



BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

JURISTISCHE FACHZEITSCHRIFT AN DER FREIEN UNIVERSITÄT BERLIN

AUS DER LEHRE

Prof. Dr. Cosima Möller

Römisches Recht als Gegenstand universitärer Lehre

ZIVILRECHT

Jakob Wirnsberger

Mindestlohn für Bereitschaftszeiten entsandter
Pflegekräfte in der häuslichen 24-Stunden-Betreuung

ÖFFENTLICHES RECHT

Alexander Lübke

Die Gemeinnützigkeit von Sport, Schach und E-Sport

August Kleinlein

Der verfassungsunmittelbare Auskunftsanspruch der
Presse gegenüber Behörden

STRAFRECHT

Nina Granel

Zum Erfordernis eines „neuen § 217 StGB“

Oliver Kliemt

„Murder Degrees“ vs. „Mordmerkmale“ –
Ein kritischer Vergleich der Systematik der
Tötungsdelikte in den USA und Deutschland

4. Jahrgang · Seiten 1–84

www.berlinerrechtszeitschrift.de

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

AUSGABE 1/2023

BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

Juristische Fachzeitschrift am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin

Herausgeber

Berliner Rechtszeitschrift e.V.

Redaktion

Schriftleitung

Moritz Funke, Diyar Kılıç, Yola Kretschmann, Laetizia Krigar, Belisa Miller, Valentin Stojiljkovic, Johannes Weigl, Julian Westphal

Verlagsleitung

Charles Müller, Jiline Schucht (Stellv.)

Redaktion

Rebecca Apel, Mia Barnikel, Antonia Bordt, Vanessa Braun, Moritz Breckwoldt, Yeseo Choi, Cosima Dengler, Elif Dilek, Anastasija Glinina, Leah Gölz, Patricia Grüger, Magnus Habighorst, Nural Hizal, Alexander Kloth, Justus Lassmann, Lina Lautenbach, Ruth Lipka, Julian Lochen, Antonia Novakovic, Lionie Offenbach, Kaan Oğurlu, Emma Marie Otte, Ivette Félix Padilla, David Reichenheim, Paula Schmidt, Paula Schöber, Gabriel Schrieber, Maximilian Schröder, Antonia Schwarz, Sabrina Seikh, Paul Suilmann, Isabella von Waldthausen, David Wellstein, Linus Wendler, Utku Yilmaz

Wissenschaftlicher Beirat

Univ.-Prof. Dr. *Christian Armbrüster*

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

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

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)

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*

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

Univ.-Prof. Dr. *Markus Heintzen*

Univ.-Prof. Dr. *Heike Krieger*

Univ.-Prof. Dr. *Bertram Lomfeld*

Univ.-Prof. Dr. *Cosima Möller*

Univ.-Prof. Dr. *Carsten Momsen*

Univ.-Prof. Dr. *Christine Morgenstern*

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 2023, (Seite)

Vorwort der Schriftleitung

Zunächst sind seit der letzten Ausgabe wiederum einige personelle Änderungen zu vermelden. Nachdem *Sabrina Seikh* aus der organisatorischen Schriftleitung ausgeschieden ist, sind fortan *Diyar Kılıç* und *Valentin Stojiljkovic* neu dabei. In der inhaltlichen Schriftleitung war der Abgang unserer langjährigen Mitstreiter *Hendrik Schwenke* und *Alexander Kloth* zu beklagen – die wir mit *Moritz Funke* und *Laetizia Krigar* aber glücklicherweise hochwertig ersetzen konnten. Und schließlich haben wir mit *Ruth Lipka* und *Ivette Félix Padilla* als Erste und Zweite Vorsitzende, *Antonia Bordt* als Schatzmeisterin sowie *Nural Hizal* und *Hendrik Schwenke* als Beisitzer einen neuen Vorstand gewählt. Dagegen zieht sich mit *Lukas Böffel* ein Gründungsmitglied der BRZ nach langjähriger redaktioneller Arbeit nun auch aus dem Vorstand zurück. Ihm, dem ehemaligen Vorstand und den ausgeschiedenen Schriftleiter*innen gilt unser großer Dank!

Auch sonst ging das Jahr 2023 für die BRZ ereignisreich los – der Anlass war aber ein sehr erfreulicher: Unser Kooperationspartner RAUE lud im Februar erstmals zum Neujahrsempfang in seine Kanzleiräume. In diesem Rahmen veranstalteten RAUE und die BRZ eine Podiumsdiskussion zum Thema „Wissenschaftliches Publizieren“. Diese erwies sich als voller Erfolg – der im Anschluss bei leckeren Speisen und Getränken auch noch rege diskutiert wurde. An dieser Stelle möchten wir uns noch einmal ganz herzlich bei RAUE und allen Panelisten bedanken: unseren Beiratsmitgliedern Univ.-Prof. Dr. *Felix Hartmann*, LL.M. (Harvard) und Univ.-Prof. Dr. *Bertram Lomfeld*, Rechtsanwalt Dr. *Felix Laurin Stang* von RAUE sowie unserem Schriftleiter *Johannes Weigl*.

Gerade mit Blick auf den eigentlichen Inhalt dieser Ausgabe gebührt schließlich Dr. *Ruth Anthea Kienzerle* – Rechtsanwältin bei Ignor & Partner in Berlin – ein besonderer Dank: Sie hat netterweise die externe wissenschaftliche Begutachtung des Beitrags zur Frage nach der strafrechtlichen Regulierung der Selbsttötung übernommen und so einen wichtigen Beitrag zur Entstehung dieses Heftes geleistet. Aufgrund ihrer ausgewiesenen Expertise im Bereich des Strafrechts der Sterbehilfe war ihre Einschätzung von besonderem Wert.

Damit kommen wir zum eigentlichen Inhalt des Hefts: Zunächst erklärt unser Redakteur *David Wellstein* in seinem Editorial, warum wir bald Nachrichten zwischen unterschiedlichen Messengerdiensten wie *WhatsApp* und *Signal* versenden können werden und wie der *Digital Markets Act (DMA)* der Regulierung von *Big Tech* neue Durchschlagskraft verleihen soll. Dabei äußert er sich allen Unkenrufen zum Trotz zuversichtlich, dass die Durchsetzung des DMA die EU-Kommission nicht überfordern wird.

Sodann freuen wir uns, dass wir die Tradition der vergangenen Hefte fortsetzen und auch für diese Ausgabe wieder einen hochkarätigen Beitrag aus der Lehre gewinnen konnten: Darin stellt Univ.-Prof. Dr. *Cosima Möller* ihren Forschungsschwerpunkt, das Römische Recht, vor und veranschaulicht dessen Relevanz für die universitäre Lehre. Der Beitrag gewährt interessante Einblicke in das Römische Verfassungs- und Privatrecht, zeigt bedeutende Verbindungslinien zum heute geltenden Recht auf und lädt so förmlich dazu ein, sich auch jenseits der Grundlagenvorlesungen in den ersten Semestern vertieft mit rechtsgeschichtlichen Fragestellungen zu befassen.

Einem zugleich praxisrelevanten wie methodisch interessanten Thema widmet sich sodann *Jakob Wirnsberger* in seinem arbeitsrechtlichen Beitrag zur Frage nach dem „Mindestlohn für Bereitschaftszeiten entsandter Pflegekräfte in der häuslichen 24-Stunden-Betreuung“. Nach einer Einführung in die tatsächlichen Hintergründe und rechtlichen Grundlagen dieses gesamtgesellschaftlich äußerst relevanten Pflegemodells wird insbesondere erörtert, inwieweit die Erbringung von Bereitschaftszeiten dem Arbeitgeber zugerechnet werden kann und ob hierfür Mindestlohn nach dem MiLoG zu zahlen ist. Dies wird dem Grunde nach bejaht, indes hält *Wirnsberger* die stets gleiche Vergütung von Bereitschafts- und Arbeitszeiten für problematisch. Nach einem Blick auf die Möglichkeit einer teleologischen Reduktion zur Anpassung der Mindestlohnhöhe *de lege lata* ruft der Autor schließlich den Gesetzgeber zur Schaffung einer angemessenen Regelung auf – und unterbreitet hierfür auch gleich einen Vorschlag.

Viele unserer Leser*innen werden sich erinnern: Am 26. Februar 2020 hat das Bundesverfassungsgericht § 217 StGB, der die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung unter Strafe gestellt hatte, für verfassungswidrig erklärt. Im ersten strafrechtlichen Beitrag des Heftes untersucht *Nina Granel*, ob eine neuerliche Regelung zur Selbsttötung angezeigt ist. Sie betont im Rahmen ihrer Untersuchung die Bedeutung des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben und spricht sich schließlich für eine prozedurale Regelung aus, mithilfe derer die Eigenverantwortlichkeit der Suizidentscheidung sichergestellt werden soll.

Einen interessanten Blick über den Tellerrand des deutschen Rechts hinaus wagt im Anschluss daran der rechtsvergleichende Beitrag von *Oliver Kliemt*, der sich den Tötungsdelikten im deutschen und US-amerikanischen Strafrecht widmet. Der Autor eröffnet dabei insbesondere eine neue Perspektive auf die oftmals schwierige Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit (Stichwort: „Raser-Fälle“). Er lädt dazu ein, die eigene Rechtsordnung an dieser Stelle kritisch zu hinterfragen und das US-amerikanische Strafrecht als mögliche Quelle der Inspiration zu sehen.

In das öffentliche Presserecht entführt uns *August Kleinlein* in seinem Beitrag zum verfassungsunmittelbaren Auskunftsanspruch der Presse gegenüber Bundesbehörden. Nach grundrechtsdogmatischer Einordnung und presserechtlicher Verortung beleuchtet der Autor Voraussetzungen und Grenzen dieses für die Pressearbeit so wichtigen Anspruchs. Entgegen der jüngeren Entwicklung in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kommt er zum Ergebnis, dass dieser verfassungsunmittelbare Anspruch aufgrund seiner Rechtsnatur nur das Mindestmaß umfasse, das auch der Gesetzgeber bei Normierung eines Anspruchs nicht unterschreiten dürfte.

Mit der „Gemeinnützigkeit von Sport, Schach und E-Sport“ widmet sich *Alexander Lübke* schließlich einem nicht zuletzt mit Blick auf den aktuellen Koalitionsvertrag rechtspolitisch brisanten Thema. Ausgehend von allgemeinen Ausführungen zur Gemeinnützigkeit und ihren Rechtsfolgen befürwortet er mit Blick auf den Regelungszweck des Gemeinnützigkeitsrechts *de lege ferenda* einen engeren Sportbegriff, die Streichung von Schach und – damit zusammenhängend – die nur begrenzte Anerkennung des E-Sport als gemeinnützig. Bleibe es indes bei dem prinzipiell weiten Sportverständnis, sei demgegenüber schon aus Gründen der Rechtssicherheit und Gleichheit zu erwägen, neben dem Schach auch andere Denksportarten und E-Sport ausdrücklich als gemeinnützige Zwecke zu normieren.

Wir wünschen Ihnen viel Freude bei der Lektüre.

*Moritz Funke, Diyar Kılıç, Yola Kretschmann, Laetizia Krigar,
Belisa Miller, Valentin Stojiljkovic, Johannes Weigl und Julian Westphal*

Die BRZ sagt Danke!

Das Team der BRZ bedankt sich herzlich bei ihren Kooperationspartnern:

HAUSFELD

RAUE



Das Team der BRZ bedankt sich außerdem beim 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!

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, welcher Universität Du angehörst.



Passe Deine Arbeit an die Vorgaben unserer Schriftordnung an. Weitere Informationen findest Du auf der Seite „Hinweise für Veröffentlichende“ 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.

Die Fristen werden auf der Website bekanntgegeben. Später eingereichte Arbeiten werden für die folgende Ausgabe berücksichtigt.

Inhaltsverzeichnis

	Seite
EDITORIAL	
<i>David Wellstein</i> Der Digital Markets Act	1
AUS DER LEHRE	
<i>Prof. Dr. Cosima Möller</i> Römisches Recht als Gegenstand universitärer Lehre	4
ZIVILRECHT	
<i>Jakob Wirnsberger</i> Mindestlohn für Bereitschaftszeiten entsandter Pflegekräfte in der häuslichen 24-Stunden-Betreuung	18
ÖFFENTLICHES RECHT	
<i>Alexander Lübke</i> Die Gemeinnützigkeit von Sport, Schach und E-Sport	30
<i>August Kleinlein</i> Der verfassungsunmittelbare Auskunftsanspruch der Presse gegenüber Behörden	46
STRAFRECHT	
<i>Nina Granel</i> Zum Erfordernis eines „neuen § 217 StGB“	60
<i>Oliver Kliemt</i> „Murder Degrees“ vs. „Mordmerkmale“ – Ein kritischer Vergleich der Systematik der Tötungsdelikte in den USA und Deutschland	70

Herausgeber: Berliner Rechtszeitschrift e.V.

Schriftleitung: Moritz Funke, Diyar Kılıç, Yola Kretschmann, Laetizia Krigar, Belisa Miller, Valentin Stojiljkovic, Johannes Weigl, Julian Westphal

Redaktion: Rebecca Apel, Mia Barnikel, Antonia Bordt, Vanessa Braun, Moritz Breckwoldt, Yeseo Choi, Cosima Dengler, Elif Dilek, Anastasija Glinina, Leah Götz, Patricia Grüger, Magnus Habighorst, Nural Hizal, Alexander Kloth, Justus Lassmann, Lina Lautenbach, Ruth Lipka, Julian Lochen, Charles Müller, Antonia Novakovic, Lionie Offenbach, Kaan Oğurlu, Emma Marie Otte, Ivette Félix Padilla, David Reichenheim, Paula Schmidt, Paula Schöber, Gabriel Schrieber, Maximilian Schröder, Jilina Schucht, Antonia Schwarz, Sabrina Seikh, Paul Suilmann, Isabella von Waldthausen, David Wellstein, Linus Wendler, Utku Yılmaz

Wissenschaftlicher Beirat: Univ.-Prof. Dr. Christian Armbrüster, Univ.-Prof. Dr. Helmut Philipp Aust, Univ.-Prof. Dr. Gregor Bachmann, LL.M. (Michigan), 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), 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, Univ.-Prof. Dr. Felix Hartmann, LL.M. (Harvard), Univ.-Prof. Dr. Markus Heintzen, Univ.-Prof. Dr. Heike Krieger, Univ.-Prof. Dr. Bertram Lomfeld, Univ.-Prof. Dr. Cosima Möller, Univ.-Prof. Dr. Carsten Momsen, Univ.-Prof. Dr. Christine Morgenstern, 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

Der Digital Markets Act, oder:

Warum wir bald Nachrichten von WhatsApp an Signal verschicken können und warum die EU-Kommission damit nicht überfordert sein wird

Am 1. November 2022 ist der Digital Markets Act (DMA) in Kraft getreten. Die EU-Verordnung setzt sich selbst das Ziel, faire und bestreitbare digitale Märkte zu sichern (Art. 1 DMA). Dazu adressiert der DMA wirtschaftlich besonders bedeutsame Akteure in digitalen Märkten, die Plattformdienste anbieten, sogenannte Gatekeeper (Art. 3 DMA, auf Deutsch auch „Torwächter“). Der DMA zielt dadurch konkret auf Google, Apple, Meta (ehem. Facebook), Amazon und Microsoft – es können aber auch andere Unternehmen die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen und als Gatekeeper benannt werden. Den Gatekeepern werden durch den DMA eine Reihe weitgehender Pflichten auferlegt (insb. Art. 5, 6 und 7 DMA), die grundsätzlich ab dem 2. Mai 2023 gelten. Ausnahmen von diesen Verpflichtungen sind nur in sehr beschränktem Umfang zulässig (Art. 9, 10 DMA). Dabei liegt die Zuständigkeit für die behördliche Durchsetzung des DMA allein bei der EU-Kommission; eigenständige Kompetenzen nationaler Behörden sind nicht vorgesehen.

Warum kann man also bald Nachrichten von WhatsApp an Signal schicken?

Die Antwort ist relativ simpel: Art. 7 DMA verpflichtet Gatekeeper, also auch Meta als Betreiberin von WhatsApp (vgl. Pressemitteilung des EU-Parlaments vom 24. März 2022 – „Deal on Digital Markets Act: EU rules to ensure fair competition and more choice for users“), zur Interoperabilität. Das umfasst nach Art. 7 Abs. 2 lit. a, b DMA zumindest auch die Verpflichtung, auf Nachfrage Schnittstellen zu schaffen, um Textnachrichten, Bilder, Sprachnachrichten, Videos und sonstige Dateien zwischen zwei Endnutzer:innen oder in Gruppen über unterschiedliche Messengerdienste zu versenden. Wie man heute wie selbstverständlich eine E-Mail von Gmail an GMX schicken kann, sollen zukünftig Kurznachrichten eben auch von WhatsApp an Signal verschickt werden können.

Art. 7 DMA ist Teil eines umfassenden Pflichtenkatalogs aus Art. 5, 6 und 7 DMA, der insgesamt mehr als 20 einzelne Verpflichtungen enthält. Neben dem Gebot zur Interoperabilität verbietet der DMA u.a., Daten ohne qualifizierte Einwilligung der Endnutzer:innen zwischen mehreren Diensten zu teilen (Art. 5 Abs. 2 DMA) oder gewerblichen Nutzer:innen zu untersagen, die gleichen Produkte oder den gleichen Service zu besseren Konditionen über andere Wege zu vermarkten

(Art. 5 Abs. 3 und 4 DMA). Gatekeeper dürfen im Wettbewerb mit ihren gewerblichen Nutzer:innen keine Daten verwenden, über die sie nur aufgrund ihrer gewerblichen Nutzer:innen verfügen (Art. 6 Abs. 2 DMA). Außerdem dürfen sie eigene Dienste auf ihren Plattformen nicht gegenüber den Diensten von Dritten bevorzugen (Art. 6 Abs. 5 DMA, sog. *self-referencing*). Die Liste ließe sich noch lange weiterführen.

Auch ein zunächst nur flüchtiger Blick auf den Pflichtenkatalog des DMA macht jedoch bereits deutlich, dass dieser nicht nur einen einzigen Zweck verfolgt. Grob lassen sich fünf Zielrichtungen unterscheiden, die häufig kombiniert verfolgt oder miteinander in Ausgleich gebracht werden:

- (1) Einige Pflichten sind darauf gerichtet, die Rechte und Auswahlmöglichkeiten von Endnutzer:innen zu stärken.
- (2) Andere zielen darauf ab, die Position von gewerblichen Nutzer:innen gegenüber Gatekeepern zu verbessern.
- (3) Außerdem soll der DMA den möglichen Wettbewerb in digitalen Märkten erhöhen.
- (4) Dabei ist der DMA – zumindest in erster Linie – auf den Wettbewerb kleinerer Akteure mit Gatekeepern gerichtet. Insofern soll der DMA auch gerade die Position kleinerer Akteure im Wettbewerb mit Gatekeepern stärken.
- (5) Gleichzeitig soll die Marktmacht von Gatekeepern insgesamt beschränkt werden.

Setzt man sich mit dem DMA auseinander, fällt auf, dass einschlägige Diskussionsbeiträge oftmals nur auf einen der Zwecke gerichtet sind, ohne dass ein ausreichendes Bewusstsein dafür gezeigt würde, dass es sich deshalb um perspektivisch eingeschränkte Untersuchungen handelt. Dadurch kommen Autor:innen teilweise zu Gesamtbewertungen, die sich bei Einbeziehung sonstiger Zwecke kaum halten ließen. So wird der DMA beispielsweise deswegen als ineffektiv kritisiert, weil er großen Akteuren das Expandieren auf weitere Märkte erschwert und den weiteren Märkten damit einen Wettbewerber nimmt (Art. 5 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 5 DMA). Der DMA verhindert in diesem Sinne *economies of scale*. Dies lässt sich indes ohne Weiteres mit der Zielrichtung der Stärkung kleiner Marktteilnehmer im Verhältnis zu Gatekeepern erklären. Für eben solche Gesamtbewertungen und ein akkurates Verständnis des DMA ist es daher essentiell, sich seiner vielfältigen Zwecke bewusst zu sein. Es ist daher auch begrüßenswert, wenn betont wird, dass es sich beim DMA gerade nicht um klassisches Wettbewerbsrecht handelt (so beispielsweise *Burchardi*, NZKart 2022, 610 (615); *Herbers/Savary/Gröf*, GRUR-Prax 2023, 151 (151); *Podzun/Kirk*, NJW 2022, 3249 (3254)).

Wird die EU-Kommission mit der Durchsetzung des DMA überfordert sein?

Der DMA tritt neben das klassische Wettbewerbsrecht und ergänzt dieses. Es werden durch ihn also zusätzliche Vorschriften geschaffen, deren Einhaltung überwacht und durchgesetzt werden muss. Die Zuständigkeit hierfür liegt allein bei der EU-Kommission. Die Ressourcen der Kommission werden allerdings nur geringfügig angepasst. So sollen beispielsweise lediglich 80 neue Vollzeitstellen geschaffen werden. Das nehmen verschiedene Autor:innen zum Anlass, infrage zu stellen, ob der DMA überhaupt effektiv durchgesetzt werden kann (so beispielsweise *Podzun*, JEC-LAP 2022, 254 (264); *Vergnolle*, VerfBlog, 3.9.2021, <https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-10/>, zuletzt abgerufen am 20.4.2023).

Es gibt allerdings gute Gründe dafür, davon auszugehen, dass die Rechtsdurchsetzung gegenüber Gatekeepern durch den DMA eher gestärkt, als dass die Kommission durch die weitere Aufgabe überlastet wird:

Während klassisches unionsrechtliches Wettbewerbsrecht, namentlich Art. 101, 102 AEUV, erst *ex post* im Falle wettbewerbsschädlichen Verhaltens eingreift, erlegt der DMA Gatekeepern bereits *ex ante* Verhaltenspflichten auf. Diese Pflichten knüpfen nicht etwa an Fehlverhalten, sondern allein an die Stellung als Gatekeeper an. Dabei sind sie speziell auf digitale Märkte zugeschnitten und weitaus konkreter als bisheriges – weitgehend mit Generalklauseln operierendes – Wettbewerbsrecht. Eine Konkretisierung durch die EU-Kommission wird daher in den meisten Fällen nicht notwendig sein; die Vorschriften sind in weiten Teilen *self-executing*. Insbesondere regelt der DMA praxisrelevante Fälle auf eindeutige Weise, deren Bewertung im Rahmen von Art. 101, 102 DMA höchst umstritten ist.

Dadurch wird zugleich Rechtssicherheit geschaffen, die es sowohl für Gatekeeper als auch für die EU-Kommission vereinfacht, die Rechtmäßigkeit des Verhaltens von Gatekeepern zu beurteilen. Das lässt einerseits erwarten, dass zukünftig rechtswidrige Verhaltensweisen öfter ausbleiben. In dieser Hinsicht setzen auch Bußgelder von bis zu 10% des Jahresumsatzes (bis zu 20% bei wiederholten Verstößen) einen starken Anreiz (Art. 30 Abs. 1 und 2 DMA), Verstöße zu vermeiden. Andererseits verlangt die Bewertung der Rechtmäßigkeit weniger Aufwand auf Seiten der EU-Kommission und schafft so Kapazität für andere Aspekte der Durchsetzung.

Durch die Verpflichtung zur regelmäßigen Berichterstattung über die zur Einhaltung der rechtlichen Pflichten ergriffenen Maßnahmen (Art. 11 Abs. 1 DMA) wird außerdem die Informationslage der EU-Kommission verbessert. Verstöße können so leichter erkannt und verfolgt werden. Auch das spart bzw. schafft Kapazitäten. Dass eine Zusammenfassung der Berichte zu veröffentlichen ist (Art. 11 Abs. 2 DMA), ermöglicht außerdem eine Kontrolle durch die Öffentlichkeit.

Die Öffentlichkeit könnte ebenfalls über gerichtliche Rechtsdurchsetzung durch Private zukünftig eine erhebliche Rolle spielen; schließlich vermittelt der DMA durch die Verpflichtung von Gatekeepern an vielen Stellen Endnutzer:innen und gewerblichen Nutzer:innen Rechte, die diese wohl auch eigenständig gerichtlich durchsetzen können. Möglichkeiten und Formen privater Durchsetzung sind allerdings noch nicht abschließend geklärt.

Letztlich sieht der DMA verglichen mit klassischem Wettbewerbsrecht nur in sehr eingeschränktem Umfang Ausnahmen von den hierin geschaffenen Verpflichtungen vor (Art. 9, 10 DMA). Das lässt sich auf die im Gegensatz zum herkömmlichen Wettbewerbsrecht gerade vielfältigeren Zwecke des DMA zurückführen: Bestehendes Wettbewerbsrecht ist nach klassischem Verständnis darauf gerichtet, Effizienz zu steigern, und erlaubt daher Ausnahmen, wo ein Verhalten trotz Wettbewerbsfeindlichkeit dennoch zur Effizienz beiträgt. Die Ausnahmen aus Effizienzgründen entfallen beim DMA, der gerade keinen vergleichbaren Fokus auf diesen Aspekt legt. Da die Rechtfertigung von Verhalten unter Art. 101, 102 AEUV oft die essentielle Schwierigkeit der Durchsetzung darstellt, wird die Rechtsdurchsetzung ohne diese Ausnahmen wohl erheblich vereinfacht.

Fazit

Der DMA verfolgt vielfältige Ziele. Wer sich (ggf. kritisch) mit ihm auseinandersetzt, sollte dies stets im Blick haben.

Der DMA vereinfacht in unterschiedlicher Hinsicht die Rechtsdurchsetzung und sorgt dafür, dass ein Teil der Rechtsverstöße gänzlich ausbleiben wird. Trotz nur vergleichsweise geringfügiger Erhöhung des Personalstabs könnte er die EU-Kommission dadurch unter dem Strich sogar entlasten.

von **David Wellstein**

Prof. Dr. Cosima Möller*

Römisches Recht als Gegenstand universitärer Lehre

Das Römische Recht ist am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin im 1. Semester für alle verpflichtend und wird in Kombination mit der Deutschen und Europäischen Rechtsgeschichte in einer Klausur geprüft. Einen Überblick über Inhalte und Konzept von Vorlesung und Übung bieten die Teile B. und C. Eine Mischung aus historischer und systematischer Darstellung prägt alle drei Teile der Vorlesung, die Verfassungsgeschichte, das Privatrecht und die Rezeptionsgeschichte. Die Orientierung an Quellen wird durch lateinisch-deutsch präsentierte Auszüge verdeutlicht. Der Fortführung und Vertiefung im Schwerpunktbereich ist Teil D. exemplarisch anhand von Vertrags- und Deliktsrecht gewidmet. Nach einem Ausblick auf Seminare, die mit dem Schwerpunktbereichsstudium kombiniert, aber auch in der Rubrik Lust und Luxus ins Studium integriert werden können, wird die aktuelle Bedeutung des römischen Rechts herausgestellt.

Inhaltsübersicht

A. Einführung	4
B. Grundzüge des römischen Rechts	6
I. Elemente römischer Verfassungen und die Rolle des Rechts	6
1. Das Lob der Republik	6
2. Protorömische Agrarsiedlungen und die Königszeit	6
3. Die Zenturiatkomitien und die Position der Plebejer nach Gründung der Republik	7
4. Das Zwölftafelgesetz	7
5. Rechtsquellen der Republik	8
6. Fortbildung des Rechts durch Juristen – von der Auslegung der Gesetze zur Gestaltung des Rechts in der vorklassischen und in der klassischen Jurisprudenz	8
7. Augustus, die Einführung des <i>ius respondendi</i> und die Rechtsschulen	10
II. Einblicke in das römische Privatrecht – nach dem Institutionensystem	11
1. Das Institutionensystem	11
2. Die Sprache als Medium der Verständigung und Spuren davon im klassischen Recht	12
3. Bemerkungen zum Prozessrecht – <i>actio</i>	13
C. Einige Aspekte der Wirkungsgeschichte des römischen Rechts	13
D. Der Nutzen erworbener Kenntnisse für das Verständnis von Quellen – Vertiefung im Schwerpunkt	13
I. Allgemeines	13
II. Zur Kauf-Tausch-Kontroverse	13
III. Deliktischer Ersatz nach der <i>lex Aquilia</i>	14

1. Ein gekapptes Ankertau und zerschnittene Fischernetze im römischen Recht	14
2. Der Rechtsgedanke im BGB und eine Entscheidung des Reichsgerichts zum Telegraphenkabel nach Helgoland	16
3. Mittelbare Schädigungen und die Frage der Haftung bei Gefahrensituationen	16
E. Vertiefung im Seminar	17
F. Römisches Recht im Jahr 2023	17

A. Einführung

Bei der Immatrikulationsfeier wundern sich viele Studierende, wenn das römische Recht als ein Gegenstand des Jurastudiums vorgestellt wird. Die Kenntnis von der **großen Bedeutung dieses antiken Erbes für unsere Rechtsordnung** zählt nicht zum Allgemeinwissen. Selbst diejenigen, die in der Schule Latein gelernt haben, sind darüber keineswegs immer orientiert. Besonders deutlich ist das Nachwirken des römischen Rechts im Bürgerlichen Recht. Die Information, dass bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs am 1.1.1900 für etwa ein Drittel der Bevölkerung des Deutschen Kaiserreiches das römische Recht geltendes Recht war, weckt die Neugier für die historische Entwicklung und für die Gründe dieses Faktums. Was charakterisiert dieses noch im 19. Jh. geltende Recht? Ist es eine Momentaufnahme des im römischen Reich, dem *imperium Romanum*, geltenden Rechts? Konnte man auf ein Gesetz Bezug nehmen? Wenn es so war, warum spielte dieses Gesetz im 19. Jh. noch eine Rolle? Und war dieses Phänomen auf Deutschland begrenzt?

Auf der Suche nach einer Antwort auf diese Fragen sind erste Klärungen erforderlich, bevor in einer Mischung aus historischem Abriss und systematischer Darstellung Elemente des römischen Verfassungsrechts, des römischen Privatrechts und der Tradierung des römischen Rechts über die Antike hinaus beschrieben werden. Eine Vertiefung zu Themen des Vertragsrechts und des Deliktsrechts folgt, bei der die zuvor vermittelten Kenntnisse zu einer differenzierteren Interpretation von Quellen genutzt und in der Entwicklung zum heutigen Zivilrecht fruchtbar gemacht werden sollen. Ein Hinweis auf Seminarthemen schließt sich an, bevor abschließend einige Überlegungen zum römischen Recht im Jahr 2023 angestellt werden.

Zunächst gilt es, einen Eindruck von der **Quellengrundlage** für das römische Recht zu vermitteln. Quellen des römischen Rechts begegnen uns in Urkunden, wie zum Beispiel Darlehensurkunden, die in Pompeji nach dem Ausbruch des Vesuvs 79 n. Chr. erhalten geblieben und im

20. Jh. gefunden worden sind,¹ oder Arbeitsverträgen auf Wachstafeln, die in einem Bergwerk im heutigen Rumänien, der römischen Provinz Dakien, gefunden wurden,² oder in Inschriften an Gebäuden oder auf Metalltafeln, wie zum Beispiel einer städtischen Verfassung aus der Provinz Baetica in Südspanien, der *lex Irnitana*,³ oder der Regelung für eine Wassergemeinschaft in Nordspanien, in der Provinz Tarraconensis, der *lex rivi Hiberiensis*.⁴ Insbesondere aber sind es die von römischen Juristen stammenden Texte, die in eine Sammlung aufgenommen worden sind, die der oströmische Kaiser Justinian in den Jahren 529–534 n. Chr. durch eine Kommission hat anfertigen lassen.⁵ Aus einer großen Menge überlieferter Juristenschriften wurden Fragmente, Teilstücke, ausgewählt und in einer neuen Ordnung in den **Digesten** zusammengefasst. Das Werk wurde in griechischer Sprache als Pandekten bezeichnet. Die ausgewerteten Schriften waren in der Zeit von 150 v. Chr. bis etwa 250 n. Chr. geschrieben worden. Die Autoren waren römische Juristen, die aus verschiedenen Orten der römischen Welt stammten. Sie kamen zur Zeit der Republik aus Rom oder Italien, später aber auch aus dem heutigen Libanon, der römischen Provinz Syrien, oder aus dem heutigen Tunesien, der Provinz Africa.⁶ **Ulpian**, der aus Tyros in der Provinz Syrien stammte, schrieb die meisten seiner Werke in den 210er Jahren des 3. Jhs. n. Chr. Ein Drittel der in die Digesten aufgenommenen Texte stammt aus seinen Schriften. Aus Hadrumetum in der Provinz Africa stammte der Jurist **Julian**, Schuloberhaupt der sabinianischen Rechtsschule in der Mitte des 2. Jhs. n. Chr. Er war schon in jungen Jahren von Kaiser Hadrian mit der Aufgabe betraut worden, das Edikt, die Liste mit Rechtsschutzverheißungen des Prätors, in eine endgültige Fassung zu bringen, das **edictum perpetuum**. Die für die Digesten herangezogenen Texte haben einen ganz unterschiedlichen Charakter. So findet man die Erörterung von Fällen, die aus der Gutachtenpraxis der Juristen stammen oder die im Unterricht eingesetzt wurden. Es sind Kommentierungen ausgewertet worden, die zu Gesetzen verfasst worden sind oder zum Edikt des Prätors, des römischen Gerichtsmagistraten, und zu anerkannten Schriften von älteren Juristen, wie beispielsweise zum Zivilrecht des Sabinus, das dieser Mitbegründer der sabinianischen Rechtsschule in der ersten

Hälfte des 1. Jhs. n. Chr. verfasst hat. Man liest Auszüge aus systematischen Erläuterungen, wie zum Beispiel zu der Frage, in welcher Weise Verträge zustande kommen. Außerdem sind Definitionen in die Digesten aufgenommen worden und Rechtssprichwörter. Es fehlen auch nicht Fragmente aus Lehrbüchern, den sog. Institutionen, und aus der einzigen Rechtsgeschichte, die von einem römischen Juristen verfasst wurde, nämlich von Pomponius im 2. Jh. n. Chr. Diese Texte hat Justinian als Gesetze, *leges*, in Kraft gesetzt.

Aus dieser Beobachtung ergibt sich ein markanter Unterschied zu unserem heutigen Gesetzesverständnis. Gesetze regeln. Sie formulieren Vorgaben oder gestalten einen Rahmen. Sie enthalten keine Erörterungen oder Auskünfte in konkreten Fällen und sie vermitteln keine Einführung. Zur Entstehungszeit der Schriften der römischen Juristen handelte es sich um Texte mit unterschiedlich hohem Ansehen, aber nur unter besonderen Umständen um Rechtsquellen, denen Verbindlichkeit attestiert werden konnte.

Ein besonders anregender Zugang zu dieser Überlieferung ist über Jahrzehnte hinweg von Okko Behrends entwickelt und erprobt und insbesondere von seinen Schülern Martin Avenarius, Rudolf Meyer-Pritzl und mir weitergeführt worden. Die Spur, die Behrends dafür in seinen Vorlesungen gelegt hat, ist seit 2022 auch in einem Buch nachzulesen, das durch im Internet verfügbare Glossen angereichert ist.⁷ Die Herangehensweise unterscheidet sich von den üblichen Lehrbüchern⁸ durch die Einbindung der römischen Früh- oder besser Vorgeschichte in den protorömischen Agrarsiedlungen und die Deutung der Rolle der auguralen Religion, in der dem Recht ein hoher Stellenwert zukam.⁹ Ein weiterer Unterschied besteht in der Annahme, dass seit etwa 300 v. Chr. eine Auseinandersetzung römischer Juristen mit der griechischen Philosophie im Zusammenhang der ganz allgemein zu beobachtenden Hellenisierung stattgefunden hat. Zuerst erlangte die stoische Philosophie Einfluss, bevor sich im 1. Jh. v. Chr. die Philosophie der skeptischen Akademie als Grundlage für ein neues Rechtsverständnis durchgesetzt hat. Für diese unterschiedlichen Richtungen, überhaupt für die Debatten dieser Zeit sind die Schriften von Cicero besonders aussagekräftig.¹⁰ Die kon-

* Die Autorin ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Römisches Recht an der Freien Universität Berlin.

¹ Wolf, Neue Rechtsurkunden aus Pompeji. Lateinisch und deutsch, 2010.

² Eine Wiedergabe der lateinischen Inschrift mit deutscher Übersetzung von Tafel X findet man bei Möller, Freiheit und Schutz im Arbeitsrecht, 1990, S. 41 f.

³ Wolf, Die lex Irnitana. Ein römisches Stadtrecht aus Spanien. Lateinisch und deutsch, 2011.

⁴ Einheuser, Studien zur lex rivi Hiberiensis, 2017, S. 12–20: Text und Übersetzung.

⁵ Das Gesetzgebungswerk Kaiser Justinians wird in allen Lehrbüchern zum römischen Recht beschrieben, so zum Beispiel in Waldstein/Rainer, Römische Rechtsgeschichte, 11. Aufl. 2014, S. 271–281. Außer den im Text vorgestellten Digesten wurde eine Zusammenstellung von Kaisergesetzen seit Hadrian im Codex veranstaltet und ein Lehrbuch, die Institutionen Justinians, hinzugefügt.

⁶ Einige Juristenbiographien findet man in dem von Stolleis herausgegebenen Band Juristen. Ein biographisches Lexikon, 1995, im Übrigen kann man die Artikel im Neuen Pauly. Reallexikon der Antike heranziehen sowie die Artikel in: Bagnall et al., The Encyclopedia of Ancient History. Ein Klassiker für die Darstellung römischer Juristen ist Kunkel, Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen, 2. Aufl. 1967.

⁷ Behrends, Römisches Recht. Von den Anfängen bis heute, 2022.

⁸ Eine Liste findet man zum Beispiel in dem für den Schwerpunktbereich unerlässlichen Lehrbuch Kaser/Knüttel/Lohsse, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, S. 43–47.

⁹ Behrends, Bodenhoheit und privates Bodeneigentum im Grenzwesen Roms, in: Behrends/Capogrossi Colognesi, Die römische Feldmesskunst, 1992, S. 192 = Avenarius/Meyer-Pritzl/Möller, Institut und Prinzip II, 2004, S. 465.

¹⁰ Daher ist diesem Politiker, Philosophen, Redner und Juristen auch ein wesentlicher Teil des Symposiumbandes aus Anlass des 80. Geburtstags

zeptionell verschiedenen Ansätze sind den Untersuchungen von Behrends zufolge in den Rechtsschulen der von Augustus begründeten Prinzipatszeit fortgeführt worden, nämlich in den Rechtsschulen der Sabinianer und der Prokulianer.¹¹ Dieser Unterschied war noch bei den spätklassischen Juristen des frühen 3. Jhs. n. Chr. wirksam, auch wenn es im 2. Jh. zu einer Schulenkonvergenz, also zu einer Annäherung der Rechtsschulen gekommen ist.¹² Justinian hat die Kontroversen in seinen kaiserlichen Konstitutionen, den von ihm selbst gegebenen Gesetzen, dargestellt und dazu Entscheidungen getroffen – *constituimus*, wir aber legen fest, heißt es dann in den Texten. Auf diese Weise und auch in den Texten, die in die Digesten aufgenommen worden sind, sind uns viele Kontroversen überliefert, obwohl Justinian als ein Ziel seiner Gesetzgebung formuliert hatte, dass er alle Streitigkeiten ausräumen und eine vollständige Harmonie in seinem Gesetzbuch herstellen wolle.¹³

Der Reichtum des römischen Rechts muss daher im Bewusstsein der historischen Entwicklung und prägender Faktoren mit einem Blick für verschiedene Konzeptionen erschlossen werden. Anhand der Beispiele aus Vertrags- und Deliktsrecht im Teil D. soll deutlich werden, wie die gewonnenen Informationen zum besseren Verständnis der Quellen eingesetzt werden können und zugleich, in welcher Weise die Überlieferung des römischen Rechts unser Zivilrecht methodisch und inhaltlich beeinflusst hat.

B. Grundzüge des römischen Rechts

Die folgende Darstellung, gewissermaßen ein *ius Romanum in nuce*, hat zum Ziel, einige prägende Aspekte des römischen Rechts über die Jahrhunderte seiner Entwicklung vorzustellen. Dies soll für die Verfasstheit des Gemeinwesens geschehen und in knapper Form für das römische Privatrecht.

I. Elemente römischer Verfassungen und die Rolle des Rechts

1. Das Lob der Republik

In der Geschichte Roms können verschiedene Herrschaftsformen unterschieden werden. Besonderes Interesse hat immer wieder **die römische Republik** geweckt, die von der

älteren Königszeit und dem Prinzipat seit Augustus eingeraht ist. Die Republik wird von dem Griechen Polybios im 2. Jh. v. Chr. als leuchtendes Beispiel einer gemischten Verfassung vorgestellt. Cicero legt diese Verfassung in seiner Schrift *de re publica* als reale Ausprägung einer idealen Verfassung seinen Ausführungen zugrunde. Die Republik beginnt mit der Vertreibung des letzten Königs, Tarquinius Superbus, im Jahr 510 v. Chr.

2. Protorömische Agrarsiedlungen und die Königszeit

Die **Königszeit** ist von etruskischen Einflüssen auf Rom geprägt. Sie beginnt der römischen Geschichtsschreibung nach mit der Gründung der Stadt Rom durch Romulus im Jahr 753 v. Chr. Dieser vermeintliche Nullpunkt verdunkelt die Vorgeschichte der Stadt Rom.¹⁴ Diese Vorgeschichte ist aus Siedlungsstrukturen, religiösen Traditionen und gerade auch aus Rechtsformeln in Grundelementen erkennbar. Da sich meistens keine exakte Datierung begründen lässt, hat man von „fluiden Modulen“¹⁵ gesprochen, deren Reihenfolge aufgrund plausibler Überlegungen vermutet, aber nicht zweifelsfrei angegeben werden kann. Seit etwa 1000 v. Chr. wandern Siedler in das Gebiet der späteren Stadt Rom ein und lassen sich nieder. Sie betreiben Landwirtschaft und bilden Gemeinschaften (*gentes*), die jeweils von einem *rex*, einem „König“, geleitet werden. Dieser *rex* hat die zentrale Rolle im Friedensbereich (*domi*), für Kriegszüge (*militiae*) wird ein *magister populi* als Heerführer bestimmt. Der *rex* ist für die Rechtsprechung zuständig, die der Erhaltung und der Wiederherstellung des Friedens dient. Dieser Frieden (*ius*)¹⁶ ist Voraussetzung für das Wohlwollen der Götter. Dieses Wohlwollen, die *venia deorum*, wiederum, ist nötig, um das Wohlergehen der Siedlung zu erreichen. Der *rex* weist den Siedlern Land zu und legt Grenzen (*fines*) fest. Diese Zuständigkeit lässt sich noch in der Begrifflichkeit erkennen: *fines regere*. Die Rechtspositionen der Familienoberhäupter werden in einem Verfahren geltend gemacht, das als *vindicatio* bezeichnet wird.¹⁷ Für den Kult und zur Entschlüsselung des Willens der Götter sind die Auguren, die älteste Priesterschaft, zuständig. In der Zeit nach Gründung der Stadt treten neue Priester hinzu, die *pontifices*. Diese werden zu

von Okko Behrends gewidmet. S. dort die Beiträge von Ernst Baltrusch, Melanie Möller und die Reaktion von Okko Behrends, in: Möller/Avenarius/Meyer-Pritzl, Das Römische Recht – eine sinnvolle, in Agrarreligion und griechischen Philosophien wurzelnde Rechtswissenschaft? Forschungen von Okko Behrends revisited, 2020.

¹¹ Für einen ersten Eindruck Behrends, Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht, SZ Roman. Abt. 95 (1978), 187 = Institut und Prinzip I, S. 15.

