzuklären und zu ahnden. Diese enge funktionale Verknüpfung kann die Gefahr begründen, dass das Gericht im Zwischenverfahren den Verdachtshypothesen der Staatsanwaltschaft eher folgt, anstatt sie mit der gebotenen Distanz zu überprüfen. Dies verleiht der Staatsanwaltschaft ein „Vertrauensvorschuss“.⁷⁶ Dies wird durch die Tatsache unterstützt, dass sowohl § 170 StPO als auch § 203 StPO denselben Maßstab für den hinreichenden Tatverdacht anlegen.⁷⁷ Daher wird die Anklageschrift häufig als objektive Grundlage wahrgenommen. Dieser Mechanismus wird als „Schulterschlusseffekt“ bezeichnet und beschreibt die Tendenz, dass das Gericht die Prüfungsergebnisse der Staatsanwaltschaft bestätigt, anstatt sie neutral zu überprüfen.⁷⁸

⁶³ Bandilla/Hassemer, StV 1989, 551 (553); Schönemann, StV 2000, 159 (160).

⁶⁴ Wickel (Fn. 6), S. 94.

⁶⁵ Wickel (Fn. 6), S. 94.

⁶⁶ Koch, StV 2002, 222 (222 f.).

⁶⁷ Momsen/Washington (Fn. 9), S. 461.

⁶⁸ Ernst (Fn. 24), S. 92 ff.

⁶⁹ Dieser und vorheriger Satz: Wickel (Fn. 6), S. 94 f.

⁷⁰ Ritscher (Fn. 53), § 210 Rn. 4; Schneider (Fn. 8) § 203 Rn. 2.

⁷¹ Wickel (Fn. 6), S. 96.

⁷² Wickel (Fn. 6), S. 95.

⁷³ Wickel (Fn. 6), S. 95.

⁷⁴ Dieser und vorheriger Satz: Eisenberg (Fn. 11), Rn. 751; Heghmanns (Fn. 10), S. 54; Momsen/Washington (Fn. 9), S. 461; Peters, Fehlerquellen im Strafprozess Bd. 2, 1972, S. 223.

⁷⁵ Mavany, JA 2015, 488 (489).

⁷⁶ Roxin/Schönemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 69 Rn. 2.

⁷⁷ Gorf (Fn. 53), § 170 Rn. 2; Kölbel/Neßeler (Fn. 8), § 170 Rn. 14; Moldenhauer (Fn. 8), § 170 Rn. 3.

⁷⁸ Wickel (Fn. 6), S. 189.

Da die Anklageerhebung nach § 170 Abs. 1 StPO das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts voraussetzt, kann die Übergabe der Akte an das Gericht implizit die Erwartung nahelegen, dass dieser bereits begründet ist. Dies birgt die Gefahr, dass eine Anklageerhebung näherliegt als dessen Verwerfung.⁷⁹

3. Empirische Bestätigung durch „Mannheimer Untersuchungen“ von Schünemann

Die von Schünemann in den sogenannten „Mannheimer Experimenten“ durchgeführte Untersuchung liefert eine empirische Bestätigung für die Wirkung kognitiver Dissonanzen im strafprozessualen Kontext.⁸⁰

a) Das Hauptverhandlungsexperiment

In seinem Versuchsdesign ließ Schünemann 58 nach dem Zufallsprinzip ausgewählte Strafrichter und Staatsanwälte ein fiktives Strafverfahren beurteilen, das „kunstfehlerfrei“ sowohl mit einer Verurteilung als auch mit einem Freispruch hätte enden können. Variiert wurden dabei die unabhängigen Variablen Aktenkenntnis (vorhanden/nicht vorhanden) sowie die Möglichkeit zur Zeugenvernehmung (ja/nein). Sämtliche Versuchspersonen erhielten inhaltlich identische Informationen, sodass Unterschiede im Urteilsverhalten ausschließlich auf die unterschiedliche Reihenfolge der Informationspräsentation und die Vorprägung durch Aktenkenntnis zurückzuführen waren. Das Strafverfahren basierte dabei auf einem echten Strafverfahren wegen Gefangenenerleichterung (§ 120 StGB), das so konstruiert war, dass es sowohl eine Verurteilung als auch einen Freispruch rechtfertigen konnte. Nach Abschluss der Hauptverhandlung sollten die Teilnehmer ein Urteil fällen und dieses begründen. Anschließend wurde mithilfe gezielter Fragen überprüft, wie sie die Inhalte der Verhandlung wahrgenommen und im Gedächtnis behalten hatten.⁸¹

Die Ergebnisse der Untersuchung zeigen eine deutliche Tendenz: Alle 17 Richter mit Aktenkenntnis sprachen eine Verurteilung aus, während die Richter ohne Aktenkenntnis zu einem differenzierteren Ergebnis gelangten (acht Verurteilungen, zehn Freisprüche).⁸² Schünemann sah es damit als erwiesen an, dass Richter dazu neigen, an dem aus den Ermittlungsakten gewonnenen Tatbild festzuhalten.⁸³ Zudem gelang es Schünemann den *inertia*-Effekt empirisch zu bestätigen. Bei der Erinnerung an die in der Hauptverhandlung präsentierten Informationen zeigten sich signifikante Unterschiede: Versuchspersonen mit Aktenkenntnis gaben

im Durchschnitt nur 6,59 von 11 Fragen korrekt wieder, während Versuchspersonen ohne Aktenkenntnis 7,69 richtige Antworten erreichten.⁸⁴ Besonders deutlich wurde dieser Unterschied, als die verurteilenden Richter mit Aktenkenntnis (Ø 6,35 richtige Antworten) den freisprechenden Richtern ohne Aktenkenntnis (Ø 7,63 richtige Antworten) gegenübergestellt wurden.⁸⁵ Die Untersuchung bestätigt damit empirisch die Annahme, dass Richter mit Aktenkenntnis Informationen selektiv verarbeiten und dissonante Informationen unterschätzen.⁸⁶ Richter, die die Ermittlungsakten kannten, nahmen die entlastenden Aspekte der Hauptverhandlung nur unzureichend auf und erinnerten sich später vor allem an die bereits bekannten belastenden Informationen aus den Akten.

b) Bestätigung des sogenannten „Schulterschlusseffekts“ durch das Experiment „Anklage versus Eröffnungsbeschluss“

Zusätzlich zeigte eine weitere Versuchsanordnung, dass bereits die Existenz einer Anklageschrift die Entscheidungsfindung beeinflusst.⁸⁷ Für den Nachweis dieses sogenannten „Schulterschlusseffekts“ wurde eine originale Ermittlungsakte wegen Betrugs (§ 263 StGB) verwendet, die inhaltlich so gestaltet war, dass sie sowohl eine Verurteilung als auch einen Freispruch zuließ. Die Versuchspersonen – Staatsanwälte und Richter – wurden in zwei Gruppen aufgeteilt: Die erste Gruppe sollte über die Erhebung einer Anklage entscheiden (§ 170 Abs. 1 StPO), während der zweiten Gruppe die Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens vorgelegt wurde (§ 203 StPO) – in diesem Fall zusammen mit einer bereits vorhandenen, beigelegten Anklageschrift.⁸⁸

Die Versuchspersonen der ersten Gruppe lehnten die Anklageerhebung mit einer Zweidrittelmehrheit (66 %) ab, während in der zweiten Gruppe, die eine bereits vorhandene Anklageschrift erhielt, nur 45 % die Eröffnung des Hauptverfahrens verneinte.⁸⁹ Dies belegt die präjudizielle Wirkung institutionalisierter Hypothesenbildung im Strafverfahren.⁹⁰

Wenn bereits eine fremde Hypothese, in diesem Fall die Anklageerhebung durch die Staatsanwaltschaft, nachweislich zu einer Voreingenommenheit führt, ist es naheliegend, dass dies umso stärker für eine eigene Hypothese, wie den Erlass des Eröffnungsbeschlusses, zutrifft.⁹¹

⁷⁹ Momsen/Washington (Fn. 9), S. 455.

⁸⁰ Schünemann, StV 2000, 159 (159); Schünemann, in: FS Schlothauer, S. 261 (266 f.).

⁸¹ Zu dem Versuchsaufbau Schünemann, StV 2000, 159 (160 f.).

⁸² Schünemann, StV 2000, 159 (161).

⁸³ Schünemann, StV 2000, 159 (161); Wickel, (Fn. 6), S. 101.

⁸⁴ Schünemann, StV 2000, 159 (161 f.).

⁸⁵ Schünemann, StV 2000, 159 (162).

⁸⁶ Schünemann, StV 2000, 159 (163).

⁸⁷ Schünemann, StV 2000, 159 (162).

⁸⁸ Zu dem Versuchsaufbau Schünemann, StV 2000, 159 (162).

⁸⁹ Schünemann, StV 2000, 159 (162).

⁹⁰ Schünemann, StV 2000, 159 (162); Wickel (Fn. 6), S. 102.

⁹¹ Guthke, in: Strafverteidigervereinigungen, Welche Reform braucht das Strafverfahren, 2016, S. 153 (157); Wickel (Fn. 6), S. 102.

4. Zwischenfazit

Das Zwischenverfahren im Strafprozess stellt ein besonders anfälliges Feld für kognitive Verzerrungen dar, die als eines der größten Risiken für Fehlerurteile anzusehen ist.⁹² Dies liegt daran, dass die identische Besetzung des Gerichts sowohl bei der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens als auch in der späteren Hauptverhandlung diese Verzerrungen begünstigt. Gleichwohl besteht die Gefahr, dass sich das Gericht bereits in diesem Stadium – entgegen der gesetzlichen Konzeption – unterbewusst auf einen bestimmten Ausgang des Verfahrens festlegt und diese Einschätzung in der Hauptverhandlung nicht mehr unvoreingenommen überprüft.

II. Richterliche Kontrollfunktion – Eine methodisch und sachlich unabhängige Prüfung?

Fehlerurteile haben ihre Ursache oft im Ermittlungsverfahren, dessen Ergebnisse gem. § 203 StPO zwangsläufig zur Entscheidungsgrundlage des Zwischenverfahrens werden.⁹³ Um zu vermeiden, dass Fehler aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung übertragen werden, muss das Zwischenverfahren seiner Aufgabe als Kontrollinstanz gerecht werden, indem es die Fehlerquellen erkennt und mit den verfügbaren rechtlichen Mitteln behebt, da andernfalls die mangelnde Kontrollfunktion selbst als eigenständige Fehlerquelle gilt.

Im Folgenden wird die Frage erörtert, ob die richterliche Kontrolle ihrer Aufgabe als methodisch und sachlich unabhängige Prüfung gerecht werden kann. Dafür sollen der Aufklärungsumfang des Gerichts sowie die Verteidigungsmöglichkeiten des Angeschuldigten erörtert werden.

1. Begrenzter Aufklärungsumfang des Gerichts

Wie bereits oben beschrieben ist die Grundlage der Eröffnungsentscheidung problematisch. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob dem Gericht in der Praxis eine sachlich unabhängige Prüfung möglich ist. Neben den psychologischen Aspekten müssen daher auch die tatsächlichen rechtlichen Möglichkeiten der richterlichen Überprüfung bewertet werden. Die Option, über eine reine Prüfung der Akten hinauszugehen, wird durch § 202 StPO ermöglicht, namentlich durch die Möglichkeit des Gerichtes, einzelne Beweiserhebungen anzuordnen. Wichtig dabei ist, dass durchaus richterliche Vernehmungen von Zeugen und des Angeschuldigten darunter zu subsumieren sind.⁹⁴ Der Schwerpunkt der Interpretation liegt vielmehr im Wortlaut,

wonach das Gericht nach § 202 StPO Beweise erheben „kann“, also eine Ermessensentscheidung über die Anordnung von Beweiserhebungen trifft. Dementsprechend sagt das Gesetz nichts darüber, von wem diese ausgeführt werden sollen. Im Regelfall bittet das Gericht die Staatsanwaltschaft darum.⁹⁵ Problematisch dabei ist, dass der Verteidigung gemäß § 168c Abs. 1 S. 1 StPO nur bei richterlich durchgeführten Vernehmungen ein Anwesenheitsrecht zusteht, nicht jedoch bei solchen der Staatsanwaltschaft, so dass sie auch bei einer von ihr selbst beantragten Beweiserhebung nicht zwingend anwesend ist.⁹⁶ Zweitens ist zu klären, unter welchen Voraussetzungen solche ergänzenden Beweiserhebungen zulässig sind; damit stellt sich die bereits durch den Wortlaut aufgeworfene Frage, wie das „kann“ auszulegen ist. Nach allgemeiner Ansicht wird – und hier wird ein zweiter Punkt der erschwerten Prüfung deutlich – der Aufklärungsumfang des § 202 StPO restriktiv ausgelegt. Begründet wird es damit, dass nur vereinzelte Beweiserhebungen möglich sein sollen.⁹⁷ In anderen Worten: Wenn der Sachverhalt so weit aufgeklärt ist, dass das Gericht ohne zusätzliche Beweise über den hinreichenden Tatverdacht entscheiden kann, ist der Anwendungsbereich von § 202 StPO nicht eröffnet.⁹⁸ Sollte hingegen umfangreiche Ermittlungsarbeit notwendig sein, um die Grundlage für eine solche Entscheidung zu schaffen, darf das Gericht auch dann nicht ergänzende Beweisanträge stellen.⁹⁹ Stattdessen soll es der Staatsanwaltschaft nahelegen, die Anklage zurückzunehmen und die fehlenden Ermittlungen nachzuholen.¹⁰⁰