¹² Vgl. mit der Zuweisung von Ulpian zu den Spätsabinianern und Paulus zu den Spätprokulianern Liebs, Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat, in: Temporini, Aufstieg und Niedergang der römischen Welt II, 15, 1976, S. 197 (insb. S. 282–284) und mit gegenteiliger Zuweisung Möller, Die Zuordnung von Ulpian und Paulus zu den kaiserzeitlichen Rechtsschulen, in: FS Liebs, 2011, S. 455.

¹³ Möller, In unam reducere consonantiam – Justinians Verhältnis zur Überlieferung des römischen Rechts, JZ 2019, 1084.

¹⁴ Behrends (Fn. 9), S. 200, 474 f.

¹⁵ Walter, Mehr als Mythos und Rekonstruktion? Die römische Königszeit, Historische Zeitschrift (HZ) 302 (2016), S. 1.

¹⁶ Zu dieser ältesten Bedeutung von *ius* s. Behrends, *Ius* und *Ius civile*, in: Liebs, Symptica Franz Wieacker, 1970, S. 56.

¹⁷ Zum daraus erschlossenen Vindikationsmodell s. Behrends, Das Vindikationsmodell als »grundrechtliches« System der ältesten römischen Siedlungsorganisation, in: Behrends/Diesselhorst, Libertas, 1991, S. 1 = Institut und Prinzip I, S. 313. Grundlegend unterschiedlich für das Verständnis des frühen Rechts sind die etymologischen Rekonstruktionsversuche zum Begriff *vindicatio*. Geht es darum, in einem geregelten Verfahren eine Rechtsfrage zu klären, bezüglich derer zunächst Gewalt angesagt worden ist – *vim dicere* – oder handelt es sich darum, ein Recht geltend zu machen, bei dem die Verbandszugehörigkeit die Grundlage einer Klärung ist – *ven dicere*? Für die zweite Variante hat sich überzeugend Behrends ausgesprochen.

Spezialisten des Rechts, den ersten Fachjuristen der Welt. Vor Gründung der Stadt Rom schließen sich mehrere Siedlungsgemeinschaften zum Quiritenbund zusammen. Aus dieser Zeit stammen Rechtsformeln, in denen das *ius Quiritium* als Grundlage der Rechtsposition genannt wird. In dieser Phase gibt es bereits eine erste Volksversammlung, die **Kuriatkomitien**.¹⁸ Sie beschließen auf Antrag des Königs über Krieg und Frieden, sie wählen den König aus dem Kreis der Oberhäupter der alten Siedlungsgemeinschaften, der *patres*, und sie beschließen über die Gültigkeit von Arrogationen, Annahmen Erwachsener an Kindes Statt, sowie über Testamente.

3. Die Zenturiatkomitien und die Position der Plebejer nach Gründung der Republik

Nach Gründung der Stadt Rom wächst eine städtische Bevölkerung, die sich aus Handwerkern, Handeltreibenden und solchen Menschen zusammensetzt, die kein eigenes Land bewirtschaften, sondern von den Siedlern mit eigenem Land abhängig sind. Es bildet sich der Gegensatz von **Patriziern**, den alten Siedlungsfamilien entstammenden und damit einer Gens zugehörigen Römern, und den **Plebejern**, die keiner Gens angehören, heraus. Dieser Gegensatz bricht mit der Vertreibung der Könige in einer neuen Weise auf, weil die Patrizier die Führungsrolle für sich beanspruchen und die Plebejer nicht länger unter dem Schutz der Könige stehen. Kurze Zeit nach Gründung der Republik kommt es zum Auszug der Plebejer aus der Stadt (*secessio plebis*), mit dem diese die Anerkennung eigener Ordnungsstrukturen erstreiten. Die plebejische Volksversammlung und die Volkstribune als von dieser Versammlung gewählte Führungspersonen haben hier ihren Ursprung. Die für alle römischen Bürger zuständige Versammlung sind die **Zenturiatkomitien**. In der Literatur wird zumeist vermutet, sie sei erst zu Beginn der Republik mit einer Heeresreform eingeführt worden.¹⁹ Die römische Geschichtsschreibung datiert die Versammlung dagegen in die Zeit um 600 v. Chr. und weist die dazugehörige Reform der Verfassung dem unter die guten Könige gezählten König Servius zu.²⁰ Patrizier und Plebejer waren in dieser Volksversammlung vertreten. Ihre Zuweisung zu den Zenturien, den unterschiedlich großen Einheiten, die Stimmkörperschaften bildeten, richtete sich nach dem Vermögen. Man spricht von einer Timokratie. Die Orientierung am Vermögen, nicht an einer durch die Geburt festgelegten Gruppe, spricht für die Datierung in der Königszeit. Die Logik dieser Vorgabe erschließt sich daraus, dass die römischen Bürger die Ausrüstung für die Feldzüge aus eigenen Mitteln bestreiten muss-

ten. Wer ein größeres Vermögen hatte, konnte sich ein Pferd und eine gute Ausrüstung leisten. Die Reiterzenturien waren demnach die der reichen Römer. Die Plebejer stellten doppelt so viele Reiterzenturien wie die Patrizier. Abgestimmt wurde nach Zenturien, nicht nach Köpfen. So ergab sich das Gewicht der Meinung Einzelner daraus, wie groß die Gruppe war, in der sie ihre Ansicht zur Geltung bringen konnten. Die letzte Zenturie, nach der Überlieferung waren es entweder 193 oder 195, bildeten die Proletarier, die Vermögenslosen, nach Schätzungen etwa ein Drittel der Bevölkerung. Diese Volksversammlung wählte die obersten Magistrate, insbesondere die Konsuln, entschied über Krieg und Frieden und stimmte über Gesetze (*leges*) ab. Sie wurde tätig nach Einberufung durch die Konsuln und stimmte mit Ja oder Nein. Tage, an denen die Volksversammlung zusammentrat, mussten der auguralen Religion nach geeignet sein. Darüber wurden die Auguren befragt. Die Anträge für Gesetze mussten zuvor im Senat zustimmend beraten worden sein (*auctoritas patrum*). Auf diese Weise wurde das Zusammenwirken der im Senat versammelten *patres*, der Oberhäupter der Gentes, der Konsuln und der Volksversammlung gestaltet. Man kann den Charakter einer **Mischverfassung** gut erkennen. In dieser Volksversammlung wurde das wichtigste Gesetz der römischen Geschichte beschlossen: **das Zwölftafelgesetz**, 451/450 v. Chr.²¹

4. Das Zwölftafelgesetz

Dieses Gesetz wird noch von dem Geschichtsschreiber der augusteischen Zeit, Livius, als Quelle allen öffentlichen und privaten Rechts bezeichnet. In der Forschung begegnen unterschiedliche Einschätzungen, ob es sich um eine umfassende Kodifikation gehandelt hat oder ob es eine Zusammenstellung wichtiger Regelungen darstellte. Weiter ist umstritten, ob lediglich das anerkannte Recht aufgezeichnet wurde oder ob es sich um eine grundlegende Reform handelte. Jedenfalls wurde das Gesetz auf der Grundlage einer **Rechtsgleichheit** aller römischen Bürger, Patrizier wie Plebejer, konzipiert. Es wurde schriftlich fixiert und öffentlich auf Tafeln ausgestellt. **Rechtssicherheit** war erkennbar ein wichtiges Ziel. Die Tafeln sind nicht erhalten, so dass der Inhalt des Gesetzes aus späteren Kommentierungen erschlossen werden muss oder aus Schriften römischer Autoren, die Zitate daraus verwenden.

Unstreitig ist, dass die ersten Regelungen dem Zivilprozess galten. Es wurde eine Folgepflicht für denjenigen festgelegt, den ein anderer vor Gericht zitierte, um einen Rechts-

¹⁸ Rainer, Römisches Staatsrecht, 2006, S. 35.

¹⁹ So zum Beispiel Waldstein/Rainer (Fn. 5), S. 36.

²⁰ Diese Überlieferung wird in ihrem Kern für glaubwürdig gehalten u.a. von von Lübtow, Das römische Volk, 1955, S. 52 f.

²¹ Behrends, Der Vertragsgedanke im römischen Gesetzesbegriff auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, in: Behrends/Starck, Gesetz

und Vertrag I, 2004, S. 9 (30 f. Fn. 44) = Avenarius/Möller, Zur römischen Verfassung, 2014, S. 225 (247 Fn. 44) unter Heranziehung von Livius-Stellen. Nach anderer Ansicht handelte es sich um eine *lex data*, ein von der mit dem Auftrag der Gesetzgebung eingesetzten Zehnmännerkommission festgesetztes Recht. Das überzeugt nicht.

streit zu klären – SI IN IUS VOCAT, ITO.²² Regelungen zum Vollstreckungsrecht sind ebenfalls enthalten. Ein wichtiger Bereich behandelt also die Durchsetzung von Forderungen. Diese konnten im Wege einseitiger Schuldversprechen (*stipulationes*) begründet werden. Andere Regelungsgebiete waren die Übertragung von Eigentum im Wege der *mancipatio* oder der *traditio* und das Nachbarrecht. Erbrechtliche Regelungen sahen ein Intestaterbrecht vor, also ein gesetzliches, das nicht auf einem Testament beruhte. Schon die Art der Regelung lässt erkennen, dass die Errichtung eines Testaments als Normalfall betrachtet wurde. Man findet außerdem sakralrechtliche Normen und familienrechtliche, wie eine Festlegung der Vormundschaft und ein für Patrizier und Plebejer gemeinsames Eherecht. Für diese Ehe kraft Zusammenlebens (*usus*) regeln die Zwölftafeln die Möglichkeit einer Ersitzungsunterbrechung für die Zuständigkeit des Ehemannes für das Frauenvermögen (*manus*). Durch Abwesenheit der Ehefrau von der gemeinsamen Wohnung für drei Nächte im Jahr (*trinoctium*) wurde die Gütertrennung der Eheleute beibehalten.²³ Auch das Strafrecht in Gestalt eines Privatstrafrechts mit festgelegten oder zu vereinbarenden Bußzahlungen des Täters an das Opfer war Gegenstand des Gesetzes. Das ebenfalls vorgesehene Recht der Provokation eines zum Tode Verurteilten vor die Volksversammlung ist ein Beleg für das Mitspracherecht dieser Versammlung, wenn es um die Höchststrafe ging. Und schließlich ist der berühmte Satz enthalten, dass es keine Privilegien geben dürfe.²⁴

Dieses Gesetz wird man am besten als eine Zusammenführung von ländlichem und städtischem Regelungsbedarf verstehen können. Trotz möglicher Vorbilder für einzelne Regelungen in der Gesetzgebung Solons für Athen ist es ein auf eigenständigen römischen Traditionen basierendes Gesetz, das auf der Jurisprudenz der *pontifices* aufbaute. Im Kern handelte es sich um eine Modifikation, Fortbildung und Ergänzung der bestehenden Rechtsordnung.²⁵ Schriftlichkeit und Öffentlichkeit, eine hohe Bedeutung des Rechtswesens und der Gerichtsbarkeit, die an den Bürgerstatus anknüpfende Garantie von Rechtspositionen und die Betreuung dieser Rechtsordnung durch Fachleute – das sind **wesentliche Charakteristika** des römischen Rechts, die dauerhaft fortwirken.²⁶

5. Rechtsquellen der Republik

Zu dieser vornehmen Rechtsquelle, die zugleich ein Verfassungselement bildet, kommen von den Zenturiatkomitien auf Antrag der Konsuln beschlossene Gesetze hinzu,

wie zum Beispiel solche zur Gründung von Kolonien, also von Siedlungen für römische Bürger im eroberten Gebiet, Einschränkungen von Luxus oder Begrenzungen von Schenkungen und andere, meist anlassbezogene *leges*. Als weitere Rechtsquelle in der Zeit der Republik sind die **Plebiszite** zu nennen. Es handelt sich um Beschlüsse der plebejischen Volksversammlung, die zunächst nur bindende Wirkung für die Plebejer hatten. Als Schlusspunkt der Ständekämpfe zwischen Plebejern und Patriziern kann die *lex Hortensia* gelten, in der 287 v. Chr. die Allgemeingültigkeit von Plebisziten festgelegt wurde. Zu *leges* und *plebiscita* sind für die Republik auch die **Edikte** als Rechtsquelle zu rechnen. Die Edikte sind die Listen mit Rechtsschutzverheißungen, die der für die Gerichtsbarkeit zuständige Magistrat, der Prätor, zu Beginn seiner einjährigen Amtszeit auf einem *album*, einer Tafel, veröffentlicht und auf dem *forum Romanum*, dem römischen Marktplatz, vor seinem Amtlokal ausstellt. Sie werden von der Autorität des Prätors getragen und enthalten die von Gesetzen oder anerkanntem Recht vorgegebenen Rechtsbehelfe, aber auch Erweiterungen des Rechtsschutzes oder sogar Korrekturen, die die Prätores beraten durch Fachjuristen in ihr Edikt aufnehmen. Es ist ein flexibles Element in der Gestaltung der Rechtsordnung, das uns hier begegnet. Römische Juristen sprechen daher vom Edikt als von der lebendigen Stimme des Zivilrechts, *viva vox iuris civilis*.²⁷

6. Fortbildung des Rechts durch Juristen – von der Auslegung der Gesetze zur Gestaltung des Rechts in der vorklassischen und in der klassischen Jurisprudenz

Die Experten, die Berater der Prätores waren, kamen aus dem Kreis der Fachleute des Rechts, die ihren Kern im Kollegium der *pontifices* hatten. Ein wesentliches Element der Fachkunde war die Kenntnis des Rechts, aber auch die Methode seiner Entwicklungsmöglichkeiten. Die strenge Bindung an den Wortlaut des Gesetzes, die aus dem Bemühen hervorging, das Recht nicht zu verfehlen, kennzeichnete die Auslegung der Zwölftafeln. Sie wurde an Bedürfnisse der Praxis angepasst, indem Sachverhalte mit Begriffen des Gesetzes beschrieben wurden, obwohl sie nicht dem Gesetz entsprachen. Die Fiktion, dass ein Rebstock auch ein Baum sei, ermöglichte Klagschutz bei abgeschnittenen Rebstücken, obwohl das Zwölftafelgesetz diese Fallgruppe nicht genannt hatte.²⁸

Die Kreativität der Juristen bekam seit etwa 300 v. Chr. eine neue Grundlage und wurde zugleich durch politische und wirtschaftliche Veränderungen angeregt. Der politische

²² S. zum Beispiel die Ausgabe des Zwölftafelgesetzes von Düll, Das Zwölftafelgesetz, 7. Aufl. 1995, tab. I, S. 1.

²³ Tab. VI, 4.

²⁴ Tab. IX, 1.

²⁵ So die zusammenf. Beurteilung von Behrends (Fn. 21), S. 32 / S. 248.

²⁶ Wieacker, Römische Rechtsgeschichte I, 1988, S. 287 ff. Vgl. auch Möller, Voraussetzungen und Funktionen der Verbreitung von Rechtstexten im Imperium Romanum, in: Hurtado de Molina Delgado et al., Circulación

de manuscritos en la península Ibérica durante las épocas romana, visigoda y musulmana, 2021, S. 51.

²⁷ Liebs, Römisches Recht, 6. Aufl. 2004, S. 37 hat darin überzeugend ein Instrument der Rechtsfortbildung gesehen, das Rechtssicherheit und Elastizität in besonders glücklicher Weise miteinander verband.

²⁸ Schanbacher, Weinstöcke sind keine Bäume – die ‚lautlose Interpretatio der pontifices‘, in: Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico 61 (2013), S. 197.

Kontext ist ein weiterer Schritt der Plebejer im Kampf um eine Gleichstellung mit den Patriziern. Das Pontifikalkollegium wird im Jahr 300 v. Chr. für Plebejer geöffnet. Fünfzig Jahre später ist Tiberius Coruncanius der erste plebejische *pontifex maximus*. Er beginnt mit öffentlichem Rechtsunterricht und fügt so den typischen Tätigkeitsfeldern der Juristen, die sich auf die Beratung der Parteien bei der Gestaltung von Geschäfts- oder Prozessformularen (*cavere* und *agere*) und auf das Erstellen von Rechtsgutachten (*respondere*) bezog, eine weitere Aufgabe, das Lehren, *docere*, hinzu. Wirtschaftlich veränderte die Einführung des Münzgeldes in Rom die Möglichkeiten, mit dem ritualisierten Übereignungsgeschäft der *mancipatio*, bei der ein Waagehalter in Gegenwart von fünf Zeugen den Kaufpreis zuwoh, andere Zwecke als Kaufzwecke zu verfolgen. Ein Zuwägen des Kaufpreises war nicht mehr erforderlich. Es wurde mit einer Münze, einem *nummus unus*, an die Waage geklopft. So konnten Geschäfte wie Schenkungen (*donatio*) und Sicherungsübereignungen (*fiducia*) gestaltet werden. Die *mancipatio* konnte aber auch eingesetzt werden, um familienrechtliche Folgen zu erreichen. Das Gesetz knüpfte an drei, in zeitlichem Abstand erfolgende Manzipationen, als Verkauf beschriebene Verdingungen von Haussöhnen, das Ausscheiden des Haussohns aus der väterlichen Gewalt, der *patria potestas*. Geschah eine solche dreimalige *mancipatio* in unmittelbarer Abfolge an einen Treuhänder, wurde der Haussohn durch diese Prozedur von der väterlichen Gewalt frei, er wurde eigenen Rechts (*sui iuris*).²⁹ Man sprach von der *emancipatio*. Auch die Übertragung des Vermögens der Ehefrau unter die ehemännliche Verwaltung durch die *coemptio*, eine Eheschließung, bei der die Brautleute sich in einem der *mancipatio* nachgebildeten Ritual wechselseitig als verbunden bezeichneten, nutzte die Wirksamkeit der gesprochenen Worte zu einem Einsatz auf einem neuen Gebiet.³⁰

Eine bedeutsame Anregung ging von der Auseinandersetzung mit der stoischen Philosophie aus. Dem Konzept eines Rechts, das sich aus der normativ verstandenen Natur ergibt, aus der Vorstellung eines von der Vernunft durchströmten Kosmos, an dem alle Anteil haben, entsprang der Gedanke eines **naturrechtlichen *ius gentium***, das aus dem mythischen Goldenen Zeitalter kommt und in einer notwendigen Entwicklung der Menschheit durch Zusätze ergänzt worden ist, indem die einzelnen Bürgerschaften (*civitates*) sich zum Schutz von Individualinteressen Gesetze gaben und damit ein *ius civile* im engeren Sinne schufen. Das Entwicklungspotential einer so gedeuteten Rechts-

ordnung war groß. Spezifika des *ius civile* konnten zugunsten einer Anpassung an neue Bedürfnisse in den Bereich des *ius gentium* übertragen werden, so die *stipulatio* für römische Bürger durch Verwendung anderer Worte auch für Peregrine, Fremde, zugänglich gemacht werden.³¹ Der Rechtsschutz konnte im Wege der Analogie ausgeweitet werden. So konnte die Klage des Eigentümers, die *vindicatio*, als *vindicatio utilis* auch für den Nießbraucher, den Inhaber eines dinglichen Rechts zur Nutzung und Fruchtziehung, eingesetzt werden. Eine Schlüsselfigur der Rechtsfortbildung war daher der **Prätor**. Wenn das *ius gentium* als Naturrecht ohnehin vorhanden war, konnte man Erweiterungen der bislang anerkannten Rechtsfiguren aufgrund von **Prinzipien** wie dem der *fides*, der Treue, und der *bona fides*, einem allgemein verstandenen Vertrauensprinzip, vornehmen und den Rechtsschutz entsprechend erweitern bzw. ausgestalten. Der Jurist, der eine solche Rechtsauffassung vertreten und weiterentwickelt hat, war **Quintus Mucius Scaevola**, gestorben 82 v. Chr.³² Im Bereich des *ius civile* im engeren Sinne sind strenge, am Wortlaut der Norm oder eines Willensaktes orientierte Entscheidungen von ihm überliefert. Im Bereich des *ius gentium* wissen wir nicht nur, dass er als Statthalter der Provinz Asia die Klagbarkeit von Verträgen davon abhängig gemacht hat, dass die Klage nicht gegen die *bona fides* verstößt, sondern auch, dass er Aufklärungspflichten des Verkäufers gegenüber dem Käufer angenommen hat.³³ Im Deliktsrecht geht ein allgemeines Prinzip der Rücksichtnahme auf eine Entscheidung von ihm zurück, den Baumschneiderfall.³⁴ Das *ius gentium* ist damit an Prinzipien orientiert und in dieser Konzeption ein universales Recht. Was dem Vertrauensprinzip entspricht oder in welchem Umfang Rücksicht genommen werden muss, um eine Haftung zu vermeiden, hängt allerdings von einer wertenden Betrachtung ab. Die mit solchen Wertungen verbundenen Unsicherheiten haben die Abwendung von dieser Jurisprudenz im 1. Jh. v. Chr. begünstigt.

In einer Zeit der Bürgerkriege und der politischen Unsicherheit fand eine Neuinterpretation des Rechts Zustimmung, die auf einer Philosophie beruhte, die eine skeptische Interpretation von Platons Lehren zum Inhalt hatte. Diese Philosophie der skeptischen Akademie wurde durch Philon von Larissa in Rom im Jahr 88 v. Chr. prominent vorgetragen und von **Servius Sulpicius**, einem Freund Ciceros, zur Grundlage einer neuen Rechtskonzeption gemacht.³⁵ Diese Konzeption muss man aus den Schriften Ciceros und der Überlieferung in den Digesten erschließen.

²⁹ Tab. IV, 2.

³⁰ Diese Form der Eheschließung mit sofortigem Übergang der *manus* wird in der Literatur meist als Kaufehe beschrieben. Das überzeugt nicht.

³¹ Zur Vertiefung Behrends, Die Stipulation des vorklassischen und des klassischen *ius gentium* und die Frage der zulässigen Sprachen. Alle oder nur Lateinisch und Griechisch?, in: FS Liebs, 2011, S. 57.

³² Behrends, Art. ‚Quintus Mucius Scaevola‘, in: Stolleis (Fn. 6), S. 444 = Institut und Prinzip II, S. 979.

³³ Möller, Informationspflichten des Verkäufers. Grundlagen im Römischen und im heutigen deutschen Recht, Jus. Rivista di scienze giuridiche LXII (1/2015), S. 7.

³⁴ D. 9, 2, 31 Paulus libro decimo ad Sabinum und dazu Möller, Die Rolle der Unterscheidung von *via publica* und *via privata* im römischen Deliktsrecht, in: Avenarius et al., FS Behrends, 2009, S. 421 (436 ff.).

³⁵ Behrends, Die geistige Mitte des römischen Rechts. Die Kulturanthropologie der skeptischen Akad., SZ Roman. Abt. 125 (2008), S. 25 (32 ff.).

Es ist ein Konzept ohne normatives Naturrecht. Ausgangspunkt ist die Welt der Tatsachen, der Empirie. In dieser Welt ist ein friedliches Zusammenleben der Menschen davon abhängig, dass diese sich auf eine Rechtsordnung verständigen, die möglichst klare Regeln enthält und durch **Rechtsinstitute** gebildet wird, die subsumtionsfähig sind. Auch hier wird ein Mythos eingesetzt, um einen Anfang zu beschreiben. Im Zentrum dieses Mythos steht ein Redner, der zu Anfang der Menschheitsgeschichte in der Lage war, die versammelte Menge davon zu überzeugen, sich zu einer Gemeinschaft zusammenzuschließen.³⁶ In dieser Rechtsgemeinschaft sind Normen eines allgemeinen Zivilisationsrechts anerkannt worden, des *ius gentium*, des Völkergemeinrechts. Es kamen aber auch Normen aus dem Bereich eines spezifischen *ius civile* in Gestalt von Gesetzen, *leges*, und des Gewohnheitsrechts, *mos maiorum*, hinzu.

Man erkennt einige Elemente wieder, die auch in der vorherigen Jurisprudenz eine Rolle spielten. Doch sind die Begriffe anders zu deuten. Das ist ein spannendes Phänomen, das zum Nachdenken darüber anregt, in welchem Maße eine Terminologie klärender Erläuterungen bedarf, um unmissverständlich zu sein. In der neuen Lehre, die man entgegen der gängigen Lehrbücher zum römischen Recht wegen ihrer Klarheit als die eigentlich **klassische Lehre** bezeichnen kann,³⁷ entstanden im Vergleich zu der **Jurisprudenz der Vorklassiker** (*veteres, maiores*) Lücken im Rechtsschutz, weil die Subsumtion unter die eng definierten Institute oder die handgreiflich verstandenen Gesetze manche Sachverhalte aus dem Bereich des rechtlich Relevanten ausschloss.³⁸ Diese Tatsachen oder Sachverhalte konnten aber so evident nach Rechtsschutz verlangen, dass es nach der neuen Lehre ein Gebot der natürlichen Gerechtigkeit (*aequitas naturalis*) war, Rechtsschutz zu gewähren. Hier half der Prätor und konnte das aufgrund seiner Amtsbefugnis (*imperium*) tun. So gelangten in das Edikt seit der Zeit des Servius auch Rechtsbehelfe, die man als *actio in factum*, als eine auf einen typisierten Sachverhalt gestützte Klage, bezeichnete.

Der Wandel in der grundsätzlichen Konzeption der Rechtsordnung spiegelte sich in den Literaturgattungen wider.³⁹ Hatte Quintus Mucius ein Werk *de iure civili*, über das Zivilrecht, geschrieben und darin das Recht erstmals nach *genera*, wohl am besten zu übersetzen mit Wertbegriffen, geordnet, so schuf Servius ein Werk, das Entgegnungen dazu

enthielt. Vor allem aber kommentierte er als erster das Edikt, kurz, aber als Signal deutlich.⁴⁰ Aufgrund der neuen Lehre war erst im Edikt alles zu finden, wofür Rechtsschutz gewährt wurde. Die neue Lehre war sehr erfolgreich. Servius hatte zahlreiche Schüler. Aber die neue Lehre blieb nicht ohne Widerspruch. Manche Juristen griffen auf die Lehren vorklassischer Juristen zurück. So herrschte eine Meinungsvielfalt, die zu einem republikanischen Staatswesen gut passte.

7. Augustus, die Einführung des *ius respondendi* und die Rechtsschulen

Was aber bedeutete der politische Neuanfang mit dem Prinzipat des Augustus? Die Ansichten der Historiker weisen eine große Bandbreite dazu auf, ob Augustus ein Konzept verfolgte und wenn ja, welches, oder ob er nicht insbesondere ein kluger und auch skrupelloser Machtpolitiker war und mit seiner Propaganda, die Republik wiederherstellen zu wollen – *res publica restituta* –, die neue Wirklichkeit einer Alleinherrschaft lediglich geschickt verbarg. Das meiste spricht dafür, dass Augustus 27 v. Chr. an die von Cicero in seiner Schrift *de re publica* für einen idealen Staat entwickelten Ideen anknüpfte und eine Mitwirkung verschiedener Akteure an der Leitung des Staates gestalten wollte, wenn auch unter einer eindeutig auf ihn als Princeps zugeschnittenen Herrschaft.⁴¹ In ein solches Konzept fügte sich eine neue Institution ein, die den Princeps in ein besonderes Verhältnis zu ausgewählten Juristen brachte. Ausgewählt wurden sie, indem er ihnen das ***ius respondendi ex auctoritate principis*** verlieh, das Recht, aus kaiserlicher Autorität Rechtsgutachten zu erteilen. Diese Maßnahme sicherte den Gutachten der Respondierjuristen Autorität vor den Gerichten. 150 Jahre später hat Kaiser Hadrian in einer kaiserlichen Konstitution, einem Gesetz, ausdrücklich klar gestellt, dass ein Richter bei übereinstimmenden Gutachten solcher Juristen an diese Ansicht gebunden sei.⁴² Aus dieser Mitteilung erhellt, dass es unterschiedliche Gutachten gegeben hat. Denn schon Augustus verlieh Anhängern unterschiedlicher Richtungen dieses *ius respondendi*. Es kann also festgehalten werden, dass sich durch die Verfassungsreform des Augustus nichts an der **Meinungsvielfalt der Juristen** änderte, dass sogar der Wettstreit um die beste Lösung nunmehr auf verschiedenen Seiten mit der Autorität des Kaisers (*princeps*) ausgetragen werden konnte. So konnten Sabinus und Cassius eine Rechtsschule gründen,

³⁶ Behrends, Die „Große“ und die „kleine“ «conventio», die «ratio iuris» der skeptischen Akademie und der klassische Geldkauf, Index. Quaderni camerti di studi romanistici 45 (2017), S. 401.

³⁷ Möller, Die Servituten, 2010, S. 15.

³⁸ Behrends, Gesetz und Sprache. Das römische Gesetz unter dem Einfluss der hellenistischen Philosophie, in: Behrends/Sellert, Nomos und Gesetz. Ursprünge und Wirkungen des griechischen Gesetzesdenkens, 1995, S. 135 (insb. S. 190 ff.) = Institut und Prinzip I, S. 91 (insb. S. 156 ff.).

³⁹ Behrends, Der Kommentar in der römischen Rechtsliteratur, in: Assmann/Gladigow, Text und Kommentar, 1995, S. 421 = Institut und Prinzip I, S. 225.

⁴⁰ Behrends, Art. ‚Servius Sulpicius Rufus‘, in: Stolleis (Fn. 6), S. 562 = Institut und Prinzip II, S. 980.

⁴¹ Baltrusch, Recta ratio und varietas opinionum: Cicero, Karneades und die Gerechtigkeit, in: Möller/Avenarius/Meyer-Pritzl (Fn. 10), S. 34; Behrends, Princeps legibus solutus, in: FS Starck, 2007, S. 3 = Zur römischen Verfassung, S. 493, zur alles überragenden *auctoritas* des Prinzipats s. S. 16 / S. 507.

⁴² Gaius Inst. 1, 7.

die auf die Lehren der vorklassischen Juristen zurückgriff. Und es konnte von Nerva und Proculus eine Schule gegründet werden, die auf dem Konzept des Servius aufbaute. Die **Rechtsschulen der Sabinianer und der Prokulianer** werden noch von Kaiser Justinian in seinem Einführungslehrbuch, den Institutionen, als Protagonisten von dogmatischen Streitigkeiten vorgestellt, um dann einer bereits im 2. Jh. n. Chr. gefundenen vermittelnden Meinung (*media sententia*) beizutreten oder einer der Schulen mit kaiserlicher Autorität die Richtigkeit ihrer Auffassung zu bescheinigen. Das Phänomen einer **Schulenkongvergenz** ist mit den vermittelnden Meinungen angesprochen. Die Annäherung der Schulen unter den Schulhäuptern Celsus für die prokulianische und Julian für die sabinianische Rechtsschule ging aber auch in der Weise vonstatten, dass methodische Anleihen gemacht wurden, insbesondere indem Celsus mit der *bona fides*, dem vorklassischen Vertrauensprinzip, argumentierte oder indem Julian institutionelle Festlegungen der prokulianischen Schule übernahm. Die Quellen bieten zahlreiche Beispiele, auch auf dem Feld des Prozessrechts, wenn es um die Wahl zwischen verschiedenen Ausgestaltungen des Rechtsschutzes durch *actiones utiles*, also analoge Klagen, oder *actiones in factum*, also auf den typisierten Sachverhalt zugeschnittene Klagen, ging. Die unterschiedlichen Traditionen spielen auch noch in den Schriften der spätklassischen Juristen Paulus und Ulpian eine Rolle. Die Zuweisung setzt aber voraus, dass grundlegende Fragen, wie die nach der Anerkennung eines normativen Naturrechts, mit größerem Gewicht bedacht werden als Entscheidungen einzelner Streitfragen, für die mit der Möglichkeit der Übernahme einer Position der konkurrierenden Rechtsschule gerechnet werden muss.

Insgesamt betrachtet ist auf diese Weise eine Vielfalt von Ansichten erhalten geblieben. Diese Vielfalt lässt sich weder allein aus einer historischen Entwicklung erklären noch ausschließlich aus unterschiedlichen dogmatischen Weichenstellungen. Vielmehr ist eine methodensensible Interpretation geboten, die Faktoren aus Politik und Wirtschaft, aus dem biographischen Hintergrund der einzelnen Juristen und vorgegebenen Traditionen ebenso ernst nimmt, wie konzeptionelle und systemorientierte Ansätze. Eine solche Interpretation bietet die Chance, auch in der Geschichte der wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit der Überlieferung des römischen Rechts seit der Wiederentdeckung der Digesten durch Irnerius um 1100 in Bologna Muster einer bewussten Auswahl der einen oder der anderen Position zu erkennen.

⁴³ Eine Ausgabe mit deutscher Übersetzung und Kommentierung bietet *Manthe*, Gaius Institutiones. Die Institutionen des Gaius, 2004.

⁴⁴ Zur Entdeckungsgeschichte und ihren Wirkungen *Vano*, Der Gaius der historischen Rechtsschule. Eine Geschichte der Wissenschaft vom römischen Recht, 2008.

⁴⁵ S. die Taschenbuchausgabe *Corpus Iuris Civilis. Die Institutionen. Text und Übersetzung*, übersetzt von *Behrends/Knüttel/Kupisch/Seiler*, in 4. überarbeiteter Aufl. hrsg. von *Knüttel/Kupisch/Lohsse/Rüfner*, 2013. Die-

II. Einblicke in das römische Privatrecht – nach dem Institutionensystem

1. Das Institutionensystem

Der zweite Teil der Erstsemestervorlesung gilt dem römischen Privatrecht. Es kann nur um Ausschnitte und Einblicke gehen. Als Struktur wird das Institutionensystem mit der Einteilung des Rechtsstoffs nach *persona*, *res* und *actio*, verteilt auf 4 Bücher, zugrunde gelegt. Es ist zuerst in den Institutionen des Gaius eingesetzt worden.⁴³ Auf der Grundlage des von Julian als Schuloberhaupt der sabinianischen Rechtsschule gestalteten Kompromisses findet man in diesem Anfängerlehrbuch eine an klaren Definitionen und institutionellen Festlegungen ausgerichtete Darstellung. Gaius stellt als Schüler der sabinianischen Rechtsschule häufig die Rechtsansicht seiner Schule der von den Prokulianern vertretenen Ansicht gegenüber. Das Werk ist in den Jahren 160/161 n. Chr. entstanden und bildet aufgrund eines glücklichen Überlieferungszufalls – eine Entdeckung im Jahr 1816 hat eine Handschrift nahezu vollständig erhalten ans Licht des Tages gebracht⁴⁴ – eine besonders wertvolle Quelle für den Rechtszustand vor der Kodifikation Justinians. Da Justinian sein Gesetzgebungswerk in didaktischer Absicht zum Abschluss mit einem eigenen Anfängerlehrbuch gekrönt hat und dieses Werk in hohem Maße an die Vorlage von Gaius angelehnt ist,⁴⁵ hat das System der Institutionen auch in der Geschichte der Fortführung der römischrechtlichen Tradition im Mittelalter und in der Neuzeit eine wichtige Rolle gespielt.⁴⁶ Die Anknüpfung an diesem System ist daher aus mehreren Gründen plausibel.

Die Person wird als zentraler Begriff an den Anfang und zugleich in den Mittelpunkt der Darstellung gerückt. Um der Menschen willen ist das Recht gemacht worden – daher muss die Darstellung mit dem Status von Personen beginnen.⁴⁷ Es ist interessant zu sehen, wie in diesem System der klassischen Lehre der Person als natürlichem Wesen auch eine natürliche Freiheit attestiert wird.⁴⁸ Doch ist die Sklaverei als Bestandteil des *ius gentium*, hier des zivilisationsrechtlichen Normbestandes, als Einrichtung des Rechts anerkannt. Die Darstellung enthält daher Ausführungen zur Sklaverei, zur Freilassung (*manumissio*) und zum Familienrecht. Der Abschnitt *res* ist dem Vermögen gewidmet und umfasst eine Darstellung von Sachenrecht, Erbrecht und Obligationenrecht. Es ist klar, dass *res* nicht mit Sache im Sinne von § 90 BGB wiedergegeben werden kann. Die Verengung des *res*-Begriffs auf körperliche Gegenstände

ses Lehrbuch hat *Meincke*, Römisches Privatrecht, 4. Aufl. 2021 seiner Darstellung zugrunde gelegt.

⁴⁶ *Kupisch*, Zur Wirkungsgeschichte der Institutionen, in: *Behrends/Knüttel/Kupisch/Seiler*, *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung I. Institutionen*, 2. Aufl. 1997, S. 289–298.

⁴⁷ Zum Begriff *persona* und seiner Geschichte s. *Behrends*, Die Person im Recht, in: *Seelmann*, *Menschenrechte*, 2017, S. 187.

⁴⁸ Inst. 1,3,1 und 2.

ist eine Konsequenz der Dogmatik des 19. Jhs.⁴⁹ Im Abschnitt *actio* geht es um das Zivilprozessrecht. Es ist integraler Bestandteil des Privatrechts. Man spricht auch vom aktionsrechtlichen Denken der Römer, um zu vermitteln, dass Rechtsfragen stets mit Blick darauf erörtert wurden, ob im Streitfall eine Klage zur Verfügung stand.

Die Einteilungen der Institutionen könnten den Eindruck einer statischen Dogmatik erwecken. Und da Justinian sein Anfängerlehrbuch als Gesetz in Kraft gesetzt hat, entspricht dieser Eindruck auch der Absicht des oströmischen Kaisers. Durch die Ausführungen im ersten Teil der Vorlesung ist allerdings das Bewusstsein dafür geschärft, dass stets von Entwicklungen ausgegangen werden muss, die sich anhand von juristischen, aber auch von literarischen Quellen nachvollziehen oder mindestens plausibel vermuten lassen.

2. Die Sprache als Medium der Verständigung und Spuren davon im klassischen Recht

Um dies exemplarisch für die Bereiche *persona* und für *res* im Sinne von Sachenrecht und Obligationenrecht zu verdeutlichen, sei an einem Kernpunkt der klassischen Lehre angeknüpft, nämlich der zentralen Rolle der Sprache. Diese dient der Kommunikation und damit auch der Überzeugung von der Notwendigkeit einer rechtlichen Grundlage einer Gemeinschaft. Sie ist außerdem als Mittel der Verständigung über rechtstechnische Zusammenhänge auf Präzision in besonderem Maße angewiesen. Diesen Ausgangspunkt erkennen wir zum Beispiel bei der Festlegung des **Zeitpunkts der Rechtsfähigkeit**. Die klassischen Juristen verbinden ihn mit dem ersten Schrei, der das Potential einer Kommunikation erkennen lässt, die Vorklassiker und in ihrer Nachfolge auch noch die Sabinianer gehen dagegen vom ersten Atemzug aus.⁵⁰ Als Prüfstein aus dem Bereich des Sachenrechts kann die Lehre von der **Verarbeitung (*specificatio*)** herangezogen werden. Die Prokulianer verweisen darauf, dass bei Verarbeitung einer fremden Sache ein Eigentumserwerb durch den Verarbeiter deswegen stattfindet, weil das Produkt der Verarbeitung einen neuen Namen erhält. Diese sprachliche Neuerfassung geht einher mit der rechtlichen Neuordnung. In Anwendung der Möglichkeit einer *occupatio*, einer Aneignung durch Besitzergreifung, wird dem Verarbeiter an dem neuen Gegenstand, der herrenlos ist, die Möglichkeit des Eigentumserwerbs zugestanden. Anders entscheiden die Vorklassiker und in ihrer Nachfolge die Sabinianer. Ihrer Ansicht nach entfaltet der Hersteller nur das Potential, das in der Materie enthalten ist. Die Materie aber ist dem Eigentümer zuge-

wiesen. Die Veränderung der äußeren Gestalt führt nicht zu einer neuen Eigentumszuweisung. Diese in den Quellen mit hinreichender Klarheit überlieferte Kontroverse – Gaius Inst. 2,79, D. 41,1,7,7, Gaius lb. 2 rerum cottidianarum sive aureorum und I. 2,1,25 – wird in hochklassischer Zeit im Sinne einer *media sententia* aufgelöst.⁵¹ Für die vermittelnde Ansicht ist die Rückführbarkeit des neuen Stoffes in den Ursprungsstoff entscheidend. Gelingt eine Rückführung, wie es grundsätzlich bei einem Silbergefäß, das aus einem Klumpen Silber hergestellt worden ist, möglich ist, so bleibt das Eigentum beim Stoffeigentümer. Scheitert eine Rückführung, wie es anhand unmittelbar einleuchtender Beispiele für die Rückführung von Wein in Trauben oder Öl in Oliven angeführt wird, erwirbt der Hersteller Eigentum. Dies ist eine typische Art der hochklassischen Juristen, Streitfragen in einer konsensorientierten Weise zu befrieden.

Ein Prüfstein im **Vertragsrecht** ist die klassische Lehre, dass der Konsens bei Verträgen sich auf einen anerkannten Vertragstyp beziehen muss, dass also die bloße *conventio* in ein *nomen contractus* übergehen muss.⁵² In diesem Bereich sind die prozessualen Konsequenzen klar – es gibt bei einer Vereinbarung, die vom anerkannten Vertragstyp abweicht, keine Klage –, aber auch in vielen Fällen unbefriedigend. Reaktionsmöglichkeiten bieten u.a. das Prozessrecht und damit der prätorische Rechtsschutz. Dazu findet man unter D. II. eine Vertiefung. Die Einteilung in den Institutionen kennt vertragliche Obligationen, die aufgrund von Worten, Sachhingabe, Eintragung ins Hausbuch des *pater familias* oder Konsens zustande kommen. Dies ist ein typisches Beispiel dafür, dass die dogmatische Entwicklung in einem solchen Schema ausgeblendet wird. Forscht man in anderen Quellen, so ergibt sich für die klassische Lehre das Bild von *conventiones*, die bei Übergang in einen anerkannten Vertragstyp bindend sind, für die vorklassische Lehre dagegen als Ausgangspunkt die Verbindlichkeit für solche Handlungen, bei denen das Vertrauen eines anderen in Anspruch genommen worden ist.⁵³ Der Zentralbegriff dieser Lehre ist *negotium*, im Plural *negotia* – Rechtsgeschäfte. Rechtlich bindend sind *negotia stricti iuris*, also Rechtsgeschäfte strengen Rechts, die durch das *ius civile* im engeren Sinne anerkannt sind. Darüber hinaus sind *negotia bonae fidei* anerkannt, die auf einer weit verstandenen Grundlage des Vertrauensprinzips aufbauen. In den Quellen spiegelt sich daher eine Vertragsauffassung, die auf dem Vertrauensprinzip aufbaut, ebenso wie eine Vertragsauffassung, die Verbindlichkeit an die Anerkennung

⁴⁹ Rüfner, Savigny und der Sachbegriff, in: Leible/Lehmann/Zech, Unkörperliche Güter im Zivilrecht, 2011, S. 33–48.

⁵⁰ Behrends, SZ Roman. Abt. 125 (2008), 25 (37 f.) und dazu die Entscheidung Justinians, der sich den Sabinianern anschließt, C. 6,29,3.

⁵¹ Behrends, Die Spezifikationslehre in der römischen Jurisprudenz, SZ Roman. Abt. 112 (1995), 195; Schermaier, Materia. Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht, 1992. Und vertiefend, insbesondere mit Blick auf die *media sententia* Lohsse sowie Beh-

rends, in: Möller/Avenarius/Meyer-Pritzl (Fn. 10), S. 57 und S. 108 sowie der Aufsatz von Behrends, Species und Qualitas. Die zwei Zuordnungselemente der körperlichen Dinge am Beispiel der ergänzenden Anfügung, a.a.O., S. 120.

⁵² D. 2, 14, 1, 3 und 4 Ulpianus lb. 4 ad edictum.

⁵³ Möller, Grundlagen des römischen Vertragsrechts, in: Kunig/Nagata, Deutschland und Japan im rechtswissenschaftlichen Dialog, 2006, S. 71.

als Vertragstyp durch die Rechtsordnung knüpft und den darauf bezogenen Konsens als entscheidend herausstellt.

3. Bemerkungen zum Prozessrecht – *actio*

Die Erläuterungen zum Prozessrecht können hier knapp gefasst werden, da eine strenge Auslegung der auf dem Gesetz beruhenden Klagen, der *legis actiones*, bereits Gegenstand der Darstellung war und das Formularverfahren, das seit dem 3. Jh. v. Chr. entsteht, 156 v. Chr. durch die *lex Aebutia* auch gesetzlich anerkannt wird und eine Rolle über Jahrhunderte behält, bei der Vertiefung unter D. noch eine Rolle spielen wird. Eine kaiserliche Gerichtsbarkeit, die *extraordinaria cognitio*, wird von Augustus zunächst für bestimmte Ansprüche eingeführt und entwickelt sich neben dem Formularverfahren. Die Äußerungen der in die Digesten mit ihren Schriften aufgenommenen Juristen setzen zum größten Teil das Formularverfahren voraus. Charakteristisch dafür ist die Zweiteilung *in iure*, beim Prätor, wo die Formel für den Prozess beantragt wird, und *apud iudicem*, vor dem Richter, wo es darum geht, den vorgetragenen Sachverhalt zu beweisen bzw. die Abweisung der Klage auf der Grundlage des in der Formel gestalteten Programms zu erreichen.

C. Einige Aspekte der Wirkungsgeschichte des römischen Rechts

Diese zugleich zeitgebundene wie auch in ihrer dogmatischen Konsequenz und in ihrem universalistischen Ansatz für das *ius gentium* von vielen Umständen abstrahierte Überlieferung spielt vor Justinians Gesetzgebung auch in den Germanenrechten des weströmischen Reiches eine Rolle. Doch findet eine wissenschaftliche Beschäftigung mit dem römischen Recht in einer neuen Weise ab etwa 1100 durch Irnerius in Bologna anhand der Überlieferung der justinianischen Digesten statt. Diesem Phänomen und seiner Entwicklung bis zu den Kodifikationen gelten noch ein paar Bemerkungen.⁵⁴

Im Laufe der folgenden Jahrhunderte diente das römische Recht als Autorität, als *ratio scripta*, bei den Glossatoren und Kommentatoren. Es bot einen wichtigen Faktor im Streben der Kaiser des Heiligen Römischen Reiches nach einer Kontinuität mit dem *imperium Romanum*. Und es erwies sich auch unter veränderten politischen und wirtschaftlichen Bedingungen als anpassungsfähig. Es wurde zur Inspiration für die konkrete Ausgestaltung von Natur- und Vernunftrecht und es bildete ein *ius commune* in weiten Teilen Europas. Wissenschaftlichkeit und Rationalität waren mit dem Einfluss des römischen Rechts unmittelbar verbunden. Diese Prägung im römischen Recht wird an den

seit dem 12. Jh. gegründeten Universitäten aufgenommen. Die Rolle des römischen Rechts wurde für die Anwendung in der Praxis immer wieder neu diskutiert. So galt es für die Vertreter des Vernunftrechts nur, insoweit sich seine Vernünftigkeit darlegen ließ. Im *usus modernus* musste sein Gebrauch nachgewiesen werden. Es wurde in seinem Freiheitsgehalt und in seinen Rechtspositionen sichernden Grundannahmen zur Inspiration für die liberalen Rechtslehren im 19. Jh. Auf der Grundlage des römischen Rechts wurden gerade in der historischen Rechtsschule in Deutschland und in der Pandektistik neue Institute geschaffen und die Wirkung von Prinzipien ausgelotet. Das gilt für Savignys Lehre vom Abstraktionsprinzip ebenso wie für Rudolf von Jherings Lehre von der culpa in contrahendo oder Windscheids Lehre von der Voraussetzung, aus der sich die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage entwickelt hat.

D. Der Nutzen erworbener Kenntnisse für das Verständnis von Quellen – Vertiefung im Schwerpunkt

I. Allgemeines

Die römischen Juristen drücken sich in den überlieferten Texten häufig sehr knapp aus. Man muss also versuchen, aus der Zusammenschau mit anderen Quellen oder weiteren Informationen behandelte Fälle zu ergänzen oder zu kontextualisieren, aber auch die Lösungen der Juristen mit Argumenten zu verknüpfen, die nicht immer explizit gemacht werden. Dies kann nur gelingen, wenn man sich mit historischen Abläufen, mit den Rechtsquellen, mit dem Prozessrecht und auch mit den unterschiedlichen Interpretationsansätzen auskennt. Wenn man sich aus der Lehrbuchliteratur informiert hat und die Darstellungen mit kritischem Geist zur Kenntnis nimmt, wird man schnell feststellen, dass es durchaus Unterschiede bei der Kombination historischer Informationen und Unterschiede bei der Einordnung der Quellen in den Zusammenhang der römischen Jurisprudenz gibt. Eine Basis für ein eigenes Urteil kann man nur aus den Quellen gewinnen. Sie sind der Ausgangspunkt jeder Erörterung und der Prüfstein für die Würdigung der verschiedenen angebotenen Interpretationen.

II. Zur Kauf-Tausch-Kontroverse

Die Streitigkeiten unter den römischen Juristen sind deswegen besonders lehrreich, weil sie verschiedene Möglichkeiten aufzeigen, wie man mit Rechtsfragen umgehen kann. Das lässt sich an der weithin bekannten Kauf-Tausch-Kontroverse verdeutlichen.⁵⁵ Mit diesem Schlagwort wird eine Streitigkeit zwischen der sabinianischen und der prokulia-nischen Rechtsschule beschrieben, in der es auf den ersten

⁵⁴ Einen ersten Eindruck verschafft *Liebs* (Fn. 27), S. 103–118. Klassisch ist die Darstellung bei *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967. Empfehlenswert: *Rainer*, *Das Römische Recht in Europa*, 2. Aufl. 2020.

⁵⁵ S. nur die Darstellung bei *Kaser/Knüttel/Lohsse* (Fn. 8), § 52 und *Behrends* (Fn. 7), S. 225–230.

Blick darum geht, ob eine Tauschvereinbarung mit der Kaufklage vor Gericht durchgesetzt werden konnte, ob also zum Beispiel der Tauschpartner, der seinen Teil der Vereinbarung erfüllt hatte, auf die Gegenleistung klagen und dafür die Klage aus Kauf in Anspruch nehmen konnte. Eine Spur dieses Problems finden wir noch im BGB, das in § 480 bestimmt, dass auf den Tausch die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung finden. In den Quellen finden wir das Problem bei dem spätclassischen Juristen Paulus anhand eines typischen Schulfalles dargestellt.⁵⁶ Tausche Toga gegen Tunika. Es wird einleitend herausgestellt, dass der Tausch am Anfang der wirtschaftlichen Entwicklung gestanden habe. Doch sei durch die Erfindung des Geldes, das seinen Wert durch die Prägung erhält und der Menge nach eingesetzt werden kann, eine Möglichkeit geschaffen worden, die es erlaube, Parteirollen und damit auch Leistungspflichten klar zuzuweisen. Daher sei der Tausch (*permutatio*) nicht als Kauf (*emptio venditio*) klagbar. Sabinus und Cassius hätten es dagegen für richtig gehalten, auch beim Tausch die Kaufklagen einzusetzen. Hinter diesem Streit steht die grundlegende Frage, was die Verbindlichkeit eines Rechtsgeschäfts ausmacht. Geht es dabei um anerkannte und klar definierte Vertragstypen wie im Beispiel den Kauf, der durch eine Einigung über den Kaufgegenstand und den Preis gekennzeichnet ist, oder geht es darum, durch Klagschutz rechtliche Vereinbarungen zu schützen, die einen sinnvollen Gütertausch zum Inhalt haben und bei denen das Vertrauen des Geschäftspartners in Anspruch genommen worden ist? Diese Alternativen lassen sich für die römischen Juristen in die Zeit der Republik zurückverfolgen. Für das Vertrauensprinzip (*bona fides*) kann auf die Lehren des vorklassischen Juristen Quintus Mucius Scaevola hingewiesen werden. Die Gegenposition, die Paulus in der angesprochenen Quelle vertritt, lässt sich als die Lehre des Servius Sulpicius identifizieren, dem zufolge die Verbindlichkeit auf dem Konsens beruhte, der sich allerdings auf einen anerkannten Vertragstyp beziehen musste – s. dazu schon B. II. 2. Und für den Austausch von Waren war als vertragliche Form nur der Kauf mit einer Gegenleistung in Geld nach dem von Servius etablierten institutionellen Rechtsdenken geeignet.

Mit dem Blick auf diese Alternativen und der Auskunft, dass sich die Ansicht des Servius durchgesetzt hat, bleibt man etwas ratlos zurück. Konnten dann Tauschvereinbarungen gar nicht im Klagewege geltend gemacht werden? Doch, kann man zur Beruhigung mitteilen. Es gab sehr bald Überlegungen bei einigen Juristen, die den Kern der Verbindlichkeit auf andere Konstellationen ausdehnten. Die Gegenseitigkeit der Leistungspflichten spielte schon bei

Labeo eine Rolle, der das Synallagma als Kennzeichen solcher Verträge benannt hat. Den Durchbruch brachte aber der Jurist Aristo, der gegen Ende des 1. Jhs. n. Chr. tätig war. Auf ihn geht die Lehre von der *causa* zurück, die man wohl am besten final und die entsprechend erbrachte Leistung als zweckbestimmte Leistung verstehen muss.⁵⁷ War eine solche Leistung erbracht, so sollte die Gegenleistung eingeklagt werden können. Dies ist eine typisch vermittelnde Lösung. Schließlich wird mit der *causa*-Lehre gewissermaßen ein neuer definierter Typus geschaffen, der sich insofern an dem Kriterium von Servius orientiert, aber durch die Aufnahme eines so abstrakt beschriebenen Zusammenhangs die Tür für die Annahme von Verbindlichkeiten in einer Weise weit aufstößt, wie es dem Grundgedanken von Quintus Mucius entsprach. Für die Feinheiten der Diskussion ist es wichtig, die prozessuale Seite noch kurz einzubeziehen. Hier finden wir in den Quellen Möglichkeiten eine *actio in factum* zu wählen oder eine *actio praescriptis verbis* – D. 2, 14, 7, 2 Ulpianus lb. 4 ad edictum. Damit sind entweder prätorische Ergänzungsklagen angesprochen, die der Konzeption nach auf dem *imperium* des Prätors und seiner Aufgabe, Lücken zu füllen, die im Widerspruch mit der *aequitas naturalis* stehen, beruhen oder auf einem Verständnis von der Rechtsordnung, die stets nur eine Annäherung an das von Natur her vorhandene Recht darstellt und daher durch Analogien oder andere Anpassungen einem als richtig erkannten Ziel dienstbar gemacht werden kann.

III. Deliktischer Ersatz nach der *lex Aquilia*

Anhand von Beispielen aus dem Bereich der deliktischen Haftung soll gezeigt werden, in welcher Weise die Interpretation römischer Rechtstexte das Verständnis historischer wie dogmatischer Zusammenhänge und Lösungsmöglichkeiten schult und welche konzeptionellen Linien der Argumentation man im römischen Recht freilegen kann. Außerdem wird anhand einer Entscheidung des im Jahr 1879 in Leipzig gegründeten Reichsgerichts deutlich, wie man in den Quellen des römischen Rechts eine Lösung für aktuelle, im tatsächlichen Kontext partiell abweichende Konstellationen finden konnte.

1. Ein gekapptes Ankertau und zerschnittene Fischernetze im römischen Recht

Die Quelle, die ich kurz vorstellen möchte, ist in die Digesten Justinians im 9. Buch in den 2. Titel *de lege Aquilia* aufgenommen worden. Es geht also um die Haftung nach dem ersten allgemeinverbindlichen Plebiszit, das im Jahr 286 v. Chr. von der plebejischen Volksversammlung be-

⁵⁶ D. 18, 1, 1, 1 Paulus libro trigensimo tertio ad edictum.

⁵⁷ Ebenso *dalla Massara*, Die causa des Vertrages im Denken des Aristo: zu den Ursprüngen einer Idee, in: Albers/Patti/Perrouin-Verbe, Causa contractus. Auf der Suche nach den Bedingungen der Wirksamkeit des vertraglichen Willens, 2022, S. 37; a.A. *Schermaier*, Kausalität oder Fina-

lität? Überlegungen zur causa in Ulpian D. 2, 14, 7, in: Finkenauer/Sirks, Interpretationes Iuris Antiqui. Dankesgabe für Shigeo Nishimura, 2018, S. 293. S. dazu demnächst *Möller*, Die Wertschätzung des Plinius für den Juristen Aristo, in: Canobbio/Fögen/Rocchi, Plinius der Jüngere aus interdisziplinärer Perspektive, 2024.

geschlossen worden ist. Von den drei Kapiteln, die man auch als Paragraphen bezeichnen könnte, ist hier das 3. Kapitel einschlägig. Dort ist bestimmt, dass derjenige Schadensersatz zu leisten hat, der einem anderen einen Schaden durch Brennen, Brechen oder Reißen zugefügt hat. Schon in der Gesetzesinterpretation des 2. Jhs. v. Chr. hat man den Wortlaut so verstanden, dass jede Form des Verderbens einen Schadensersatzanspruch zur Folge hat. Aus *urere*, *frangere*, *rumpere* wurde darauf geschlossen, dass jedes *corrumpere* den Tatbestand erfüllt.⁵⁸ Eine weitere Voraussetzung der Haftung war die widerrechtliche Zufügung des Schadens, *iniuria*. Mit dieser Thematik befasst sich die folgende Quelle, die ursprünglich von Ulpian verfasst worden ist. Der spätklassische Jurist, gestorben 223 n. Chr., erörtert verschiedene Fallkonstellationen in seinem Kommentar zum Edikt. Er schreibt damit in der Tradition, die von Servius Sulpicius, dem Freund Ciceros, im 1. Jh. v. Chr. begründet worden ist.⁵⁹ Im 18. Buch seines Ediktcommentars befasst er sich mit der *lex Aquilia*, genauer gesagt mit der Klage, der *actio* aufgrund der *lex Aquilia*. Schließlich ist die Kommentierung des Edikts an die dort verkündeten Rechtsbehelfe angelehnt. Ulpian greift bei seiner Darstellung auf eine Tradition der Erörterung des Rechtsproblems zurück, die bis zu Labeo, einem Juristen der augusteischen Zeit, und zu Proculus, dem Schulgründer der prokulianischen Rechtsschule, gestorben 65 n. Chr., reicht.

Es ist ein der Seefahrt entnommener Ausgangsfall, der in verschiedenen Variationen und unter verschiedenen Aspekten diskutiert wird. Bei Labeo hat Ulpian den Fall behandelt gefunden, dass eine Klagemöglichkeit diskutiert wurde, als

Seeleute die Ankertaue eines Schiffes gekappt hatten, das durch einen Sturm auf die Ankertaue des von ihnen gesteuerten Schiffes getrieben worden war. Ein Loskommen des eigenen Schiffes war nur dadurch möglich, dass die Ankertaue des anderen Schiffes zerstört wurden. Eine Klage darf vom Prätor in diesem Fall nach der Ansicht von Labeo nicht erteilt werden. Ulpian zieht für eine andere Fallvariante, in der es nicht um die Ankertaue eines anderen Schiffes geht, sondern um Fischernetze, die zerstört worden waren, außer Labeo auch noch Proculus heran, die beide eine Klage auch in einem solchen Fall abgelehnt hätten. Der nächste Satz schafft Klarheit darüber, welche Klage hier diskutiert wurde. Denn in dieser Variante wird die Klage gegeben, und zwar die Klage nach der *lex Aquilia*. Der Unterschied besteht darin, dass die Verwirrung der Tauen durch ein Verschulden der Seeleute herbeigeführt worden ist. Dann kann die Notlage nicht erfolgreich geltend gemacht werden, um einer Haftung zu entgehen. Die weitere Erörterung knüpft an den Schadensfall in der ersten Abwandlung, nämlich an die zerstörten Fischernetze an. Es geht um den Haftungsumfang, nämlich darum, ob nicht nur die Fischernetze in die Schadensschätzung einzubeziehen sind, wenn die Gefahrenlage schuldhaft herbeigeführt worden war, sondern auch die wegen der Zerstörung der Netze nicht gefangenen Fische. Ein solcher Posten bei der Schadensermittlung wird wegen der Unsicherheit der Erfolgsaussicht abgelehnt.⁶¹ Ulpian fügt, wohl angeregt durch die Situation der Jagd, noch die Jäger und Vogelfänger an, deren Jagdertrag man ebenso wenig als sicher in Berechnungen einbringen kann, wie beim Fischfang.

D. 9,2,29,3 et 5 Ulpianus libro octavo decimo ad edictum (Ulpian im 18. Buch seines Ediktcommentars)

Item **Labeo** scribit, si, cum vi ventorum navis impulsisset in funes anchorarum alterius et nautae funes praecidissent, si nullo alio modo nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam. idemque Labeo et Proculus et circa retia piscatorum, in quae navis piscatorum inciderat, aestimarunt. plane si culpa nautarum id factum esset, **lege Aquilia agendum**. sed ubi damni iniuria agitur ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, cum incertum fuerit, an caperentur. idemque et in venatoribus et in aucupibus probandum.

5 Si funem quis, quo religata navis erat, praeciderit, de nave quae periit **in factum agendum**.

Ferner schreibt **Labeo**: Wurde ein Schiff vom Sturm auf die Ankertaue eines anderen getrieben und hatten die Seeleute die Tauen gekappt, so darf, falls das Schiff auf keine andere Weise als durch Kappen der Tauen loskommen konnte, keine Klage erteilt werden. Dasselbe haben **Labeo** und **Proculus** auch bei Fischernetzen angenommen, in die sich ein Fischkutter verfangen hatte. Ist ein solcher Vorfall freilich durch Verschulden der Seeleute verursacht worden, so **kann mit der Klage nach der *lex Aquilia* vorgegangen werden**. Wird aber bezüglich der Netze wegen widerrechtlich zugefügten Schadens geklagt, so werden die Fische, die deshalb nicht gefangen wurden, nicht von der Schadensschätzung erfasst, da ungewiss war, ob sie gefangen worden wären. Dasselbe ist auch bei Jägern und Vogelfängern anzunehmen.

5 Hat jemand das Tau, mit dem das Schiff festgemacht war, gekappt, so muss wegen des Schiffes, das verloren ging, **mit einer auf den Sachverhalt zugeschnittenen Klage vorgegangen werden**.⁶⁰

⁵⁸ Gaius Inst. 3,217.

⁵⁹ D. 1,2,2,44 in fine Pomponius libro singulari enchiridii (Pomponius in seinem Handbuch).

⁶⁰ Übersetzung aus Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler, Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung II. Digesten 1–10, 1995, S. 753 f.

⁶¹ Zimmermann, The Law of Obligations, 1990, S. 972.

In dem hier nicht wiedergegebenen Paragraphen 4 der Quelle wird von dem Servius-Schüler Alfenus ein Fall erörtert, bei dem es zu einer Kollision zweier Schiffe kommt, die zum Untergang eines Schiffes führt. Erneut wird als Ausschlussgrund für eine Klage angeführt, dass Ursache des Unfalls ein großer Sturm war. Verschulden der Seeleute führe allerdings dazu, dass die Klage nach der *lex Aquilia* begründet sei. Dieser Darstellung schließt sich Paragraph 5 an, der eine weitere Problematik zum Gegenstand hat. Wieder geht es um ein gekapptes Ankertau. Doch ist nun die Frage, welche Klage zusteht, wenn das Schiff dadurch verloren geht. Die Auskunft Ulpian's, die er vermutlich bereits in den von ihm herangezogenen Schriften von Alfenus, Laeio und Proculus gefunden hat, lautet, dass eine *actio in factum* gegeben werden müsse.

Für die Interpretation dieser Quelle sind Vorkenntnisse nötig, die im ersten Teil dieses Beitrags vermittelt worden sind. Es geht um ein Plebiszit, also eine in der Republik seit 287 v. Chr. als für alle römischen Bürger anerkannte Rechtsquelle. Der geschilderte Fall wird unter die Vorgaben des Plebiszits subsumiert. Eine Zerstörung der Anker- taue oder des Fischernetzes findet ohne Zweifel statt. Doch ist für eine Klage auf Schadensersatz auch die Vorgabe der Rechtswidrigkeit zu prüfen. Ein Notstand rechtfertigt die Zerstörung fremden Eigentums. Dabei ist weiter zu bedenken, dass die Notstandslage nicht durch Verschulden herbeigeführt worden sein darf.⁶²

2. Der Rechtsgedanke im BGB und eine Entscheidung des Reichsgerichts zum Telegraphenkabel nach Helgoland

Wer sich nun an § 228 BGB erinnert fühlt, liegt genau richtig. Zwar ist dort nicht von der *lex Aquilia* als Grundlage eines Schadensersatzanspruchs die Rede, aber die Verpflichtung zum Schadensersatz, die sich aus einer entsprechenden Norm des BGB ergeben kann, wird in derselben Weise begrenzt, wie wir das in der Ulpian-Stelle gelesen haben. Das ist auch kein Zufall. Schließlich ist das BGB von Juristen konzipiert worden, die an der Universität römisches Recht studiert hatten und die in ihrem beruflichen Alltag häufig mit römischem Recht als subsidiär geltendem Recht zu tun hatten. Das führende, auch von Praktikern bevorzugte Lehrbuch der zweiten Hälfte des 19. Jhs. war das dreibändige Lehrbuch des Pandektenrechts von Bernhard Windscheid. Der berühmte Jurist gehörte zudem der 1. Kommission zur Ausarbeitung eines BGB-Entwurfs an. Besonders interessant ist es, anhand einer Entscheidung des Reichsgerichts vom 12.10.1881 zum Kappen des Telegraphenkabels nach Helgoland nachzuvollziehen, wie das römische Recht in der Praxis zur Geltung gebracht wurde:

„Die aquilische Klage setzt nach den Grundsätzen des römischen Rechts ein *damnum iniuria datum* voraus, also eine rechtswidrige Beschädigung oder Vernichtung fremden Eigentums. Sie ist daher nicht begründet, wenn der Beschädiger zu der beschädigenden Handlung berechtigt war, und eine solche Berechtigung wird insbesondere auch dann angenommen, wenn die Handlung aus begründeter Besorgnis für den Verlust eigener Vermögensrechte zu dessen Abwehr vorgenommen wurde. [...] Selbstverständlich wird hierbei jedoch ein durch höhere Gewalt oder Zufall veranlaßter Notstand vorausgesetzt, da ein selbstverschuldeter Notstand die beschädigende Handlung nicht würde rechtfertigen können.“⁶³

In dieser Anwendung durch das Reichsgericht spielen die prozessualen Themen des römischen Rechts naturgemäß keine Rolle. Es geht um die Frage der Rechtswidrigkeit und auf diesem Feld um die Thematik eines Notstands, der die Beschädigung fremden Eigentums rechtfertigt. In Bezug auf diesen Gedanken war eine Übertragung der Dogmatik zur *lex Aquilia* des römischen Rechts, die als Plebiszit aus dem Jahr 286 v. Chr. stammt und von Generationen von römischen Juristen interpretiert und angewendet worden war, auf das Telegraphenkabel nach Helgoland und seine Beschädigung ohne weiteres möglich.

3. Mittelbare Schädigungen und die Frage der Haftung bei Gefahrensituationen

Anders verhält es sich mit der Unterscheidung, auf die in § 5 der Quelle Wert gelegt wird. Nur die unmittelbare Einwirkung auf die Sache wird als Grundlage einer Klage aus der *lex Aquilia* akzeptiert. Handelt es sich dagegen um einen Schaden, der lediglich aufgrund der unmittelbaren Beschädigung einer anderen Sache, nämlich hier des Ankertaus, eingetreten ist, also um einen mittelbar verursachten Schaden, nämlich den Verlust des Schiffes, so muss eine andere Klage gewählt werden, eine *actio in factum*. Man erkennt die dogmatischen Festlegungen, die für diese Entscheidung eine Rolle spielen. Es ist die handgreifliche Auslegung des Gesetzes und damit eine Weichenstellung, die auf Servius zurückführt, und es ist die Möglichkeit, in bestimmten Fällen mit einer *actio in factum* dennoch eine Klageoption zu eröffnen.

In ähnlicher Weise lassen sich charakteristische Unterschiede bei der Interpretation und Anwendung der *lex Aquilia* im Bereich des Verschuldens (*culpa*) feststellen. Geht man von einem allgemein verstandenen Prinzip der Rücksichtnahme aus, so müssen Gefahrensituationen abgesichert werden und muss dafür eingestanden werden, wenn jemand eine Tätigkeit übernimmt, für die seine Kräfte oder seine Kenntnisse nicht ausreichen. Nimmt man eine handgreifliche Auslegung des Gesetzes als Ausgangspunkt, so bleiben Lücken im Rechtsschutz, wenn es sich um Gefahrensituationen handelt. Typisch für die Klassiker und für die prokulianische Rechtsschule ist es, in solchen Gefah-

⁶² Zimmermann (Fn. 61), S. 1002 f.

⁶³ RG v. 12.10.1881 – AZ I 581/81, RGZ 5, 160, 161 f.

rensituationen, in denen ein öffentliches Interesse an einer Haftung bei Schadensfällen besteht, einen Spezialtatbestand im Edikt zu schaffen. Diese Haftung knüpft an die Gefahr an, nicht an ein konkret zu ermittelndes Verschulden. Für einen Schaden, den ein an einer öffentlichen Straße gehaltenes Tier verursacht, haftet der Eigentümer des Tieres mit der *actio de feris*. Für einen Schaden, der entsteht, weil etwas aus einem Fenster eines Hauses hinausgeworfen oder hinausgegossen wurde, haftet der Wohnungseigentümer, auch wenn er sich gar nicht in der Wohnung aufgehalten hat, mit der *actio de effusis vel deiectis*.

Man erkennt unterschiedliche Haftungskonzepte und kann auf einer solchen Grundlage auch heute darüber nachdenken, wie neue Sachverhalte am besten einer haftungsrechtlichen Regelung zugeführt werden können. Das gilt zum Beispiel für die Haftung bei autonom bzw. systemgesteuert fahrenden Autos.⁶⁴

E. Vertiefung im Seminar

Für das Seminar bietet sich ein breites Themenspektrum an. So ist das Thema „Die Rechtsstellung der Frau im römischen Recht“ immer auf besonderes Interesse gestoßen. Der Vergleich mit der Gegenwart führt zu einer schärferen Wahrnehmung von Unterschieden, aber auch Ähnlichkeiten mit der heutigen Situation. Ein guter Zugang führt auch zu Themen des römischen Privatrechts, wenn man die Dogmatik mit Juristenbiographien kombiniert. So kann das Thema der Frauenvormundschaft mit dem Juristen Gaius verknüpft werden, kann eine Auseinandersetzung mit dem Streit über die *causa traditionis* mit einer Beleuchtung der Rolle des Juristen Julian verbunden werden oder auch die Einführung der *actio de dolo* mit dem spätrepublikanischen Juristen Aquilius Gallus. Es ist aber auch immer wieder spannend, einen am römischen Recht geschulten Blick auf die Lehren der Juristen des 19. Jhs. zu werfen, wie zum Beispiel auf die Entwicklung des Abstraktionsprinzips durch Friedrich Carl von Savigny oder auf die Entdeckung der culpa in contrahendo durch Rudolf von Jhering oder auf die Argumentation dieses Juristen zu nachbarrechtlichen Einschränkungen des Eigentums an Grundstücken.⁶⁵ Einen besonderen Gewinn trägt man aus einem Seminar über Ciceros Schriften davon, insbesondere wenn es mit dem Historiker Ernst Baltrusch, einem hervorragenden Cicero-Kenner, veranstaltet wird – wie zuletzt im Sommersemester 2020 zu Ciceros Schrift *de legibus*.

F. Römisches Recht im Jahr 2023

Auf alle in der Einführung gestellten Fragen sind Antworten gefunden worden. Die Rolle des römischen Rechts hat sich durch die Kodifikation des BGB selbstverständlich verändert. Doch ist im günstigen Fall deutlich geworden, dass bei der Beschäftigung mit dem römischen Recht eine intellektuelle Schulung für das Recht allgemein und im Besonderen für die Grundlage des in Deutschland geltenden Rechts gewonnen werden kann. Diese intellektuelle Schulung bezieht sich auf das Differenzieren zwischen allgemeinen Elementen und historischen Besonderheiten, auf das Freilegen kohärenter Systematik und eine Analyse der verschiedenen Positionen der römischen Juristen und auf eine Konfrontation des heutigen Rechts mit seinen Wurzeln oder mindestens mit Grundlinien rechtlicher Lösungen, die im Zuge der Gesetzgebung des BGB diskutiert wurden.⁶⁶

Für eine pragmatische Perspektive im Studium lässt sich darauf hinweisen, dass eine Perspektive, die auf Grundlinien ausgerichtet ist und Zusammenhänge in den Vordergrund stellt, als Begleitung zum Erlernen vieler Einzelheiten gut geeignet erscheint. Die Unterscheidung von formal definierten Instituten einerseits und Prinzipien, die Wertungen erforderlich machen, andererseits schärft die Analyse insbesondere zivilrechtlicher Regelungsfelder und Problemlagen in der nützlichsten Weise.

Die Hemmschwelle, die durch die lateinische Sprache besteht, wird durch moderne deutsche Übersetzungen reduziert und in den Veranstaltungen an unserem Fachbereich durch stets bereit gestellte zweisprachige Quellenpapiere minimiert. Im Schwerpunktbereich ist durch den Methodenkurs eine Diskussion über die in der Vorlesung behandelten Themen und die dafür herangezogenen Quellen möglich. Auf diese Weise wird der Umgang mit dem Römischen Recht erleichtert und vermag in der Zeit der Vorbereitung auf den staatlichen Teil der ersten Juristischen Prüfung den Sinn für den Überblick und für eine reflektierte Dogmatik zu schärfen.

Es kommt hinzu, dass das römische Recht zur Grundlage der meisten europäischen Rechtsordnungen geworden ist und vermittelt durch diese eine weltweite Ausstrahlung entfaltet hat und bis heute entfaltet.⁶⁷

⁶⁴ Vor diesem Hintergrund ist entstanden Möller, Haftungskonzepte im römischen Deliktsrecht, in: Gless/Seelmann, Intelligente Agenten und das Recht – Zur Verantwortlichkeit beim Einsatz von Robotern, 2016, S. 119, abrufbar unter: <https://doi.org/10.5771/9783845280066>.

⁶⁵ S. dazu den Beitrag von Müller, Sozialbindung des Eigentums – Rudolf von Jherings Vorarbeit für § 906 BGB, BRZ 2022, S. 164.

⁶⁶ Zur Geschichte des BGB siehe jetzt Haferkamp, Wege zur Rechtsgeschichte: Das BGB, 2022.

⁶⁷ Manthe, Geschichte des römischen Rechts, 6. Aufl. 2019, S. 8 hebt hervor, dass es sich um die einzige nationale Rechtsordnung handelt, die sich bis zum heutigen Tag zu einem wirklichen Weltrecht entwickelt habe.

Jakob Wirnsberger*

Mindestlohn für Bereitschaftszeiten entsandter Pflegekräfte in der häuslichen 24-Stunden-Betreuung

Dass entsandte Pflegekräfte in die Wohnung der von ihnen betreuten Personen einziehen („live-in Betreuung“), ist ein verbreitetes Phänomen in der Bundesrepublik. Was für viele Senioren die einzig bezahlbare Option einer umfassenden Unterstützung im Alltag ist, erweist sich als arbeitsrechtlich hochproblematisch. In diesem Beitrag soll geklärt werden, in welchem Umfang die Pflegekräfte bei der live-in Betreuung Bereitschaft leisten und wie diese zu vergüten ist. Dabei wird zunächst eine allgemeingültige Definition für den Begriff der Bereitschaftszeit entworfen und am Beispiel der live-in Betreuung erprobt. Daran anschließend rückt die vergütungsrechtliche Zurechnung von Überstunden in den Fokus. Zuletzt erfolgt eine Auseinandersetzung mit der seit längerem diskutierten Streitfrage, ob für Bereitschaftszeiten der Mindestlohn zu zahlen ist.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	18
B. Die live-in Betreuung im Entsendemodell	19
C. Bereitschaftszeiten in der live-in Betreuung	19
I. Grundbegriffe	19
II. Wann hält sich ein Arbeitnehmer bereit?	19
III. Bereitschaftstatbestand in der live-in Betreuung	20
1. Arbeit	20
2. Bereitschaft	20
IV. Die Zurechnung erbrachter Bereitschaftszeit	21
1. Interesse der Agenturen	21
2. Situation der Pflegekräfte	21
3. Zurechnungsmöglichkeiten	22
D. Mindestlohn für Bereitschaftszeiten	23
I. Sind Bereitschaftszeiten Zeitstunden i.S.d.	
§ 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG?	23
1. Wortlaut	24
2. Systematik	24
3. Historie	25
4. Telos	25
5. Ergebnis	26
II. Rechtsfolge: Reduzierter Anspruchsinhalt bei	
Bereitschaftszeiten?	26

1. Kritik an der aktuellen Regelung	26
2. Teleologische Reduktion?	27
3. Ausdifferenzierte Regelung durch	
den Gesetzgeber	29
E. Fazit	30

A. Einleitung

Das Urteil des BAG zur Vergütung von live-in Betreuungskräften vom 24.6.2021 (5 AZR 505/20) hat hohe Wellen geschlagen: Manche sehen in der Entscheidung sogar einen „Tsunami, für alle die daheim auf die Unterstützung ausländischer Pflegekräfte angewiesen sind“.¹ Andere sprechen von einem „Armageddon der häuslichen Pflege“.²

Dass eine arbeitsrechtliche Entscheidung eine derartige Endzeithetorik provoziert, verwundert zunächst. Blickt man aber auf die aktuelle Situation und die zu erwartenden Auswirkungen des Urteils für betreuungsbedürftige Menschen in der Bundesrepublik, wird die sprachliche Vehemenz begreiflich. Bis zu 15% von ihnen werden von live-in Pflegekräften versorgt, die in den Haushalt der Betreuungsbedürftigen einziehen.³ Wegen der hohen Auslastung stationärer Einrichtungen und ambulanter Pflegedienste („Pflegenotstand“)⁴ ist diese Art der Unterstützung für viele die einzige Möglichkeit, ihren Betreuungsbedarf innerhalb ihrer finanziellen Möglichkeiten zu decken.⁵ Die Grundaussage benannter Rechtsprechung stellt das Konzept jedenfalls in seiner aktuellen Ausgestaltung in Frage. Denn sie bestätigt in weiten Teilen die Auffassung der Vorinstanz, dass innerhalb dieser Betreuungsverhältnisse täglich bis zu 16 Stunden Bereitschaftszeiten geleistet werden, die mit dem deutschen Mindestlohn zu vergüten sind.⁶ Mit der damit einhergehenden „Kostenexplosion“ ist das Modell für die allermeisten nicht (mehr) finanzierbar. In der Folge droht für einen großen Teil der Betreuungsbedürftigen die durch die live-in Betreuung gewährleistete essentielle Unterstützung im Alltag wegzubrechen. Die Entscheidung ist jedoch nicht nur politisch brisant.⁷ Das gesamte live-in Konzept wirft eine ganze Reihe juristischer, insbesondere arbeitsrechtlicher, Probleme auf. Dieser Beitrag

* Der Autor studiert im achten Semester Rechtswissenschaften an der Freien Universität Berlin. Bei dem Beitrag handelt es sich um eine Studienabschlussarbeit, die bei Professor Dr. Felix Hartmann im Rahmen des Schwerpunktbereichs Arbeits- und Sozialversicherungsrecht erarbeitet wurde.

¹ Bryisch, zitiert in „24-Stunden-Pflege wird für die allermeisten damit unbezahlbar“, Der Tagesspiegel vom 25.06.2021, <https://www.tagesspiegel.de/politik/mindestlohn-auch-fuer-auslaendische-pflegekraefte-24-stunden-pflege-wird-fuer-die-allermeisten-damit-unbezahlbar/27362944.html>, zuletzt abgerufen am 25.4.2022.

² Zitat Bentele in „VdK-Präsidentin zu BAG-Urteil: Es droht das Armageddon der häuslichen Pflege“, <https://www.vdk.de/permalink/82578>, zuletzt abgerufen am 25.4.2022.

³ Leiber/Rossow/Frerik, WISO Direkt 13/2020, 1 f.; Hielscher/Kirchen-Peters/Nock, Pflege in den eigenen vier Wänden: Zeitaufwand und Kosten – Pflegebedürftige und ihre Angehörigen geben Auskunft, Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf 2017, S. 95, https://www.boeckler.de/pdf/p_stud_y_hbs_363.pdf, zuletzt abgerufen am 25.4.2022.

⁴ Sahmel, Pflegezeitschrift 6/2018, 18 ff.; Riedel, LeidFaden 1/2019, 27 ff.

⁵ Emunds/Schacher, Ausländische Pflegekräfte in Privathaushalten – Abschlussbericht zum Forschungsprojekt, Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf 2012, https://www.boeckler.de/pdf_fof/97198.pdf, zuletzt abgerufen am 25.4.2022, S. 3, 52.

⁶ BAG NZA 2021, 1398 Rn. 34 ff., Rn. 46 ff.

⁷ Eine (knappe) Berücksichtigung der Thematik findet sich auch im Koalitionsvertrag 2021 auf S. 81: „Wir gestalten eine rechtssichere Grundlage

konzentriert sich auf zwei Grundfragen im Zusammenhang mit dem noch näher zu erläuternden „Entsendemodell“ (B.). Erstens soll herausgearbeitet werden, in welchem Umfang Bereitschaftszeiten in einem typischen Betreuungsverhältnis vorkommen und wie diese vergütungsrechtlich zugerechnet werden können (C.). Zweitens wird die Frage beantwortet, wie diese Bereitschaftszeiten nach dem Mindestlohngesetz (MiLoG) zu behandeln sind (D.).

B. Die live-in Betreuung im Entsendemodell

Die Arrangements der live-in Betreuung sind vielfältig. Die dabei bestehenden Rechtsbeziehungen lassen sich aber je nach Strukturierung typisieren.⁸ Dies soll im Folgenden für das *Entsendemodell*⁹ geschehen, um den Gegenstand der Analyse vorzustellen und zugleich zu begrenzen. Bei dieser Variante treten typischerweise drei Akteure auf: Die Pflegekraft, eine Agentur aus dem (zumeist osteuropäischen) Ausland und der Betreuungsbedürftige.¹⁰ Zwischen Agentur und Betreuungsbedürftigem wird ein Dienstleistungsvertrag geschlossen, in dem sich die Agentur zur umfassenden Betreuungsleistung nach einem detaillierten Katalog verpflichtet.¹¹ Zur Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Dienstleistungsvertrag bedient sich die Agentur eines Arbeitnehmers, der Pflegekraft. Diese wird von den Agenturen als Erfüllungsgehilfin im Haushalt der Betreuungsbedürftigen eingesetzt.¹² Im Zeitraum des Arbeitseinsatzes wohnt die Pflegekraft in einem vom Betreuungsbedürftigen zur Verfügung gestellten Zimmer.¹³ In dem zwischen Agentur und Pflegekraft geschlossenen Arbeitsvertrag ist in der Regel eine Wochenarbeitszeit von 30–40 Stunden vereinbart.¹⁴ Nur diese vorgesehene Arbeitszeit ist Bestandteil der Vergütungsabrede, die einen Lohn vorsieht, der etwa dem deutschen Mindestlohnsatz multipliziert mit der jeweils vereinbarten Stundenanzahl entspricht. Beim Entsendemodell verbleibt die Weisungsbefugnis in Abgrenzung zur (verdeckten) Arbeitnehmerüberlassung i.S.d.

AÜG vertraglich und tatsächlich bei den Agenturen.¹⁵ Ganz überwiegend unterliegt der Arbeitsvertrag aufgrund Rechtswahl gem. Art. 8 Abs. 1 S. 1, Art. 3 Abs. 1 Rom-I-VO ausländischem Arbeitsrecht.¹⁶ Das deutsche Mindestlohngesetz ist aber dennoch zu beachten, weil dessen Regelungen gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 2a AEntG zwingend auf entsendete Arbeitnehmer anzuwenden sind.¹⁷

C. Bereitschaftszeiten in der live-in Betreuung

Ein Fokus dieses Beitrags soll auf der Frage liegen, in welchem Umfang bei der live-in Betreuung Bereitschaftszeiten erbracht werden (III.) und inwieweit diese den Agenturen vergütungsrechtlich zurechenbar sind (IV.). Dafür muss der Begriff der Bereitschaftszeit zunächst definiert werden (I. und II.).

I. Grundbegriffe

Üblicherweise wird im Vergütungsrecht zwischen Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft im Sinne des ArbZG unterschieden.¹⁸ Wie sich noch zeigen wird, kann auf diese Unterscheidung im vorliegenden Kontext verzichtet werden.¹⁹ Stattdessen soll im Folgenden zunächst nur der übereinstimmende Kerngehalt beider Begriffe festgelegt werden: das Bereithalten des Arbeitnehmers.²⁰ Daran anknüpfend ist Bereitschaftszeit nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis gegeben, wenn sich der Arbeitnehmer bereithält, um die Arbeit bei Bedarf aufzunehmen. Freizeit liegt vor, sollte der Arbeitnehmer weder arbeiten noch sich für eine Arbeitstätigkeit bereithalten und somit vollständig frei über die Nutzung des Zeitraums bestimmen können.²¹

II. Wann hält sich ein Arbeitnehmer bereit?

Trotz der grundlegenden Bedeutung für das Vergütungs- und Arbeitszeitrecht ist die Frage, was ein Bereithalten des Arbeitnehmers allgemein voraussetzt, in Wissenschaft und Praxis weitgehend ungeklärt.²² In Einzelentscheidungen

für die 24-Stunden-Betreuung [...]“, <https://www.bundesregierung.de/resourc/blob/974430/1990812/1f422c60505b6a88f8f3b3b5b8720bd4/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1>, zuletzt abgerufen am 5.2.2023.

⁸ Bucher, *Rechtliche Ausgestaltung der 24-h-Betreuung durch ausländische Pflegekräfte in deutschen Privathaushalten*, 2018, S. 31.

⁹ Thüsing, *Rechtskonforme Betreuung in den eigenen vier Wänden – Regelungen für die Betreuung in häuslicher Gemeinschaft (24-Stunden-Betreuung) de lege lata und de lege ferenda*, 2019, S. 9.

¹⁰ Thüsing (Fn. 9), S. 9.; Theobald, „24-Stunden-Betreuung in Deutschland: Ein Mix unterschiedlicher Sorgetätigkeiten im Kontext von Pflege- und Migrationspolitik“, in: Weicht/Österle, *Im Ausland zu Hause pflegen*, 2016, S. 142.

¹¹ BAG NZA 2021, 1398 (1399).

¹² Wegen des grenzüberschreitenden Arbeitseinsatzes liegt eine „Entsendung“ i.S.d. § 2 AEntG vor.

¹³ Bucher (Fn. 8), S. 217; Hagemann, *Verlässlich? Transparent? Flexibel? – Verträge rund um die 24-Stunden-Betreuung durch ausländische Betreuungskräfte im Marktcheck*, https://www.pflegevertraege.de/sites/default/files/migration_files/media248519A.pdf, letzter Zugriff am 25.4.2022, S. 13.

¹⁴ Karakayali, *Transnational Haushalten – Biografische Interviews mit care workers aus Osteuropa*, 2010, S. 116.

¹⁵ Knopp, NZA Online 1/2014, 1 (2 ff.); Hagemann (Fn. 13), S. 5, 18; vgl. auch BAG NZA 2021, 1398 ff.: Das Gericht nahm einen „echten“

Dienstleistungsvertrag an, ohne eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung zu diskutieren; zur Abgrenzungproblematik: Bucher (Fn. 8), S. 298 ff.; Knopp, NZS 2016, 445 (446); Körner, NZS 2011, 370 (372); Hamann, in: Schüren, AÜG, 5. Auflage 2018, § 1 Rn. 229 ff.