2. Unzureichende Verteidigungsmöglichkeiten

Im Zwischenverfahren steht der Verteidigung grundsätzlich ein Akteneinsichtsrecht zu, das unbeschränkt ist (*argumentum e contrario* § 147 Abs. 2 StPO). Zudem hat der Angeschuldigte das Recht, Beweisanträge zu stellen und Einwendungen gegen die Eröffnung der Hauptverhandlung zu erheben.¹⁰¹ Doch trotz dieser Rechte ist die tatsächliche Wirkung dieser Instrumente begrenzt und das Recht, Beweisanträge zu stellen, wird daher nicht als „effektive Waffe“¹⁰² bezeichnet. Entscheidungen über Beweisanträge sind unanfechtbar, was die Verteidigung in ihrer Möglichkeit einschränkt, gegen eine Ablehnung vorzugehen.¹⁰³ Zudem ist das Gericht bei der Ablehnung von Beweisanträgen nicht an die Vorgaben aus § 244 StPO gebunden, sondern entscheidet nach eigenem Ermessen.¹⁰⁴ Nach § 210 Abs. 1 StPO ist der Eröffnungsbeschluss nicht mit einem Rechtsmittel anfechtbar. Gegen eine fehlerhafte Eröffnungsentscheidung bestehen somit keine eigenständigen Korrekturmöglichkeiten. Gleichwohl ist ein wirksamer Eröffnungs-

⁹² Sommer (Fn. 36), Kap. 2 Rn. 140.

⁹³ Wickel (Fn. 6), S. 162.

⁹⁴ Schneider (Fn. 8), § 202 Rn. 8; Wickel (Fn. 6), S. 169 f.

⁹⁵ Schneider (Fn. 8), § 202 Rn. 8.

⁹⁶ Ritscher (Fn. 53), § 202 Rn. 5; Wickel (Fn. 6), S. 169 f.

⁹⁷ Ritscher (Fn. 53), § 202 Rn. 4; Stuckenberg (Fn. 5), § 202 Rn. 4;

Wenske (Fn. 8), § 202 Rn. 18.

⁹⁸ Wenske (Fn. 8), § 202 Rn. 19.

⁹⁹ Wenske (Fn. 8), § 202 Rn. 19; Wickel (Fn. 6), S. 169 f.; Schneider (Fn. 8), § 202 Rn. 19.

¹⁰⁰ Wickel (Fn. 6), S. 169 f.

¹⁰¹ Mavany, JA 2015, 488 (489).

¹⁰² Heghmanns (Fn. 46), Kap. VI Rn. 131.

¹⁰³ Heghmanns (Fn. 46), Kap. VI Rn. 134.

¹⁰⁴ Schneider (Fn. 8), § 201 Rn. 26; Wenske (Fn. 8), § 201 Rn. 31f; Wickel (Fn. 6), S. 177.

beschluss Prozessvoraussetzung für das Hauptverfahren; fehlt er oder ist er unwirksam, kann ein Sachurteil nicht ergehen. Die fehlende Anfechtbarkeit birgt daher die Gefahr, dass etwaige Fehler zunächst unbemerkt in das Hauptverfahren hineinwirken. Dabei wird der Ausschluss von Rechtsmitteln damit begründet, dass der Eröffnungsbeschluss lediglich eine vorläufige Einschätzung der rechtlichen und tatsächlichen Lage darstelle und noch keine endgültige Schuldentscheidung über den Angeschuldigten treffe.¹⁰⁵ Außerdem habe der Angeschuldigte die Möglichkeit, diese vorläufige Bewertung im späteren Hauptverfahren zu widerlegen. Dagegen kann argumentiert werden, dass trotz vorläufiger Natur der Entscheidung diese bereits erhebliche Auswirkungen auf den weiteren Verlauf des Verfahrens und die darauffolgenden Konsequenzen hat.¹⁰⁶ Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass von einer eigenständigen Prüfung des Gerichts nur eingeschränkt gesprochen werden kann; vielfach erfolgt vielmehr eine weitgehende Übernahme der Anklageschrift.¹⁰⁷

III. Zwischenfazit

Das Zwischenverfahren im Strafprozess stellt eine besonders anfällige Phase für kognitive Verzerrungen dar, die das Risiko für Fehlurteile erheblich steigern kann. Das Vertrauen auf die Fähigkeit des Richters, sich über diese sozialen und psychologischen Automatismen hinwegzusetzen, wird dem Angeschuldigten dabei nicht gerecht. Entsprechend wird die personelle Identität von Tat- und Eröffnungsrichter zurecht kritisiert. Weiterhin kann im Zwischenverfahren kaum von einer Annäherung der Staatsanwaltschaft an den prozessualen Status des Angeschuldigten gesprochen werden.¹⁰⁸ Mit anderen Worten: Im Zwischenverfahren bestimmt die Staatsanwaltschaft weiterhin die Ausrichtung des Verfahrens, während der Angeschuldigte nur unzureichende Möglichkeiten hat, sich zu verteidigen beziehungsweise Einfluss auf die Akte zu nehmen, die als Erkenntnisbasis für das Gericht dient. Damit bleibt die Staatsanwaltschaft in ihrer Rolle als Anklägerin vorrangig bestimmend, während der Angeschuldigte nur eingeschränkt Einfluss auf das Verfahren nehmen kann.

Durch die begrenzten Einflussmöglichkeiten der Verteidigung im Zwischenverfahren sowie dem eingeschränkten Aufklärungsumfang des Gerichts, wird das Zwischenverfahren dem Ideal einer unabhängigen Verdachtskontrolle nicht gerecht.

D. Alternative Verfahrensgestaltungen

Im Hinblick auf die festgestellten Fehlerquellen im deutschen Zwischenverfahren bietet sich die Möglichkeit, verschiedene alternative Verfahrensgestaltungen zu betrachten. Im Folgenden werden alternative Modelle zum Zwischenverfahren vorgestellt, um unterschiedliche Herangehensweisen zu verdeutlichen und ihre potenziellen Vorteile zu erörtern.

I. Die *grand jury*

In den Vereinigten Staaten von Amerika gibt das Verfahren der *grand jury*, das als alternative Verfahrensgestaltung die Identität zwischen Eröffnungs- und Hauptverhandlungsgericht durchbricht.