¹⁶ Bucher (Fn. 8), S. 220; BAG NZA 2021, 1398 Rn. 23.

¹⁷ Franzen, in: ErfK, 23. Auflage 2023, § 2 AEntG Rn. 2; Gussen, in: BeckOK ArbR, 63. Edition 2022, § 2 AEntG Rn. 5. Es handelt sich dabei um Eingriffsnormen i.S.d. Art. 9 Rom-I-VO, vgl. Franzen (a.a.O.), § 2 AEntG Rn. 2; Gussen (a.a.O.), § 2 Vor Rn. 1; Thüsing, in: Thüsing-MiLoG/AEntG, 2. Auflage 2016, § 2 AEntG Rn. 2.

¹⁸ Greiner, in: BeckOK ArbR, 63. Edition 2022, § 1 MiLoG Rn. 73; La-kies, in: BK-MiLoG, 5. Auflage 2021, § 1 Rn. 31 ff.

¹⁹ D. I. 5.

²⁰ BAG NZA 2021, 1398 Rn. 35; Höfer, in: BeckOK ArbSchR, 10. Edition 2022, § 2 Rn. 14; Kock, in: BeckOK ArbR, 63. Edition 2022, § 2 ArbZG Rn. 8; Roloff in: ErfK, 23. Auflage 2023, § 2 ArbZG Rn. 20.

²¹ BAGE 151, 35 (38) = NZA 2015, 442 Rn. 21; Düwell, in: HK-MiLoG, 2. Auflage 2017, § 1 Rn. 37.

²² Demgegenüber sind Versuche, die Bereitschaftsstufen nach dem ArbZG voneinander abzugrenzen so zahlreich wie uneinheitlich. Vgl. Baeck/Deutsch/Winzer, *ArbZG*, 4. Auflage 2020, § 2 Rn. 29; kritisch dazu: Roloff (Fn. 20), § 2 ArbZG Rn. 21.

lassen sich allenfalls indirekte Hinweise dafür finden, was juristisch unter einem „Bereithalten“ zu verstehen ist. Eine echte Konturierung fehlt bislang.

Das LAG Berlin-Brandenburg ging wegen der besonderen Arbeitsmodalitäten der live-in Betreuung davon aus, dass sich die Pflegekraft bereits mit der bloßen Anwesenheit im Haushalt der Betreuungsbedürftigen bereithält.²³

Diesem Ansatz ist nicht zuzustimmen, weil er die Bereitschaft als ein bloßes „Vorhandensein“ des Arbeitnehmers am Arbeitsort missversteht. Besonders mit Blick auf die live-in Betreuung ist dieses Verständnis problematisch, weil dort der Wohnort und der Arbeitsort der Pflegekraft im Haushalt des Betreuungsbedürftigen zusammenfallen. Wäre Bereitschaft bei bloßer Anwesenheit gegeben, ließe sich diese zumindest bei den hier untersuchten Beschäftigungsverhältnissen kaum von der Freizeit abgrenzen.

Richtigerweise setzt ein Bereithalten zunächst objektiv voraus, dass der Arbeitnehmer das ihm Mögliche tut, um sicherzustellen, dass er eine Bedarfsmeldung – etwa einen Hilferuf des Betreuungsbedürftigen – registrieren kann. Dafür muss ein gangbarer Kommunikationsweg hergestellt werden. Zudem muss er einen körperlichen und geistigen Zustand aufrechterhalten, der es ihm ermöglicht, auf die Bedarfsmeldung in adäquater Weise mit der Aufnahme der Arbeitstätigkeit zu reagieren.²⁴ Der konkret erforderliche geistige und körperliche Zustand bestimmt sich nach der Art des zu erwartenden Arbeitseinsatzes. So kann je nach Beschäftigungsverhältnis Bereitschaft selbst dann erbracht werden, wenn der Arbeitnehmer schläft.²⁵ Zuletzt erfordert eine Bereitschaft nach der hier vertretenen Auffassung auch ein subjektives Element.²⁶ Nur wer auch den Willen hat, auf eine registrierte Bedarfsmeldung zu reagieren, hält sich bereit, um die Arbeit aufzunehmen. Ein Arbeitnehmer, der von Anfang an nicht vorhat, auf einen Arbeitsbedarf zu reagieren, hält sich nicht bereit, auch wenn er dafür sorgt, dass er es objektiv könnte. Diese Elemente müssen mindestens vorliegen, damit von einem Bereithalten des Arbeitnehmers gesprochen werden kann (Allgemeiner Bereitschaftstatbestand).

III. Bereitschaftstatbestand in der live-in Betreuung

1. Arbeit

Die Arbeitsleistung nach dem Arbeitsvertrag zwischen Agentur und Pflegekraft ist in aktiver Betreuung zu sehen.

Soweit die Pflegekraft also etwa Mahlzeiten zubereitet, beim Waschen hilft, mit dem Betreuungsbedürftigen spazieren geht oder für ihn einkauft, ist dies als Arbeit zu qualifizieren. Das gilt unabhängig davon, ob dabei Phasen ohne vollständige Auslastung auftreten, etwa wenn die Pflegekraft mit den öffentlichen Verkehrsmitteln zum Einkaufen fährt und in dieser Zeit ein Buch liest.²⁷

2. Bereitschaft

Darüber hinaus wird bei der typischen live-in Betreuung sehr umfangreich Bereitschaft erbracht. Zunächst sind die Pflegekräfte fast dauerhaft in der Wohnung des Betreuungsbedürftigen anwesend und stets – tagsüber und auch nachts – kontaktierbar,²⁸ etwa indem sie ihre Zimmertür auch nachts stets geöffnet halten.²⁹ Damit stellen sie einen dauerhaften Kommunikationsweg zu den Betreuungsbedürftigen her und sind so objektiv in der Lage, gemeldete Bedürfnisse zu registrieren. Als mögliche Einsatzszenarien kommen lediglich Unterstützungstätigkeiten in Betracht, die weder besonderen körperlichen noch geistigen Vorlauf bei der Pflegekraft erfordern.³⁰ Somit halten sich die Pflegekräfte – soweit keine akuten Beeinträchtigungen vorliegen – auch körperlich und geistig in der Lage, auf diese Bedürfnisse zu reagieren, selbst wenn sie schlafen. Zuletzt sind die Pflegekräfte auch gewillt, rund um die Uhr auf eine Bedarfsmeldung der Betreuungsbedürftigen zu reagieren.³¹ Damit ist auch das subjektive Element des Bereitschaftstatbestands gegeben. Sobald die Pflegekraft aus der Bereitschaft bei Bedarf in die Arbeitstätigkeit „wechselt“, ist Arbeitszeit gegeben.

Freizeit kommt dagegen typischerweise kaum vor, nämlich nur dann, wenn ein Element des allgemeinen Bereitschaftstatbestands³² bei der Pflegekraft ausnahmsweise nicht vorliegt. Die Intention, auf Bedürfnisse des Betreuungsbedürftigen zu reagieren, endet zumeist nur, wenn sich anderweitige Unterstützung im Haushalt befindet, etwa durch mobile Pflegedienste oder Angehörige.³³ Regelmäßig unterbrechen die Pflegekräfte nur in diesen Zeiten ihre objektive Kontaktierbarkeit, z.B. indem sie die Wohnung verlassen oder sich in ihrem Zimmer „abschotten“.³⁴

Mit den Grundsätzen des allgemeinen Bereitschaftstatbestands lässt sich die Bereitschaftszeit der Pflegekräfte von der Freizeit abgrenzen, auch wenn sich die Betreuungskraft in dem ihr zur Verfügung gestellten Zimmer aufhält. Eine

²³ LAG Berlin-Brandenburg BeckRS 2021, 22470 Rn. 81.

²⁴ *Ünsal* in: Grobys/Panzer, ArbR, 3. Edition 2017, S. 567 Rn. 9.

²⁵ BAGE 128, 42 (50) = NZA 2009, 272 Rn. 30; LAG Baden-Württemberg BeckRS 2019, 4838 Rn. 45.

²⁶ Mit der Formulierung „um die Arbeit aufzunehmen“ (vgl. nur BAG NZA 2021, 1398 Rn. 35) implizieren auch die gängigen Bereitschaftsdefinitionen ein subjektives Element.

²⁷ Geringere Belastungsniveaus während der Arbeit können „Arbeitsbereitschaft“ i.S.d. ArbZG darstellen. Auf diese Abstufung kann im Kontext des MiLoG verzichtet werden, weil auch bei Arbeitsphasen mit geringer

Beanspruchung unstreitig die Arbeitsleistung vorliegt. Dazu treffend: *Riechert/Nimmerjahn*, MiLoG, 2. Auflage 2017, § 1 Rn. 51.

²⁸ *Karakayali* (Fn. 14), S. 116.

²⁹ BAG NZA 2021, 1398 (1399).

³⁰ Dabei ist insbesondere an grundpflegerische und soziale Tätigkeiten zu denken.

³¹ *Kniejska*, Migrant Care Workers aus Polen in der häuslichen Pflege – Zwischen familiärer Nähe und beruflicher Distanz, 2016, S. 94.

³² C. II.

³³ *Bucher* (Fn. 8), S. 36; *Emunds/Schacher* (Fn. 5), S. 55, 63.

³⁴ *Emunds/Schacher* (Fn. 5), S. 55 f.

täglich erbrachte Bereitschaftszeit von bis zu 16 Stunden ist für die typischen Betreuungsverhältnisse nicht unrealistisch.

IV. Die Zurechnung erbrachter Bereitschaftszeit

Das Vorliegen tatsächlich erbrachter Bereitschaft reicht aber für sich genommen für eine Vergütungspflicht derselben nicht aus. Einen allgemeinen Grundsatz, dass jede Tätigkeit vergütet werden muss, gibt es nicht; insbesondere kann der Arbeitgeber nicht zur Vergütung von ihm „aufgedrängten“ Tätigkeiten verpflichtet sein.³⁵ Mindestvoraussetzung für jede Vergütungspflicht ist daher, dass erbrachte Tätigkeiten dem Arbeitgeber zurechenbar sind.³⁶ Diesbezüglich ergeben sich bei der live-in Betreuung im Entsendemodell erhebliche Probleme. Ausgangspunkt ist die Divergenz zwischen den tatsächlich erbrachten Bereitschaftszeiten (II.) und dem Arbeitsvertragstext (B.). Insbesondere werden die regelmäßig vorgesehenen 40 Wochenstunden bei weitem überstiegen.³⁷

1. Interesse der Agenturen

Vor der Prüfung von Zurechnungsmöglichkeiten erscheint es sinnvoll, sich vorab die Bedeutung von erbrachten Bereitschaftszeiten für die Agenturen zu vergegenwärtigen. Aufschluss darüber verspricht insbesondere ein genauerer Blick auf die Dienstleistungsverträge. Aus diesen geht die Verpflichtung der Agentur hervor, den Dienstleistungsnehmer umfassend zu betreuen.³⁸ Neben Haushaltsleistungen, sozialen Komponenten und der so genannten Grundpflege (Unterstützung bei Körperpflege und Ernährung etc.)³⁹ wird Unterstützung in allen Bereichen zugesichert, die für die notwendige Betreuung des Bedürftigen erforderlich sind.⁴⁰ Teilweise ist auch eine *24-Stunden-Betreuung* wörtlich Gegenstand der Dienstleistungsverträge.⁴¹ Die Erfüllung dieser Verpflichtungen ist durch eine Pflegekraft in 40 Wochenstunden nicht zu bewerkstelligen. Während die Haushaltsleistungen noch vollständig innerhalb dieses Rahmens erfüllbar sind, ist jedenfalls die versprochene umfassende Grundpflege innerhalb der durch den Arbeitsvertrag gesteckten Grenzen insbesondere ohne Bereitschaft nicht realisierbar. Beispielsweise tritt die Erforderlichkeit von Unterstützung bei Toilettengängen nicht lediglich in einem abgrenzbaren Zeitraum, sondern rund um die Uhr auf. Um den Betreuten wie im Dienstleistungsvertrag

zugesagt umfassend unterstützen zu können, ist es mithin erforderlich, dass eine Person an einem nahegelegenen Ort dauerhaft einsatzbereit ist. Arbeitsvertraglich nicht vorgesehene Bereitschaftszeiten sind somit regelmäßig Voraussetzung für die Erfüllung der Dienstleistungsverträge. Daraus ergibt sich ein gewichtiges Indiz für ein hohes Interesse der Agenturen daran, dass die Betreuungskräfte eine solche Bereitschaft erbringen.

2. Situation der Pflegekräfte

Andererseits ist es erforderlich zu verstehen, weshalb sich die Pflegekräfte über ihre Verpflichtungen im Arbeitsvertrag hinaus so umfassend bereithalten. Das Modell der live-in Betreuung dient dazu, den Betreuungsbedürftigen sowie Angehörige und nahestehende Personen umfassend zu entlasten.⁴² Auf eine *Rundum-Betreuung* sehen es die Dienstleistungsnehmer gerade ab, was sich auch in der Werbung widerspiegelt, die das Narrativ der *24-Stunden-Betreuung* stets aufgreift.⁴³ Nach den Dienstleistungsverträgen können die Angehörigen von den Agenturen auch verlangen, dass sich umfassend, teils rund um die Uhr, um die betreuungsbedürftige Person gekümmert wird. Entsenden die Agenturen einen Erfüllungsgehilfen (die Pflegekraft) in den Haushalt, ist es naheliegend, dass die Dienstleistungsnehmer von dieser die Erfüllung des Dienstleistungskatalogs erwarten. In diesem Zusammenhang entsteht häufig eine Situation, in welcher der Pflegekraft die alleinige Verantwortung für das leibliche und seelische Wohl der betreuten Person aufgebürdet wird.⁴⁴ Die Pflegekraft ist zumeist die einzige dauerhafte Bezugsperson für den Betreuten. Insbesondere bei ausgeprägter Hilfsbedürftigkeit führt dies ganz überwiegend zu einer von der Pflegekraft empfundenen moralischen Verpflichtung, dauerhaft auf den Betreuungsbedürftigen aufzupassen.⁴⁵ Damit wird im Umkehrschluss ein starkes subjektives Hemmnis einhergehen, den Zustand des Bereithaltens auszusetzen und damit eine auf Unterstützung angewiesene Person sich selbst zu überlassen. Die Struktur eines typischen Betreuungsarrangements kann und wird somit dazu führen, dass sich die Pflegekräfte – trotz der Regelungen im Arbeitsvertrag – rund um die Uhr verpflichtet fühlen, die ihnen anvertrauten Personen zumindest zu beaufsichtigen.

³⁵ BAG NZA 2013, 1100 Rn. 13; *Sittard*, in: HWK-ArbR, 9. Auflage 2020, § 1 MiLoG Rn. 6.

³⁶ BAG NZA 2022, 1271 Rn. 22; *Bayreuther*, in: Thüsing-MiLoG/AEntG, 2. Auflage 2016, § 1 MiLoG Rn. 38; *Sittard* (Fn. 35), § 1 MiLoG Rn. 6.

³⁷ Vgl. C. III.

³⁸ *Bucher* (Fn. 8), S. 217.

³⁹ *Bomert*, Transnationale Care-Arbeiterinnen in der 24-Stunden-Betreuung – Zwischen öffentlicher (Un-) Sichtbarkeit und institutioneller (De-) Adressierung, 2019, S. 131; *Eder*, Pflegepraxis 2009, 30.

⁴⁰ BAG NZA 2021, 1398 (1399); Muster Dienstleistungsvertrag der Pflege zu Hause Küffel GmbH, <https://www.pflegezuhaus.info/wp-content>

[ent/uploads/2021/11/beispiel_-_dlv_01.pdf](https://www.pflegezuhaus.info/wp-content/uploads/2021/11/beispiel_-_dlv_01.pdf), zuletzt abgerufen am 25.4.2022, S. 12.

⁴¹ BAG NZA 2021, 1398 (1399).

⁴² *Rossow*, Der Preis der Autonomie – Wie sorgende Angehörige Live-in-Arbeitsverhältnisse ausgestalten, 2021, S. 83 f.; *Emunds/Schacher* (Fn. 5), S. 12 f., 34.

⁴³ *Rossow* (Fn. 42), S. 83 ff.; Website der Deutsche Seniorenbetreuung OHG, <https://www.deutsche-seniorenbetreuung.de>, zuletzt abgerufen am 25.4.2022.

⁴⁴ *Karakayali* (Fn. 14), S. 117; *Emunds/Schacher* (Fn. 5), 34, 45, 59.

⁴⁵ *Karakayali* (Fn. 14), S. 117.

3. Zurechnungsmöglichkeiten

Soweit es nach den Arbeitsverträgen nicht explizit vorgesehen ist, dass Bereitschaftszeiten erbracht werden, gibt es für die Zurechnung im Wesentlichen zwei Ansatzpunkte.

a) Ergänzende Auslegung des Arbeitsvertrags

Zum einen kommt eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht, nach der die Bereitschaftszeiten insgesamt oder teilweise geschuldet waren.⁴⁶ Dies setzt allgemein voraus, dass der Arbeitsvertrag einen offen gebliebenen Punkt enthält, dessen Ergänzung geboten ist, um einen offensichtlichen Widerspruch zwischen tatsächlicher Lage und dem objektiv Vereinbarten zu beseitigen.⁴⁷ Eine solche Diskrepanz wird mit Blick auf tatsächlich erbrachte Bereitschaft und Arbeitsvertrag häufig gegeben sein.⁴⁸ Fraglich ist im zweiten Schritt, ob die ergänzende Auslegung dem hypothetischen Parteiwillen entspricht.⁴⁹ Diesbezüglich kann auf das besondere Interesse der Agenturen an der umfangreichen Erbringung von Bereitschaft verwiesen werden.⁵⁰ Zweifelhaft bleibt jedoch, ob eine derartige Verpflichtung jeweils auch der Interessenlage der Pflegekraft entspricht. Anders als bei den Agenturen ist eine abstrakte Tendenz in die eine oder andere Richtung insoweit nicht erkennbar.

Selbst wenn ein übereinstimmender Parteiwille im Einzelfall feststellbar ist, findet die ergänzende Vertragsauslegung ihre Grenzen in den anzuwendenden Arbeitsschutzvorschriften. Das Ergebnis einer ergänzenden Vertragsauslegung darf nicht eine (teilweise) gesetzeswidrige Regelung sein.⁵¹ Für die hier behandelten Konstellationen ist dabei insbesondere das gem. § 2 Abs. 1 Nr. 3 AEntG zwingend anzuwendende ArbZG von Relevanz. Soweit der persönliche Anwendungsbereich trotz § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG auch bei der live-in Betreuung als gegeben angesehen wird,⁵² müssen die Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten i.S.d. Gesetzes (insb. §§ 3–6 ArbZG) beachtet werden.

b) Veranlassung

Soweit eine ergänzende Vertragsauslegung scheitert, bleibt eine Zurechnung möglich, wenn festgestellt werden kann, dass die Agenturen die Bereitschaftszeiten als Überstunden veranlasst haben.⁵³

aa) Grundsätze des BAG

Nach der Rechtsprechung des BAG kommt eine Veranlassung nur in Betracht, wenn der Arbeitgeber die Überstunden angeordnet, gebilligt bzw. geduldet hat oder er dem Arbeitnehmer Aufgaben zugewiesen hat, die nur durch überobligatorische Leistung erledigt werden konnten.⁵⁴ Diese Grundsätze werden in der Literatur überwiegend geteilt.⁵⁵ Grundvoraussetzung dieser Fallgruppen ist, dass der Arbeitgeber eine positive Kenntnis von konkret erbrachten bzw. zu erbringenden Überstunden hat.

Nun erscheint es durchaus möglich, dass die Agenturen den Pflegekräften umfassende Bereitschaftszeiten zuweisen oder sie von erbrachten Bereitschaftszeiten nachträglich Kenntnis erlangen, etwa durch Rücksprache mit den Dienstleistungsnehmern. Problematisch ist dabei, dass es den Pflegekräften obliegt, im Prozess die Anordnung, Zuweisung oder sonstige positive Kenntnis der Agenturen nachzuweisen.⁵⁶ Ist ihnen dies nicht möglich, wird die prozessuale Geltendmachung von erbrachter Bereitschaft nach der gängigen Beweislast scheitern.

Der Versuch, eine von diesen Grundsätzen *generell* abweichende *Beweislastverteilung* aus der Arbeitszeiterfassungspflicht gem. § 16 Abs. 2 ArbZG abzuleiten,⁵⁷ ist nach der hier vertretenen Ansicht abzulehnen. Eine Aufzeichnungspflicht, die dem Arbeitsschutz dient, kann nicht die Beweislast im vergütungsrechtlichen Überstundenprozess tangieren.⁵⁸ Dies gebietet auch nicht der Grundsatz vom *effet utile*⁵⁹ mit Blick auf die Arbeitszeitrichtlinie. Denn für deren effektive Umsetzung sorgt bereits der Umstand, dass ein Verstoß gegen die Aufzeichnungspflicht entsprechend der öffentlich-rechtlichen Ausrichtung des ArbZG bußgeldbewehrt ist, § 22 Abs. 1 Nr. 9 ArbZG. Aus prozessrechtlicher Sicht ließe sich allenfalls über eine *spezifische Beweislastumkehr im Einzelfall* nach den Grundsätzen der *Beweisvereitelung*⁶⁰ nachdenken, soweit die Dokumentation i.S.d. § 16 Abs. 2 ArbZG unterblieben ist. Hervorzuheben ist insoweit, dass jedenfalls der klassische Fall – die Vernichtung oder das Vorenthalten eines vorhandenen Beweismittels⁶¹ – nicht vorliegt und das Unterlassen einer Beweisschaffung nur in Ausnahmefällen zur Annahme einer

⁴⁶ BAG NZA 2021, 1398 Rn. 47.

⁴⁷ *Wendtland*, in: BeckOK BGB, 61. Edition 2022, § 157 Rn. 35; *Mansel*, in: *Jauernig*, 18. Aufl. 2021, § 157 Rn. 2.

⁴⁸ An einem offen gebliebenen Punkt fehlt es jedoch, wenn Überstunden wie in BAG NZA 2021, 1398 explizit ausgeschlossen sind.

⁴⁹ *Busche* in: MüKoBGB, 9. Auflage 2021, § 157 Rn. 47 ff.; *Mansel* (Fn. 47), § 157 Rn. 4.

⁵⁰ C. IV. 1.

⁵¹ *Busche* (Fn. 49), § 157 Rn. 57.

⁵² Dafür ausführlich *Bucher* (Fn. 8), S. 151 ff.; *Thüsing* (Fn. 9), 42 ff.; *Brors/Böning*, NZA 2015, 846 (847).

⁵³ BAG NZA 2013, 1100 Rn. 12; *Bayreuther* (Fn. 36), § 1 MiLoG Rn. 38.

⁵⁴ BAG NZA 2013, 1100 Rn. 12 ff.; BAGE 167, 158 (165 f., 169) = NZA 2019, 1361 Rn. 33, 44.

⁵⁵ *Boemke*, in: HK-ArbR, 4. Auflage 2017, § 611a Rn. 298; *Düwell* (Fn. 21), § 1 Rn. 24.

⁵⁶ BAG NZA 2013, 1100 Rn. 12 ff.

⁵⁷ *Tschenker*, NZA-RR 2021, 641 (642 f.).

⁵⁸ Ausführlich BAG NZA 2022, 1267 Rn. 22 ff.; LAG Niedersachsen BeckRS 2021, 10275 Rn. 22; *Kock* (Fn. 20), § 16 ArbZG Rn. 25; *Roloff* (Fn. 20), § 16 ArbZG Rn. 5.

⁵⁹ Vgl. EuGH Urt. v. 17.9.2002, Munoz, C-253/00, ECLI:EU:C:2002:497, Rn. 28, 30.

⁶⁰ *Seiler*, in: Thomas/Putzo, 43. Auflage 2022, § 286 ZPO Rn. 17; *Nober*, in: Baumbach/Lauterbach, 79. Auflage 2021, Anh. § 286 ZPO Rn. 27. Bereits die Rechtsfolge einer Beweisvereitelung ist sehr umstritten, vgl. *Prütting*, in: MüKoZPO, 6. Auflage 2020, § 286 Rn. 87 ff.

⁶¹ *Nober* (Fn. 60), Anh. § 286 ZPO Rn. 27.

Beweisvereitelung führen kann.⁶² Problematisch erscheint weiterhin, dass die Pflicht aus § 16 Abs. 2 ArbZG – anders als bspw. die aus § 2 NachwG⁶³ – nicht der Rechtssicherheit und Klarheit im Verhältnis der Vertragsparteien, sondern allein der Überwachung der Einhaltung des ArbZG durch die Aufsichtsbehörden dient.⁶⁴ Zudem soll eine Beweisvereitelung immer dann ausscheiden, wenn sich die betroffene Partei den Beweis auch selbst hätte sichern können.⁶⁵ Selbst wenn man trotz dieser Einwände in der Verletzung der Dokumentationspflicht eine Beweisvereitelung durch den Arbeitgeber sähe, beträfe sie lediglich das Vorliegen von Überstunden und gerade nicht die Kenntnis davon beim Arbeitgeber. Denn die Pflicht aus § 16 Abs. 2 ArbZG ist bereits erfüllt, wenn der Arbeitnehmer selbst oder ein Dritter – auf Anweisung des Arbeitgebers – die Überstunden aufzeichnet.⁶⁶ Eine Prüfung und Abzeichnung dieser Selbstaufzeichnungen durch den Arbeitgeber ist für § 16 Abs. 2 ArbZG nicht erforderlich.⁶⁷ Dementsprechend ist es anerkannt, dass die bloße Existenz einer Dokumentation i.S.d. § 16 Abs. 2 ArbZG keine Kenntnis des Arbeitgebers von den geleisteten Überstunden indiziert.⁶⁸ Mithin lässt sich das Unterlassen der Dokumentation jedenfalls nicht als Beweisvereitelung hinsichtlich der Kenntnis der Bereitschaftszeit qualifizieren.

bb) Weites Verständnis: Berücksichtigung der bekannten Einsatzmodalitäten

Überzeugender ist es, die materiell-rechtlichen Anforderungen einer Veranlassung in den Blick zu nehmen. Dass eine positive Kenntnis von konkret erbrachten Leistungen für eine Zurechnung erforderlich sein soll, stellt bspw. *Bayreuther* in Frage, wenn er es für eine Veranlassung ausreichen lässt, dass der Arbeitgeber keinerlei ernst gemeinte organisatorische Vorkehrungen trifft, um der freiwilligen Ableistung von Überstunden entgegenzuwirken.⁶⁹ Einen ähnlichen Maßstab legt das LAG Berlin-Brandenburg an, indem es eine Zurechnung bejaht, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer einer Situation aussetzt, in der dieser praktisch genötigt ist, dauerhaft Bereitschaft zu leisten.⁷⁰ Dieses weitere Verständnis einer Veranlassung ist vor dem Pflichtenprogramm des Arbeitgebers konsequent. Dieser ist für die Organisation des Arbeitsumfelds zuständig, auch bei einer Entsendung. Damit müssen ihm erbrachte Überstunden bereits dann zurechenbar sein, wenn sie in einem engen Konnex zu den ihm bekannten Modalitäten des

Arbeitsumfelds stehen. Eine solche Konnexität ist gegeben, wenn es nach den Bedingungen am Arbeitsort besonders wahrscheinlich ist, dass der Arbeitnehmer überobligatorisch tätig wird. Erkennt der Arbeitgeber diese Bedingungen und trifft er auch keine geeigneten Maßnahmen, die diese Wahrscheinlichkeit vermindern, muss er das Risiko tragen, dass der Arbeitnehmer über die Grenzen des Arbeitsvertrags tatsächlich vergütungspflichtig tätig wird. Er kann sich dann nicht mehr darauf berufen, ihm wären Überstunden „aufgedrängt“ worden.

Bei den typischen Betreuungssituationen ergeben die Modalitäten im Haushalt des Betreuungsbedürftigen eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit, dass die Pflegekraft überobligatorische Bereitschaftszeit erbringt. Dies liegt zum einen an der Erwartungshaltung der Dienstleistungnehmer und zum anderen an der von der Betreuungskraft empfundenen moralischen Verpflichtung gegenüber der betreuungsbedürftigen Person.⁷¹ Die Kenntnis der Agenturen von diesen Umständen am Arbeitsort lässt sich nicht bestreiten. Denn sowohl die Hilfsbedürftigkeit der betreuten Personen als auch die Erwartungshaltung der Dienstleistungnehmer lässt sich aus Dienstleistungsverträgen ableiten, welche die Agenturen selbst abgeschlossen haben. Soweit sich die erbrachte Bereitschaftszeit in dieser erkannten Wahrscheinlichkeit realisiert, kann sie den Agenturen unter Berücksichtigung der Einsatzmodalitäten im Sinne einer Veranlassung umfassend zugerechnet werden.

D. Mindestlohn für Bereitschaftszeiten

Damit wird die Frage virulent, ob Bereitschaftszeiten nach dem MiLoG zu vergüten sind, was seit Einführung des MiLoG sehr umstritten ist.

I. Sind Bereitschaftszeiten Zeitstunden i.S.d. § 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG?

Überwiegend wird vertreten, dass Bereitschaftszeiten, in denen der Arbeitgeber den Aufenthaltsort des Arbeitnehmers festlegt (*Bereitschaftsdienst*), mindestlohnpflichtig sind.⁷² Soweit der Arbeitnehmer dagegen während der Bereitschaft seinen Aufenthaltsort frei wählen kann (*Rufbereitschaft*), greife das MiLoG nicht ein.⁷³ Die Gegenansicht sieht lediglich Arbeitszeit, nicht aber Bereitschaftszeit (unabhängig von der konkreten Ausgestaltung) vom MiLoG erfasst.⁷⁴

⁶² LAG Köln NZA 1999, 545 f.; *Foerste*, in: Musielak/Voit, 19. Auflage 2022, § 286 ZPO Rn. 64.

⁶³ *Preis*, in: ErfK, 23. Auflage 2023, § 1 NachwG Rn. 20.

⁶⁴ *Roloff* (Fn. 20), § 16 ArbZG Rn. 1.

⁶⁵ BSG NJW 1994, 1303; *Thole*, in: Stein/Jonas, 23. Auflage 2018, § 286 ZPO Rn. 207.

⁶⁶ *Brors*, NZA 2019, 1176, 1177; *Kock* (Fn. 20), § 16 Rn. 7.

⁶⁷ *Kock* (Fn. 20), § 16 Rn. 6.

⁶⁸ BAG NZA 2013, 1100 Rn. 20 ff.; *Kock* (Fn. 20), § 16 Rn. 25.1.

⁶⁹ *Bayreuther* (Fn. 36), § 1 MiLoG Rn. 38.

⁷⁰ LAG Berlin-Brandenburg BeckRS 2020, 22470 Rn. 75.

⁷¹ C. IV. 2.

⁷² BAG NZA 2016, 1332 Rn. 27 ff.; NZA 2021, 1398 Rn. 35 ff.; *Lembke*, NZA, 2016, 1 (5); *Bayreuther* (Fn. 36), § 1 MiLoG Rn. 43; *Düwell* (Fn. 21), § 1 Rn. 40 ff.; *Lakies* (Fn. 19), § 1 Rn. 31; *Müller-Glöge*, in: MüKoBGB, 9. Auflage 2023, § 1 MiLoG Rn. 17.

⁷³ LAG Hessen BeckRS 2016, 116469 Rn. 21; *Lembke*, NZA, 2016, 1 (5); *Merath*, GWR 2020, 298 (299); *Bayreuther* (Fn. 38), § 1 MiLoG Rn. 50; *Düwell* (Fn. 21), § 1 Rn. 40.

⁷⁴ *Thüsing* (Fn. 9), S. 111; *Boemke*, JuS 2015, 385 (389); *Natzel*, BB 2015, 2938 (2940); *Thüsing/Hütter*, NZA 2015, 970 (973); *Wank*, RdA 2015, 88 (91); *Riechert/Nimmerjahn* (Fn. 27), § 1 Rn. 62, 66.

1. Wortlaut

Der Wortlaut des § 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG beschreibt mindestlohnpflichtige Zeiten sehr sparsam als Zeitstunde. Dieser Begriff ist mit Blick auf die Tätigkeiten des Arbeitnehmers denkbar weit und lässt diesbezüglich keine Tendenz erkennen. Letztlich handelt es sich bei dieser Formulierung lediglich um die Angabe einer Messeinheit, welche sich zur Qualität der (erfassten) Tätigkeit nicht verhält. Folglich ergibt sich keine Differenzierung zwischen Arbeit und Bereitschaft. Ebenfalls enthält der Begriff keinerlei Aussage zu fremd- und selbstbestimmtem Aufenthaltsort bei Bereitschaftszeiten. Die Unterscheidung zwischen *Rufbereitschaft* und *Bereitschaftsdienst* bzw. Arbeit und Bereitschaft findet somit im Wortlaut keine Stütze. Im Gegenteil eröffnet dieser die Möglichkeit, dass das MiLoG sämtliche Bereitschaftszeiten erfasst.

2. Systematik

Zur systematischen Auslegung bietet sich ein Blick in § 2 Abs. 1 Nr. 2 MiLoG an. Diese Vorschrift bestimmt zur Fälligkeit, dass der Mindestlohn spätestens am letzten Bankarbeitstag des Monats, der auf den Monat folgt, in dem die Arbeitsleistung erbracht wurde, zu zahlen ist. Darin könnte ein Indiz zu sehen sein, dass der Mindestlohn je Zeitstunde zu zahlen ist, in der Arbeit geleistet wird.⁷⁵ Was aber ist mit der Arbeitsleistung gemeint?

Einige stellen insoweit auf die Wertungen des ArbZG ab, wonach *Bereitschaftsdienst*, nicht aber *Rufbereitschaft*, als Arbeitszeit zu qualifizieren ist.⁷⁶ Weil das Arbeitsschutzrecht mit der Gewährleistung von Sicherheit und Gesundheitsschutz (vgl. § 1 Nr. 1 ArbZG) aber einen ganz anderen Zweck verfolgt als das MiLoG, kann diese Gleichsetzung nicht überzeugen.⁷⁷ Das BAG lehnt eine Übertragung der arbeitsschutzrechtlichen Maßstäbe ebenfalls ab, führt aber dennoch aus, dass Bereitschaftsdienst, nicht aber Rufbereitschaft, auch vergütungsrechtlich Arbeit sei. Denn dazu zähle die veranlasste Untätigkeit, die an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort verbracht wird.⁷⁸ Eine Begründung für diese Wertung erschöpft sich allerdings in der Repetition der Wertung selbst und fehlt damit letztlich.⁷⁹ Dies überrascht; insbesondere vor dem Hintergrund, dass das BAG in früheren Entscheidungen mit Nachdruck eine gegenläufige Ansicht vertrat. So stellte das BAG zur Vergütung von Bereitschaftsdienst im Rettungsdienst fest: „Der

schlafende Arbeitnehmer [der verpflichtet war, sich in der Rettungsstelle aufzuhalten und auf Abruf – bei einem Einsatzbefehl – tätig zu werden] erbringt nicht [...] eine [...] graduell geringere Arbeitsleistung, sondern gar keine Arbeitsleistung.“⁸⁰

Daran anknüpfend ist es überzeugend, die Bereitschaft nicht als Arbeitsleistung selbst, sondern als ein *aliud*, als zusätzliche Leistung, zu sehen.⁸¹ Die Arbeitsleistung als Hauptleistungspflicht gibt dem Arbeitsverhältnis sein charakteristisches Gepräge.⁸² Dabei ist der Arbeitnehmer an die ihm vorgegebene Handlungsbeschreibung gebunden. Etwas anderes kann er beim Arbeiten nicht tun. Davon unterscheidet sich die Bereitschaft qualitativ. Der Arbeitnehmer, der sich bereithält, steht lediglich allgemein für den Arbeitseinsatz zur Verfügung und ist im Übrigen frei darin, zu tun, was ihm beliebt.⁸³ Für die Dauer der Bereitschaftszeit erbringt er somit gerade keine spezifische Tätigkeit. Verdeutlichen kann dies folgender Gedanke: Während etwa das Warten einer Fernsehanlage und das Löschen eines Hausbrandes grundverschiedene Tätigkeiten sind, wird die Bereitschaftsleistung eines Anlagentechnikers und die einer Feuerwehrfrau im Wesentlichen übereinstimmen. Sein charakteristisches Gepräge gibt die Bereitschaft dem Arbeitsvertrag folglich gerade nicht. Sie kann deshalb nicht die Arbeitsleistung darstellen. Zutreffend stellte das BAG in früherer Rechtsprechung fest, dass Bereitschaft nicht die Arbeitsleistung, sondern eine Beschränkung ist, verbunden mit der Verpflichtung, bei Bedarf tätig zu werden.⁸⁴ Wie weitreichend diese Beschränkung ist, bestimmt sich nach der konkreten Ausgestaltung. Ein arbeitgeberseitig bestimmter Bereitschaftsort wird meist eine höhere Beschränkungsintensität aufweisen als ein vom Arbeitnehmer frei gewählter. Diese Intensitätsunterschiede ändern aber – anders als es die erstgenannte Auffassung vertritt, indem es *Bereitschaftsdienst*, nicht aber *Rufbereitschaft* als vergütungsrechtliche Arbeit qualifiziert⁸⁵ – nichts am Wesen der Bereitschaft als Beschränkung, die von der Arbeitsleistung abzugrenzen ist. Nach dem hier vertretenen Verständnis von „Arbeitsleistung“ spricht die Formulierung aus § 2 Abs. 1 Nr. 2 MiLoG eher gegen die Mindestlohnpflichtigkeit von Bereitschaftszeiten.

⁷⁵ *Thüsing/Hütter*, NZA 2015, 970 (972); *Düwell* (Fn. 21), § 1 Rn. 36.

⁷⁶ *Düwell* (Fn. 21), § 1 Rn. 40; *Lakies* (Fn. 20), § 1 Rn. 28.

⁷⁷ BAG NZA 2011, 917 Rn. 20; NZA 2013, 1158 Rn. 16; *Baeck/Deutsch/Winzer* (Fn. 22), § 2 Rn. 29; *Höfer* (Fn. 20), § 2 ArbZG Rn. 16; *Riechert/Nimmerjahn* (Fn. 27), § 1 Rn. 48.

⁷⁸ BAGE 155, 318 (323 f.) = NZA 2016, 1332 Rn. 28; BAG NZA 2021, 1398 Rn. 35.

⁷⁹ Vgl. BAGE 137, 366 (371) = NZA 2011, 917 Rn. 21; BAGE 155, 318 (323 f.) = NZA 2016, 1332 Rn. 28; BAG NZA 2019, 1656 Rn. 21; NZA 2021, 1398 Rn. 35; dazu ebenfalls kritisch: *Boemke*, jurisPR-ArbR 7/2015, Anm. 2; *Thüsing/Hütter*, NZA 2015, 970 (972).

⁸⁰ BAGE 96, 284 (291) = NZA 2001, 451 (453).

⁸¹ *Thüsing/Hütter*, NZA 2015, 970 (973); *Koberski*, in MüHb ArbR, 5. Auflage 2021, § 182 Rn. 35, 37; *Baeck/Deutsch/Winzer* (Fn. 22), § 2 Rn. 42; *Riechert/Nimmerjahn* (Fn. 27), § 1 Rn. 62; so bereits *Hueck*, LB-ArbR. I, 7. Auflage 1963, S. 36 f.

⁸² *Bachmann*, in: MüKoBGB, 9. Auflage 2022, § 241 BGB Rn. 35.

⁸³ *Kock* (Fn. 20), § 2 ArbZG Rn. 8.

⁸⁴ BAGE 122, 225 (229) = NZA 2007, 1108 Rn. 15; BAG BeckRS 2008, 56368 Rn. 20.

⁸⁵ *Bayreuther* (Fn. 36), § 1 MiLoG Rn. 50; *Düwell* (Fn. 21), § 1 Rn. 40.

3. Historie

Die Gesetzesbegründung zum Mindestlohn äußert sich zur Streitfrage nicht. In dieser taucht das Wort (Ruf-)Bereitschaft(-sdienst) nicht einmal auf.⁸⁶

4. Telos

Das Telos des MiLoG ist insgesamt sehr umstritten. Teilweise wird vertreten, dass das Gesetz zuvörderst der Existenzsicherung des Arbeitnehmers diene.⁸⁷ Begründet wird diese Auffassung im Wesentlichen mit den Gesetzesmaterialien, welche das Ziel der Existenzsicherung wiederholt nennen.⁸⁸ Sie kann indes nicht überzeugen.

Diesbezüglich ist zunächst festzustellen, dass in der Gesetzesbegründung eine Vielzahl von Funktionen und angestrebten Wirkungen genannt wird.⁸⁹ Aufgrund dieser Ambivalenz kann allein daraus keine dem MiLoG zugrundeliegende Zwecksetzung gefolgert werden.⁹⁰ Dass diese nicht in der Existenzsicherung des Arbeitnehmers liegen kann,⁹¹ tritt deutlich hervor, wenn man sich bewusst macht, dass die Erforschung des Gesetzeszwecks nicht historisch-subjektiv, sondern objektiv zu erfolgen hat.⁹² Dann nämlich rückt die tatsächliche Ausgestaltung des MiLoG in den Fokus. Diese zeigt, dass die Existenzsicherung kein Hauptanliegen sein kann. Zunächst schreibt das MiLoG – anders als es in einigen anderen europäischen Rechtsordnungen der Fall ist⁹³ – kein monatliches Mindesteinkommen, sondern ein stündliches fest, § 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG. Infolgedessen bestimmt sich die Frage, ob der Mindestbedarf des Arbeitnehmers aus seinem Einkommen gedeckt ist, nicht allein nach dem vom MiLoG definierten Mindestlohnsatz, sondern nach der Anzahl der mindestlohnspflichtigen Stunden. Dazu trifft das Gesetz aber gerade keine Regelung. Insbesondere stellt es keine fiktive Mindestanzahl an Stunden auf.⁹⁴ Zudem erscheinen die Ausnahmen gem. § 22 MiLoG kaum mit dem Modell der Existenzsicherung vereinbar.⁹⁵ Denn das Existenzminimum des Einzelnen ist von der absolut zu wahren Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG geschützt.⁹⁶ Hätte der Gesetzgeber mit dem Mindestlohn(satz) eine existenzsichernde, mithin menschenwür-

dige Vergütungsgestaltung gewährleisten wollen, hätte er dies wohl kaum für bestimmte Arbeitnehmer – bspw. Langzeitarbeitslose, § 22 Abs. 4 MiLoG – relativiert. Vor allem aber widerspricht das für die Bestimmung des Mindestlohns gewählte Kommissionsmodell (§§ 4 ff. MiLoG) und dessen Ausgestaltung der Existenzsicherungsfunktion.⁹⁷ Erstens ist kein Grund ersichtlich, weshalb zur Festlegung der Mindestlohnhöhe eine paritätisch aus Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern zusammengesetzte Kommission berufen sein kann (§ 5 MiLoG), wenn der Mindestlohnsatz der Gradmesser für das Existenzminimum eines Arbeitnehmers wäre. Denn eine besondere Sachkunde haben die Tarifpartner (vgl. § 1 Abs. 2 S. 2 MiLoG) für die Ermittlung des Existenzbedarfs nicht.⁹⁸ Zweitens diskutiert die Kommission bei ihrer Beschlussfassung nicht über Existenzsicherungsfragen, sondern prüft im Rahmen einer Gesamtabwägung, ob die Höhe des Mindestlohns geeignet ist, zu einem „angemessenen Mindestschutz der Arbeitnehmer“ und einem funktionierenden Wettbewerb beizutragen, § 9 Abs. 2 S. 1 MiLoG. Es ist nicht erklärbar, welche Rolle die Funktionstüchtigkeit des Wettbewerbs für den Mindestbedarf eines Arbeitnehmers spielen kann. Drittens hat sich die Kommission bei der Bestimmung der Mindestlohnhöhe auch nicht etwa an den aktuellen Lebenshaltungskosten, sondern an der Tarifentwicklung zu orientieren, § 9 Abs. 2 S. 2 MiLoG. Tariflöhne haben einen angemessenen Ausgleich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Blick, nicht aber die Existenzsicherung.⁹⁹

Nach alledem ist es überzeugend, den Zweck des MiLoG in der Vermeidung jedenfalls unangemessener Mindestvergütungen zu sehen.¹⁰⁰ Der jeweils geltende Mindestlohnsatz soll ein Mindestmaß an Äquivalenz von Leistung (Tätigkeit des Arbeitnehmers) und Gegenleistung (Vergütung durch den Arbeitgeber) je Stunde definieren. Es geht dem Gesetz also nicht um Bedarfs- sondern um Austauschgerechtigkeit.¹⁰¹ Erst mit diesem Verständnis lassen sich die Abwägungskriterien, angemessener Mindestschutz und Wettbewerbsfähigkeit, und die paritätische Besetzung der Kommission erklären. Diese Zwecksetzung fügt sich –

⁸⁶ BT-Drucks. 18/1558.

⁸⁷ BAG NZA 2021, 1398 Rn. 24, 30; *Lakies*, AuR 2013, 69 ff.; *Franzen* (Fn. 17), § 1 MiLoG Rn. 1; *Greiner* (Fn. 18), § 1 MiLoG Rn. 1 ff.; *Düwell* (Fn. 22), § 1 Rn. 4.

⁸⁸ *Franzen* (Fn. 17), § 1 MiLoG Rn. 1; *Greiner* (Fn. 18), § 1 MiLoG Rn. 1.

⁸⁹ BT-Drucks. 18/1558, S. 1 f.

⁹⁰ *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 4. Auflage 2020, S. 228 Rn. 42.

⁹¹ *Riechert/Nimmerjahn* (Fn. 27), Einf. Rn. 71 ff.; wohl auch *Thüsing* (Fn. 17), Einl. Rn. 1 ff., Rn. 31 f.; *Henssler*, RdA 2015, 43 (45); *Lobinger* ZfA 2016, 99 (121); ders., JZ 2014, 810 (815); *C. Picker*, RdA 2014, 25 (28); *Rieble/C. Picker*, ZfA 2014, 153 (159); *Thüsing/Hütter*, NZA 2015, 970 (971); *Wank*, AP MiLoG, § 1 Nr. 2, II.

⁹² *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage 2011, S. 429; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage 1991, S. 332 f.

⁹³ Etwa in Portugal, Polen, Belgien, Niederlande, Spanien vgl. *Schulten/Lübker*, WSI-Mindestlohnbericht 2020: Europäische Mindestlohninitiative vor dem Durchbruch, 2020, https://www.boeckler.de/pdf/p_wsi_report_55_2020.pdf, zuletzt abgerufen am 25.4.2022, S. 12.

⁹⁴ *Thüsing/Hütter*, NZA 2015, 970 (972); *Wank*, AP MiLoG § 1 Nr. 2, II. 2. f).

⁹⁵ *Riechert/Nimmerjahn* (Fn. 27), Einf. Rn. 76; *Riechert/Stomps*, NJW 2013, 1050 (1054).

⁹⁶ BVerfGE 125, 175 (222) = NJW 2010, 505 (507 ff.); BVerfGE 152, 68 Rn. 118 ff. = NJW 2019, 3703 Rn. 118 ff.

⁹⁷ *Riechert/Nimmerjahn* (Fn. 27), Einf. Rn. 72.

⁹⁸ *Reichold*, NJW 2014, 2534, 2535.

⁹⁹ *Lobinger*, ZfA 2016, 122; *Riechert/Nimmerjahn* (Fn. 27), Einf. Rn. 72.

¹⁰⁰ *Riechert/Nimmerjahn* (Fn. 27), Einf. Rn. 73; *Rödl*, „Gesetzlicher Mindestlohn und Vertragsgerechtigkeit“ in: *Kleszewski/Müller-Mezger/Neuhaus* Mindestlohn – (k)ein gerechter Lohn?, 2017, S. 11–26; *Thüsing/Hütter*, NZA 2015, 970 (971); *C. Picker*, RdA 2014, 25 (30); *Rieble/C. Picker*, ZfA 2014, 158 f.; *Vogelsang*, in: *Schaub* HB-ArBR, 19. Auflage 2021, § 66 Rn. 22.

¹⁰¹ *Rödl* (Fn. 100); *Riechert/Nimmerjahn* (Fn. 27), Einf. Rn. 71 ff.

anders als die „Existenzsicherung“ – auch nahtlos in die Grundausrichtung des Arbeitsrechts, den Ausgleich gestörter Vertragsparität, ein.¹⁰² Sie steht zuletzt auch mit der Gesetzesbegründung im Einklang.¹⁰³ Unbestritten bleibt, dass die Vermeidung unangemessener Löhne geeignet ist, zur Existenzsicherung der Arbeitnehmer beizutragen. Damit wird aber die Existenzsicherung nicht zum Zweck des Gesetzes. Stattdessen ist diese eher als angestrebter Reflex zum richtig verstandenen Zweck, der Gewährleistung einer Mindestäquivalenz zwischen Leistung und Vergütung im Arbeitsverhältnis, einzuordnen.

Dieser Zweck spricht für eine Anwendung des MiLoG auf zurechenbare Bereitschaftszeiten insgesamt. Auch wenn diese nicht als Arbeitsleistung zu qualifizieren sind,¹⁰⁴ stellen sie doch eine synallagmatische Leistung des Arbeitnehmers dar. Dafür, dass der dem MiLoG zugrundeliegende Gedanke der Austauschgerechtigkeit nur auf die Arbeitsleistung Anwendung finden soll, sind keine triftigen Gründe ersichtlich. Im Gegenteil ist auch bei der Verhandlung über die Vergütung von Bereitschaftsleistungen im Niedriglohnsektor ein erhebliches Ungleichgewicht zwischen den Arbeitsvertrags- bzw. den Tarifvertragsparteien gegeben. Damit ist der Grundgedanke des Mindestlohns – die Absicherung einer Mindestäquivalenz – bei der Frage von Bereitschaftsvergütungen gleichermaßen einschlägig.

5. Ergebnis

Die Gesetzgebungshistorie sagt über die Frage, ob Bereitschaftszeiten mit dem Mindestlohn zu vergüten sind, nichts aus. Ein Anhaltspunkt für die ablehnende Ansicht lässt sich aus § 2 Abs. 1 Nr. 2 MiLoG konstruieren, welcher die Arbeitsleistung, nicht aber die Bereitschaftsleistung, in den Blick nimmt. Allerdings ist dieses Argument keineswegs zwingend. Zum einen ist es eher fernliegend, dass mit einer Regelung über die Fälligkeit des Mindestlohns dessen sachlicher Anwendungsbereich *en passant* abschließend bestimmt wird. Vor allem aber ist der Arbeitnehmer auch hinsichtlich der Bereitschaftsvergütung schutzbedürftig. Der Zweck des MiLoG – die Vermeidung jedenfalls unangemessener Löhne – verlangt neben der Arbeitsleistung gleichermaßen auch für Bereitschaftsleistungen die Sicherung einer Vergütungsuntergrenze. Letzterer Gedanke macht es erforderlich, den Begriff der Zeistunde extensiv auszulegen, sodass auch Bereitschaftszeiten dem MiLoG unterfallen.

Vor diesem Hintergrund wäre es kaum begründbar, nur *Bereitschaftsdienst* als mindestlohnpflichtig anzusehen. Weder der Wortlaut *Zeistunde* noch die Gesetzgebungshis-

torie bieten eine Basis, um zwischen selbstbestimmtem und fremdbestimmtem Bereitschaftsort zu unterscheiden. Die Wertungen des ArbZG sind auf das Vergütungsrecht nicht übertragbar.¹⁰⁵ Weiterhin erweist sich die suggerierte Grundverschiedenheit zwischen *Rufbereitschaft* und *Bereitschaftsdienst* bei genauerem Hinsehen als hinfällig. Auch bei der *Rufbereitschaft* muss der Arbeitnehmer die Arbeit innerhalb eines bestimmten Zeitraums aufnehmen. Wenn die Arbeitsaufnahme nur an einem bestimmten Ort erfolgen kann, muss sich der Arbeitnehmer somit bei seiner Wahl auf solche Aufenthaltsorte beschränken, die eine zeitnahe Arbeitsaufnahme am Arbeitsort erlauben.¹⁰⁶ Die Intensität der Beschränkung mag dabei geringer sein als beim *Bereitschaftsdienst*. Eine grundsätzliche Ortsgebundenheit im weiteren Sinne ist jedoch bei beiden Bereitschaftsformen gegeben.¹⁰⁷ Dem Wesen nach handelt es sich bei beiden Bereitschaftsformen um eine Beschränkung verbunden mit der Verpflichtung, bei Bedarf tätig zu werden. Das Teles des MiLoG ist unabhängig von den Bereitschaftsmodalitäten einschlägig. Die *Zeistunde* i.S.d. § 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG muss mithin alle Bereitschaftszeiten unabhängig von ihrer Ausgestaltung erfassen.

II. Rechtsfolge: Reduzierter Anspruchsinhalt bei Bereitschaftszeiten?

Aus der dargestellten Anwendbarkeit des MiLoG auf Bereitschaftszeiten folgt nach der gesetzlichen Konzeption ein Vergütungsanspruch in (voller) Höhe des geltenden pauschalen Mindestlohnsatzes, wie er sich aus § 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG i.V.m. der aktuellen Mindestlohnanpassungsverordnung ergibt. Ein an die Ausgestaltung der *Zeistunde* angepasster Anspruchsinhalt ist nicht vorgesehen.

1. Kritik an der aktuellen Regelung

Diese einheitliche Rechtsfolge erscheint mit Blick auf die Intensitätsunterschiede zwischen Arbeit und Bereitschaft¹⁰⁸ im Kontext der mit dem MiLoG bezweckten Mindestäquivalenz¹⁰⁹ problematisch.

Hinsichtlich der verschiedenen Leistungen des Arbeitnehmers – Arbeit und Bereitschaft – ergeben sich erhebliche qualitative Unterschiede. Während er bei der Arbeitsleistung vollständig in Anspruch genommen wird, werden ihm bei der Bereitschaft, je nach Ausgestaltung, umfangreiche Freiräume eingeräumt. Eine aktive Tätigkeit leistet er dabei nicht. Er ist im Grundsatz frei darin, zu tun, was ihm beliebt. So kann während der Bereitschaftsleistung die Möglichkeit bestehen, Freizeitaktivitäten nachzugehen, zu schlafen oder zu essen. Sowohl die geistige als auch die

¹⁰² Vaupel, Die Kompensation von Ungleichgewichtslagen im Arbeits- und Verbraucherrecht, 2006, S. 45, 51 f.; Rödl (Fn. 100); Riechert/Nimmerjahn (Fn. 27), Einf. Rn. 71 ff.

¹⁰³ BT-Drucks. 18/1558 S. 1, 27 f., 34.

¹⁰⁴ D. I. 2.

¹⁰⁵ D. I. 2.

¹⁰⁶ BAG NZA 1992, 560.

¹⁰⁷ BAG NZA 2021, 1048 Rn. 14 ff.; Riechert/Nimmerjahn (Fn. 27), § 1 Rn. 64.

¹⁰⁸ D. I. 2.

¹⁰⁹ D. I. 4.

körperliche Belastung ist bei der Bereitschaft zumeist geringer als bei der Arbeit. Dass die Arbeitsleistung dem Arbeitnehmer grundsätzlich deutlich mehr abverlangt als die Bereitschaftsleistung, zeigt auch ein Blick auf die gängige Vertragspraxis, in der für Bereitschaftszeit regelmäßig eine geringere Vergütung als für Arbeit vereinbart wird. Solche Abreden werden aufgrund der unterschiedlichen Intensität für den Arbeitnehmer allgemein als zulässig angesehen.¹¹⁰ So entschied das BAG, dass *Bereitschaftsdienst* niedriger vergütet werden kann, weil dieser im Vergleich zur Arbeit eine insgesamt „minder wertvolle Dienstleistung“ darstelle.¹¹¹ Dies muss erst recht für die *Rufbereitschaft* gelten, die häufig eine noch geringere Beschränkung für den Arbeitnehmer bedeutet.¹¹²

Wenn aber zwischen Arbeits- und Bereitschaftsleistung solch gravierende Unterschiede bestehen, kann die Frage, welche Vergütung mindestens erforderlich ist, um jedenfalls unangemessene Entgelte zu vermeiden, nicht mit einer einheitlichen Mindestlohnhöhe beantwortet werden.¹¹³ Eine Anspruchsgrundlage, die auf Vergütungsangemessenheit abzielt,¹¹⁴ muss auf grundlegende, allgemein feststellbare Unterschiede in der Leistungsbeschaffenheit reagieren, auch wenn es um eine Mindestangemessenheit geht. Dies kann eine einheitliche Mindestvergütung für jede *Zeitstunde* nicht leisten. Im Gegenteil widerspricht ein Mindestlohnsatz, der Arbeit und Bereitschaft gleichbehandelt, gegen den Äquivalenzgedanken,¹¹⁵ und zwar unabhängig von seiner aktuellen Höhe. Denn er würde behaupten, dass für ungleiche Leistungen die gleiche Gegenleistung erforderlich sei, damit eine Mindestäquivalenz erreicht wird. Diese Aussage wäre auch im verfassungsrechtlichen Kontext fragwürdig. Mit dem Mindestlohn ist ein Eingriff in die (Tarif-)Vertragsfreiheit und die Eigentumsfreiheit des Arbeitgebers nach dem Grundgesetz (Art. 9 Abs. 3, 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG) verbunden.¹¹⁶ Die Rechtfertigung dieses Eingriffs erfordert, dass die gesetzliche Regelung erforderlich ist. Sie muss mithin das mildeste Mittel sein, um den Regelungszweck¹¹⁷ zu erreichen.¹¹⁸ Ein fester Mindestlohnsatz kann aber nicht gleichzeitig das mildeste Mittel sein, um sowohl für die Arbeitsleistung als auch für die „minder wertvolle“ Bereitschaftsleistung eine jedenfalls unangemessene Vergütung zu verhindern.¹¹⁹

Letztlich liegt es auch nahe, dass der undifferenzierte Anspruchsinhalt der Hauptgrund dafür ist, dass – entgegen der hier vertretenen Auffassung¹²⁰ – nahezu das gesamte Meinungsspektrum einen Mindestlohnanspruch für Bereitschaftszeiten ganz oder teilweise¹²¹ nicht gewährt. So kritisieren etwa *Richert/Nimmerjahn*, dass „ein Zeitraum [...] entweder voll oder gar nicht mindestlohnpflichtig [ist]“ und „differenzierte Vergütungsstrukturen [...] mindestlohnrechtlich nicht möglich“ sind.¹²² Daraus ziehen sie sodann den Schluss, dass das MiLoG auf Bereitschaftszeit insgesamt nicht anwendbar sein kann, da die Gewährung der Mindestlohnhöhe für diese Zeiten nicht erforderlich ist.¹²³ Diese Ausführungen beschreiben treffend die missliche Situation bei der Anwendung des MiLoG: Bislang sehen sich Rechtsprechung und Literatur dazu gezwungen, zu entscheiden, für welche synallagmatischen Leistungen des Arbeitnehmers es (noch) gerechtfertigt erscheint, den Mindestlohn zu gewähren und welche (weniger wertvollen) Tätigkeiten einer Mindestvergütung in dieser Höhe nicht bedürfen. Diese kategorische Abgrenzung geht stets zulasten des Arbeitnehmers, weil er einer unangemessen niedrigen Vergütung für die – als nicht mindestlohnpflichtig angesehene – Bereitschaft weitgehend schutzlos ausgeliefert ist. So führt die einheitliche Mindestlohnhöhe auch faktisch dazu, dass das MiLoG seinen Schutzzweck nicht vollständig erfüllen kann. Zusammenfassend lässt sich also Folgendes festhalten: Der Zweck des MiLoG, die Herstellung eines Mindestmaßes an Austauschgerechtigkeit, verlangt für Bereitschaftszeiten gleichzeitig sowohl eine umfassende Anwendung des Mindestlohnanspruchs dem Grunde nach als auch eine Abstufung der Höhe nach.

2. Teleologische Reduktion?

Ein Lösungsansatz *de lege lata*, der diesen Anforderungen gerecht wird, könnte in einer teleologischen Einschränkung der Rechtsfolge von § 1 Abs. 1, Abs 2 S. 1 MiLoG liegen. Die teleologische Reduktion, bei der die Rechtsfolge einer Norm für bestimmte Fälle vollständig ausgeschlossen wird, gehört zum Standardrepertoire der juristischen Methode.¹²⁴ Der Sinn und Zweck des Gesetzes kann es aber auch erfordern, die Rechtsfolge einer anwendbaren Norm nur teilweise bzw. abgeschwächt durchgreifen zu lassen, statt sie vollständig auszuschließen. Dies ist höchstrichterlich und in der Literatur anerkannt.¹²⁵ Weil die Rechtsfolge dabei nicht ausgeschlossen, sondern lediglich eingeschränkt

¹¹⁰ BAG NZA 2019, 1656 Rn. 21; *Kock* (Fn. 20), § 2 ArbZG Rn. 11.

¹¹¹ BAG NJOZ 2008, 4189 Rn. 35.

¹¹² D. I. 2., 5.

¹¹³ So ausdrücklich auch *Wank*, RdA 2022, 113 (118) (120): „Für Zeiten des Bereitschaftsdienstes kann jedenfalls nicht der volle Mindestlohn zu zahlen sein“.

¹¹⁴ D. I. 4. a.E.

¹¹⁵ D. I. 4. a.E.

¹¹⁶ Ausführlich *Lobinger*, ZfA 2016, 99 (111).

¹¹⁷ Dazu D. I. 4. a.E.

¹¹⁸ *Rux*, in: BeckOK GG, 53. Edition 2022, Art. 20 Rn. 196.

¹¹⁹ Ähnlich bereits *Richert/Nimmerjahn* (Fn. 27), § 1 Rn. 51.

¹²⁰ D. I. 5.

¹²¹ Namentlich für die „Rufbereitschaft“, D. I. 1.

¹²² *Richert/Nimmerjahn* (Fn. 27), § 1 Rn. 51.

¹²³ *Richert/Nimmerjahn* (Fn. 27), § 1 Rn. 51.

¹²⁴ *Larenz* (Fn. 92), S. 391 ff.; *Möllers* (Fn. 90), S. 244, Rn. 92; *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2. Auflage 2020, § 8 Rn. 34.

¹²⁵ BVerfGE 85, 69 (74) = NJW 1992, 890 (891); *Jacobi*, Methodenlehre der Normwirkung – Die Normwirkung als Maßstab der Rechtsgewinnung, 2008, S. 324 ff.; *Preis*, in: ErfK, 23. Auflage 2023, § 611a BGB Rn. 151.

wird, ist der Eingriff in das gesetzgeberische Regelungskonzept milder als bei der vollständigen teleologischen Reduktion. Folglich muss die teleologische Einschränkung der Rechtsfolge im Grundsatz erst recht zulässig sein.

Eine Beschränkung des Anspruchsinhalts für Bereitschaftszeiten schlägt auch *Wank*¹²⁶ vor. Nach seiner Auffassung habe diese Anwendung des MiLoG aber nichts mit Rechtsfortbildung zu tun. Die Kürzung ließe sich bereits mit einer gesetzeskonkretisierenden Auslegung erreichen. Diese Herangehensweise überzeugt nicht. Richtig ist zwar, dass § 1 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 MiLoG hinsichtlich des Begriffs der Zeitstunde einer Konkretisierung bedarf und fähig ist. Dies gilt aber gerade nicht für die *Rechtsfolge* des Mindestlohnanspruchs – die Höhe –, welche eindeutig und unmissverständlich formuliert ist. Eine Differenzierung im Anspruchsinhalt ist nach dem Gesetzeswortlaut nicht möglich. Das taugliche methodische Instrument für eine Einschränkung ist folglich die Rechtsfortbildung in Form der teleologischen Reduktion.

a) Voraussetzungen

Die Voraussetzungen einer teleologischen Einschränkung gleichen denen der teleologischen Reduktion.¹²⁷ Es ist erforderlich, dass sich zwei Situationen, die dem Anwendungsbereich einer Norm unterfallen, derart unterscheiden, dass eine vollständige Gleichbehandlung als mit dem Normzweck unvereinbar erscheint.¹²⁸ Nach den bisherigen Ergebnissen sind diese Voraussetzungen im Ausgangspunkt erfüllt: Arbeit und Bereitschaft sind so ungleichwertig, dass für die Vermeidung jedenfalls unangemessener Löhne eine Vergütungsuntergrenze in gleicher Höhe nicht sachgerecht erscheint. Der Gesetzgeber scheint bei der Ausgestaltung der Mindestlohnrechtsfolge lediglich die Arbeitsleistung vor Augen gehabt zu haben. Das Bedürfnis einer differenzierten Regelung für Bereitschaftszeiten wurde dabei offenbar übersehen, da die Problematik in den Gesetzgebungsmaterialien nicht einmal angesprochen wird.¹²⁹ Ein *beredtes Schweigen*¹³⁰ kann folglich ausgeschlossen werden. Damit ist der aktuelle Rechtszustand auch planwidrig.

b) Ausgestaltung

Die teleologische Reduktion der Rechtsfolge des § 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG für Bereitschaftszeiten erscheint mithin zumindest im Ausgangspunkt zulässig.¹³¹ Dies müsste durch die Hinzufügung einer sinngemäßen Einschränkung erfolgen.¹³²

Ein vollständiger Ausschluss des Mindestlohns bzw. eine Reduzierung der Höhe auf Null wäre nicht sachgerecht. Im Gegenteil ist für Bereitschaft ebenso wie für Arbeit die Regelung einer Mindestvergütung erforderlich,¹³³ lediglich ein Mindestlohnsatz in gleicher Höhe erscheint nicht angemessen.¹³⁴ Dem Gedanken der Austauschgerechtigkeit folgend wäre stattdessen der Mindestlohnsatz entsprechend dem Unterschied zwischen Arbeit und Bereitschaft herabzusetzen.¹³⁵

Dabei müsste in den Blick genommen werden, wie die Leistung aus Sicht des Arbeitnehmers zu bewerten ist. Zentral für diese Perspektive ist die Frage, wie sehr der Arbeitnehmer durch die Bereitschaft in Anspruch genommen wird. Dabei wäre insbesondere zu würdigen, wie umfangreich die Beschränkung für den Arbeitnehmer durch die Bereitschaft ausfällt und ob sie ihm im Vergleich zur Arbeitsleistung mehr Freiheit einräumt (Bereitschaftsintensität). Inwieweit der Arbeitnehmer durch die Bereitschaft beschränkt ist, bestimmt sich nach verschiedenen Faktoren: Ein wichtiges Kriterium ist dabei, wie frei der Arbeitnehmer in der Wahl seines Bereitschaftsortes ist. Zu berücksichtigen ist zudem, wie viel Zeit dem Arbeitnehmer bleibt, um aus dem Zustand des Bereithaltens in die Arbeitstätigkeit zu wechseln. Auch die abstrakt zu erwartende Häufigkeit von erforderlichen Wechseln in die Arbeitszeit ist relevant. Eine häufig unterbrochene Bereitschaftszeit ist intensiver als eine kontinuierliche. Auch der für die konkrete Bereitschaftsleistung erforderliche körperliche und geistige Zustand des Arbeitnehmers gibt Aufschluss über ihre Intensität. Für die konkrete Einschränkung wären zwei Wege denkbar: Entweder könnte die Bereitschaftsintensität für jeden Einzelfall festgestellt und der zu zahlende Mindestlohn daran ausgerichtet werden. Oder es erfolgt eine Reduktion anhand von im Vorhinein festgelegten abstrakt-generellen Abstufungen.¹³⁶

c) Bewertung

Für eine Reduktion im Allgemeinen spricht, dass sich das MiLoG umfassend anwenden ließe und gleichzeitig der Umstand berücksichtigt würde, dass eine einheitliche Vergütungsuntergrenze für sämtliche Leistungen im Arbeitsverhältnis nicht sachgerecht ist. Damit entzöge diese Rechtsanwendung den Mindestlohnanspruch für Fälle der Bereitschaft dem Vorwurf der Unverhältnismäßigkeit.

Hervorzuheben ist, dass das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG und das daraus

¹²⁶ *Wank*, RdA 2022, 113 (120 f.).

¹²⁷ *Jacobi* (Fn. 125), S. 324 f.

¹²⁸ *Möllers* (Fn. 90), S. 420, Rn. 68; *Larenz* (Fn. 92), S. 392.

¹²⁹ BT-Drucks. 18/1558.

¹³⁰ *Möllers* (Fn. 90), S. 235 Rn. 64, S. 249 Rn. 108 ff.; *Muthorst* (Fn. 124), § 8 Rn. 6 ff.

¹³¹ So auch *Wank*, RdA 2022, 113 (119 f.), allerdings unter dem Gesichtspunkt der konkretisierenden Auslegung.

¹³² *Larenz* (Fn. 92), S. 391 f.

¹³³ D. I. 5., II. 1. a.E.

¹³⁴ D. II. 1.

¹³⁵ Demgegenüber will *Wank*, RdA 2022, 113 (119 f.), den Mindestlohn um so viel kürzen, wie nach der Vergütungsabrede der Lohn für Stunden der Bereitschaftszeit unter dem für Arbeitszeit liegt. Problematisch ist dabei, dass die Höhe des Mindestlohnes im Einzelfall zur Disposition der Arbeitsvertragsparteien gestellt wird.

¹³⁶ Eine beispielhafte Abstufung findet sich unter D. II. 2.

folgende Verbot der Rechtsfortbildung¹³⁷ einer teleologischen Reduktion von § 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG nicht entgegensteht. Zwar erfüllt die Verletzung der Pflicht zur Zahlung des Mindestlohns den Ordnungswidrigkeitstatbestand nach §§ 20, 21 Abs. 1 Nr. 9 MiLoG. Ordnungswidrigkeiten sind auch eine Bestrafung i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG.¹³⁸ Es ist jedoch anerkannt, dass die Zivilrechtsakzessorität eines Straf- oder Bußgeldtatbestands – jedenfalls im Kontext einer zivilrechtlichen Fragestellung wie hier – nicht dazu führt, dass die in Bezug genommene Zivilrechtsvorschrift bzw. ihre Auslegung an Art. 103 Abs. 2 GG zu messen ist.¹³⁹ Ohnehin würde es sich bei einer teleologischen Einschränkung des Mindestlohnanspruchs um eine Rechtsfortbildung *zugunsten* des Täters i.S.d. § 21 Abs. 1 Nr. 9 MiLoG handeln, was von Art. 103 Abs. 2 GG nicht verboten ist.¹⁴⁰

Der Vorteil einer im konkreten Einzelfall bestimmten Rechtsfolgenreduktion wäre, dass sich die vom MiLoG bezweckte Mindestäquivalenz bestmöglich erreichen ließe. Insoweit bestehen allerdings erhebliche Zweifel hinsichtlich der Praktikabilität. Denn wenn sich der geltende Mindestlohnsatz im Rahmen von Bereitschaftszeiten nach der im jeweiligen Einzelfall festzustellenden Bereitschaftsintensität richten würde, bedeutete dies im Ergebnis eine erhebliche Rechtsunsicherheit für die Parteien des Arbeitsvertrags, welche die Minimalvergütung für Bereitschaftszeiten vereinbaren wollen. Auch jenseits von Art. 103 Abs. 2 GG sind bei der Frage nach der Zulässigkeit einer Rechtsfortbildung Überlegungen zur Rechtssicherheit der neuen Regelung anzustellen.¹⁴¹ Rechtsfortbildung muss eine in der Rechtspraxis durchführbare Lösung gewährleisten, ansonsten ist sie unzulässig.¹⁴² Im vorliegenden Kontext erscheint es den Parteien des Arbeitsvertrags nicht zumutbar, sämtliche Besonderheiten der von ihnen vereinbarten Bereitschaftszeit in die Vergütungsgestaltung miteinzubeziehen. Zudem basiert der Anspruch auf Mindestlohn seiner Natur nach auf einer abstrakten Bewertung der Leistung, sodass sich eine Einschränkung im Einzelfall nur schwerlich in das aktuellen Regelungskonzept einfügen ließe. Damit ist jedenfalls eine rein einzelfallorientierte Lösung abzulehnen.

Vor diesem Hintergrund wäre mithin allein eine pauschalierte Reduktion des Mindestlohnsatzes in bestimmten, von vornherein festgelegten Abstufungen der Bereitschaftsin-

tensität vorstellbar.¹⁴³ Es ist keineswegs unüblich, dass die Gerichte im Wege der Rechtsfortbildung konkret bezifferte prozentuale Grenzen, Fallgruppen oder Tatbestandsmerkmale festsetzen, an denen sich die Rechtspraxis orientieren kann.¹⁴⁴ Eine entsprechende Vorgehensweise wäre wünschenswert, ist aber in Anbetracht der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung des BAG zu diesem Thema¹⁴⁵ nicht zu erwarten.

3. Ausdifferenzierte Regelung durch den Gesetzgeber

Aufgrund der unbefriedigenden Rechtslage¹⁴⁶ ist jedenfalls ein Tätigwerden des Gesetzgebers gefragt.¹⁴⁷ Denkbar wäre eine Regelung wie die folgende:

§ 1 MiLoG

(1) [keine Änderungen]

(2)¹ Die Höhe des Mindestlohns beträgt 12 Euro je *Arbeitsstunde*.

² Die Höhe des Mindestlohns kann auf Vorschlag einer ständigen Kommission der Tarifpartner (Mindestlohnkommission) durch Rechtsverordnung der Bundesregierung geändert werden. ³ Für *Bereitschaftszeit* beträgt die Höhe des Mindestlohns bei hoher *Bereitschaftsintensität* 70 vom Hundert, im Übrigen 30 vom Hundert der nach Satz 1 und 2 festgesetzten Vergütung.

⁴ *Bereitschaftszeit* im Sinne des Satzes 3 liegt vor, wenn der Arbeitnehmer dafür sorgt, dass er eine Bedarfsmeldung registrieren und darauf adäquat mit der Arbeitsleistung reagieren kann und den Willen dazu hat. ⁵ Eine hohe *Bereitschaftsintensität* im Sinne des Satzes 3 liegt nicht vor, wenn der Arbeitnehmer nach den Umständen der *Bereitschaft* nicht erheblich darin beschränkt ist, seine Zeit frei einzuteilen, also sich insbesondere seinen persönlichen Interessen und Bedürfnissen zu widmen.

⁶ Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen

1. der erforderliche geistige und körperliche Zustand während der *Bereitschaftszeit*,
2. die Beschränkung des Aufenthaltsorts und
3. der maximal zulässige Zeitraum bis zur *Arbeitsaufnahme*.

Eine solche Regelung¹⁴⁸ hätte mehrere Vorteile. Sie würde die begriffliche Unklarheit („Zeitstunde“) bereinigen und klarstellen, was bereits nach aktueller Gesetzeslage – freilich nur nach der hier vertretenen Auffassung – gilt: Sämtliche *Bereitschaftszeiten* (d.h. auch *Rufbereitschaft*) sind mit dem Mindestlohn zu vergüten. Gleichzeitig würde sie entsprechend des Äquivalenzgedankens eine an die Unterschiede von Arbeits- und *Bereitschaftsleistung* angepasste Mindestlohnhöhe gewährleisten. Daran anknüpfend würde berücksichtigt, dass auch im Rahmen der *Bereitschaftsleistung* gravierende Unterschiede hinsichtlich der Inanspruch-

¹³⁷ *Kment*, in: Jarass/Pieroth GG, 17. Auflage 2022, Art. 103 Rn. 72 ff.

¹³⁸ BVerfGE 38, 348 (371) = NJW 1975, 727; BVerfG NJW 2022, 139 Rn. 154; *Radke*, in BeckOK GG, Art. 103 Rn. 19.

¹³⁹ BVerfG NJW 1988, 2593, 2594; *Riechert/Nimmerjahn* (Fn. 27), § 21 Rn. 6.

¹⁴⁰ *Radtke*, in BeckOK GG, Art. 103 Rn. 41.

¹⁴¹ *Möllers* (Fn. 90), S. 228 Rn. 42.

¹⁴² *Möllers* (Fn. 90), S. 228 Rn. 42 ff.

¹⁴³ Eine beispielhafte Regelung findet sich unter D. II. 3.

¹⁴⁴ BGH NZM 2004, 456 (Mietminderung erst ab Wohnraumdifferenz von 10 %; „im Interesse der Praktikabilität und Rechtssicherheit“); BGH NJW

2014, 1652 Rn. 2 (Missverhältnis i.S.d. § 138 BGB, 100 %-Grenze); BGH NJW 1992, 305 (Ersatzfähige Reparaturkosten bei KFZ-Totalschaden, 130 %-Grenze).

¹⁴⁵ BAG NZA 2016, 1332 Rn. 27 ff.; NZA 2021, 1398 Rn. 35 ff.

¹⁴⁶ D. I. 1, II. 1.

¹⁴⁷ So auch *Thüsing* (Fn. 9), S. 111; *Wank*, RdA 2022, 113 (120).

¹⁴⁸ Im Ansatz schlägt auch *Thüsing* (Fn. 9), S. 111 f., eine Regelung vor, welche für *Bereitschaftszeiten* einen prozentual verminderten Mindestlohn vorsieht.

nahme des Arbeitnehmers bestehen können. Der Rechtssicherheit wird durch die pauschalierten Abstufungen Rechnung getragen. Die doppelte Verneinung im vorgeschlagenen Satz 5 bezweckt eine Beweisbelastung des Arbeitgebers hinsichtlich des Vorliegens einer niedrigen Bereitschaftsintensität.

E. Fazit

I. Der Arbeitnehmer hält sich bereit, wenn er objektiv dafür sorgt, dass er eine Bedarfsmeldung registrieren und darauf adäquat mit der Arbeitsleistung reagieren kann und subjektiv den Willen dazu hat (Allgemeiner Bereitschaftstatbestand). Bei der typischen live-in Betreuung halten sich die Pflegekräfte in großem zeitlichem Umfang – bis zu 16 Stunden täglich – bereit.

II. Diese Bereitschaftszeiten lassen sich den Pflegeagenturen umfassend vergütungsrechtlich zurechnen. Es reicht dafür aus, wenn diese die Pflegekräfte wissentlich in ein

Umfeld entsenden, in denen die überobligatorische Bereitschaftsleistung besonders wahrscheinlich ist.

III. Zweck des MiLoG ist nicht die Existenzsicherung des Arbeitnehmers, sondern die Vermeidung jedenfalls unangemessener Mindestvergütungen. Der jeweils geltende Mindestlohnsatz soll das Mindestmaß an Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung absichern, welches durch das strukturelle Ungleichgewicht zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber gefährdet ist.

IV. Für sämtliche zurechenbare Bereitschaftszeiten ist der Mindestlohn nach dem MiLoG zu bezahlen.

V. Wegen der erheblichen Unterschiede zwischen Arbeit und Bereitschaft ist die einheitliche Anspruchshöhe problematisch. Weil eine Differenzierung *de lege lata* erhebliche Schwierigkeiten bereitet, ist hier der Gesetzgeber aufgefordert, eine angemessene Regelung zu schaffen.

Alexander Lübke*

Die Gemeinnützigkeit von Sport, Schach und E-Sport

Um Steuervorteile wird immer wieder gestritten. Im Bereich der Gemeinnützigkeit betrifft dies insbesondere den Sport. Hier besteht sowohl Uneinigkeit darüber, welche Tätigkeiten als Sport i.S.d. AO gemeinnützig sind, als auch darüber, ob Sport überhaupt gemeinnützig sein sollte. Die Frage nach der grundsätzlichen Berechtigung der Aufnahme in den Katalog der gemeinnützigen Zwecke wird auch für Schach gestellt – hier erhält sie aber deutlich weniger Aufmerksamkeit. Seit Neuerem wird darüber hinaus verstärkt über den E-Sport debattiert. Handelt es sich bei diesem auch um Sport? Oder kann er vielleicht auf anderer Grundlage als gemeinnützig eingestuft werden? Oder ist dem E-Sport die Gemeinnützigkeit gänzlich zu versagen? Im folgenden Beitrag werden diese Aspekte unter Beachtung der Situation de lege lata und der Optionen de lege ferenda untersucht.

Inhaltsübersicht

A. Einführung	31
B. Gemeinnützigkeit	31
I. Privilegierung gemeinnütziger Körperschaften	31
II. Verfassungsrechtlicher Rahmen	31
III. Voraussetzungen der Gemeinnützigkeit	32
1. Selbstlose Förderung der Allgemeinheit auf bestimmten Gebieten	32
2. Katalog und Öffnungsklausel, § 52 Abs. 2 AO	33

C. Begriffsbestimmungen	33
I. Sport	33
II. Schach	33
III. E-Sport	34
D. Betrachtung der Situation de lege lata	34
I. Sport	34
1. Sportbegriff	34
2. Abgrenzung in Einzelfällen	35
3. Zwischenfazit	39
II. Schach	39
III. E-Sport	39
1. E-Sport ohne besondere körperliche Bewegungen	40
2. E-Sport mit besonderen körperlichen Bewegungen	42
3. Virtuelles Schach	42
4. Zwischenfazit	42
E. Bewertung der Optionen de lege ferenda	42
I. Sport	42
1. Argumente für und gegen die Gemeinnützigkeit des Sports	43
2. Stellungnahme	44
3. Zwischenfazit	44
II. Schach	45
III. E-Sport	45
F. Fazit	46

* Der Verfasser studiert im achten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Der Beitrag beruht auf einer Studienabschlussarbeit im Schwerpunktbereich Allgemeines Steuerrecht. Die Themenstellung erfolgte durch Univ.-Prof. Dr. Markus Heintzen.

A. Einführung

„Wir wollen den Games-Standort stärken und die Förderung verstetigen. Wir schaffen Rechtssicherheit [...] und machen E-Sport gemeinnützig.“¹ So lauten zumindest die Pläne der aktuellen Koalition zum E-Sport. Doch muss der Gesetzgeber an dieser Stelle tätig werden? Schließlich wurde ein E-Sport-Verein bereits zeitweilig als gemeinnützig anerkannt.² Gleichzeitig werden gegenüber einer Anerkennung des E-Sports als gemeinnützig auch erhebliche Bedenken geäußert.³ Ebenso wurde insbesondere in der Vergangenheit die Gemeinnützigkeit des „normalen“ Sports immer wieder infrage gestellt.⁴ Doch er ist noch immer gemeinnützig. Ebenfalls als Sport gilt Schach (§ 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 21 Abgabenordnung), das damit gemeinnützig ist, aber lange Zeit in der Rechtspraxis keine besondere Relevanz hatte. Dies änderte sich jedoch 2017 mit einem BFH-Urteil zum Turnierbridge.⁵

Was ist nun also von der Gemeinnützigkeit von Sport, Schach oder E-Sport zu halten und wie wird sie gegenwärtig beurteilt? Diese Fragen sollen im Folgenden unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtslage und der Optionen künftiger Gesetzgebung betrachtet werden.

B. Gemeinnützigkeit

Zunächst wird dafür das Konzept der Gemeinnützigkeit betrachtet.

I. Privilegierung gemeinnütziger Körperschaften

Die Gemeinnützigkeit geht insbesondere mit zweierlei Vorteilen einher. Zunächst werden gemeinnützige Körperschaften von bestimmten Steuern befreit: Einnahmen aus Zweckbetrieben (§§ 65 ff. AO) oder Vermögensverwaltung (vgl. § 14 S. 1 AO) sind vollständig von der Gewerbe- und

Körperschaftsteuer befreit (§§ 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG, 3 Nr. 6 GewStG, 12 Abs. 2 Nr. 8 lit. a) UStG), Einnahmen aus wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben, sofern sie 45.000 € nicht übersteigen (§ 46 Abs. 3 AO). Darüber hinaus bestehen weitere Begünstigungen.⁶ Zusätzlich können Spenden und Mitgliedsbeiträge, die an gemeinnützige Körperschaften gezahlt werden, bei der Berechnung der Einkünfte für die Einkommen- oder Körperschaftsteuer abgezogen werden (§§ 10b Abs. 1 EStG, 9 Abs. 1 Nr. 2 KStG).⁷

II. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Im Grundsatz wird bei der Besteuerung die Steuergerechtigkeit – und damit der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG – über das Leistungsfähigkeitsprinzip verwirklicht.⁸ Die Begünstigungen im Rahmen der Gemeinnützigkeit weichen vom Leistungsfähigkeitsprinzip ab: Bei ihnen handelt es sich indes um sog. Sozialzwecknormen, die bestimmte Lenkungsziele verfolgen.⁹ Im Gegensatz zu Fiskalzwecknormen, die nur der Deckung des staatlichen Finanzbedarfs dienen,¹⁰ bedürfen Sozialzwecknormen aufgrund dieser Abweichung einer besonderen Rechtfertigung, welche sich aus dem Sozialstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 1 GG herleitet und in der Förderung des Gemeinwohls besteht.¹¹

Im Falle des Gemeinnützigkeitsrechts besteht die Förderung des Gemeinwohls darin, dass die begünstigten Körperschaften staatliches Handeln ersetzen:¹² Grundsätzlich müsste der Staat selbst – mit Steuermitteln – bestimmte gemeinwohlbezogene Aufgaben übernehmen, wenn aber gemeinnützige Körperschaften dies an seiner Stelle tun, wird der Staat im Umfang ihres Handelns – finanziell – entlastet, woraus wiederum die Rechtfertigung für die steuerliche Begünstigung dieser Körperschaften abgeleitet wird.¹³ Eine

¹ Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, S. 125, <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/04221173eef9a6720059cc353d759a2b/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1>, zuletzt abgerufen am 5.10.2022.

² BT-Drucks. 08/9442, S. 1; Erster reiner eSport-Verein als gemeinnützig anerkannt – Bundesverband ESD gratuliert Leipzig eSport e.V. zur Vorreiterrolle und mahnt Anerkennung auch als Sport an, <https://esportbund.de/blog/2018/02/04/erster-reiner-esport-verein-als-gemeinnuetzig-ankannt-bundesverband-esbd-gratuliert-leipzig-esport-e-v-zur-vorreiterrolle-und-mahnt-erkennung-auch-als-sport-an/>, zuletzt abgerufen am 5.10.2022. Inzwischen ist der Verein jedenfalls durch Zeitablauf nicht mehr gemeinnützig, möglicherweise hat der konkrete Verein aber auch nie die Voraussetzungen erfüllt, die die zuständige Finanzbehörde an gemeinnützigen E-Sport stellte: <https://leipzig.esports.de/news/wir-sind-nicht-mehr-gemeinnuetzig>, zuletzt abgerufen am 5.10.2022.

³ Zur Übersicht: Fischer, Zeitschrift für das Recht der Nonprofit Organisationen (npoR) 2020, 61 (61 ff.).

⁴ Hierzu insb. Armin et al., Schriftenreihe des Bundesministeriums der Finanzen Heft 40: Gutachten der unabhängigen Sachverständigenkommission zur Prüfung des Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts, 1. Aufl. 1988, S. 127 ff.; Grosseketler et al., Die abgabenrechtliche Privilegierung gemeinnütziger Zwecke auf dem Prüfstand, 2006, S. 33 f, https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Ministerium/Geschaeftsbereich/Wissenschaftlicher_Beirat/Gutachten_und_Stellungnahmen/Ausgewahlte_Texte/0608081a3002.pdf?__blob=publicationFile&v=3, zuletzt abgerufen am 5.10.2022.

⁵ BFHE 257, 12 (16 ff.) = BStBl. II 2017, 1106 = DStRE 2017, 881 Rn. 24 ff., der einen Gleichheitsverstoß darin sah, dass Schach gemeinnützig ist, Turnier-Bridge aber nicht.