1. Darstellung des Verfahrens

Die *grand jury* ist eine Besonderheit des US-amerikanischen Strafrechts und wird auch als „Schwert und Schild“ des Strafverfahrens bezeichnet.¹⁰⁹ Sie spielt dementsprechend eine doppelte Rolle als Schutzmechanismus und Instrument der Strafverfolgung.¹¹⁰ Sofern der Beschuldigte nicht auf das Recht auf eine Anklageerhebung durch eine *grand jury* gemäß dem Sechsten Verfassungszusatz (U.S. Const. amend. VI, 1791) verzichtet, ist der Staatsanwalt in Bundesstrafsachen verpflichtet, bei Kapitalverbrechen oder sonstigen schweren Straftaten (*capital or otherwise infamous crimes*), eine Anklage durch die *grand jury* zu erwirken.¹¹¹ Bundesstaatlich muss die *grand jury* dabei aus sechzehn bis dreiundzwanzig Laienrichtern bestehen, wobei der Vorsitzende der *grand jury* vom Gericht ernannt wird.¹¹² In den Vereinigten Staaten schützt der Fünfte Verfassungszusatz (U.S. Const. amend. V, 1791) das Recht des Angeklagten auf eine Anklageerhebung durch eine *grand jury*, welches auch als das Recht auf *Screening* bezeichnet wird.¹¹³ Der englische Begriff *Screening* meint in diesem Zusammenhang die Überprüfung der staatsanwaltschaftlichen Anklageentscheidung durch die *grand jury*.¹¹⁴ Anders als in der Hauptverhandlung, wo die Schuld zweifelsfrei nachgewiesen werden muss, genügt bei der *grand jury* der Nachweis eines „wahrscheinlichen Grundes“ (*probable cause*).¹¹⁵ Damit wird nicht die Schuldfrage geklärt, sondern lediglich festgestellt, ob genug Beweise für ein Gerichtsverfahren vorliegen. Damit ist es die *grand jury*, die die Beweise der Staatsanwaltschaft, unabhängig von einer richterlichen Entscheidung, bewertet.¹¹⁶ Stimmt die *grand*

¹⁰⁵ Wickel (Fn. 6), S. 177 ff.

¹⁰⁶ Siehe C.I. 1.b.bb.

¹⁰⁷ Mavany, JA 2015, 488 (489).

¹⁰⁸ Heghmanns (Fn. 46), Kap. VI Rn. 3.

¹⁰⁹ Kamisar et al., *Advances Criminal Procedure*, 13. Aufl. 2012, S. 1041; Schnabel, C.O.J. Simpson-Prozeß: Das strafprozessuale Vorverfahren, 1999, S. 38.

¹¹⁰ Hall, *Criminal Law and Procedure*, 6. Aufl. 2012, S. 492 f.; Scheb/Scheb II, *Criminal Law and Procedure*, 6. Aufl. 2008, S. 474; Schnabel (Fn. 109), S. 38.

¹¹¹ Ingram, *Criminal Procedure: Theory and Practice*, 3. Aufl. 2022, S. 30; Scheb/Scheb II (Fn. 110), S. 473 f.

¹¹² Ingram (Fn. 111), S. 30; Momsen/Washington (Fn. 9), S. 462; Scheb/Scheb II (Fn. 110), S. 474.

¹¹³ Momsen/Washington (Fn. 9), S. 462.

¹¹⁴ Momsen/Washington (Fn. 9), S. 462.

¹¹⁵ Hall (Fn. 110), S. 493; Ingram (Fn. 111), S. 30.

¹¹⁶ Hall (Fn. 110), S. 491; Momsen/Washington (Fn. 9), S. 462.

jury zu, erlässt sie eine Anklage (*indictment*).¹¹⁷ Daher wird oft behauptet, dass eine *grand jury* nur zwei Funktionen habe – entweder eine Anklage zu erheben oder alternativ eine *no-bill* (keine Anklage) zu erlassen.¹¹⁸ Mindestens zwölf Großjuroren müssen dabei für die Anklageerhebung stimmen, andernfalls wird keine Anklage erhoben.¹¹⁹ Es ist jedoch wichtig, zu beachten, dass dieses Recht auf eine *grand jury*-Anklageerhebung nach dem Fünften Verfassungszusatz nur für Bundesstraftaten gilt (in sogenannten *federal felony cases*; U.S. Const. amend. XIV, 1868).¹²⁰ Die Bestimmung zur Anklageerhebung durch eine *grand jury* wurde bislang nicht über die Klausel des Vierzehnten Zusatzartikels auf die Staaten übertragen (U.S. Const. amend. XIV, 1868). In *Hurtado v. California* (110 U.S. 516, 1884) entschied der *Supreme Court*, dass die Staaten nicht verpflichtet sind, das *grand jury*-Verfahren anzuwenden.¹²¹ Die Verpflichtung einer Anklageerhebung durch eine *grand jury* kann sich daher nur aus der jeweiligen Verfassung des Bundesstaates ergeben.¹²² Nur etwa die Hälfte aller Bundesstaaten sieht eine Einrichtung wie die *grand jury* vor.¹²³ In Kalifornien beispielsweise kann eine Anklageerhebung auf zwei Wegen erfolgen: Entweder auf Grundlage eines *indictment* oder einer *information*.¹²⁴ Während *indictments* von der *grand jury* erlassen werden, sind *informations* Anklagen, die von Staatsanwälten direkt oder durch *preliminary hearings* erhoben werden (D.II.).¹²⁵ Sobald eine *information* oder ein *indictment* eingereicht wird, ersetzt sie die ursprüngliche Beschwerde (*complaint*) und wird zum formellen Anklagedokument.¹²⁶

2. Bewertung

Die *grand jury* in den Vereinigten Staaten von Amerika wird häufig wegen ihrer strukturellen Schwächen kritisiert, die ihre Rolle als Kontrollinstrument zur Begrenzung staatlicher Macht erheblich beeinträchtigen. Eine der zentralen Schwachstellen liegt in der Dominanz der Staatsanwaltschaft. Diese nimmt im Verfahren eine nahezu uneingeschränkte Steuerungsfunktion ein, da sie nicht nur die Beweise auswählt und präsentiert, sondern auch die geladenen Zeugen vorschlägt und als rechtlicher Berater der *grand jury* agiert.¹²⁷ Die Geschworenen, die nach dem Fünften Zusatzartikel zur Verfassung der Vereinigten Staaten sowie 18 U.S.C. §§ 3331 ff. und Rule 17 Fed. R. Crim. P. grund-