⁶ Dazu: Hüttemann, Gemeinnützigkeitsrecht und Spendenrecht, 5. Aufl. 2021, Rn. 1.25; Seer, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, 170. Aufl. 2022, vor § 52 AO Rn. 2.

⁷ Dies gilt jedoch nicht für Mitgliedsbeiträge an Sportvereine (§§ 10b Abs. 1 S. 8 Nr. 1 EStG, 9 Abs. 1 Nr. 2 S. 8 Nr. 1 KStG).

⁸ BVerfGE 82, 60 (86 f.) = BStBl. II 1990, 653 = NJW 1990, 2869 (2872); Herrnkind, Steuerliche Förderung von Sportvereinen, 1. Aufl. 1995, S. 61 f.; Lang, StuW 1987, 221 (246); Hey, Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, Rn. 3.40.

⁹ Hey (Fn. 8), Rn. 3.21.

¹⁰ Hey (Fn. 8), Rn. 3.20.

¹¹ BVerfGE 138, 136 (181 f.) = BStBl. II 2015, 50 = NJW 2015, 303 (306); Igl/Eichenhofer/Jachmann, Rechtliche Rahmenbedingungen bürgerschaftlichen Engagements, 2002, S. 71; Marx, Gemeinnützigkeit des Sports, 1. Aufl. 2021, S. 81; Lang, StuW 1987, 221 (246 f.); Hey (Fn. 8), Rn. 3.131 f.

¹² Igl/Eichenhofer/Jachmann (Fn. 11), S. 73.

¹³ Armin et al. (Fn. 4), S. 92 f.; Igl/Eichenhofer/Jachmann (Fn. 11), S. 73; Marx (Fn. 11), S. 82; Leisner-Egensperger, in: FS Isensee, 2007, S. 895 (898); Hüttemann (Fn. 6), Rn. 1.80; Musil, in: Hepp/Hübschmann/Spitaler, Abgabenordnung – Finanzgerichtsordnung, 269. Aufl. 2022, vor § 51 AO Rn. 36; Seer (Fn. 6), vor § 51 AO Rn. 4; anders: Heintzen, FinanzRundschau Ertragsteuerrecht (FR) 2008, 737 (740), der die Rechtfertigung darauf stützen will, dass die Körperschaften nach deutschem

solche Aufgabenverlagerung und Begünstigung entspricht auch dem Subsidiaritätsprinzip.¹⁴

Die einzelnen, konkreten Gemeinwohlaufgaben lassen sich dabei den Wertungen der Verfassung, z.B. Menschenwürde, Umwelt, Sozialstaatlichkeit oder Kultur, und den parlamentarisch festgelegten Aufgaben des Staats entnehmen.¹⁵ Auszusondern sind dabei zunächst ausschließliche Staatsaufgaben, die nicht durch privates Handeln substituiert werden können.¹⁶ Gemeinwohlbezogene Aufgaben sind damit insbesondere Aufgaben, die sowohl Private als auch der Staat selbst erfüllen können (konkurrierende Gemeinwohlaufgaben).¹⁷ Als Beispiele für diese werden Wohlfahrts- oder öffentliche Gesundheitspflege, Jugendhilfe, Bildung oder Zivil- und Katastrophenschutz angeführt.¹⁸ Erfasst sind aber auch sog. „pluralistische Gemeinwohlaufgaben“, die der Staat selbst nicht erfüllen kann, bei denen er aber Dritte fördern darf, die diese erfüllen.¹⁹ Hierfür werden z.B. Kunst, Kultur und insbesondere auch Religion genannt.²⁰ Darüber hinaus wird teilweise auch auf eine bereichernde Wirkung des Tätigwerdens Privater neben dem Staat verwiesen, die zu der Entlastung des Staats hinzutrete.²¹

III. Voraussetzungen der Gemeinnützigkeit

§ 52 Abs. 1 S. 1 AO legt fest, dass eine Körperschaft gemeinnützige Zwecke verfolgt, wenn sie die Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet selbstlos fördert. Darüber hinaus muss sie einen Zweck aus dem Katalog des § 52 Abs. 2 S. 1 verfolgen.

1. Selbstlose Förderung der Allgemeinheit auf bestimmten Gebieten

Unter Fördern wird ein Voranbringen, Vervollkommen oder Verbessern verstanden.²² Dabei muss die Körperschaft

durch ihre Mitglieder oder Organe handeln.²³ Auf einen tatsächlichen Erfolg kommt es jedoch nicht an.²⁴ Die Förderung muss dabei nach § 52 Abs. 1 S. 1 AO auf dem materiellen, geistigen oder sittlichen Gebiet erfolgen. Aufgrund der Schwierigkeit, diese Begriffe zu konkretisieren, wird ihnen der Praxis, jedoch keine Bedeutung zugemessen: Es wird für ausreichend gehalten, dass eine Tätigkeit einem Katalogzweck (Abs. 2 S. 1) entspricht.²⁵ In der Literatur wird dieses Vorgehen teilweise kritisch gesehen.²⁶

Der Begriff der Allgemeinheit selbst ist in der AO nicht positiv definiert, wird durch Abs. 1 S. 2 jedoch negativ abgegrenzt.²⁷ Maßgeblich bestimmt wird der Begriff der Förderung der Allgemeinheit durch die „objektive Werteordnung“ – insbesondere die Grundrechte des Grundgesetzes.²⁸ Zugleich berücksichtigt die Werteordnung auch gesellschaftliche Ansichten und unterliegt insofern einem gewissen Wandel.²⁹ Daraus wird gefolgert, dass Tätigkeiten, die mit diesen Wertvorstellungen nicht vereinbar sind, nicht die Allgemeinheit fördern.³⁰ Dies wurde z.B. angenommen bei einem Verstoß gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung,³¹ verfassungsrechtlich garantierte Freiheitsrechte,³² den allgemeinen Gleichheitssatz³³ oder dem simulierten Töten von Menschen.³⁴

Hat die Tätigkeit neben positiven zugleich auch negative Folgen für die Allgemeinheit, so ist sie nach Auffassung der Literatur nur als gemeinnützig anzusehen, wenn die positiven überwiegen; im Zweifelsfall hat eine Abwägung stattzufinden.³⁵ Die Rechtsprechung möchte dagegen die Lösung von Konflikten allein dem Gesetzgeber überlassen: Wenn dieser eine Tätigkeit erlaubt, ist keine Abwägung erforderlich.³⁶ Verstößt die Tätigkeit jedoch gegen Gesetze, so besteht Einigkeit, dass keine Gemeinnützigkeit vorliegen kann.³⁷

Steuerrecht keine Einkünftezielungsabsicht haben und daher nicht leistungsfähig seien.

¹⁴ Armin et al. (Fn. 4), S. 92 f.; Seer (Fn. 6), vor § 51 AO Rn. 4.

¹⁵ Igl/Eichenhofer/Jachmann (Fn. 11), S. 77; Hüttemann (Fn. 6), Rn. 1.85.

¹⁶ Igl/Eichenhofer/Jachmann (Fn. 11), S. 75.

¹⁷ Hüttemann (Fn. 6), Rn. 1.81; Musil (Fn. 13), vor § 51 AO Rn. 38.

¹⁸ Marx (Fn. 11), S. 82 f.; Hüttemann (Fn. 6), Rn. 1.82; Igl/Eichenhofer/Jachmann (Fn. 11), S. 75.

¹⁹ Igl/Eichenhofer/Jachmann (Fn. 11), S. 75 f.; Hüttemann (Fn. 6), Rn. 1.81; Musil (Fn. 13), vor § 51 AO Rn. 38.

²⁰ Marx (Fn. 11), S. 83; Hüttemann (Fn. 6), Rn. 1.81; diff. Igl/Eichenhofer/Jachmann (Fn. 11), S. 75, die Kultur eingeschränkt auch als Aufgabe, die der Staat selbst erfüllen kann, einstufen.

²¹ Marx (Fn. 11), S. 83; Hüttemann (Fn. 6), Rn. 1.82; Seer (Fn. 6), vor § 51 AO Rn. 4.

²² BFHE 155, 461 (463) = BStBl. II 1989, 391 = BB 1989, 1607 (1608); Gersch, in: Klein, AO, 16. Aufl. 2022, § 52 Rn. 10.

²³ BFHE 165, 484 (487) = BStBl. II 1992, 62 = BB 1992, 842; Koenig, in: Koenig, AO, 4. Aufl. 2021, § 52 Rn. 10.

²⁴ BFHE 155, 461 (464) = BStBl. II 1989, 391 = BB 1989, 1607 (1608); Gersch (Fn. 22), § 52 Rn. 10; Koenig (Fn. 23), § 52 Rn. 10.

²⁵ Musil (Fn. 13), § 52 AO Rn. 43; Seer (Fn. 6), § 52 AO Rn. 7.

²⁶ Seer (Fn. 6), § 52 AO Rn. 7.

²⁷ Gersch (Fn. 22), § 52 Rn. 2.

²⁸ BFHE 258, 124 (129) = BStBl. II 2018, 218 = DStR 2017, 1749 Rn. 21 f.; BFHE 127, 330 (336 f.) = BStBl. II 1979, 482 = DB 1979, 1633

(1634); Geibel, in: Winheller/Geibel/Jachmann-Michel, Gesamtes Gemeinnützigkeitsrecht, 2. Aufl. 2020, § 52 Abs. 1 AO Rn. 10; Seer (Fn. 6), § 52 AO Rn. 3.

²⁹ BFHE 127, 330 (336 f.) = BStBl. II 1979, 482 = DB 1979, 1633 (1634); Krüger, in: Schwarz/Pahlke, Abgabenordnung/Finanzgerichtsordnung, 207. Auflage 2022, § 52 AO Rn. 8; Musil (Fn. 13), § 52 AO Rn. 55 ff.; Seer (Fn. 6), § 52 AO Rn. 3; krit.: Lang, StuW 1987, 221 (232).

³⁰ BFHE 258, 124 (129) = BStBl. II 2018, 218 = DStR 2017, 1749 Rn. 21 f.; Gersch (Fn. 22), § 52 Rn. 18; Hüttemann (Fn. 6), Rn. 3.92.

³¹ BFHE 237, 22 (25) = BStBl. II 2013, 146 = DStR 2012, 1222 (1223).

³² BFH/NV 1992, 505 (506).

³³ BFHE 258, 124 (129) = BStBl. II 2018, 218 = DStR 2017, 1749 Rn. 21 f.; in der Pauschalität teilweise kritisch betrachtet: Gersch (Fn. 22), § 52 Rn. 19.

³⁴ FG Rheinland-Pfalz, DStRE 2015, 294 (296 f.); Koenig (Fn. 23), § 52 Rn. 68; Krüger (Fn. 29), § 52 AO Rn. 5.

³⁵ Igl/Eichenhofer/Jachmann (Fn. 11), S. 215; Bauer, FR 1989, 61 (70); (Fn. 23), § 52 Rn. 14; Seer (Fn. 6), § 52 AO Rn. 45.

³⁶ So zumindest BFHE 184, 226 (231) = BStBl. II 1998, 9 = DStR 1998, 113 (115 f.); offengelassen dagegen BFHE 262, 306 (316 f.) = BStBl. II 2019, 790 = DStRE 2019, 165 Rn. 47 f.; tendenziell der Literatur zustimmend, im Ergebnis aber auch offengelassen BFHE 169, 3 (6 f.) = BStBl. II 1992, 1048 = DB 1992, 2377 (2377 f.).

³⁷ BFHE 197, 314 (317) = BStBl. II 2002, 169 = DStR 2002, 166 (167); Gersch (Fn. 22), § 52 Rn. 16; Koenig (Fn. 23), § 52 Rn. 15.

Nach der Negativabgrenzung in § 52 Abs. 1 S. 2 liegt eine Förderung der Allgemeinheit nicht vor, wenn der geförderte Personenkreis fest abgeschlossen ist oder dauerhaft nur sehr klein sein kann. Die Rechtsprechung lässt jedoch auch die Förderung eines kleinen Personenkreises als Förderung der Allgemeinheit gelten, wenn dieser als Ausschnitt der Allgemeinheit angesehen werden kann.³⁸ Die Literatur kommt zu einem sehr ähnlichen Ergebnis, führt dafür aber andere Begründungen an; so soll die Allgemeinheit gefördert werden, wenn die Förderung im Interesse der Allgemeinheit liegt.³⁹

Das Merkmal der Selbstlosigkeit ist in § 55 AO näher bestimmt. Da es mehr für das tatsächliche Handeln einer Körperschaft als für die abstrakte Beurteilung der Gemeinnützigkeit relevant ist, wird es im Folgenden nicht weiter beachtet.

2. Katalog und Öffnungsklausel, § 52 Abs. 2 AO

Abs. 2 S. 1 enthält eine Positivliste mit Tätigkeiten, die unter den Voraussetzungen des Abs. 1 als Förderung der Allgemeinheit anzuerkennen sind. Daraus folgt, dass nicht jede Tätigkeit, nur weil sie in der Liste genannt wird, automatisch gemeinnützig ist: Es ist zu überprüfen, ob durch die Tätigkeit auch im konkreten Einzelfall die Allgemeinheit selbstlos gefördert wird.⁴⁰

Diese Liste ist abschließend und kann nicht per Analogie erweitert werden.⁴¹ Aufgrund des Auffangtatbestands des Abs. 2 S. 2 ist das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke ausgeschlossen.⁴² Dessen Anwendung setzt voraus, dass eine Tätigkeit nicht im Katalog gelistet ist, „aber die Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichen Gebiet entsprechend fördert.“ In diesem Fall „kann“ der Zweck für gemeinnützig erklärt werden. Der BFH hat diese Anforderung dahingehend konkretisiert, dass die Förderung der Allgemeinheit in einer Weise erfolgen muss, die den Katalogzwecken bzw. Wertungen des § 52 Abs. 2 S. 1 AO vergleichbar ist; insbesondere der allgemeine Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG, muss dabei beachtet werden.⁴³ Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so steht der Finanzverwaltung, trotz in andere Richtung deutendem Wortlaut, kein

Ermessens zu: Die Tätigkeit muss als gemeinnützig anerkannt werden.⁴⁴ In der Rechtspraxis wurde bislang im Rahmen der Öffnungsklausel nur Turnierbridge als gemeinnützige Tätigkeit anerkannt.⁴⁵

C. Begriffsbestimmungen

I. Sport

Eine gesetzliche Definition des Sports existiert nicht. Nach Ansicht der Rechtsprechung setzt Sport i.S.d. § 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 21 AO eine Tätigkeit voraus, die die allgemeine Definition des Sports⁴⁶ erfüllt und der körperlichen Ertüchtigung dient.⁴⁷ Dafür muss die körperliche Aktivität über das ansonsten übliche Maß hinausgehen und durch äußerlich zu beobachtende Anstrengungen oder eine dem persönlichen Können zurechenbare Kunstbewegung gekennzeichnet sein.⁴⁸

II. Schach

Weder in der Gesetzesbegründung zur ursprünglichen Einführung des Schachs in die AO, noch in der zur Neufassung 2007 findet sich ein Definitionsansatz für Schach.⁴⁹ § 52 Abs. 2 Nr. 21 AO hält lediglich fest, dass Schach als Sport gilt. Auch in Rechtsprechung und Literatur finden sich bislang keine vollständigen Definitionen. Einem Urteil lässt sich jedoch entnehmen, dass Schach sich dadurch auszeichnet, dass es von Zufallselementen befreit ist.⁵⁰ Ansonsten werden teilweise bestimmte abstrakte positive Folgen des Schachspiels genannt: Dieses weise Elemente der Bildungsförderung und Erziehung auf und die intellektuelle und willensmäßige Anspannung beim Schach erziehe zu folgerichtigem Denken, übe Kombinations- und Konzentrationsfähigkeit und fördere Entschlusskraft und kritische Selbsteinschätzung.⁵¹ Daraus lassen sich zwar gewisse Eigenschaften des Schachs bestimmen, für eine Definition ist das jedoch unzureichend.

Es wird daher hilfsweise die Definition des Schachs durch Regeln des internationalen Schachverbands Fédération Internationale des Échecs (FIDE) ergänzt: Diesen zufolge handelt es sich bei Schach um ein Spiel, das auf einem

³⁸ BFHE 127, 330 (335) = BStBl. II 1979, 482 = DB 1979, 1633 (1634).

³⁹ Lang, StuW 1987, 221 (233); Koenig (Fn. 23), § 52 Rn. 18; anderer Ansatz dagegen Gersch (Fn. 22), § 52 Rn. 2.

⁴⁰ Koenig (Fn. 23), § 52 Rn. 27; Krüger (Fn. 29), § 52 AO Rn. 18.

⁴¹ BFHE 257, 6 (11) = BStBl. II 2017, 1221 = DStRE 2017, 879 Rn. 29; Gersch (Fn. 22), § 52 Rn. 25; Koenig (Fn. 23), § 52 Rn. 28; Krüger (Fn. 29), § 52 AO Rn. 18.

⁴² Marx (Fn. 11), S. 35; Fischer, juris Praxisreport Steuerrecht (jurisPR-SteuerR) 28/2017 Anm. 3.

⁴³ BFHE 257, 12 (16) = BStBl. II 2017, 1106 = DStRE 2017, 881 Rn. 25; sehr ähnlich: Hüttemann (Fn. 6), Rn. 3.176; Geibel (Fn. 28), § 52 Abs. 2 S. 2, 3 AO Rn. 2.

⁴⁴ BFHE 257, 12 (17 ff.) = BStBl. II 2017, 1106 = DStRE 2017, 881 Rn. 29 ff.; Gersch (Fn. 22), § 52 Rn. 127; Kirchhain/Schauhoff, DStR 2007, 1985 (1990).

⁴⁵ BFHE 257, 12 (16 ff.) = BStBl. II 2017, 1106 = DStRE 2017, 881 Rn. 24 ff.; vgl. auch AEAO zu § 52 Nr. 2.11.

⁴⁶ Der BFH bezieht sich hiermit auf den allgemeinen Sprachgebrauch: vgl. BFHE 184, 226 (227) = BStBl. II 1998, 9 = DStR 1998, 113 (114); BFHE 147, 565 (566 f.).

⁴⁷ BFHE 184, 226 (227) = BStBl. II 1998, 9 = DStR 1998, 113 (114); S. auch BFHE 262, 306 (312) = BStBl. II 2019, 790 = DStRE 2019, 165 Rn. 30; zustimmend: Hüttemann (Fn. 6), Rn. 3.142; Alber (Fn. 28), § 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 21 AO Rn. 4.

⁴⁸ BFHE 184, 226 (227) = BStBl. II 1998, 9 = DStR 1998, 113 (114); BFHE 262, 306 (312) = BStBl. II 2019, 790 = DStRE 2019, 165 Rn. 30; Gersch (Fn. 22), § 52 Rn. 82; sehr ähnlich: Krüger (Fn. 29), § 52 AO Rn. 41.

⁴⁹ BT-Drucks. 08/3688, S. 21; BT-Drucks. 16/5200, S. 21.

⁵⁰ BFHE 257, 12 (16) = BStBl. II 2017, 1106 = DStRE 2017, 881 Rn. 27.

⁵¹ BFHE 257, 12 (17) = BStBl. II 2017, 1106 = DStRE 2017, 881 Rn. 27; S. auch schon BT-Drucks. 8/3142 S. 3.

Spielfeld mit 64 quadratischen Feldern, die – abwechselnd hell und dunkel – in einem 8x8-Gitter angeordnet sind, von zwei Spieler:innen, die über jeweils 16 helle oder dunkle, nach den Regeln näher bestimmte, Figuren verfügen, unter Einhaltung der weiteren Spielregeln der FIDE gespielt wird, wobei die Beachtung weiterer Regeln als der Grundregeln optional ist und lediglich optische Abweichungen des Spielmaterials nicht schaden.⁵²

III. E-Sport

Eine allgemeingültige Definition des E-Sports besteht gegenwärtig nicht.⁵³ Es existieren verschiedene Definitionsansätze, von diesen sich bislang noch keiner durchsetzen konnte. Der eSport-Bund Deutschland definiert E-Sport in seiner Satzung als „unmittelbare[n] Wettkampf zwischen Spielern und Spielerinnen unter Nutzung von geeigneten Video- und Computerspielen an verschiedenen Geräten und auf digitalen Plattformen unter festgelegten Regeln.“⁵⁴ Eine sehr ähnliche Definition bezeichnet E-Sport als „Wettkampf zwischen Menschen im Mehrspielermodus mit Hilfe von Computerspielen, der von Wettkampfveranstaltern ausgetragen wird, wohl ausschließlich auf der Grundlage von Spielverlagen („Publishers“) angebotener Spiele.“⁵⁵ Daneben gibt es diverse weitere Definitionsansätze, die einen ähnlichen Weg einschlagen.⁵⁶ Einen anderen Ansatz verfolgt der Deutsche Olympische Sportbund (DOSB), der den Begriff E-Sport selbst ablehnt und stattdessen eine Teilung in E-Gaming⁵⁷ und virtuelle Sportarten vorschlägt.⁵⁸ Eine virtuelle Sportart ist dabei eine elektronische Sportartensimulation: Es wird eine reale Sportart in die virtuelle Welt überführt, wobei es unerheblich ist, ob bei der Durchführung sportliche Bewegungen eine Rolle spielen.⁵⁹ E-Gaming stellt danach einen Auffangbegriff für alle übrigen virtuellen Spiel- und Wettkampfformen dar.⁶⁰ Für diese Erarbeitung wird im Folgenden der E-Sport-Begriff des eSport-Bund Deutschland verwendet. Dennoch

kann die Unterteilung des DOSB – trotz möglicher Abgrenzungsschwierigkeiten im Grenzbereich⁶¹ – bei der Beurteilung der Gemeinnützigkeit virtueller Sportarten hilfreich sein, da bei diesen zumindest eine Orientierung an der realen Sportart infrage kommt.

D. Betrachtung der Situation de lege lata

Im Folgenden soll zunächst die aktuelle Rechtslage betrachtet und vor diesem Hintergrund die gegenwärtige Rechtspraxis bewertet werden.

I. Sport

§ 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 21 AO nennt die Förderung des Sports ausdrücklich als gemeinnützige Tätigkeit. Damit ist Sportförderung, wenn sie die Anforderungen des § 52 Abs. 1 AO erfüllt,⁶² gemeinnützig. Auf sehr viele Aktivitäten trifft dies zweifelsfrei zu. Dennoch gibt es Grenzfälle, in denen strittig ist, ob die geförderte Tätigkeit dem Sportbegriff unterfällt bzw. ob die Voraussetzungen des § 52 Abs. 1 AO erfüllt sind.⁶³ Zunächst ist jedoch der Sportbegriff selbst zu untersuchen.

1. Sportbegriff

Das von der Rechtsprechung verwendete Sportverständnis⁶⁴ findet in Teilen der Literatur Zustimmung.⁶⁵ Andere Stimmen kritisieren es aber als zu weitgehend oder konturlos.⁶⁶ Insbesondere kritisieren Teile der Literatur, der Sportbegriff sei durch die Einführung der Fiktion „Schach gilt als Sport“ zu weitreichend geworden.⁶⁷ Dem wird jedoch berechtigt entgegengehalten, dass gerade die Einführung der Fiktion zur Klarstellung und Einschränkung des Sportbegriffs führt, da sich so aus dem Gesetz erkennen lässt, dass Schach die Anforderungen, die an Sport eigentlich gestellt werden, nicht erfüllt, sodass dadurch das Merkmal der „körperlichen Ertüchtigung“ eine stärkere Grund-

⁵² Siehe dazu das Regelwerk der Fédération Internationale des Échecs: <https://www.fide.com/FIDE/handbook/LawsOfChess.pdf>, zuletzt abgerufen am 5.10.2022.

⁵³ *Gersch* (Fn. 22), § 52 Rn. 84.

⁵⁴ EBSD, Satzung des eSport-Bund Deutschland e.V., § 3 Nr. 2, <https://esportbund.de/wp-content/uploads/2021/01/20201204-Satzung-des-eSport-Bund-Deutschland.pdf>, zuletzt abgerufen am 5.10.2022; wohl zustimmend: *Seer* (Fn. 6), § 52 AO Rn. 47.

⁵⁵ *Fischer*, Rechtsfragen einer Anerkennung des e-Sports als gemeinnützig, 2018, S. 17, https://cdn.dosb.de/user_upload/www.dosb.de/uber_uns/eSport/Gutachten_eSport.pdf, zuletzt abgerufen am 16.1.2023.

⁵⁶ Siehe zur Übersicht über weitere Begriffe das Gutachten der wissenschaftlichen Dienste des deutschen Bundestags vom 9.6.2017 – WD 10 – 3000 – 036/17, S. 9, <https://www.bundestag.de/resource/blob/515426/c2a9373a582f7908c090a658fdff1af8/wd-10-036-17-pdf-data.pdf>, zuletzt abgerufen am 5.10.2022.

⁵⁷ Der DOSB nutzt die Schreibweise „eGaming“. Aus Gründen der Einheitlichkeit („E-Sport“) wird hier die Schreibweise „E-Gaming“ verwendet.

⁵⁸ DOSB, Umgang mit elektronischen Sportartensimulationen, eGaming und „eSport“, S. 2, https://cdn.dosb.de/UEber_uns/eSport/DOSB-Positionierung-eSport_MV.pdf, zuletzt abgerufen am 16.1.2023; zustimmend: *Bagger von Grafenstein/Bischoff*, Zeitschrift für Sport und Recht (SpuRt) 2020, 75 (76); *Gersch* (Fn. 22), § 52 Rn. 84.

⁵⁹ DOSB, (Fn. 58), S. 2.

⁶⁰ DOSB, (Fn. 58), S. 2.

⁶¹ Bsp. für Abgrenzungsschwierigkeiten: Wie groß dürfen die Änderungen des Ablaufs einer virtuellen Sportart verglichen mit der realen Durchführung sein, ohne dass sie dem E-Gaming unterfällt.

⁶² Siehe dazu oben B. III. 1.-2.

⁶³ Diese Differenzierung ebenfalls vornehmend: *Hüttemann* (Fn. 6), Rn. 3.144; *Koenig* (Fn. 23), § 52 Rn. 54; *Seer* (Fn. 6), § 52 AO Rn. 45; anders *Gersch* (Fn. 22), § 52 Rn. 82, die die Erfüllung des Sportbegriffs von dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 52 Abs. 1 AO abhängig macht.

⁶⁴ Siehe oben C. I.

⁶⁵ *Marx* (Fn. 11), S. 23 f.; *Alber* (Fn. 28), § 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 21 AO Rn. 4; *Gersch* (Fn. 22), § 52 Rn. 82; *Hüttemann* (Fn. 6), Rn. 3.142; zum Begriff: BFHE 184, 226 (227) = BStBl. II 1998, 9 = DStR 1998, 113 (114).

⁶⁶ *Arndt/Immel* BB 1987, 1153 (1154); *Gothe*, DB 1979, 474 (475); *Seer* (Fn. 6), § 52 AO Rn. 47; wohl auch *Hey* (Fn. 8), Rn. 20.3; *Koenig*, (Fn. 23), § 52 Rn. 54; *Musil* (Fn. 13), § 52 AO Rn. 193 f.; genau umgekehrt: *Trzaskalik*, StuW 1986, 219 (221, 231), der den Sportbegriff für zu eng und unflexibel hält.

⁶⁷ So *Seer* (Fn. 6), § 52 AO Rn. 47.

lage im Gesetz finden kann.⁶⁸ Eine allzu enge Definition, die körperliche Ertüchtigung durch Leibesübungen vorsah – wie noch in § 17 Abs. 3 Nr. 1 StAnpG vorausgesetzt – wurde durch den Sportbegriff in § 52 Abs. 2 Nr. 2 AO a.F. vermieden, wobei nach der Gesetzesbegründung die körperliche Ertüchtigung weiterhin erforderlich sein sollte.⁶⁹

Die Kritik, dass es mit dem Sportverständnis der Rechtsprechung eine Abweichung zum Sportverständnis im allgemeinen Sprachgebrauch⁷⁰ gebe,⁷¹ obwohl sie sich eigentlich am allgemeinen Sprachgebrauch orientieren will⁷² oder Sport an sich wohl kaum definierbar sei,⁷³ erscheint in Anbetracht der Tatsache, dass sich für den Sportbegriff in der Rechtsentwicklung gute Anhaltspunkte finden und er seit über 20 Jahren – unter Zustimmung beachtlicher Teile der Literatur⁷⁴ – verwendet wird,⁷⁵ nicht überzeugend.

Der gegenwärtig verwendete Sportbegriff findet damit sowohl im Gesetzestext als auch in der Entstehungsgeschichte eine Grundlage. Insofern ist er als Interpretation des § 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 21 AO angemessen.⁷⁶

2. Abgrenzung in Einzelfällen

Im Falle des Sports ergibt sich durch das Zusammenspiel von Rechtsprechung und Finanzverwaltung eine große Zahl an Einzelfallentscheidungen.⁷⁷ Insbesondere bezüglich der Reichweite des Sportbegriffs: Von der Rechtsprechung als Sport angesehen werden z.B. Schießsport,⁷⁸ turniermäßiger Drehstangen-Tischfußball,⁷⁹ Wandern⁸⁰ oder Motorsport.⁸¹ Daneben gibt es auch Fälle, die bisher nur durch die Finanzverwaltung bewertet wurden: z.B. Dart,⁸²

Billard⁸³ und Ballonfahren.⁸⁴ Umgekehrt gibt es auch Fälle, in denen die Rechtsprechung das Vorliegen von Sport ablehnt: z.B. Tipp-Kick-Tischfußball,⁸⁵ Grillen⁸⁶ und Skat.⁸⁷

Bei anderen Tätigkeiten ist zwar der Sportbegriff zweifelsfrei erfüllt, das Vorliegen der Voraussetzungen des § 52 Abs. 1 AO aber umstritten. Nicht erfüllt sind diese insbesondere bei Paintball, wo das simulierte Töten bzw. Verletzen von Menschen als Verstoß gegen die Werteordnung anzusehen ist.⁸⁸ Beim sog. IPSC-Schießen⁸⁹ sieht die Rechtsprechung das Vorliegen der Voraussetzungen dagegen als erfüllt an: Hier werde im Gegensatz zu Paintball nicht das Schießen auf Menschen simuliert und es bestehe auch keine Ähnlichkeit zu Kampfsituationen.⁹⁰

Einige dieser Entscheidungen lassen besonders gut gewisse Tendenzen der Rechtspraxis und Literatur zum Verständnis des Sportbegriffs und zum Umgang mit Zielkonflikten erkennen. Diese sollen nun näher betrachtet werden.

a) Billard

Billard wurde durch die Finanzverwaltung als Sport eingestuft, sofern nicht Geselligkeit im Vordergrund steht.⁹¹ In der Rechtsprechung des BFH findet diese Einordnung auch Unterstützung, da beim Billard Fähigkeiten geübt würden, „die besondere und nur durch langes Training zu erreichende körperliche Fertigkeiten erfordern“.⁹² Andere Finanzgerichte stehen dem tendenziell skeptisch gegenüber.⁹³ Auch die Literatur übt an dieser Einstufung der Finanzverwaltung eher Kritik und stellt infrage, inwieweit bei Billard

⁶⁸ Marx (Fn. 11), S. 31 f.; Hüttemann (Fn. 6), Rn. 3.142; Koenig (Fn. 23), § 52 Rn. 54; diesem Argument trotz seiner Kritik an einem zu weitgehenden Sportbegriff durch die Fiktion zugunsten von Schach zustimmend: Seer (Fn. 6), § 52 AO Rn. 47.

⁶⁹ BT-Drucks. 7/4292, S. 20; so auch Hüttemann (Fn. 6), Rn. 3.142.

⁷⁰ Zur Unklarheit des allg. Verständnisses: Armin et al. (Fn. 4), S. 128 ff.; Bauer, FR 1989, 61 (69).

⁷¹ Arndt/Immel BB 1987, 1153 (1154); Trzaskalik, StuW 1986, 219 (221).

⁷² BFHE 184, 226 (227) = BStBl. II 1998, 9 = DStR 1998, 113 (114).

⁷³ Armin et al. (Fn. 4), S. 128 ff.

⁷⁴ Siehe Fn. 65.

⁷⁵ Vgl. die Entscheidungen BFHE 184, 226 (227) = BStBl. II 1998, 9 = DStR 1998, 113 (114); BFHE 262, 306 (312) = BStBl. II 2019, 790 = DStRE 2019, 165 Rn. 30.

⁷⁶ So insb. auch Hüttemann (Fn. 6), Rn. 3.142.

⁷⁷ Zur Übersicht: Hüttemann (Fn. 6), Rn. 3.145; Alber (Fn. 28), § 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 21 AO Rn. 11 ff.; Musil (Fn. 13), § 52 AO Rn. 191 f.; Seer (Fn. 6), § 52 AO Rn. 51.

⁷⁸ BFH/NV 2000, 1071 (1073) = SpuRt 2001, 254 (256); zustimmend: Gersch (Fn. 22), § 52 Rn. 82; kritisch: Koenig (Fn. 23), § 52 Rn. 54.

⁷⁹ Drehstangen-Tischfußball ist eine Tischfußballart, bei der die Spielfiguren an jeweils vier Stangen befestigt sind. Durch das Drehen oder Schieben der Stangen werden die Figuren bewegt und können den Ball schießen bzw. abfangen. Zur Bewertung: FG Hessen, Urt. v. 23.6.2010 – Az. 4 K 501/09, Rn. 26 ff. – juris.

⁸⁰ BFHE 134, 507 (509) = BStBl. II 1982, 148.

⁸¹ BFHE 184, 226 (227) = BStBl. II 1998, 9 = DStR 1998, 113 (114); kritisch: Seer, Veröffentlichung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V. (DStJG) 26 (2003), 11 (31); ablehnend: Bauer, FR 1989, 61 (70); Hey, Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, Rn. 20.3.

⁸² OFD Hannover, 25.7.1994, S 0170-23-StO 214, FMNR369360094; kritisch: Koenig (Fn. 23), § 52 Rn. 54

⁸³ OFD Frankfurt am Main, 9.7.1981, S 0171 A-24-St II 1, FMNR80131008; kritisch: Koenig (Fn. 23), § 52 Rn. 54

⁸⁴ AEAO zu § 52 Nr. 7 S. 1; zustimmend: Gersch (Fn. 22), § 52 Rn. 82; ablehnend: Marx (Fn. 11), S. 30.

⁸⁵ Tipp-Kick-Tischfußball ist eine Tischfußballart, bei der die Spielfiguren einzeln auf dem Spielfeld verteilt werden können. Die Figuren verfügen dabei über einen Mechanismus, dessen Auslösung sie den Ball schießen lässt. Dabei ist es von der Position, in der der Ball liegen bleibt abhängig, wer den Ball als nächstes schießen darf. Zur Einordnung: BFH/NV 1987, 705 (706); AEAO zu § 52 Nr. 7 S. 1.

⁸⁶ FG Baden-Württemberg, EFG 2017, 1 (2 f.) = npoR 2017, 73 (74 f.); zustimmend: Gersch (Fn. 22), § 52 Rn. 84.

⁸⁷ BFH/NV 2000, 1071 (1072 f.) = SpuRt 2001, 254 (255 f.).

⁸⁸ FG Rheinland-Pfalz DStRE 2017, 294 (295 ff.); AEAO zu § 52 Nr. 7 S. 1; Krüger (Fn. 29), § 52 AO Rn. 42; kritisch hinsichtlich des Vorliegens von Sport: Hüttemann (Fn. 6), Rn. 3.142; anders: Gersch (Fn. 22), § 52 Rn. 84, die wegen des Verstoßes gegen die Werteordnung schon das Vorliegen von Sport ablehnt.

⁸⁹ Dabei handelt es sich um einen Schießsport nach den Regeln der International Practical Shooting Confederation. Die Aufgabe ist es, einen Parcours in geringer Zeit zu durchlaufen und dabei durch das Treffen der aufgestellten Ziele eine möglichst hohe Punktzahl zu erreichen.

⁹⁰ BFHE 262, 306 (313 ff.), BStBl. II 2019, 790 = DStRE 2019, 165 Rn. 36 ff.; FG Berlin-Brandenburg, EFG 2019, 1055 (1056); wohl zustimmend: Musil (Fn. 13), § 52 AO Rn. 192, Fn. 3; diff.: AEAO zu § 52 Nr. 7 S. 2-4; kritisch: Hüttemann, DB 2014, 442; Seer (Fn. 13), § 52 AO Rn. 45; ablehnend: Koenig (Fn. 23), § 52 Rn. 54.

⁹¹ OFD Düsseldorf, 13.5.1982, S 2729-A-St 131, FMNR445410082; OFD Frankfurt am Main, 9.7.1981, S 0171 A-24-St II 1, FMNR80131008.

⁹² BFH/NV 2000, 1071 (1073) = SpuRt 2001, 254 (256); BFH, Beschl. v. 16.12.1987 – Az. I B 68/87, Rn. 21 – juris.

⁹³ FG Berlin-Brandenburg, EFG 2021, 825 (828); FG Rheinland-Pfalz, EFG 1980, 145 (146).

noch körperliche Ertüchtigung vorliege.⁹⁴ Dieser Kritik hat die Finanzverwaltung durch die Ausnahme, dass Billardspiele, bei denen Geselligkeit im Vordergrund steht, kein Sport sein sollen, schon in Teilen entsprochen.

Problematisch erscheint der Bereich, in dem zwar gelegentlich Billard gespielt wird, zugleich aber keine kompetitiven Elemente vorhanden sind. Hier stellt sich die Frage, inwieweit die Argumentation des BFH, dass beim Billard bestimmte Fähigkeiten geübt werden, noch als zutreffend zu bewerten ist. Denn eine effektive Übung dieser wird bei gelegentlichem Spielen wohl eher nicht stattfinden. Die Einstufung von wettbewerbsmäßigem Billard als Sport erscheint schon eher plausibel.⁹⁵ Als Argument dafür werden der erhöhte Trainingsaufwand und die gesteigerten Konzentrationsfähigkeiten im kompetitiven Bereich genannt.⁹⁶ Gegen ein hinreichendes Maß an körperlicher Ertüchtigung spricht aber, dass die häufigen Billardvarianten Pool und Karambol regulär ohne Zeitlimit gespielt werden,⁹⁷ was die Anforderungen an die Präzision und Körperbeherrschung wieder relativiert – es bleibt schließlich genug Zeit zur Planung jedes einzelnen Stoßes. Anders sieht es beim Sportschießen aus, wo i.d.R. ein Zeitlimit vorhanden ist, sodass nicht beliebig viel Zeit zum Zielen bleibt. Somit erscheint es vorzugswürdig, Billard nicht als Sport einzustufen, solange nicht mit einem relevanten Zeitlimit gespielt wird.

b) Ballonfahren

Eine vergleichbare Problematik zeichnet sich beim Ballonfahren ab. Auch dieses wird von der Finanzverwaltung als Sport eingestuft.⁹⁸ Die Rechtsprechung erhebt hiergegen bisher keine Einwände.⁹⁹ Anders dagegen die überwiegende Literatur, die auch hier keine über das gewöhnliche Maß hinausgehende körperliche Betätigung erkennt.¹⁰⁰ Wenn das Finanzgericht Baden-Württemberg dafür anführt, dass die körperliche Ertüchtigung beim Ballonfahren – im Gegensatz zum Grillen – in geringem Maße das sonst übliche Niveau übersteige,¹⁰¹ stellt sich die Frage, welche Erheblichkeitsschwelle hier anzusetzen ist. Denn

für das Ballonfahren sind vor allem Kenntnisse über die Steuerung bzw. Bedienung des Ballons notwendig. Körperliche Fähigkeiten sind dabei eher nebensächlich. Wenn also die Tätigkeiten beim Ballonfahren bereits das übliche Maß hinreichend übersteigen, wäre es die konsequente Schlussfolgerung daraus, dass geradezu jede Tätigkeit, z.B. auch reguläres Autofahren oder das vom Finanzgericht Baden-Württemberg in derselben Entscheidung abgelehnte wettbewerbsmäßige Grillen, als Sport eingestuft werden könnte.¹⁰² Sinnvoller erscheint es daher, auch hier eine höhere Erheblichkeitsschwelle anzusetzen und Ballonfahren nicht als Sport anzusehen.

c) Motorsport

Rechtsprechung und Finanzverwaltung erkennen Motorsport in allen seinen Varianten als gemeinnützig an.¹⁰³ Die Eigenschaften des Sports seien beim Motorsport gegeben, auch wenn sie nicht so eindeutig erkennbar seien wie bei manchen anderen Sportarten: Motorsport verlange insbesondere eine besondere Körperbeherrschung, Reaktionsgeschwindigkeit, Feinmotorik und ein gutes Wahrnehmungsvermögen.¹⁰⁴ Im Ergebnis folgt der BFH damit der Intention des Gesetzgebers, der Motorsport zwar nicht ausdrücklich in das Gesetz aufnahm, aber als Sport betrachtete.¹⁰⁵ In der Literatur findet die Einordnung des Motorsports als Sport zurecht ebenfalls Zustimmung.¹⁰⁶

Hinsichtlich der Unfallgefahren und der Umweltbelastung führte der BFH im Folgenden aus, dass Unfallgefahren nicht zu berücksichtigen seien, weil diese unbeabsichtigt seien, und dass es allein Aufgabe des Gesetzgebers sei, Zielkonflikte zwischen Umweltschutz und Sport über verwaltungsrechtliche Regelungen bzw. Verbote zu lösen.¹⁰⁷ In diesem Punkt folgt die Rechtsprechung ebenfalls den Intentionen des Gesetzgebers.¹⁰⁸ Doch in der Literatur stößt dieses Vorgehen auf Kritik.¹⁰⁹ Diese bevorzugt anstelle einer Delegation an den Gesetzgeber eine Lösung über eine Güterabwägung in der Rechtsanwendung.¹¹⁰ Für eine solche Abwägung wird argumentiert, dass der Gesetzgeber gar

⁹⁴ Koenig (Fn. 23), § 52 Rn. 54; ähnlich: Martens, Die Besteuerung wirtschaftlicher Aktivitäten im Amateursport, 1. Aufl. 1989, S. 66 f.; Marx (Fn. 11), S. 56; Krüger (Fn. 29), § 52 AO Rn. 41, die aber zumindest wettbewerbsmäßige Varianten für Sport halten.

⁹⁵ So Martens (Fn. 94), S. 66 f.; Marx (Fn. 11), S. 56; Krüger (Fn. 29), § 52 AO Rn. 41.

⁹⁶ Marx ((Fn. 11), S. 56.

⁹⁷ Siehe die Regeln der Deutschen Billard Union e.V. zu Pool und Karambol <http://files.billard-union.de/handbuch/30-Spielregeln%20Pool-03-2009.pdf>, zuletzt abgerufen am 5.10.2022 bzw. <http://files.billard-union.de/handbuch/26-Spielregeln%20Karambol-06-2007.pdf>, zuletzt abgerufen am 5.10.2022.

⁹⁸ AEO zu § 52 Nr. 7 S. 1.

⁹⁹ Ausdrücklich zustimmend: FG Baden-Württemberg, EFG 2017, 1 (3) = npoR 2017, 73 (74 f.); ohne Kritik akzeptiert: BFHE 200, 101 (103) = BStBl. II 2003, 438 = DStR 2002, 2216 (2218).

¹⁰⁰ Marx (Fn. 11), S. 30; Fischer, jurisPR-SteuerR 8/2014 Anm. 1; Koenig (Fn. 23), § 52 Rn. 54; anders: Gersch (Fn. 22), § 52 Rn. 82.

¹⁰¹ FG Baden-Württemberg, EFG 2017, 1 (3) = npoR 2017, 73 (75).

¹⁰² Zum Grillen: FG Baden-Württemberg, EFG 2017, 1 (2 f.) = npoR 2017, 73 (74 f.).

¹⁰³ BFHE 184, 226 (227) = BStBl. II 1998, 9 = DStR 1998, 113 (114); AEO zu § 52 Nr. 7 S. 1.

¹⁰⁴ BFHE 184, 226 (228) = BStBl. II 1998, 9 = DStR 1998, 113 (114).

¹⁰⁵ BT-Drucks. 7/4292, S. 20.

¹⁰⁶ Martens (Fn. 94), S. 65 f.; Marx (Fn. 11), S. 26 f.; Hey (Fn. 8), Rn. 20.3; Hüttemann (Fn. 6), Rn. 3.142; Seer (Fn. 6), § 52 AO Rn. 45; ablehnend dagegen: Bauer, FR 1989, 61 (70).

¹⁰⁷ BFHE 184, 226 (231) = BStBl. II 1998, 9 = DStR 1998, 113 (115 f.).

¹⁰⁸ BT-Drucks. 7/4292, S. 20.

¹⁰⁹ Igl/Eichenhofer/Jachmann (Fn. 11), S. 215; Hey (Fn. 8), Rn. 20.3; Seer, DStJG 26 (2003), 11 (31).

¹¹⁰ Igl/Eichenhofer/Jachmann (Fn. 11), S. 215; Seer, DStJG 26 (2003), 11 (31); Arndt/Immel BB 1987, 1153 (1155); Bauer, FR 1989, 61 (70); Hey (Fn. 8), Rn. 20.2, 20.3; Geibel (Fn. 28), § 52 Abs. 1 AO Rn. 10; Gersch (Fn. 22), § 52 Rn. 12; Koenig (Fn. 23), § 52 Rn. 14; Musil (Fn. 13), § 52 AO Rn. 189; Seer (Fn. 6), § 52 AO Rn. 9, 45; diff.: Marx (Fn. 11), S. 174, die eine Abwägung nur nachrangig vornehmen möchte; dem Ansatz der Rechtsprechung zustimmend: Hüttemann (Fn. 6), Rn. 3.42; Schauhoff, in: Schauhoff, Handbuch der Gemeinnützigkeit, 3. Aufl. 2010, § 6 Rn. 28.

nicht in der Lage sei, jeden potenziellen Konflikt abstrakt zu lösen.¹¹¹ Auch sei die Förderung einer Tätigkeit, bei der negative Auswirkungen auf das Gemeinwohl größer seien als die Vorteile, nicht angemessen.¹¹² Darüber hinaus wird darauf verwiesen, dass eine Förderung der Allgemeinheit gem. § 52 Abs. 2 S. 1 AO nur „unter den Voraussetzungen des Absatzes 1“ vorliegen könne, es also nicht genüge, nur einen Zweck des Katalogs zu fördern.¹¹³ Entgegengehalten wird dem, dass es eine gesetzgeberische Entscheidung gewesen sei, bestimmte Zwecke als gemeinnützig einzuordnen, und es nicht Aufgabe der Rechtsanwendung sei, dort Einschränkungen vorzunehmen.¹¹⁴

Sinnvollerweise sollten gesetzgeberische Wertungen bei der Untersuchung, ob eine Tätigkeit als gemeinnützig werden kann, zumindest beachtet werden.¹¹⁵ Dennoch sollte aus der bloßen Tatsache, dass der Gesetzgeber eine bestimmte Tätigkeit nicht verboten hat, nicht geschlossen werden, dass sie auch die Allgemeinheit fördert.¹¹⁶ Die Entscheidungen über eine generelle Zulässigkeit einer Tätigkeit und über ihre Gemeinnützigkeit fußen nämlich auf verschiedenen Grundlagen: Bei der Entscheidung über die generelle Zulässigkeit müssen neben den Auswirkungen auf das Allgemeinwohl auch individuelle Interessen an der Ausübung der Tätigkeit (z.B. die allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 I GG) beachtet werden. Bei der Entscheidung über die (abstrakte) Gemeinnützigkeit ist jedoch nur das Gemeinwohl maßgeblich¹¹⁷ – Individualinteressen müssen unbeachtet bleiben. Wenn nun in der Rechtsanwendung pauschal aus der Zulässigkeit einer Tätigkeit auch ihre (konkrete) Gemeinnützigkeit gefolgert wird, würden die unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Hintergründe ignoriert werden.

In Anbetracht des Wortlauts, der zu erwartenden Überforderung der Gesetzgebung und des verfassungsrechtlichen Hintergrunds erscheint es überzeugender, bei Zielkonflikten eine Abwägung im Rahmen der Rechtsanwendung vorzunehmen; diese kann jedoch durch gesetzgeberische Entscheidungen vorgeprägt sein. Folglich kann die immissions-

schutzrechtliche Zulässigkeit von Motorsport allein noch nicht dafür genügen, diesen auch als gemeinwohlfördernd einzustufen. Es ist insbesondere zu berücksichtigen, dass einer nur geringen Gemeinwohlförderung durch eine geringe Verbesserung körperlicher Fähigkeiten doch deutliche negative Umweltauswirkungen durch Lärm, Abgase und ggf. auch erheblichen Flächenverbrauch für Rennstrecken entgegenstehen. Somit erfüllt Motorsport zwar die Sportdefinition, jedoch überwiegen in der Abwägung die negativen Eigenschaften regelmäßig den positiven, sodass i.d.R. keine Förderung der Allgemeinheit und damit auch keine Gemeinnützigkeit anzunehmen ist.

d) ISPC-Schießen

Einen weiteren Streitfall stellt das sog. IPSC-Schießen¹¹⁸ dar, welches vom BFH und – unter bestimmten Voraussetzungen auch – der Finanzverwaltung als gemeinnütziger Sport angesehen wird.¹¹⁹ Einigkeit besteht in der Literatur zwar dahingehend, dass IPSC-Schießen den Sportbegriff erfüllt,¹²⁰ inwieweit jedoch darüber hinaus eine Förderung der Allgemeinheit vorliegt, wird kontrovers diskutiert.¹²¹ Grundlage der Untersuchung ist dabei das vom Bundesverwaltungsamt (BVA) genehmigte und nach Auffassung des BFH nicht offensichtlich rechtswidrige¹²² Regelwerk für das IPSC-Schießen.¹²³ Eine Förderung der Allgemeinheit ist dabei ausgeschlossen, wenn die Tätigkeit gegen die Rechts- oder Werteordnung verstößt¹²⁴ oder gemeinwohlschädliche Aspekte überwiegen.¹²⁵

Unter dem Aspekt der Gemeinwohlschädlichkeit wird in der Literatur kritisiert, das IPSC-Schießen gefährde die Allgemeinheit, weil Personen den Umgang mit Waffen erlernen und in deren Besitz gelangen.¹²⁶ Es bestehe auch die Gefahr einer Umsetzung des beim Sport erlernten Wissens bei Amokläufen oder Terroranschlägen.¹²⁷ Eine Untersuchung der Bundesregierung, auf die auch der BFH verweist,¹²⁸ lässt sich dieser Vermutung jedoch entgegenhalten: Dieser zufolge kann kein Zusammenhang zwischen IPSC-Schießen und Kriminalität festgestellt werden.¹²⁹ Folg-

¹¹¹ Seer (Fn. 6), § 52 AO Rn. 9.

¹¹² Igl/Eichenhofer/Jachmann (Fn. 11), S. 215.

¹¹³ Gersch (Fn. 22), § 52 Rn. 12; Seer (Fn. 6), § 52 AO Rn. 9.

¹¹⁴ Hüttemann (Fn. 6), Rn. 3.42.

¹¹⁵ So auch: Musil (Fn. 13), § 52 AO Rn. 48.

¹¹⁶ In diese Richtung jedoch: BFHE 184, 226 (231) = BStBl. II 1998, 9 = DStR 1998, 113 (115); BFHE 262, 306 (316) = BStBl. II 2019, 790 = DStRE 2019, 165 Rn. 46.

¹¹⁷ Siehe dazu oben B. II.

¹¹⁸ Siehe zum Begriff Fn. 89.

¹¹⁹ BFHE 262, 306 (311 ff.) = BStBl. II 2019, 790 = DStRE 2019, 165 Rn. 29 ff.; FG Berlin-Brandenburg, EFG 2019, 105 (105 ff.); AEAO zu § 52 Nr. 7 S. 2-4.

¹²⁰ Marx (Fn. 11), S. 42; Koenig (Fn. 23), § 52 Rn. 54; Musil (Fn. 13), § 52 AO Rn. 192, Fn. 3; Seer (Fn. 6), § 52 AO Rn. 45.

¹²¹ Der Rechtsprechung zustimmend: Marx (Fn. 11), S. 42; Fischer, jurisPR-SteuerR 7/2019 Anm. 2; Musil (Fn. 13), § 52 AO Rn. 192, Fn. 3; die Rechtsprechung ablehnend: Hüttemann, DB 2014, 442 (noch vor dem BFH-Urteil); Koenig (Fn. 23), § 52 Rn. 54; Seer (Fn. 6), § 52 AO Rn. 45; zumindest skeptisch: Gersch (Fn. 22), § 52 Rn. 82.

¹²² BFHE 262, 306 (316) = BStBl. II 2019, 790 = DStRE 2019, 165 Rn. 45.

¹²³ Die Genehmigungen für die einzelnen Varianten: Flinte – https://www.bva.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Buerger/Ausweis-Dokument-e-Recht/Waffenrecht/Schiesssport/bds_ipsc_flinte.pdf?__blob=publicationFile&v=4; Büchse – https://www.bva.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Buerger/Ausweis-Dokumente-Recht/Waffenrecht/Schiesssport/bds_ipsc_buechse.pdf?__blob=publicationFile&v=4; Kurzwaffe – https://www.bva.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Buerger/Ausweis-Dokumente-Recht/Waffenrecht/Schiesssport/bds_ipsc_kurzwaffe.pdf?__blob=publicationFile&v=4, alle zuletzt abgerufen am 5.10.2022.

¹²⁴ Siehe dazu oben B. III. 1.

¹²⁵ Siehe dazu oben D. I. 2. c).

¹²⁶ Koenig (Fn. 23), § 52 Rn. 54; Seer (Fn. 6), § 52 AO Rn. 45.

¹²⁷ Hüttemann, DB 2014, 442; Seer (Fn. 6), § 52 AO Rn. 45.

¹²⁸ BFHE 262, 306 (316 f.) = BStBl. II 2019, 790 = DStRE 2019, 165 Rn. 47 f.

¹²⁹ Zu BR-Drucks. 577/09 (B), S. 14.

lich erscheint es zumindest gegenwärtig nur schwer begründbar, einen Widerspruch zur Kriminalprävention anzunehmen; eine fortlaufende Überprüfung dürfte aber sinnvoll sein.

Nach den Ausführungen des BFH liege bei IPSC-Schießen auch kein Verstoß gegen die Rechts- oder Werteordnung vor: Es sei nicht das Ziel, andere Menschen zu „eliminieren“ – die Ziele seien hinreichend von der menschlichen Gestalt verschieden¹³⁰ – und es gebe auch keine Ähnlichkeit zu Kriegssituationen, zum Häuserkampf oder „kampfmäßigem Schießen“ i.S.d. § 15a Abs. 1 S. 2 WaffG^{131, 132}. Nach § 15a Abs. 1 S. 2 WaffG liegt kampfmäßiges Schießen insbesondere bei der Verwendung von menschenähnlichen Zielen vor. Als weitere Merkmale werden Schießen im Laufen oder Rennen, aus der Deckung oder die Verwendung von Übungseinbauten genannt, die zu einem paramilitärischen oder häuserkampfählichen Charakter führen.¹³³ Wenn folglich die Merkmale des § 15a Abs. 1 S. 2 WaffG erfüllt sind, läge ein Verstoß gegen die Rechtsordnung vor. Sollte sich das Schießen auf die Ziele als simuliertes Töten von Menschen darstellen, so läge auch ein Verstoß gegen die Werteordnung vor.

Beim IPSC-Schießen sind die Ziele unterteilt in Metall- und Pappziele. Die Metallziele ähneln zumeist Zielscheiben aus anderen Schießsportarten, haben aber keine Trefferzonen und stehen auf einem viereckigen Unterbau.¹³⁴ Aufgrund der abstrakten Konstruktion und der eher geringen Größe von 85 cm¹³⁵ dürfte bei den Metallzielen keine besondere Menschenähnlichkeit vorliegen. Die Pappziele befinden sich erhöht über dem Boden und bestehen z.T. aus einem länglichen Achteck mit Trefferzonen.¹³⁶ Diese sind jedoch nicht zentriert um den Mittelpunkt angeordnet, sondern etwas nach oben verlagert. Hierbei stellen das Fehlen von „Kopf“ und „Gliedmaßen“ sowie die achteckige Form der Ziele Unterschiede zum menschlichen Körper dar. Die Verlagerung der Trefferzonen nach oben entspricht jedoch in etwa der Lage der lebenswichtigen Organe im menschlichen Oberkörper¹³⁷ und die Abmessungen der Ziele sind auch mit denen eines menschlichen Oberkörpers vergleich-

bar.¹³⁸ Die reine Optik der Pappziele unterscheidet sich damit zwar von einem menschlichen Körper, jedoch können sie zumindest zu einem gewissen Grad funktional ein menschliches Ziel darstellen.

Neben der von der Rechtsprechung untersuchten Optik¹³⁹ könnte das Darstellen oder Symbolisieren i.S.d. § 15a Abs. 1 S. 2 WaffG aber auch durch die Verwendung bzw. das „Verhalten“ von Zielen im konkreten Parcours erfolgen. Laut Regelwerk kann auf bewegliche Ziele geschossen werden und es gibt ebenso verdeckte Ziele oder Strafziele.¹⁴⁰ Hiermit soll eine zusätzliche Herausforderung für die Schütz:innen geschaffen werden. Im Einzelfall könnte es aber auch möglich sein, z.B. die Bewegung einer flüchtenden Person zu simulieren.¹⁴¹ Das Verdecken von Zielen könnte genutzt werden, um Personen darzustellen, die Deckung gesucht haben.¹⁴² Strafziele – die im Gegensatz zu anderen Zielen keine Trefferzonen haben¹⁴³ – könnten zur Simulation einer konkreten Kampfsituation verwendet werden, in der diese „Verbündete“ bzw. „Unbeteiligte“ darstellen. Das Verbot der Darstellung von Schusswechselszenarien¹⁴⁴ kann dabei umgangen werden, indem die Ziele bzw. die „gegnerische Seite“ als unbewaffnet „dargestellt“ werden.

Weitere Merkmale kampfmäßigen Schießens liegen nicht vor. So ist es insbesondere verboten, aus deutlich erkennbarem Lauf zu schießen. Eine Ähnlichkeit mit dem Häuserkampf wird dadurch vermieden, dass der jeweilige Parcours bereits vorher bekannt ist und alle Wände im Parcours durchsichtig sind.¹⁴⁵

In Anbetracht dieser Erwägungen erscheint es nicht ausgeschlossen, dass beim IPSC-Schießen – regelkonform – das Schießen auf menschenähnliche Ziele ermöglicht wird: Die funktional einem menschlichen Oberkörper in gewisser Weise ähnlichen Ziele können menschliche Verhaltensweisen „annehmen“. Dies ist jedoch keineswegs zwangsläufig der Fall – umgekehrt dürfte es eher eine Ausnahme darstel-

¹³⁰ Andererseits lässt der BFH auch Zweifel an dieser Annahme zu, hält das Ergebnis der Vorinstanz aber zumindest für möglich und daher nicht überprüfbar: BFHE 262, 306 (314) = BStBl. II 2019, 790 = DStRE 2019, 165 Rn. 40.

¹³¹ Zustimmung: *Heller/Soschinka/Rabe*, Waffenrecht, 4. Aufl. 2020, Rn. 1653.

¹³² BFHE 262, 306 (313 ff.) = BStBl. II 2019, 790 = DStRE 2019, 165 Rn. 38 ff.

¹³³ *Heller/Soschinka/Rabe* (Fn. 131), Rn. 1650.

¹³⁴ Vgl. die grafische Darstellung z.B. in der BVA-Genehmigung für das IPSC-Flintenschießen (Fn. 123), S. 81 ff.

¹³⁵ Vgl. die grafische Darstellung z.B. in der BVA-Genehmigung für das IPSC-Flintenschießen (Fn. 123), S. 81 ff.

¹³⁶ Vgl. die grafische Darstellung z.B. in der BVA-Genehmigung für das IPSC-Flintenschießen (Fn. 123), S. 72 ff.

¹³⁷ Nach Auffassung des FG Berlin-Brandenburg, EFG 2019, 1055 (1056), ist diese Verlagerung nicht präzise genug.

¹³⁸ So weisen die regulären IPSC-Ziele eine Höhe von 57 cm und eine Breite von 45 cm auf. Die kleineren Mini-Ziele sollen zur Simulation

einer größeren Entfernung verwendet werden: BVA-Genehmigung für das IPSC-Flintenschießen (Fn. 123), S. 73 f., 17.

¹³⁹ BFHE 262, 306 (314) = BStBl. II 2019, 790 = DStRE 2019, 165 Rn. 39; FG Niedersachsen, EFG 2017, 179 (181).

¹⁴⁰ Siehe dazu z.B. BVA-Genehmigung für das IPSC-Büchenschießen (Fn. 123), S. 15 f.

¹⁴¹ Zutreffend ist die Bewertung des FG Berlin-Brandenburg, EFG 2019, 1055 (1056), dass die Beweglichkeit der Ziele allein noch keine Menschenähnlichkeit begründen kann.

¹⁴² Es stehen zwei verschiedene Arten von Abdeckungen zur Verfügung: eine weiche Abdeckung, durch die Ziele noch getroffen werden können, und eine feste Abdeckung, bei der dies nicht möglich ist. Siehe z.B. BVA-Genehmigung für das IPSC-Büchenschießen (Fn. 123), S. 15 f.

¹⁴³ Siehe dazu z.B. BVA-Genehmigung für das IPSC-Büchenschießen (Fn. 123), S. 16.

¹⁴⁴ Siehe dazu z.B. BVA-Genehmigung für das IPSC-Büchenschießen (Fn. 123), S. 2.

¹⁴⁵ Siehe dazu z.B. BVA-Genehmigung für das IPSC-Büchenschießen (Fn. 123), S. 3, 13 f., 9.

len.¹⁴⁶ Insgesamt erscheint es somit nicht überzeugend, dem IPSC-Schießen pauschal die Gemeinnützigkeit abzusprechen. Eher sollte eine Prüfung im Einzelfall vorgenommen werden, wie sie die Finanzverwaltung befürwortet.¹⁴⁷

3. Zwischenfazit

Im Falle des Sports ist somit festzuhalten, dass sich der gegenwärtig verwendete Sportbegriff, entgegen mancher Kritik aus der Literatur, folgerichtig aus dem Gesetz erschließen lässt und daher nicht als grundsätzlich zu weitgehend einzuordnen ist. In der Rechtspraxis zeigt sich jedoch, dass die Definition tendenziell zu weit ausgelegt wird. Ein weiteres Problem ist der Umgang mit negativen Auswirkungen einiger Sportarten: die Zurückhaltung der Rechtsprechung ist in diesem Punkt nicht überzeugend. Eine Abwägung auf Rechtsanwendungsebene erscheint vorzugswürdig.

II. Schach

Gem. § 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 21 AO ist Schach ebenfalls als gemeinnützig eingestuft („Schach gilt als Sport“). Der Hintergrund für diese ausdrückliche Nennung ist, dass der Gesetzgeber Schach für gemeinnützig erklären wollte, die damalige Rechtspraxis Schach jedoch nicht als Sport einstuft,¹⁴⁸ während in der Literatur umstritten war, ob Schach auch direkt unter den Sportbegriff gefasst werden könnte.¹⁴⁹ Der Gesetzgeber wählte dafür den Weg einer Fiktion.¹⁵⁰ Diese Fiktion ist allerdings nicht per Analogie erweiterbar, sodass Spiele wie Bridge,¹⁵¹ Skat¹⁵² oder andere Denksportarten nicht erfasst sein können.¹⁵³ Im Falle des Turnier-Bridge hat die Rechtsprechung allerdings dessen Förderung als entsprechende Förderung i.S.d. § 52 Abs. 2 S. 2 AO eingeordnet und deshalb die Finanzverwaltung dazu verpflichtet, Turnier-Bridge nach § 52 Abs. 2 S. 2 AO zu begünstigen.¹⁵⁴

Die Nutzung der Öffnungsklausel des § 52 Abs. 2 S. 2 AO für Turnier-Bridge begründet die Rechtsprechung damit, dass dieses weitgehend von Zufallselementen befreit ist und erhebliche intellektuelle Anstrengungen sowie Merk-, Konzentrations- und Kombinationsfähigkeiten erfordert.¹⁵⁵ Damit erfülle es die Kriterien, derentwegen Schach für gemeinnützig erklärt wurde.¹⁵⁶ Daraus schlussfolgert der BFH, dass es gleichheitsrechtlich nicht hinnehmbar sei,

Turnier-Bridge nicht als gemeinnützig zu fördern.¹⁵⁷ Darüber hinaus führt er an, dass Turnier-Bridge ebenfalls in einem Ligasystem veranstaltet und international vielfach als Sport angesehen werde.¹⁵⁸ In der Literatur findet das Vorgehen der Rechtsprechung teilweise ausdrückliche Zustimmung.¹⁵⁹ Im überwiegenden Teil wird es nicht bewertet.¹⁶⁰ Kritik findet sich nur an der Begründung des BFH, weil dieser die Organisation im Ligasystem berücksichtigte, die er allerdings in vorherigen Entscheidungen als Merkmal abgelehnt habe.¹⁶¹

Im Falle des Turnier-Bridge erscheint die Gemeinnützigkeit im Rahmen des § 52 Abs. 2 S. 2 AO konsequent. Die Erwägungen zur Gleichbehandlung aufgrund ähnlicher Voraussetzungen und Anforderungen von Turnier-Bridge und Schach ergeben Sinn.

Darüber hinaus ist allerdings zu fordern, dass auch andere Spiele mit ähnlichen Eigenschaften – nahezu keine Zufallselemente und hohe Anforderungen an die kognitiven Fähigkeiten – wie z.B. Turnierskat¹⁶² ebenfalls profitieren sollten. Wünschenswert wäre es hierbei, wenn die Finanzverwaltung in Eigeninitiative rechtliche Klarheit schaffen und nicht bis zur Klärung durch Gerichte abwarten würde.

Bei Spielen mit nennenswerten Zufallselementen stellt sich die Lage jedoch anders dar: Hier ist der Erfolg nicht nur von den eigenen Fähigkeiten im Spiel und der Fähigkeit zur Einschätzung anderer Personen abhängig, sondern auch von einem nicht beeinflussbaren Zufallsfaktor. Der Umgang mit diesem, die Einschätzung möglicher Risiken und Potenziale von Entscheidungen und das Erlernen der Fähigkeit, ohne vollständige Kenntnis aller Tatsachen unter Abwägung des Bekannten und Prognose des Unbekannten die bestmöglichen Risikoentscheidungen zu treffen, mögen durchaus förderungswürdig erscheinen. Solche Spiele weisen dennoch in ihren Anforderungen deutliche Unterschiede zu Schach auf: Der Erfolg ist eben nicht mehr nur von den Fähigkeiten der Spielenden abhängig. Deshalb ist ihnen auch nach § 52 Abs. 2 S. 2 AO keine Gemeinnützigkeit zuzuerkennen.

III. E-Sport

Der E-Sport hat in der AO keine ausdrückliche Regelung erfahren. Bislang ist auch noch keine finanzgerichtliche

¹⁴⁶ Vgl. die Feststellungen durch FG Niedersachsen, EFG 2017, 179 (181); FG Berlin-Brandenburg, EFG 2019, 1055 (1056).

¹⁴⁷ AEAO zu § 52 Nr. 7 S. 2-4; BMF, 12.12.2019, IV C 4-S 0171/19/10021:002, FMNR564000019.

¹⁴⁸ BT-Drucks. 8/3688, S. 20.

¹⁴⁹ Vgl. BT-Drucks. 8/3142, S. 3.

¹⁵⁰ Vgl. zum aktuellen Gesetzestext: BT-Drucks. 16/5200.

¹⁵¹ BFHE 257, 6 (11) = BStBl. II 2017, 1221 = DStRE 2017, 879 Rn. 29; Krüger (Fn. 29), § 52 AO Rn. 42.

¹⁵² BFH/NV 2000, 1071 (1073) = SpuRt 2001, 254 (255 f.).

¹⁵³ Heidner, UR 2020, 576 (579); Krüger (Fn. 29), § 52 AO Rn. 42; Seer (Fn. 6), § 52 AO Rn. 47.

¹⁵⁴ BFHE 257, 12 (16 ff.) = BStBl. II 2017, 1106 = DStRE 2017, 881 Rn. 24 ff.; AEAO zu § 52 Nr. 2.11.

¹⁵⁵ BFHE 257, 12 (17) = BStBl. II 2017, 1106 = DStRE 2017, 881 Rn. 27.

¹⁵⁶ BFHE 257, 12 (16 f.) = BStBl. II 2017, 1106 = DStRE 2017, 881 Rn. 27 ff.; vgl. auch die Kriterien in: BT-Drucks. 8/3142, S. 3.

¹⁵⁷ BFHE 257, 12 (17) = BStBl. II 2017, 1106 = DStRE 2017, 881 Rn. 27.

¹⁵⁸ BFHE 257, 12 (17) = BStBl. II 2017, 1106 = DStRE 2017, 881 Rn. 28.

¹⁵⁹ Fischer, jurisPR-SteuerR 28/2017 Anm. 3; Heidner, UR 2020, 576 (580).

¹⁶⁰ Gersch (Fn. 22), § 52 Rn. 82; ähnlich: Seer (Fn. 6), § 52 AO Rn. 47, der allerdings schon die Fiktion zugunsten des Schachs kritisiert.

¹⁶¹ Marx (Fn. 11), S. 35; vgl. auch: BFH, BFH/NV 2000, 1071 (1073) = SpuRt 2001, 254 (255).

¹⁶² Vgl. Seer (Fn. 6), § 52 AO Rn. 47.

Entscheidung explizit zum E-Sport gefallen.¹⁶³ Seitens der Finanzverwaltung wurde zwar ein E-Sport-Verein als gemeinnützig anerkannt, allerdings nicht nach § 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 21 AO, sondern wegen der Förderung der Jugendhilfe (Nr. 4 Var. 1).¹⁶⁴ Ansonsten entschied ein verwaltungsgerichtliches Urteil im Jahr 2005, die GewO betreffend, dass „Computerspiele“ – auch im Wettbewerb – nicht als Sport aufzufassen seien, da es regelmäßig an der Ertüchtigung fehle.¹⁶⁵

Auch in der Literatur ergibt sich kein eindeutiges Stimmungsbild. Der wohl überwiegende Teil scheint die Gemeinnützigkeit von E-Sport im Rahmen der Jugendhilfe oder des § 52 Abs. 2 S. 2 AO für möglich zu halten.¹⁶⁶ Einige lehnen eine Gemeinnützigkeit des E-Sports grundsätzlich ab.¹⁶⁷ Weitere plädieren dagegen sogar für eine Gemeinnützigkeit als Sport i.S.d. Nr. 21.¹⁶⁸

Aufgrund der Erwägungen zum Sportbegriff¹⁶⁹ erscheint eine Differenzierung sinnvoll. Zu unterscheiden wären zum einen E-Sport ohne besondere körperliche Bewegungen, E-Sport mit besonderen körperlichen Bewegungen¹⁷⁰ und aufgrund der anderen Anforderungen, die an Schach gestellt werden, virtuelles Schach. Unter „besonderen“ körperlichen Bewegungen sollen jene Bewegungen verstanden werden, die über die Bedienung von Maus, Tastatur oder einem gewöhnlichen Controller hinausgehen.

Zunächst stellt sich die Frage, ob E-Sport überhaupt als Sport i.S.d. § 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 21 AO einzustufen ist. Im Falle einer befürwortenden Antwort ist anschließend zu klären, ob auch die Voraussetzungen des § 52 Abs. 1 AO vorliegen. Im Übrigen ist auch die Gemeinnützigkeit nach anderen Vorschriften zu erörtern.

1. E-Sport ohne besondere körperliche Bewegungen

a) Sportbegriff

Hinsichtlich des E-Sports ohne besondere körperliche Bewegungen ist die Bewertung umstritten. Maßgeblich ist dabei die Frage, ob E-Sport ohne besondere körperliche Bewegung eine körperliche Ertüchtigung darstellt, die über

das ansonsten übliche Maß hinausgeht. Dagegen wird vor allem die Geringfügigkeit der erforderlichen Bewegungen (insbesondere Mausklicks und Tastaturbenutzung) angeführt.¹⁷¹ Umgekehrt wird darauf abgestellt, dass die Fähigkeiten gerade doch über das übliche Maß an körperlicher Ertüchtigung hinausgingen: Es wird auf die Notwendigkeit von durchaus erheblichen motorischen Fähigkeiten, Präzision, Augen-Hand-Koordination, Ausdauer sowie guten Reaktionsfähigkeiten und taktischem Denkvermögen abgestellt, um eine Einordnung von E-Sport als Sport zu stützen.¹⁷²

Wie oben bereits dargestellt, kann eine über das übliche Maß hinausgehende körperliche Ertüchtigung jedoch auch ohne Rückgriff auf besonders anstrengende Bewegungen begründet werden. So genügen beim Billiard die notwendige Konzentration und der Trainingsaufwand allein zwar noch nicht, um eine hinreichende körperliche Ertüchtigung anzunehmen, beim Schieß- und Motorsport – wo sehr ähnliche Fähigkeiten unter Zeitdruck benötigt werden – jedoch schon.¹⁷³ Im Falle des professionellen oder wettbewerbsmäßigen E-Sports könnten gerade die Erfordernisse im Bereich Präzision, Augen-Hand-Koordination und Reaktionsfähigkeit – ähnlich den Anforderungen im allgemeinen Schieß-¹⁷⁴ oder zum Teil auch Motorsport¹⁷⁵ – als dem persönlichen Können zurechenbare Kunstbewegungen verstanden werden. Wenn der E-Sport wettbewerbsmäßig und über längere Zeit am Stück durchgeführt wird, ist davon auszugehen, dass die Anforderungen auch das ansonsten übliche Maß überschreiten.

Folglich kann die Übung dieser Fähigkeiten die Voraussetzungen des Sportbegriffs erfüllen und wettbewerbsmäßig ausgeübter E-Sport potenziell als Sport eingestuft werden. Umgekehrt lässt sich festhalten, dass diese Voraussetzungen gerade im allgemeinen E-Sport nicht vorliegen dürften,¹⁷⁶ sodass dieser zweifelsfrei nicht unter den Sportbegriff fallen kann. Außerdem kommt es dann auf eine Einzelfallbetrachtung der Anforderungen des konkreten Spiels an.¹⁷⁷ Beispielsweise Strategiespiele und Spiele, die sich durch einen ruhigeren Ablauf oder eine besonders leicht zu beherrschende Steuerung auszeichnen, dürften diese An-

¹⁶³ Marx (Fn. 11), S. 65.

¹⁶⁴ Siehe Fn. 2.

¹⁶⁵ BVerwG, NVwZ 2005, 961 (961).

¹⁶⁶ Marx (Fn. 11), S. 65 ff.; Helm/Bischoff, BB 2022, 790 (791); Gersch (Fn. 22), § 52 Rn. 84; Musil (Fn. 13), § 52 AO Rn. 194; ähnlich: Pusch, npoR 2019, 53 (55 ff.), der jedoch für möglich hält, dass E-Sport in Kombination mit Virtual Reality oder Augmented Reality als Sport einzuordnen sein könnte.

¹⁶⁷ Fischer, npoR 2020, 61 (66 f.); Seer (Fn. 13), § 52 AO Rn. 47.

¹⁶⁸ Maties, in: Maties, eSport-Recht – Politik, Praxis und Wissenschaft im Dialog, 1. Aufl. 2020, S. 19 (85 f.); Nothelfer/Schlothauer, in: Breuer/Görlich, eSport Status quo und Entwicklungspotenziale, 2. Aufl. 2022, S. 49 (56); Bagger/Holzhäuser/Schenk, SpuRt 2016, 94 (97); Bagger von Grafenstein/Feldgen, DSStZ 2019, 326 (328); Kainz, Haupt, Werner, Seitz in Causa Sport (CaS) 2018, 153 (154 f.); Hüttemann (Fn. 6), Rn. 3.142; ähnlich: Bagger von Grafenstein/Bischoff, SpuRt 2020, 75 (76), die sich nur zu „elektronischen Sportartensimulationen“ ausdrücklich äußern.

¹⁶⁹ Siehe dazu oben D. I.

¹⁷⁰ Diese Differenzierung vornehmend: Marx (Fn. 11), S. 67, die allerdings zum gegenwärtigen Zeitpunkt eine Beschäftigung mit letzterer Kategorie für nicht notwendig hält; Pusch, npoR 2019, 53 (55).

¹⁷¹ Marx (Fn. 11), S. 67 ff.; Fischer, Recht der Jugend und des Bildungswesens (RdJB) 2019, 365 (375); Pusch, npoR 2019, 53 (55); Hüttemann (Fn. 6), Rn. 3.142; Gersch (Fn. 22), § 52 Rn. 84; Seer (Fn. 6), § 52 AO Rn. 47; in diesem Sinne auch BVerwG, NVwZ 2005, 961.

¹⁷² Nothelfer/Schlothauer (Fn. 168), S. 49 (55 f.); Bagger/Holzhäuser/Schenk, SpuRt 2016, 94 (97); Bagger von Grafenstein/Feldgen, DSStZ 2019, 326 (328); Kainz, Haupt, Werner, Seitz in CaS 2018, 153 (154 f.).

¹⁷³ Siehe dazu oben D. I. 2. a) sowie c).

¹⁷⁴ Zu diesen BFH/NV 2000, 1071 (1073) = SpuRt 2001, 254 (256); Gersch (Fn. 22), § 52 Rn. 82.

¹⁷⁵ Vgl. dazu oben D. I. 2. c).

¹⁷⁶ Fischer, RdJB 2019, 365 (375); Seer (Fn. 6), § 52 AO Rn. 47.

¹⁷⁷ Ebenfalls für eine solche: Nothelfer/Schlothauer (Fn. 168), S. 49 (55 f.).

forderungen selbst bei wettbewerbsmäßigem Betreiben nicht erfüllen.

b) Voraussetzungen des § 52 Abs. 1 AO

§ 52 Abs. 1 AO setzt die Förderung der Allgemeinheit voraus. Diese wäre zunächst ausgeschlossen, wenn die Tätigkeit gegen die Rechts- oder Werteordnung verstoßen würde.¹⁷⁸ Kritisch wird dies insbesondere bei Spielen gesehen, die sich zumindest in Teilen durch Gewaltanwendung gegen Menschen oder menschenähnlich dargestellte Wesen oder Kriege bzw. kriegsähnliche Situationen auszeichnen.¹⁷⁹ Andere halten dagegen an dieser Stelle eine Differenzierung zwischen realen und virtuellen Situationen für zielführend: Bei virtuellen Situationen sei eine Schädigung echter Menschen ausgeschlossen, diese seien auch nicht ansatzweise geeignet, auf reale Situationen vorzubereiten und virtuelle Gewaltanwendung sei prinzipiell als weniger gravierend einzustufen.¹⁸⁰

Dass eine virtuelle Simulation des „Verletzens“ oder „Tötens“ als weniger schwerwiegend als eine Simulation bei echten Menschen anzusehen ist, sollte berücksichtigt werden. Der Ausschluss der Schädigung echter Menschen allein ist jedoch keinesfalls hinreichend, um das Nichtvorliegen eines Verstoßes gegen die Werteordnung zu begründen. Dieser kann nämlich – wie auch beim IPSC-Schießen diskutiert – schon bei nur menschenähnlichen Zielen vorliegen.¹⁸¹ Vergleichbares sollte für die Vorbereitung auf reale Situationen gelten: Wenn das Spiel doch geeignet ist, auf diese, z.B. durch Übung taktischer Vorgehensweisen oder der Identifikation von Zielen, vorzubereiten, dann kann dadurch eher ein Verstoß gegen die Werteordnung begründet werden. Der Vergleich mit Filmen¹⁸² erscheint an dieser Stelle nicht überzeugend, denn in Spielen ist es möglich, selbst zu handeln, eigene Überlegungen anzustellen und deren Umsetzbarkeit zu überprüfen, wohingegen bei Filmen nur zugeschaut wird. Ein besonderer Fokus sollte hier auf die Realitätsnähe der Darstellung gelegt werden: Besonders realistische Gewaltdarstellungen, ggf. auch unter Nutzung von Virtual-Reality-Technologie, dürften in diesem Fall im Ergebnis ähnlich wie reale Gewaltanwendung zu bewerten sein.¹⁸³ Daneben besteht jedoch ein entscheidender Unterschied zum realen Schießen: hier sind nicht nur die Ziele keine echten Menschen, sondern es

werden auch keine „realen“ Waffen verwendet – stattdessen nur Maus, Tastatur bzw. Controller.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass auch virtuelle Gewaltdarstellung einen Verstoß gegen die Werteordnung begründen kann, der eine Gemeinnützigkeit ausschließt. Die Voraussetzungen dafür sind im E-Sport jedoch höher als im echten Sport. So könnte ein bestimmter IPSC-Parcours möglicherweise nicht mehr hinnehmbar sein, ein virtueller Nachbau davon jedoch schon. Insgesamt ist im Einzelfall zu prüfen, ob das Spiel überhaupt Gewalt enthält und diese ggf. als hinreichend zu qualifizieren ist. Insbesondere Sportsimulationen dürften demnach kein Problem darstellen.

Als weiteres Argument gegen eine Förderung der Allgemeinheit wird auf die mit E-Sport verbundenen Suchtgefahren hingewiesen.¹⁸⁴ Außerdem wird der dadurch unter Umständen verursachte Bewegungsmangel genannt.¹⁸⁵ Gegen die Suchtgefahren werden keine Gegenargumente angeführt, beim Bewegungsmangel wird zum Teil jedoch auf die Eigenverantwortlichkeit verwiesen, solange keine Sucht vorliegt.¹⁸⁶ Das Bestehen einer Suchtgefahr sollte jedoch noch nicht zur generellen Ablehnung der Gemeinnützigkeit von E-Sport führen, sondern mit den positiven Eigenschaften – also Verbesserung der Feinmotorik und Reaktionsfähigkeiten – abgewogen werden.¹⁸⁷ Bei dieser Abwägung kann keine Rücksicht auf die Einzelpersonen genommen werden, sehr wohl aber auf die vom individuellen Spiel ausgehenden Suchtgefahren. Sind diese eher gering einzuschätzen, stehen sie einer Gemeinnützigkeit nicht im Weg. Bei größeren Suchtgefahren dürften diese gegenüber den positiven Effekten überwiegen.

c) Alternative Möglichkeiten

In der Literatur finden sich diverse Stimmen, die eine Gemeinnützigkeit des E-Sports im Rahmen der Jugendhilfe i.S.d. § 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 Var. 1 AO für möglich halten.¹⁸⁸ Hiergegen ist zunächst nichts einzuwenden. Indes sind weiterhin die Anforderungen des § 52 Abs. 1 AO zu beachten. Auch eine Anerkennung über die Öffnungsklausel des § 52 Abs. 2 S. 2 AO wird in Erwägung gezogen.¹⁸⁹ Es erscheint zwar eher unwahrscheinlich, dass davon nicht wettbewerbsmäßig gespielte Spiele profitieren könnten, da diese keine hinreichende Ähnlichkeit zu einem der Katalogzwecke aufweisen dürften. Aber insbesondere Strategie-

¹⁷⁸ BFHE 262, 306 (313) = BStBl. II 2019, 790 = DStRE 2019, 165 Rn. 36; BFHE 142, 243 (245) = BStBl. II 1985, 106 = BB 1985, 251 (252); Hey (Fn. 8), Rn. 20.2.

¹⁷⁹ Marx (Fn. 11), S. 70; Bagger von Grafenstein/Feldgen DStZ 2019, 326 (327 f.); Fischer, nPoR 2020, 61 (66); Pusch, nPoR 2019, 53 (55 f.); Musil (Fn. 13), § 52 AO, Rn. 194.

¹⁸⁰ Maties (Fn. 168), S. 19 (77 ff.); Nothelfer/Schlothauer (Fn. 168), S. 49 (57 f.).

¹⁸¹ BFHE 262, 306 (313 f.) = BStBl. II 2019, 790 = DStRE 2019, 165 Rn. 38 f.; Fischer, RdJB 2019, 365 (370); vgl. außerdem oben D. I. 2. d).

¹⁸² So jedoch Nothelfer/Schlothauer (Fn. 168), S. 49 (58).

¹⁸³ So auch Nothelfer/Schlothauer (Fn. 168), S. 49 (58).

¹⁸⁴ Fischer (Fn. 55), S. 99 ff.; Marx (Fn. 11), S. 71; Musil (Fn. 13), § 52 AO, Rn. 194.

¹⁸⁵ Gersch (Fn. 22), § 52 Rn. 84; Seer (Fn. 6), § 52 AO Rn. 47; ausführlich dazu: Fischer (Fn. 55), S. 83 ff.

¹⁸⁶ Maties (Fn. 168), S. 19 (81 ff.).

¹⁸⁷ Wohl anders: Fischer, nPoR 2020, 61 (66).

¹⁸⁸ Pusch, nPoR 2019, 53 (56); Gersch (Fn. 22), § 52 Rn. 84; Musil (Fn. 13), § 52 AO Rn. 192.

¹⁸⁹ Marx (Fn. 11), S. 70; Pusch, nPoR 2019, 53 (56 f.); Musil (Fn. 13), § 52 AO Rn. 192.

und Aufbauspiele ohne Zufallselemente, die in ihren Anforderungen eine Ähnlichkeit zu Schach aufweisen, könnten davon erfasst werden.¹⁹⁰

2. E-Sport mit besonderen körperlichen Bewegungen

Bei E-Sport mit besonderen körperlichen Bewegungen, besonders in Kombination mit *Augmented Reality* oder *Virtual Reality*, wird es generell für möglich gehalten, diesen unter den Sportbegriff zu subsumieren.¹⁹¹ Dem ist zuzustimmen: E-Sport, bei dem eine eigene Körperbewegung zunächst selbst ausgeführt, durch Technik analysiert und dann auf dem Bildschirm im Spiel ausgeführt wird, stellt zweifelsfrei eine körperliche Ertüchtigung dar. Infrage kommen hierfür insbesondere die virtuellen Sportartensimulationen. Eine wettbewerbsmäßige Ausübung dürfte hierfür regelmäßig nicht unbedingt erforderlich sein. Zu beachten sind hierbei jedoch die Abgrenzungsschwierigkeiten in Grenzbereichen, wenn nur geringfügige körperliche Bewegungen, z.B. einzelne Armschwünge, erforderlich sind.

3. Virtuelles Schach

Ansonsten wäre die – bislang noch unbeachtete – Frage zu klären, ob mit virtuellem Schach, mit Menschen oder einer künstlichen Intelligenz, anders als mit anderen E-Sport-Arten umzugehen ist. Möglicherweise könnte dieses auch unmittelbar unter den Begriff des „Schach“ gefasst werden.

Im Falle eines Spiels mit Menschen ergibt sich folgendes Bild: Es besteht weiterhin kein Zufallsfaktor und, da gerade bei Schach das Merkmal der körperlichen Ertüchtigung entbehrlich ist,¹⁹² stellt das Fehlen dieser für virtuelles Schach kein Problem dar. Der Austausch eines physischen Spielbretts gegen einen Bildschirm ändert zunächst auch nichts an den kognitiven Anforderungen. Der Unterschied zu physischem Schach besteht darin, dass sich die beiden Spieler:innen nicht direkt gegenüber sitzen und sich daher i.d.R. nicht sehen können. Dies dürfte einen Einfluss auf die benötigten Fähigkeiten zufolge haben, da so zur Planung der eigenen Züge nur die Bewegungen auf dem Spielfeld berücksichtigt werden, ein Interpretieren der Körpersprache und -bewegungen der anderen Person gegenüber aber nicht möglich ist. Diesem Einwand folgend erscheint es sinnvoller, virtuelles Schach mit Menschen nicht unter die Schachfiktion zu fassen; anders könnte es sich darstellen, wenn beide Beteiligten einander per Video sehen können. Die

Möglichkeit einer Gemeinnützigkeit nach § 52 Abs. 2 S. 2 AO besteht wegen der beträchtlichen Ähnlichkeiten des Anforderungsprofils im Vergleich zum physischen Schach aber dennoch.