sätzlich das Recht haben, eigenständig zu ermitteln, üben dieses jedoch selten aus und folgen in der Regel den Vorgaben der Anklage (U.S. Const. amend. V, 1791).¹²⁸ In der Praxis ist es zudem selten, dass die Geschworenen andere als die vom Ankläger vorgeschlagenen Zeugen laden und vernehmen, obwohl ihnen diese Möglichkeit gesetzlich zusteht.¹²⁹ Im Ergebnis ist das *grand jury*-Verfahren daher ein reines Einparteiverfahren, dessen Inhalt, Ablauf und Umfang weitgehend vom Ankläger bestimmt wird.¹³⁰ Um die Unabhängigkeit der *grand jury* zu stärken, schränkt dafür beispielsweise das Recht von Massachusetts die Rolle der Staatsanwälte ein: Diese dürfen die *grand jury* in Rechtsfragen unterrichten und sind nur berechtigt, bei der Zeugenbefragung anwesend zu sein, um Informationen oder Ratschläge zu geben, die für die Zuständigkeit der *grand jury* relevant sind.¹³¹ Zudem dürfen sie während der Beratungen und Abstimmungen nur auf ausdrücklichen Wunsch der *jury* anwesend sein.¹³² Selbst in diesen Fällen dürfen sie jedoch ausschließlich auf Fragen zu rechtlichen Angelegenheiten antworten.¹³³ Ferner ist auch die Verteidigungsperspektive unbefriedigend: Die Geschworenen werden bei ihren Ermittlungen, d.h. bei dem Verhör der geladenen Zeugen, von dem staatlichen Ankläger unterstützt, der ebenfalls zur Teilnahme an dem Verfahren der *grand jury* berechtigt ist.¹³⁴ Dagegen hat der Beschuldigte keinen Anspruch auf eine Beteiligung am Verfahren, noch können seine Verteidiger Beweise vorlegen oder die Glaubwürdigkeit der von der Staatsanwaltschaft präsentierten Zeugen hinterfragen.¹³⁵ Diese Einseitigkeit führt dazu, dass die *grand jury* keine ausgewogene Entscheidungsgrundlage erhält. Auch die Beweisstandards im *grand jury*-Verfahren sind problematisch. Es gelten weder die strengen Beweisregeln, die in einem Hauptverfahren Anwendung finden, noch besteht eine Pflicht, entlastende Beweise vorzulegen.¹³⁶ *Hearsay*-Beweise oder andere unsichere Indizien können für eine Anklageerhebung ausreichen.¹³⁷ *Hearsay* bezeichnet eine Aussage, die nicht von der Person stammt, die in der Verhandlung oder Anhörung als Zeuge auftritt und die als Beweismittel dazu verwendet wird, die Wahrheit des darin geäußerten Sachverhalts zu beweisen.¹³⁸ Ein weiteres Problem besteht darin, dass der Beschuldigte weder ein Recht hat, vor der *grand jury* auszusagen, noch darauf, dass die *grand jury* entlastende Beweise berücksichtigt. Damit ist der Beschuldigte vollständig davon abhängig, dass die

¹¹⁷ Schnabel (Fn. 109), S. 38 f.

¹¹⁸ Geisler, Die Ausgestaltung des Anklageprinzips, 1998, S. 26.

¹¹⁹ Hall (Fn. 110), S. 493; Ingram (Fn. 111), S. 30; Scheb/Scheb II (Fn. 110), S. 474.

¹²⁰ Geisler (Fn. 118), S. 24; Hall (Fn. 110), S. 496.

¹²¹ Ingram (Fn. 111), S. 31 f.; Scheb/Scheb II (Fn. 110), S. 474.

¹²² Miller et al., Criminal Procedures, 2019, S. 856.

¹²³ Scheb/Scheb II (Fn. 110), S. 474.

¹²⁴ Schnabel (Fn. 109), S. 39 f.

¹²⁵ Geisler (Fn. 118), S. 23 f.; Hall (Fn. 110), S. 492; Kamisar et al. (Fn. 109), S. 1016; Schnabel (Fn. 109), S. 39 f.

¹²⁶ Hall (Fn. 110), S. 492.

¹²⁷ Hall (Fn. 110), S. 493.

¹²⁸ Hall (Fn. 110), S. 493.

¹²⁹ Leavens, in: Massachusetts Criminal Practice, 4. Aufl. 2012, Kap. 5 S. 4 ff.

¹³⁰ Scheb/Scheb II (Fn. 110), S. 474 f.

¹³¹ Leavens (Fn. 129), Kap. 5 S. 5.

¹³² Commonwealth v. Coleman, 434 Mass. 165 (2001).

¹³³ Leavens (Fn. 129), Kap. 5 S. 5.

¹³⁴ Vgl. Kamisar/LaFave/Israel, Advances Criminal Procedure, 13. Aufl. 2012, S. 1045; Leavens (Fn. 129), Kap. 5 S. 8 ff.

¹³⁵ Hall (Fn. 110), S. 493; Scheb/Scheb II (Fn. 110), S. 474.

¹³⁶ Hall (Fn. 110), S. 493; Scheb/Scheb II (Fn. 110), S. 475.

¹³⁷ Leavens (Fn. 129), Kap. 5 S. 12 f.; Scheb/Scheb II (Fn. 110), S. 475.

¹³⁸ Hails, Criminal Evidence, 6. Aufl. 2009, S. 197.

Staatsanwaltschaft die *grand jury* über entlastende Beweise informiert.¹³⁹ Gerade aufgrund der strukturellen Probleme, entschied sich England, aus dessen Common-Law-System die *grand jury* ursprünglich entstanden ist, in den 1930er Jahren, dieses System abzuschaffen.¹⁴⁰ Insbesondere nachdem man festgestellt hatte, dass die Anklageerhebung fast automatisch erfolgte und der Einsatz von *grand juries* dazu neigte, das Strafverfahren zu verzögern.¹⁴¹

II. Preliminary hearings

1. Darstellung des Verfahrens

Als Alternative zur *grand jury* stellen die *preliminary hearings* eine andere Form des *Pre-Trial*-Verfahrens dar. In Staaten, in denen eine Anklage durch eine *information* zulässig ist, wird bei den *preliminary hearings* von einem Richter geprüft, ob die vorgelegten Beweise der Staatsanwaltschaft ausreichen.¹⁴² Danach erfolgt entweder eine Entscheidung durch eine *grand jury*, ob eine formelle Anklage erhoben wird (in Staaten, die eine Anklage durch *indictment* verlangen), oder die Staatsanwaltschaft reicht eine *information* beim Gericht ein, das für die Verhandlung der Straftaten zuständig ist (in Staaten, die eine Anklage durch *information* zulassen).¹⁴³ Wo *preliminary hearings* stattfinden, bietet sie ähnlich wie die *grand jury* eine Überprüfung der Entscheidung, Anklage zu erheben, durch eine neutrale Instanz. In den *preliminary hearings* ist diese neutrale Instanz ein Richter, der entscheiden muss, ob auf Grundlage der vorgelegten Beweise *probable cause* vorliegt, den Fall weiterzuführen.¹⁴⁴ Die Anhörung wird dabei häufig vor dem gleichen Richter verhandelt, der auch die Hauptverhandlung leitet,¹⁴⁵ also besteht auch hier vergleichend zum deutschen Strafprozess personelle Identität zwischen dem Richter des Zwischenverfahrens und der Hauptverhandlung. Die *preliminary hearings* bieten eine Überprüfung in einem kontradiktorischen Verfahren, bei dem beide Seiten vertreten sind, d.h. anders als bei der *grand jury* hat der Beschuldigte das Recht, vertreten zu werden.¹⁴⁶ Zeugen werden aufgerufen und die Anwälte dürfen Argumente vorbringen.¹⁴⁷ Die Beweisregeln werden in modifizierter Form angewendet, sodass illegal erlangte Beweise oft berücksichtigt werden.¹⁴⁸ Den Angeklagten wird auch das Recht eingeräumt, die Zeugen der Staatsanwaltschaft zu befragen und entlastende Beweise vorzulegen.¹⁴⁹ Diese Rechte werden jedoch unterschiedlich durch die Gesetze der Bundesstaaten gewährt.¹⁵⁰

2. Bewertung

Hinsichtlich der personellen Identität zwischen dem Richter, der in der Phase der *preliminary hearings* über den weiteren Verlauf des Verfahrens entscheidet und demjenigen, der die Hauptverhandlung leitet, stellt sich auf den ersten Blick ein ähnliches Problem wie im deutschen Zwischenverfahren. Entscheidender Unterschied ist hier jedoch die Trennung der Entscheidungsträger: In einer Hauptverhandlung mit einer Jury fällt nicht der Berufsrichter das Urteil, sondern die Jury, die vor der Verhandlung nicht in den Prozess involviert war. Diese Aufspaltung der Entscheidungsbefugnisse kann dabei helfen, kognitive Dissonanzen zu verringern.¹⁵¹ Weiterhin kann hier – im direkten Vergleich zu dem deutschen Zwischenverfahren und der *grand jury* – festgehalten werden, dass die Verteidigung einen Einfluss auf die Entscheidungsgrundlage hat. Durch die Möglichkeiten, Zeugen zu benennen und mittels Kreuzverhörs zu befragen, kann man hier von einer „Waffengleichheit“ sprechen.¹⁵² Problematisch ist jedoch, dass in einigen Bundesstaaten die Staatsanwaltschaft *preliminary hearings* umgehen kann, indem sie stattdessen davor eine Anklage durch eine *grand jury* erheben lässt.¹⁵³ Versuche, dieses Vorgehen rechtlich wegen Ungleichbehandlung anzufechten, waren bisher meist erfolglos.¹⁵⁴ Ein bemerkenswertes Urteil in diesem Zusammenhang ist ein Urteil des Obersten Gerichts Kaliforniens, welches feststellte, dass das bewusste Umgehen von *preliminary hearings* per se einen Verstoß gegen die Gleichbehandlungsklausel der Verfassung des Bundesstaates darstellt.¹⁵⁵ Kritisiert wird in diesem Zusammenhang, dass eine Anklageerhebung durch die *grand jury* den „einfacheren“ Weg darstellt.¹⁵⁶ Dieses Urteil wurde jedoch später durch eine Verfassungsänderung des Bundesstaates aufgehoben.¹⁵⁷

III. Schlüsselpunkte der Untersuchung

Die theoretische Funktion der *grand jury* als „Schutzschild“ wird durch strukturelle Schwächen in der Praxis eingeschränkt. Im Vergleich zum deutschen Zwischenverfahren sind ebenfalls Schwächen bezüglich der Entscheidungsgrundlage festzustellen – ausgelöst von der mangelnden Möglichkeit der Verteidigung. Ähnlich wie beim deutschen Zwischenverfahren kann deshalb auch die Effektivität des *grand jury*-Verfahrens zu Recht in Frage gestellt werden. Positiv zu werten in diesem Zusammenhang bleibt

¹³⁹ Zu diesem und dem vorangegangenen Satz *Leavens* (Fn. 129), Kap. 5 S. 13 f.

¹⁴⁰ *Scheb/Scheb II* (Fn. 110), S. 29.

¹⁴¹ *Scheb/Scheb II* (Fn. 110), S. 29.

¹⁴² *Quentin*, The Georgetown Law Journal: Annual Review of Criminal Procedure (ARCP) 2024, 270 (278).

¹⁴³ *Kamisar/LaFave/Israel* (Fn. 134), S. 1011, 1015 f.

¹⁴⁴ *Momsen/Washington* (Fn. 9), S. 464.

¹⁴⁵ *Momsen/Washington* (Fn. 9), S. 464.

¹⁴⁶ *Kamisar/LaFave/Israel* (Fn. 134), S. 1011; *Quentin*, ARCP 2024, 270 (278).

¹⁴⁷ *Quentin*, ARCP 2024, 270 (278 f.).

¹⁴⁸ *Quentin*, ARCP 2024, 270 (278 f.).

¹⁴⁹ *Quentin*, ARCP 2024, 270 (278 f.).

¹⁵⁰ *Kamisar/LaFave/Israel* (Fn. 134), S. 1011.

¹⁵¹ Dazu *Momsen/Washington* (Fn. 9), S. 464.

¹⁵² Ähnl. *Momsen/Washington* (Fn. 9), S. 466.

¹⁵³ *Kamisar/LaFave/Israel* (Fn. 134), S. 1016, 1043.

¹⁵⁴ *Kamisar/LaFave/Israel* (Fn. 134), S. 1017.

¹⁵⁵ Vgl. *Hawkins v. Superior Court*, 586 Cal. 916 (1978).

¹⁵⁶ *Kamisar/LaFave/Israel* (Fn. 134), S. 1016.

¹⁵⁷ *Kamisar/LaFave/Israel* (Fn. 134), S. 1017.

dennoch der Vorteil, kognitive Dissonanzen zu verringern, indem die personelle Identität zwischen den Entscheidungsträgern der Zwischen- und Hauptverhandlung aufgebrochen werden. Die *preliminary hearings* bieten im Vergleich zur *grand jury* ein adversatorisches Verfahren, das die Rechte der Verteidigung stärker berücksichtigt. Problematisch bleibt jedoch, dass die Staatsanwaltschaft in einigen Staaten dieses Verfahren durch eine schnellere Anklageerhebung über die *grand jury* umgehen kann.

E. Fazit

Im Zwischenverfahren existieren mehrere entscheidende Fehlerquellen, die die Entstehung von Fehlurteilen begünstigen können. Ein zentraler Aspekt ist, dass der Richter im Zwischen- und Hauptverfahren identisch ist. Daher prägen kognitive Verzerrungsprozesse das Strafverfahren, wodurch Entscheidungen weitgehend unbewusst durch Vorannahmen und Erwartungen gesteuert werden und der Raum für eine sorgfältige sowie gerechte Urteilsfindung zunehmend eingeengt wird. Die Vorbefassung des Eröffnungsrichters und die begrenzte Erkenntnisbasis für die Verurteilungsprognose verstärken diese Problematik, da der Richter bereits im Zwischenverfahren eine erste Hypothese über den Verfahrensausgang bildet, die durch psychologische Verzerrungen beeinflusst wird. Die mangelnde richterliche Kontrollfunktion stellt eine weitere Fehlerquelle dar, da das Gericht durch unzureichende Verteidigungsmöglichkeiten des Angeklagten und einen begrenzten Aufklärungsumfang kaum in der Lage ist, die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft zu überprüfen. Beweisanträge der Verteidigung haben oft keine durchgreifende Wirkung und Entscheidungen darüber sind unanfechtbar, was die Einflussmöglichkeiten des Angeklagten erheblich einschränkt. Zudem wird der Aufklärungsumfang des Gerichts durch die restriktive Auslegung des § 202 StPO begrenzt, wodurch ergänzende Beweiserhebungen selten stattfinden. Dies führt dazu, dass die richterliche Überprüfung des Tatverdachts nicht methodisch unabhängig erfolgt und Fehler des Ermittlungsverfahrens ungeprüft ins Hauptverfahren übertragen werden können.

Alternative amerikanische Verfahrensgestaltungen verdeutlichen, wie strukturelle Änderungen dazu beitragen können, potentielle Fehlerquellen zu verringern.

Insbesondere die Trennung der Entscheidungsträger im Zwischen- und Hauptverfahren sowie eine stärkere Einbindung der Verteidigung in die Entscheidungsprozesse könnten die Objektivität erhöhen. Dennoch weisen auch diese Modelle Schwächen auf, insbesondere in Bezug auf die Dominanz der Staatsanwaltschaft und die Berücksichtigung von in der Hauptverhandlung unzulässigen Beweisen.

Insgesamt wird deutlich, dass das deutsche Zwischenverfahren in seiner aktuellen Form nicht ausreichend ist, um die Entstehung von Fehlurteilen effektiv zu verhindern.

Um zu vermeiden, dass die Anklage im Zwischenverfahren zu „leichtfertig“ vom Richter abgesegnet wird, bieten sich verschiedene Reformansätze an:

Zunächst sollte die Zulassung der Anklage einer ausführlichen Begründungspflicht unterliegen, um die Qualität der Entscheidung zu sichern. Darüber hinaus könnte dem Angeschuldigten das Recht eingeräumt werden, den Beschluss über die Eröffnung des Hauptverfahrens mittels sofortiger Beschwerde anzufechten. Durch ein solches Beschwerderecht würde der Richter bei der Entscheidung über die Hauptverfahrenszulassung nicht länger der Einfachheit halber absegnen, sondern zu einer sorgfältigen und ausgewogenen Prüfung der Anklage verpflichtet. Entsprechend müsste § 210 Abs. 1 StPO angepasst werden, sodass der Beschluss über die Eröffnung des Hauptverfahrens vom Angeklagten durch sofortige Beschwerde angefochten werden kann.

Darüber hinaus sollte sichergestellt werden, dass ein Richter, der an der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens beteiligt war, von der Hauptverhandlung ausgeschlossen ist. Dies könnte durch die Einführung eines neuen Absatzes in § 23 StPO erreicht werden, der den Ausschluss solcher Richter verbindlich festlegt.

Zudem ist es sinnvoll, gesetzliche Vorgaben zu formulieren, nach welchen Kriterien der Richter im Zwischenverfahren die staatsanwaltlichen Ermittlungen überprüfen muss. Ein wichtiger Aspekt hierbei wäre die Anhörung des Angeschuldigten vor der Eröffnung des Hauptverfahrens. Ein obligatorischer Erörterungstermin, in dessen Rahmen der Angeschuldigte angehört wird, könnte dazu beitragen, die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft zu verbessern und die Rechte des Angeschuldigten zu stärken. § 202 StPO könnte hierfür um einen neuen Absatz ergänzt werden, der die Ladung zu einem solchen Erörterungstermin regelt.¹⁵⁸

Reformansätze, die eine stärkere Unabhängigkeit des Eröffnungsrichters, eine ausgewogenere Berücksichtigung der Interessen der Verteidigung, sowie eine differenzierte Prüfung der Verdachtslage ermöglichen, sollten weiterverfolgt werden. Ein ausgewogeneres Verfahren würde nicht nur das Vertrauen in die Justiz stärken, sondern auch einen Beitrag zur Minimierung von Fehlurteilen leisten. Fehlurteile sind wohl nicht vollständig vermeidbar, doch sollte die Justiz alles daransetzen, die Einflussfaktoren, die sie begünstigen, zu reformieren, um das Ideal richterlicher Wahrheitsfindung so weit wie möglich zu wahren.

¹⁵⁸ Zu den Reformansätzen als ausformulierter Gesetzesvorschlag Vormbaum, ZIS 10 (2015), 328 (335).

SELBST IN DER BRZ VERÖFFENTLICHEN



Wir publizieren Seminar-, Studien- oder Abschlussarbeiten (ab 13 Punkten), aber auch andere Beiträge aus allen Gebieten der Rechtswissenschaft! Die Beiträge können auf Deutsch oder Englisch verfasst sein. Es kommt nicht darauf an, welcher Universität Du angehörst.



Passe Deine Arbeit an die Vorgaben unserer Schriftordnung an. Weitere Informationen findest Du auf der Seite „Hinweise für Veröffentliche“ im Internet auf unserer Website:

www.berlinerrechtszeitschrift.de



Sende Deinen Beitrag an unsere E-Mail-Adresse:

redaktion@berlinerrechtszeitschrift.de

Nach dem Reviewprozess erfährst Du, ob Dein Beitrag zur Publikation angenommen wurde.

Einsendeschluss ist der 30.11.2025. Später eingereichte Arbeiten werden für die folgende Ausgabe berücksichtigt.

BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

Juristische Fachzeitschrift am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin

Herausgeber

Die Berliner Rechtszeitschrift wird herausgegeben vom gemeinnützigen Verein *Berliner Rechtszeitschrift e.V.*

Der Verein ist eingetragen beim Amtsgericht Charlottenburg, Registernummer: VR 37649 B.

c/o Freie Universität Berlin, Van't-Hoff-Straße 8, 14195 Berlin

E-Mail: verein@berlinerrechtszeitschrift.de

Vertreten durch den Vorstand: *Ivette Félix Padilla* (1. Vorsitzende), *Victoria Haub* (2. Vorsitzende), *Antonia Kolck* (Schatzmeisterin), *Johannes Weigl* (Beisitzer), *Magnus Habighorst* (Beisitzer).

Redaktion

Schriftleitung (V.i.S.d.P.): *Benedict Ertelt, Ivette Félix Padilla, Diyar Kılıç, Arne Stockum, Valentin Stojilkovic, Paul Suilmann, Leon Trampe*

Verlagsleitung: *Clara Vogel, Alice Tsapov (Stv.)*

Redaktion: *Timur Aksu, Rabea Albayrak, Lars-Erik Allien, Mia Barnikel, Ludwig Berghofer, Tim Bielig, Annemarie Bode, Wilhelm Böttcher, Vanessa Braun,, Yeseo Choi, Nadia Félix Padilla, Sofia Flotho, Marike Franke, Mira Gerth, Marlen Graf, Lilli-Marleen Gramckow, Victoria Haub, Tatiana Jakubócyová, Felix Janousek, Shiva Khakrah, Vincent Link, Julian Lochen, Maximilian Lotz, Johanna Mattat, Charlotte Müller, Matthias Nikutta, Piet Oevermann, Jona Outzen, Lilly Paeßens, Viktoria Parkanyi, Nadja Rode, Chris-Marlon Rump, Marvin Ruppert, Maximilian Schulze, Anna Snoppek, Lasse Stegenwallner, Dilem Pia Yildiz, Elias Zengin, Emma Zimmermann*

Manuskripte zur Veröffentlichung werden in digitaler Form an redaktion@berlinerrechtszeitschrift.de erbeten. Mehr Informationen unter <https://berlinerrechtszeitschrift.de/hinweise-fuer-veroeffentlichende/>. Für unverlangt eingereichte Manuskripte haftet der Berliner Rechtszeitschrift e.V. nicht. Eine Rücksendung von unverlangt eingereichten Manuskripten erfolgt nur bei Übersendung von Rückporto und einem entsprechenden Rückumschlag.

Die Redaktion bedankt sich herzlich bei den Mitgliedern des Wissenschaftlichen Beirats für die Betreuung der Beiträge dieser Ausgabe.

Die Berliner Rechtszeitschrift wird im Rahmen von Kooperationspartnerschaften unterstützt von *HAUSFELD LLP* und *Raue PartmbB*. Weiterhin bedankt sich die Redaktion bei der *Ernst-Reuter-Gesellschaft* für ihre Förderung, ebenso beim Dekanat des Fachbereichs Rechtswissenschaft der *Freien Universität Berlin* für seine Unterstützung.

Verantwortliche für Anzeigen und die Betreuung von Kooperationspartnern: *Antonia Kolck* (verlag@berlinerrechtszeitschrift.de)

Layout/Satz: *Clara Vogel*, Berlin

Bei Rückfragen bezüglich des Heftes sind die vorstehend genannten Personen über die obenstehende Vereinsanschrift erreichbar.



Druck: WIRmachenDRUCK GmbH · Mühlbachstraße 7 · 71522 Backnang

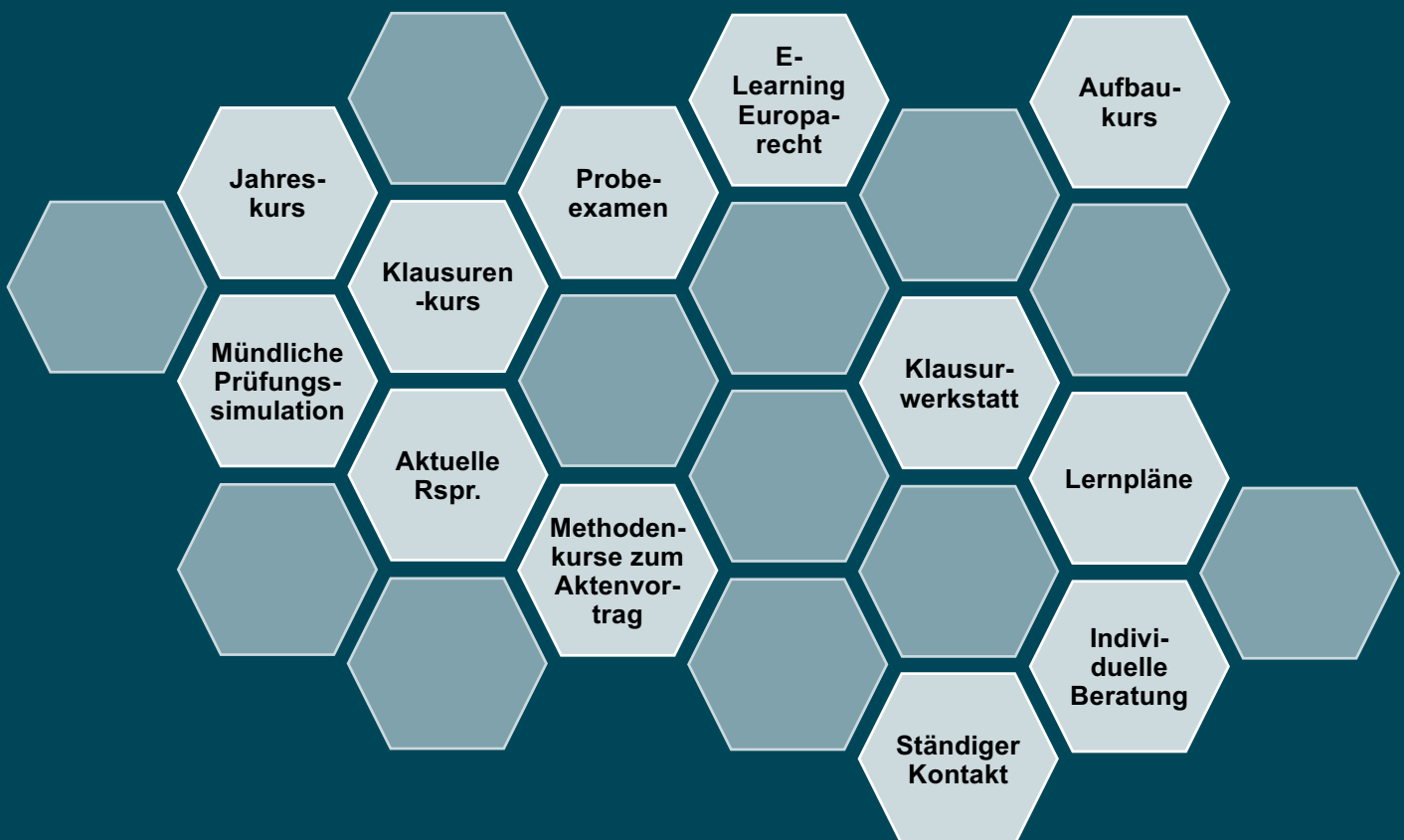
Erscheinungsort: Berlin · Auflage: 250 Exemplare · ISSN (Print) 2699-948X · ISSN (online) 2699-2132

© 2025 Berliner Rechtszeitschrift e.V. Alle Rechte vorbehalten.

www.berlinerrechtszeitschrift.de

UniRep

Juristisches Universitätsrepetitorium



Gemeinsam. Verlässlich. Sicher.

Sie sind Student/in der FU und stehen vor der Vorbereitung auf die staatliche Pflichtfachprüfung beim Gemeinsamen Juristischen Prüfungsamt Berlin und Brandenburg (GJPA)? Wir begleiten Sie dabei!