Virtuellem Schach mit einer künstlichen Intelligenz ist aus denselben Gründen die Gemeinnützigkeit als Schach zu versagen. Abgesehen davon wäre zu beachten, ob die künstliche Intelligenz allein nach logischen Berechnungen agiert oder auch „zufällige“ Entscheidungen trifft – dann würde wegen des Zufallsfaktors keine hinreichende Vergleichbarkeit zu Schach mehr vorliegen; andernfalls könnte aufgrund der ähnlichen Anforderungen auch hier § 52 Abs. 2 S. 2 AO infrage kommen.

4. Zwischenfazit

E-Sport mit besonderen körperlichen Bewegungen kann grundsätzlich als Sport i.S.d. § 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 21 AO angesehen werden. Wettbewerbsmäßiger E-Sport, der Ausdauer, Präzision und Reaktionsgeschwindigkeit fordert, erfüllt ebenfalls die notwendigen Voraussetzungen dafür. Ruhigere, aber die kognitiven Fähigkeiten beanspruchende, Strategie- und Aufbauspiele können über die Öffnungsklausel des § 52 Abs. 2 S. 2 AO erfasst werden und im Übrigen ist auch die Jugendhilfe i.S.d. § 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 AO in Betracht zu ziehen. Virtuelles Schach stellt einen Sonderfall dar, da es beim Spiel mit Menschen und zusätzlicher Videoverbindung direkt als Schach erfasst werden kann. In allen Fällen sind jedoch die Voraussetzungen des § 52 Abs. 1 AO, insbesondere hinsichtlich möglicher Gewaltdarstellung und der Suchtgefahr, zu beachten.

E. Bewertung der Optionen de lege ferenda

Daran anschließend stellt sich die Frage, in welche Richtung sich die Gemeinnützigkeit von Sport, Schach und E-Sport künftig wenden soll.

I. Sport

Die Gemeinnützigkeit des Sports sieht sich verschiedener Kritik ausgesetzt: Immer wieder wird die Entfernung des Sports aus dem Katalog der gemeinnützigen Zwecke oder zumindest die Beschränkung auf bestimmte Teilbereiche des Sports, z.B. Jugend- oder Rehabilitationssport, gefordert.¹⁹³ Umgekehrt wird aber auch eine Beibehaltung des Sports als gemeinnütziger Zweck befürwortet.¹⁹⁴ Dabei wird

¹⁹⁰ Vgl. die Erwägungen zum Turnier-Bridge; ebenso Marx (Fn. 11), S. 70; schwerer nachzuvollziehen dagegen Pusch, npoR 2019, 53 (56 f.), der virtuellen Sportartensimulationen eine Vergleichbarkeit zuspricht.

¹⁹¹ Marx (Fn. 11), S. 67; Pusch, npoR 2019, 53 (55).

¹⁹² Hüttemann (Fn. 6), Rn. 3.146; Koenig (Fn. 23), § 52 Rn. 54.

¹⁹³ Armin et al. (Fn. 4), S. 143; Grossekettler et al. (Fn. 4), S. 34, die aber den Jugendsport für förderungswürdig halten; Isensee/Knobbe-Keuk (Fn. 4; Sondervotum), S. 355; Bareis et al., BB 1994, Beilage 24, 8.; Schauhoff (Fn. 110), Grundlegung Rn. 32; wohl zustimmend: Thiel/Eversberg, DB 1990, 290 (291); Hey (Fn. 8), Rn. 20.3; Koenig (Fn. 23),

§ 52 Rn. 53; diff.: Herrnkind (Fn. 8), S. 98, der die Voraussetzungen für Gemeinnützigkeit bei Sport überwiegend nicht gegeben sieht, zumindest im Breitensport aber in Einzelfällen für möglich hält; uneindeutig: Seer (Fn. 6), vor § 51 AO Rn. 5 (hier eher zustimmend), § 52 Rn. 44 (hier eher ablehnend).

¹⁹⁴ Droege, Gemeinnützigkeit im offenen Steuerstaat, 1. Aufl. 2010, S. 152; Igl/Eichenhofer/Jachmann (Fn. 11), S. 212 ff.; Marx (Fn. 11), S. 211 f.; Leisner-Egensperger (Fn. 13), S. 895 (898, Fn. 21); Jachmann, Non Profit Law Yearbook (NPLY) 2008, 11 (18); Steiner, NPLY 2008, 1 (10); Musil (Fn. 13), vor § 51 AO Rn. 44; § 52 Rn. 189; wohl

zum einen über die grundlegende verfassungsrechtliche Berechtigung der Gemeinnützigkeit von Sport debattiert.¹⁹⁵ Zum anderen wird auch die Zweckmäßigkeit einer Gemeinnützigkeit von Sport infrage gestellt.

1. Argumente für und gegen die Gemeinnützigkeit des Sports

Als wohl wichtigstes Argument für die Gemeinnützigkeit von Sport wird dessen gesundheitsfördernde Wirkung angeführt.¹⁹⁶ Gerade die Mitgliedschaft in einem Verein begünstigt dabei regelmäßiges Sporttreiben verglichen mit individuellem Sport.¹⁹⁷ Dazu führe dies auch zu einer Entlastung der Gesundheitssysteme. Dabei wird aus dem Sozialstaatsprinzip i.V.m. Art. 2 Abs. 2 GG ein staatlicher Schutzauftrag hinsichtlich der Gesundheitsvorsorge und der sportlichen Betätigung der Bevölkerung abgeleitet.¹⁹⁸ Dem wird mitunter entgegengehalten, dass die Gesundheit in aller erster Linie Aufgabe der Einzelnen sei.¹⁹⁹ Eine paternalistische staatliche Gesundheitsförderung sei daher nicht wünschenswert.²⁰⁰

Daneben wird auf die integrierende und sozialisierende Wirkung des Sports verwiesen.²⁰¹ Diese besteht darin, dass beim Sport Menschen aus verschiedenen sozialen und gesellschaftlichen Gruppen gemeinsam einer Tätigkeit nachgehen und damit in Kontakt miteinander kommen.²⁰²

Des Weiteren wird die Wertevermittlung durch Sport genannt.²⁰³ Diese findet insbesondere durch das Erlernen des gemeinsamen Kooperierens und Konkurrierens nach festgelegten Regeln („Fair Play“) statt.²⁰⁴ Dadurch werden z.B. Teamfähigkeit, Leistungsbereitschaft, Verantwortungsbewusstsein, die Bereitschaft zum Anerkennen von Regeln oder Toleranz gefördert.²⁰⁵ Entgegengehalten wird diesem Argument, dass diese Ziele auch über nicht gemeinnützige Aktivitäten erreicht werden könnten.²⁰⁶

Ferner wird vor allem dem Leistungssport zugute gehalten, dass dieser Identifikationsfiguren hervorbringe, die zu einer größeren Sportbegeisterung führten,²⁰⁷ und im Rahmen von international stattfindenden Sportveranstaltungen einen Beitrag zur Völkerverständigung leiste.²⁰⁸²⁰⁹ Gerade die Gemeinnützigkeit einer Völkerverständigung über Sport ließe sich aber auch im Rahmen des § 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 13 AO ohne eine Gemeinnützigkeit des Sports insgesamt gewährleisten.²¹⁰ Dagegen wiederum wird angeführt, dass Leistungssport ohne Nachwuchsförderung im Breitensport nicht effektiv funktionieren könne, sodass doch eine Förderung des Sports insgesamt notwendig sei.²¹¹

Gegen eine Gemeinnützigkeit des Sports werden zunächst negative Effekte für das Gemeinwohl, die mit Sport einhergehen, angeführt.²¹² Als Beispiele werden Doping, Gesundheitsschäden durch Überanstrengung oder Unfälle, bewusstes Foulspiel oder Verletzen anderer beim Streben nach dem Sieg, Tierquälerei im Pferdesport, schädliche Umweltauswirkungen durch Lärmbelastung, Luftverschmutzung oder Flächenverbrauch oder auch Gewaltausbrüche am Rande von Sportveranstaltungen genannt.²¹³ Während bzgl. ihrer Existenz Einigkeit besteht, wird doch unterschiedlich beurteilt, welche Schlussfolgerungen daraus zu ziehen sind: Einige halten es für sinnvoll, eine Abwägung im Einzelfall vorzunehmen.²¹⁴ Andere halten sie insgesamt für schwerwiegender als die positiven Eigenschaften des Sports.²¹⁵

Zusätzlich wird die zunehmende Kommerzialisierung des Sports kritisch gesehen.²¹⁶ Durch die Vermarktung des Sports bestehe eine immer größere Gefahr, dass sich Sportvereine und deren Mitglieder in eine Abhängigkeit vom Sponsoring begeben.²¹⁷

zustimmend: *Bauer*, FR 1989, 61 (70 f.); *Hüttemann* (Fn. 6), Rn. 3.148; diff.: *Herrnkind*, DStZ 1988, 547 (553 f.), der die Gemeinnützigkeit auf olympische Sportarten beschränken will.

¹⁹⁵ Zum verfassungsrechtlichen Rahmen siehe oben B. II.

¹⁹⁶ *Igl/Eichenhofer/Jachmann* (Fn. 11), S. 212; *Marx* (Fn. 11), S. 134; *Bauer*, FR 1989, 61 (70); *Herrnkind*, DStZ 1988, 547 (553); *Lang*, StuW 1987, 221 (234); *Steiner*, SpuRt 2017, 89; *Krüger* (Fn. 29), § 52 AO Rn. 40; *Seer* (Fn. 6), § 52 AO Rn. 44; S. auch BFHE 262, 306 = BStBl. II 2019, 790 = DStRE 2019, 165 Rn. 34.

¹⁹⁷ *Marx* (Fn. 11), S. 134.

¹⁹⁸ *Igl/Eichenhofer/Jachmann* (Fn. 11), S. 212; *Marx* (Fn. 11), S. 134.

¹⁹⁹ *Grossekettler et al.* (Fn. 4), S. 33.

²⁰⁰ *Grossekettler et al.* (Fn. 4), S. 33; ähnlich: *Seer* (Fn. 6), vor § 51 AO Rn. 5.

²⁰¹ *Marx* (Fn. 11), S. 136; *Herrnkind* (Fn. 8), S. 83 f.; *Igl/Eichenhofer/Jachmann* (Fn. 11), S. 212; *Herrnkind*, DStZ 1988, 547 (553); *Krüger* (Fn. 29), § 52 AO Rn. 40; zumindest hinsichtlich des Jugendsports zustimmend: *Grossekettler et al.* (Fn. 4), S. 33; *Seer* (Fn. 6), § 52 AO Rn. 44.

²⁰² *Igl/Eichenhofer/Jachmann* (Fn. 11), S. 212; *Marx* (Fn. 11), S. 137; BT-DrS. 14/8900, 76.

²⁰³ *Bauer*, FR 1989, 61 (70); *Marx* (Fn. 11), S. 138.

²⁰⁴ *Igl/Eichenhofer/Jachmann* (Fn. 11), S. 213; *Marx* (Fn. 11), S. 138; *Steiner*, NPLY 2008, 1 (5 f.); *Seer* (Fn. 6), § 52 AO Rn. 44.

²⁰⁵ *Marx* (Fn. 11), S. 138; *Lang*, StuW 1987, 221 (234); *Steiner*, SpuRt 2017, 89.

²⁰⁶ *Grossekettler et al.* (Fn. 4), S. 33.

²⁰⁷ *Musil* (Fn. 13), § 67a AO Rn. 5.

²⁰⁸ *Lang*, StuW 1987, 221 (234); *Hüttemann* (Fn. 6), Rn. 1.88; BT-Drucks. 17/10644, S. 3.

²⁰⁹ *Igl/Eichenhofer/Jachmann* (Fn. 11), S. 212 f.; (Fn. 11), S. 139 f.; *Krüger* (Fn. 29), § 52 AO Rn. 40.

²¹⁰ *Herrnkind* (Fn. 8), S. 82 f., bezogen noch auf die damalige Rechtslage.

²¹¹ *Igl/Eichenhofer/Jachmann* (Fn. 11), S. 213.

²¹² *Armin et al.* (Fn. 4), S. 139 ff.; *Herrnkind* (Fn. 8), S. 79 ff.; *Bauer*, FR 1989, 61 (70); *Hey* (Fn. 8), Rn. 20.3; *Krüger* (Fn. 29), § 52 AO Rn. 40.

²¹³ *Armin et al.* (Fn. 4), S. 139 ff.; *Herrnkind* (Fn. 8), S. 79 ff.; *Seer* (Fn. 6), § 52 AO Rn. 45.

²¹⁴ *Droege* (Fn. 194), S. 152; *Musil* (Fn. 13), § 52 AO Rn. 189; *Seer* (Fn. 6), § 52 AO Rn. 45.

²¹⁵ *Armin et al.* (Fn. 4), S. 139 ff.; Diff.: *Herrnkind* (Fn. 8), S. 98 ff., der nur in Teilen eine Abwägung vorzieht.

²¹⁶ *Armin et al.* (Fn. 4), S. 141 f.; *Herrnkind* (Fn. 8), S. 88 f.

²¹⁷ *Herrnkind* (Fn. 8), S. 88 f.; *Niese*, SpuRt 1996, 126 (126 f.).

Schließlich setzt sowohl an der Verfassungsmäßigkeit der Sportförderung als auch an deren Zweckmäßigkeit das Argument an, dass Sport der Freizeitgestaltung diene.²¹⁸ Freizeitgestaltung ist als eigenverantwortliche Aufgabe der einzelnen Menschen und nicht als staatliche Aufgabe einzustufen.²¹⁹ Selbst bei Erfüllung anderer gemeinwohlbezogener Aufgaben soll Sport, wenn er zumindest zu beachtlichen Teilen oder überwiegend der Freizeitgestaltung dient, nicht mehr als gemeinnützig eingestuft werden.²²⁰

2. Stellungnahme

Zunächst wird betrachtet, ob die Förderung von Sport als Freizeitgestaltung außerhalb des verfassungsrechtlich zu rechtfertigenden Rahmens liegen könnte. Bei der Bestimmung der förderungswürdigen Aspekte wird dem Gesetzgeber allerdings ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt.²²¹ Daher können zumindest verfassungsrechtliche Bedenken ausgeräumt werden, solange neben der reinen Freizeitgestaltung zumindest auch Gemeinwohlaufgaben durch Sport erfüllt werden. Folglich kann zumindest von einer Verfassungsmäßigkeit ausgegangen werden. Die Tatsache, dass mit Sport auch Freizeitgestaltung erfolgt, stellt auch hinsichtlich der Zweckmäßigkeit der Sportförderung kein Problem dar: Es wäre falsch, darauf abzustellen, ob Sport nun eher der Freizeitgestaltung oder dem Gemeinwohl dient, bzw. gar eine Abwägung zwischen beidem vorzunehmen. Sinnvollerweise sollte nur untersucht werden, ob eine hinreichende Gemeinwohlförderung erkennbar ist, denn die Freizeitkomponente hat auf diese keinen Einfluss und es spricht nichts dagegen, beides parallel durch dieselbe Aktivität umzusetzen.²²²

Folglich stellt sich die Frage, ob Sport hinreichend das Gemeinwohl fördert, um als gemeinnütziger Zweck aufgenommen zu werden. Als Erstes kommt als gemeinnütziger Zweck die Gesundheitsförderung in Betracht. Zumindest die potenzielle Möglichkeit einer Gesundheitsförderung ist allgemein anerkannt.²²³ Umgekehrt sind auch die Gesundheitsrisiken zu beachten. Diese sollten aber keinesfalls zu einer vollständigen Verneinung der Gesundheitsförderung des Sports führen, sondern könnten wohl eher den Ausschluss einzelner Sportarten begründen.²²⁴ Gleiches lässt sich hinsichtlich der übrigen negativen Auswirkungen des Sports festhalten, denn diese unterscheiden sich ebenfalls je nach Sportart erheblich.

Gegen die Kritik, dass die Gesundheit in erster Linie der Eigenverantwortung überlassen werden sollte, lässt sich anführen, dass die Begünstigung von Angeboten zur Gesundheitsförderung diese nicht beeinträchtigt. Darüber hinaus sprechen auch die Entlastung der Gesundheitssysteme sowie die Tatsache, dass die Gesundheit der Bevölkerung für Wohlstand und eine funktionierende Gesellschaft von signifikanter Bedeutung ist,²²⁵ dafür, Gesundheitsförderung als Gemeinwohlaufgabe anzusehen. Schließlich erscheint daher auch die Herleitung einer staatlichen Pflicht zur Gesundheitsvorsorge²²⁶ sinnvoll.

Die Vermittlung von Werten und Normen durch Sport dürfte eher differenziert zu beurteilen sein. Zutreffend ist zwar, dass Sport positive Werte vermittelt, zugleich kommt es auch immer wieder zu negativen Ereignissen wie Doping, Foulspiel, Tierquälerei oder Gewalt am Rande von Veranstaltungen. Besonders durch Erfolgsdruck bzw. -streben besteht dabei das Risiko, dass dadurch die positiven Werte wie Kooperation und Fair Play zugunsten eines unbedingten Strebens nach dem Sieg zurückgedrängt werden. Die besondere mediale Aufmerksamkeit, die derartigen negativen Ereignissen oftmals gewidmet wird, kann die Vermittlung positiver Werte erheblich mindern, da so der Sport insbesondere durch Negativbeispiele auffällt, wohingegen positive Werte eher weniger Beachtung finden.

Auch die integrierende und sozialisierende Wirkung des Sports dürfte wohl nicht in ganz so großem Ausmaß bestehen – zumindest bei Sportarten, die mit sehr hohen Kosten verbunden sind, wäre diese zu hinterfragen.

Im Jugend-Breitensport dagegen dürften gerade die letzten beiden Punkte anders zu bewerten sein. Hier ist eine noch größere Durchmischung zu erwarten und Probleme, die durch Erfolgsdruck hervorgerufen werden, spielen noch keine nennenswerte Rolle.

3. Zwischenfazit

Sport fördert mit der Gesundheit und der Völkerverständigung gemeinwohlbezogene Aufgaben. Im Falle des Jugendsports sind auch die Vermittlung von Normen und Werten sowie die Integration und Sozialisation zu beachten. Zugleich ist die zunehmende Kommerzialisierung des Sports als schädlich zu erachten und einzelne Sportarten können erhebliche negative Auswirkungen auf das Gemeinwohl haben.

²¹⁸ *Armin et al.* (Fn. 4), S. 127; *Lang*, DSStZ 1988, 18 (23 f.); *Thiel/Eversberg*, DB 1990, 290 (291); *Hey* (Fn. 8), Rn. 20.3.

²¹⁹ *Armin et al.* (Fn. 4), S. 126; *Hüttemann* (Fn. 6), Rn. 1.87.

²²⁰ *Armin et al.* (Fn. 4), S. 144; *Herrnkind*, DSStZ 1988, 547 (554); *Hüttemann* (Fn. 6), Rn. 1.88.

²²¹ BVerfGE 138, 136 (181 f., 188 f.) = BStBl. II 2015, 50 = NJW 2015, 303 (306 f.); *Leisner-Egensperger* (Fn. 13), S. 895 (898); *Hüttemann* (Fn. 6), Rn. 1.88; *Musil* (Fn. 13), vor § 51 AO Rn. 44.

²²² So auch *Marx* (Fn. 11), S. 182 f. Auch der Ausschließlichkeitsgrundsatz (§ 56 AO) steht dem nicht im Weg, da sich dieser nur auf das tatsächliche Handeln der Körperschaft bezieht.

²²³ So stimmen auch zu: *Armin et al.* (Fn. 4), S. 139; *Herrnkind* (Fn. 8), S. 78 f.

²²⁴ So auch: *Igl/Eichenhofer/Jachmann* (Fn. 11), S. 215; *Bauer*, FR 1989, 61 (70); *Seer* (Fn. 6), § 52 AO Rn. 45.

²²⁵ Vgl. z.B. die Sustainable Development Goals der Vereinten Nationen, insb. SDG 3; s. auch: Bundesregierung, Gesundheit und Wohlergehen, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/nachhaltigkeitspolitik/gesundheits-und-wohlergehen-1509824>, zuletzt abgerufen am 16.1.2023.

²²⁶ Siehe dazu oben E. I. 1.

Da die Kommerzialisierung bislang vor allem im Leistungsbereich in stark unterschiedlichem Ausmaß stattfindet und damit nur einen kleinen Teil des Sports erfasst, spricht vieles dafür, Sport aufgrund der Gesundheitsförderung als gemeinnützigen Zweck grundsätzlich beizubehalten. Die Völkerverständigung dürfte wohl eher als positiver Nebeneffekt im Leistungsbereich einzuordnen sein, der auch auf anderem Wege erreichbar ist.²²⁷

Zu berücksichtigen bleibt aber noch immer, dass gemeinnützige Tätigkeiten durch Erfüllung gemeinwohlbezogener Aufgaben den Staat entlasten müssen. Gerade bei Sportarten, die nur in geringerem Ausmaß die Gesundheit fördern, dürfte fraglich sein, inwieweit hier eine Entlastung des Staats stattfindet.²²⁸

Es stellt sich damit die Frage, wie gewährleistet werden kann, dass die Begünstigung des Sports im Rahmen der Gemeinnützigkeit zu einer hinreichenden Entlastung des Staats führt. Die aktuelle Sportdefinition erfasst, selbst bei einer hier präferierten engeren Auslegung, noch immer Sportarten mit einem eher geringen Maß an Gesundheitsförderung wie den Motorsport, hat aber zugleich im aktuellen Recht eine gute Grundlage.²²⁹ Eine Verschärfung des Sportbegriffs wäre damit in erster Linie über eine Gesetzesänderung zu realisieren. So könnte der Sportbegriff in einer Weise geändert werden, welche die Anforderungen an die Gesundheitsförderung erhöht bzw. die Gesundheitsförderung selbst vielleicht sogar zu einer Voraussetzung für das Vorliegen von Sport macht. Zugleich könnte damit auch mehr Klarheit geschaffen und die kasuistische Zersplitterung²³⁰ verringert werden. Eine andere Option wäre es, den umstrittenen Begriff „Sport“²³¹ ganz durch einen anderen Begriff, z.B. in Richtung einer Gesundheitsförderung durch körperliche Bewegung, zu ersetzen, um Unterschiede zwischen „Sport“ im rechtlichen Sinne und „Sport“ im allgemeinen Sprachgebrauch zu vermeiden. Dies darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass derartige Reformen aufgrund der großen Mitgliederzahl der Sportverbände politisch wohl nur schwer durchsetzbar sein dürften.²³²

II. Schach

Auch die Gemeinnützigkeit des Schachs wird teilweise schon dem Grundsatz nach kritisiert.²³³ Zutreffenderweise stellt sich die Lage hier auch anders als beim Sport dar. Der Aspekt der Völkerverständigung ist aufgrund der geringeren Aufmerksamkeit nochmals weniger gewichtig und eine Gesundheitsförderung ist nicht erkennbar. An ihre Stelle tritt eine Förderung geistiger Fähigkeiten, insbesondere die

der Bildung und Erziehung.²³⁴ Wie groß die tatsächliche Förderung ausfällt, lässt sich nicht ohne Weiteres beurteilen; sie dürfte aber nicht allzu groß sein. Zur verfassungsrechtlichen Begründung einer Förderung des Schachspiels genügt diese aufgrund des weiten gesetzgeberischen Ermessensspielraums wohl noch.²³⁵ Zweckmäßig erscheint sie aber eher nicht mehr. Auch das Argument einer historischen Sonderstellung²³⁶ steht in keinem Zusammenhang mit der Staatsentlastung und ist an dieser Stelle daher nicht zielführend.²³⁷

Sollte die Gemeinnützigkeit von Schach dennoch beibehalten werden, so erscheint es aus Gleichheitsaspekten und Gründen der Rechtsklarheit geboten, auch andere hinreichend komplexe Denksportarten ohne Zufallskomponenten in den Katalog aufzunehmen.

III. E-Sport

Sollte am gegenwärtigen Sportverständnis festgehalten werden, so erscheint es in Anbetracht der obigen Erwägungen zum E-Sport aus Gründen der Rechtssicherheit geboten, diesen ausdrücklich in das Gesetz aufzunehmen.

Es stellt sich jedoch auch beim E-Sport – auch wenn er in Teilen bereits dem aktuellen Sportbegriff unterfällt – die Frage nach dessen Förderungswürdigkeit. Die Gesundheitsförderung fällt bei diesem nämlich deutlich geringer aus als bei anderen Sportarten. Der Beitrag zur Völkerverständigung könnte hier aufgrund der Tatsache, dass im digitalen Raum eine internationale Kommunikation einfacher möglich ist und häufiger stattfindet, etwas größer als beim regulären Sport sein. Ansonsten tritt keine weitere Gemeinwohlförderung hinzu. Damit ist es äußerst zweifelhaft, ob der Staat durch E-Sport in einem Umfang entlastet wird, der die Begünstigung des E-Sport sinnvoll erscheinen lässt. Bei einer Gemeinnützigkeit im Rahmen der Jugendförderung (§ 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 AO) könnte sich die Situation aber anders darstellen. Hinsichtlich der Einstufung von Strategie- und Aufbauspielen lässt sich auf das zum Schach Gesagte verweisen. Die Pläne der aktuellen Regierungskoalition zur generellen Einstufung von E-Sport als gemeinnützig sind daher abzulehnen.²³⁸

Bei einer Verschärfung des Sportbegriffs nach obigen Kriterien und Streichung des Schachs würde ohnehin nur noch E-Sport mit besonderen körperlichen Bewegungen als Sport eingestuft werden können. Dieser leistet auch einen größeren Beitrag zur Gesundheitsförderung und entlastet damit den Staat, sodass eine Einordnung als gemeinnützig sinnvoll erscheint.

²²⁷ So auch: *Herrnkind* (Fn. 8), S. 82.

²²⁸ Ähnliche Kritik übend: *Hey* (Fn. 8), Rn. 20.3.

²²⁹ Vgl. dazu oben D. I. 1., 2.

²³⁰ Vgl. dazu oben D. I. 2., 3.

²³¹ Siehe dazu oben D. I. 1.

²³² Zu dieser: *Lang*, *StuW* 1987, 221 (234).

²³³ *Arndt/Immel* BB 1987, 1153 (1154); *Seer* (Fn. 6), § 52 AO Rn. 47.

²³⁴ Vgl. auch *BT-Drucks.* 8/3142, S. 3.

²³⁵ Vgl. dazu oben E. I. 2. bzw. Fn. 221.

²³⁶ *Musil* (Fn. 13), § 52 AO Rn. 190.

²³⁷ So auch *Seer* (Fn. 6), § 52 AO Rn. 47.

²³⁸ *Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit* (Fn. 1), S. 125.

F. Fazit

In Anbetracht der Situation de lege lata lässt sich festhalten: Die gegenwärtig verwendete Sportdefinition ist prinzipiell zur Eingrenzung des Sportbegriffs geeignet und lässt sich aus dem gegenwärtigen Recht überzeugend ableiten, wird in der Rechtspraxis teilweise jedoch zu weit ausgelegt.²³⁹ Auch unter Zugrundelegung eines hier befürworteten engeren Verständnisses könnte ihr der E-Sport in Teilen unterfallen; andere Teilbereiche des E-Sports könnten im Rahmen der Öffnungsklausel aufgrund von Ähnlichkeiten zum Schach für gemeinnützig erklärt werden.²⁴⁰

Unter Berücksichtigung des Zwecks der Gemeinnützigkeit – der Staatsentlastung – erschiene de lege ferenda jedoch ein

noch engeres Sportverständnis sinnvoll.²⁴¹ Das aktuelle Recht gibt dieses jedoch nicht her,²⁴² sodass hier eine Gesetzesänderung zur Verschärfung des Sportbegriffs zu befürworten wäre. Ebenso sollte aus den gleichen Erwägungen Schach gänzlich aus dem Katalog der gemeinnützigen Zwecke gestrichen werden.²⁴³ Dieses Vorgehen hätte zur Folge, dass auch E-Sport nur noch in begrenzten Einzelfällen gemeinnützig wäre.²⁴⁴ Ohne Gesetzesänderung im gerade vorgeschlagenen Sinne wäre zur Schaffung von Rechtssicherheit und Gleichheit zu erwägen, andere Denksportarten und E-Sport ausdrücklich als gemeinnützige Zwecke zu normieren.²⁴⁵

August Kleinlein*

Der verfassungsunmittelbare Auskunftsanspruch der Presse gegenüber Behörden

Als das Bundesverwaltungsgericht mit seinem Urteil vom 20.2.2013 erstmals die Existenz eines verfassungsunmittelbaren Auskunftsanspruches der Presse bejahte, betonte es, dass dieser Anspruch auf ein Mindestmaß zu beschränken sei, das durch den Gesetzgeber nicht unterschritten werden dürfe, sofern er einen einfachgesetzlichen Presseauskunftsanspruch erlasse. Diese „Minimalstandard-Rechtsprechung“ gab das Gericht mit Urteil vom 8.7.2021 endgültig auf. Dies nimmt der Verfasser zum Anlass, Voraussetzungen und Grenzen des Anspruches zu untersuchen, sowie dessen Verhältnis zu den sechzehn landesrechtlichen Presseauskunftsansprüchen zu klären. Schließlich plädiert er dafür, die „Minimalstandard-Rechtsprechung“ beizubehalten und weiterhin konsequent umzusetzen, um den Bedenken gegen die aktuelle Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte im Hinblick auf die Grenzen des Anspruches sowie dessen Vereinbarkeit mit dem Vorbehalt des Gesetzes gerecht zu werden.

Inhaltsübersicht

A. Ein Auskunftsanspruch aus der Pressefreiheit? Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts	47
B. Rechtsgrundlage: Auskunftsanspruch aus der Pressefreiheit	47

I. Anforderungen an die Herleitung	47
II. Historische Auslegung des Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG	48
III. Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts anhand der „öffentlichen Aufgabe der Presse“	49
IV. Auslegung im Lichte der europäischen Menschenrechtskonvention	50
V. Zwischenergebnis	51
C. Keine Verdrängung des Anspruches durch die LPresseG	51
I. Keine Annexkompetenz des Bundes	51
II. Sperrwirkung der Art. 30, 83 ff. GG	53
D. Voraussetzungen des Presseauskunftsanspruches	54
I. Aktivlegitimation	54
II. Hinreichend bestimmte Frage	54
III. Anspruch nur auf tatsächlich vorhandene Informationen	54
IV. Auskunftspflichtete	54
E. Grenzen des Presseauskunftsanspruches	54
I. Beschränkung auf einen Minimalstandard	54
II. Bestimmung des verfassungsrechtlichen Minimalstandards	56
1. Die Befugnis zur typisierenden Regelung	56
2. Die Grenzen des Anspruches im Einzelnen	56
F. Fazit	59

²³⁹ Siehe dazu oben D. I.

²⁴⁰ Siehe dazu oben D. III.

²⁴¹ Siehe dazu oben E. I.

²⁴² Siehe dazu oben D. I. 1.

²⁴³ Siehe dazu oben E. II.

²⁴⁴ Siehe dazu oben E. III.

²⁴⁵ Siehe dazu oben D. II., III. sowie E. II., III.

* Der Verfasser studiert im achten Semester Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Die vorliegende Untersuchung wurde als Studienabschlussarbeit im Unterschwerpunkt Immaterialgüterrecht und gewerblicher Rechtsschutz bei Prof. Dr. Jan Hegemann erarbeitet.

A. Ein Auskunftsanspruch aus der Pressefreiheit? Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

Durch sein Urteil vom 20.2.2013 hat das Bundesverwaltungsgericht die Welt der presserechtlichen Auskunftsansprüche grundlegend verändert. Die bis dahin weit überwiegend angenommene¹ Anwendbarkeit der Landespressegesetze auf Bundesbehörden wurde abgelehnt. Zugleich bejahte das Gericht die Existenz eines verfassungsunmittelbaren Presseauskunftsanspruchs aus der Pressefreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG.² In den folgenden zehn Jahren hat das Gericht diese Rechtsprechung im Wesentlichen unverändert beibehalten.³

Die Herleitung des Auskunftsanspruchs unmittelbar aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG durch das Bundesverwaltungsgericht leidet zwar an methodischen Mängeln, ist aber zumindest im Ergebnis begrüßenswert. Obgleich es sich beim Auskunftsanspruch um einen originären Leistungsanspruch handelt, sind keine im erheblichen Maße gesteigerten Anforderungen an die Herleitung des Anspruchs zu stellen. Der Anspruch ergibt sich aus dem verfassungsrechtlich garantierten Institut der Freien Presse. Die letztlich im Rechtsstaats- und Demokratieprinzip verankerte „öffentlichen Aufgabe“ der Presse, die Bürger zu informieren, würde ohne einen Auskunftsanspruch gegenüber Bundesbehörden erheblich erschwert. Dieses Auslegungsergebnis wird auch mit Blick auf die jüngere Rechtsprechung des EGMR gestützt (hierzu B.).

Ebenfalls im Ergebnis unterstützenswert ist, dass das Gericht die Landespressegesetze (LPresseG) für nicht anwendbar hält, sodass es auf den verfassungsunmittelbaren Anspruch aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG ankommt. Dies ist jedoch entgegen der Begründung des Gerichts nicht auf eine Annexkompetenz des Bundes zu stützen. Vielmehr ergibt sich dies daraus, dass Bundesbehörden niemals Landesrecht vollziehen dürfen, das Erfüllen des Auskunftsanspruchs der LPresseG jedoch einen Vollzug von Landesrecht darstellt (hierzu C.).

Zu kritisieren ist das Gericht allerdings, wenn es den Gewährleistungsumfang des verfassungsunmittelbaren Anspruchs mit dem der Ansprüche der LPresseG gleichsetzt, indem es dessen Grenzen überträgt. Diese mittlerweile explizite Aufgabe der „Minimalstandard-Rechtsprechung“ widerspricht dem verfassungsunmittelbaren Charakter des Anspruchs aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG (hierzu E.I.). Da die Verfassung dem Gesetzgeber typisierende Bereichs-

ausnahmen eingeschränkt ermöglicht – etwa zugunsten operativer Vorgänge des BND –, kann auch ein verfassungsunmittelbarer Auskunftsanspruch derartige Informationen nicht umfassen. Indem die Landespressegesetze solche typisierenden Bereichsausnahmen nicht enthalten, gehen sie über den Gewährleistungsumfang des verfassungsunmittelbaren Auskunftsanspruchs hinaus; ein genereller Gleichlauf des Gewährleistungsumfangs ist richtigerweise auszuschließen (hierzu E.II.1 und E.II.2.a)). Wie problematisch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts diesbezüglich ist, wird auch mit Blick auf den Vorbehalt des Gesetzes deutlich, den das Gericht umgeht, indem es Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG als Rechtsgrundlage für Eingriffe in die Rechte Dritter nutzbar macht, wo der Gesetzgeber eine andere Abwägung treffen könnte (hierzu E.II.2.d)).

B. Rechtsgrundlage: Auskunftsanspruch aus der Pressefreiheit

Nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG wird die Pressefreiheit gewährleistet. Ob sich hieraus ein Auskunftsanspruch der Presse ergibt, ist durch Auslegung zu ermitteln.

I. Anforderungen an die Herleitung

Ein Auskunftsanspruch der Presse aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG stellt einen originären Leistungsanspruch dar, also einen Anspruch auf ein Handeln des Staats, der ohne Weiteres aus dem Grundrecht selbst folgt.⁴ Gemeinhin wird die Annahme originärer Leistungsansprüche aus Grundrechten als erhöht begründungsbedürftige Ausnahme angesehen; an ihre Herleitung werden hohe Anforderungen gestellt.⁵

Während das Bundesverwaltungsgericht diesen Umstand in einem älteren Urteil – damals einen verfassungsunmittelbaren Presseauskunftsanspruch ablehnend⁶ – noch betont hatte, enthält die Rechtsprechung des Gerichtes seit 2013 kaum diesbezügliche Ausführungen.⁷ Hierin kommt richtigerweise zum Ausdruck, dass die beiden Umstände, die grundsätzlich zu erhöhten Begründungsanforderungen an originäre Leistungsansprüche führen, im konkreten Fall nur abgeschwächt bedeutsam sind.

Erstens werden Grundrechte klassisch als Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat verstanden; ihre leistungsrechtliche Wirkung ist demgegenüber die Ausnahme.⁸ Dies zeigt bereits ein systematischer Vergleich der Grundrech-

¹ Statt vieler: *Germelmann*, DÖV 2013, 667 (668); a.A. der später am genannten Urteil mitwirkende *Hecker*, DVBl 2006, 1416 (1417).

² BVerwGE 146, 56 Rn. 18, 27 = NVwZ 2013, 1006 (1007 f.).

³ S. zuletzt BVerwG, NVwZ 2022, 1055 Rn. 8.

⁴ Zur Definition des originären Leistungsanspruchs: *Epping*, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Kap. 1 Rn. 16.

⁵ *Rüfner*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte Bd. 2, 1. Aufl. 2007, § 40 Rn. 70 f; *Starck*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd. 1, 7.

Aufl. 2018, Art. 1 Abs. 3 Rn. 192 „zwingend erforderliche materielle Sicherung der grundrechtlich gewährleisteten Freiheit.“

⁶ BVerwGE 310 (315) = NJW 1985, 1655 (1657).

⁷ Einzig auffindbare Ausnahme BVerwGE 146, 56 Rn. 29 = NVwZ 2013, 1006 (1009): „Ohne einen solchen Rückgriff, der – was nach der Verfassungssordnung die Ausnahme bleibt – [...] liefe die Pressefreiheit in ihrem objektivrechtlichen Gewährleistungsgehalt leer.“

⁸ Vgl. *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band 9, 3. Aufl. 2011, § 191 Rn. 31.

te.⁹ Das klassische Verständnis kann ferner auf die geistesgeschichtliche Entwicklung, die zur Aufnahme der Grundrechte in das Grundgesetz geführt hat, zurückgeführt werden¹⁰ und entspricht weitestgehend dem Verständnis des parlamentarischen Rats¹¹.

Bei der Herleitung eines Auskunftsanspruchs aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG ist jedoch zu beachten, dass das Bestehen einer leistungsrechtlichen Dimension der Grundrechte als Ausnahme allgemein anerkannt ist.¹² Dies gilt insbesondere für die Pressefreiheit, bei der bereits der Wortlaut („w[ird] gewährleistet“) des Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG ein solches Verständnis nahelegt. So versteht auch das Bundesverfassungsgericht die Pressefreiheit in ständiger Rechtsprechung nicht bloß als Abwehrrecht, sondern als institutionelle Garantie.¹³ Die öffentliche Gewalt sei gehalten, die Institution „Freie Presse“ zu schützen.¹⁴ Das klassische Verständnis der Grundrechte als Abwehrrechte spricht im konkreten Fall des Presseauskunftsanspruchs aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG daher nur abgeschwächt für einen besonders hohen Begründungsaufwand bei der Herleitung.

Als zweiter Grund für hohe Anforderungen bei der Herleitung von originären Leistungsansprüchen wird angeführt, dass diese im Hinblick auf die Budgethoheit des Parlaments und die Bindungswirkung der Grundrechte problematisch seien. Denn Leistungsansprüche vermitteln regelmäßig einen Anspruch auf ein knappes und deswegen teures Gut.¹⁵ Die öffentliche Gewalt muss also, um Leistungsansprüche erfüllen zu können, Haushaltsmittel aufwenden. Dies beeinträchtigt die Haushaltshoheit des Parlaments und kann aufgrund „der nicht überwindbaren Knappheit der Finanzen“ zu einer Situation führen, in welcher die öffentliche Gewalt im Widerspruch zu Art. 1 Abs. 3 GG nicht mehr in der Lage ist, grundrechtliche Leistungsansprüche zu erfüllen.¹⁶ Die Grundrechte degenerierten dann – genau im Widerspruch zu ihrer historischen Konzeption¹⁷ – insoweit zu Programmsätzen.¹⁸

Diese allgemeinen Einwände lassen sich auf den konkret diskutierten Presseauskunftsanspruch wiederum nur begrenzt anwenden. Denn Auskunft ist kein knappes Gut. Das nötige Verfahren kostet zwar Geld, jedoch nicht in einem Umfang, welcher die Haushaltshoheit des Gesetzgebers ernsthaft zu gefährden droht. Eine Beeinträchtigung der

Bindungswirkung der Pressefreiheit dergestalt, dass sie zu einem bloßen Programmsatz degenerieren würde, droht jedenfalls nicht.

Auch der zweite Grund für besonders hohe Anforderungen an die Herleitung eines originären Leistungsanspruchs ist in Bezug auf den fraglichen Auskunftsanspruch der Presse aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG also nur abgeschwächt anwendbar. Es besteht folglich zumindest kein im erheblichen Maße gesteigerter Begründungsaufwand für die Herleitung dieses Anspruchs.

Ob der konkrete Anspruch besteht, ist dadurch jedoch noch nicht bestimmt. Da auch der Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG diesbezüglich nicht ergiebig ist, ist eine Untersuchung anhand der historischen, systematischen und teleologischen Auslegung erforderlich. Insofern wird im Folgenden zunächst die Normhistorie beleuchtet. Anschließend wird die Argumentation des Gerichts mit Blick auf die „öffentliche Aufgabe“ der Presse diskutiert und methodisch untermauert. Letztlich wird gezeigt, dass auch die völkerrechtsfreundliche Auslegung durch die jüngere Rechtsprechung des EGMR die Existenz des Anspruchs stützt.

II. Historische Auslegung des Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG

Auf die historische Auslegung des Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG ist das Bundesverwaltungsgericht in seiner Grundsatzentscheidung vom 20.2.2013 – sowie danach¹⁹ – nicht eingegangen. Diese kommt indessen zu einem deutlichen Ergebnis: Der Verfassungsgeber wollte mit Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG keinen Presseauskunftsanspruch garantieren. Dem Ausschuss für Grundsatzfragen, welcher den Wortlaut des Art. 5 GG erarbeitete, wurde vorgeschlagen, folgende Formulierung in den Art. 5 GG mitaufzunehmen:

„Presse und Rundfunk haben [...] das Recht, bei [...] Behörden [...] Auskünfte zu verlangen [...]. Solche Auskünfte müssen erteilt werden, soweit es das öffentliche Interesse gestattet und ein schutzwürdiges privates Interesse nicht entgegensteht.“²⁰

Der Ausschuss lehnte den Vorschlag in seiner 26. Sitzung vom 30.11.1948 einhellig ab.²¹ Es handle sich um eine „alberne Formel“²² welche mit dem Amtsgeheimnis kollidiere²³ und den Missbrauch durch Spione ermögliche.²⁴ Der

⁹ BVerfGE 7, 198 LS 1, Rn. 20.; *Isensee* (Fn. 8), § 191 Rn. 29 ff.

¹⁰ BVerfGE 7, 198 Rn. 20; *Isensee* (Fn. 8), § 191 Rn. 16 ff.

¹¹ *Isensee* (Fn. 8), § 191 Rn. 32 f.

¹² Statt vieler: *Starck* (Fn. 5), Art. 1 Abs. 3 Rn. 170; *Rüfner* (Fn. 5), § 40 Rn. 42.

¹³ BVerfGE 20, 162 (175) = NJW 1966, 1603 (1604); 80, 124 (133) = NJW 1989, 2877; 117, 244 (258) = NJW 2007, 1117 (1118).

¹⁴ BVerfGE 20, 162 (175) = NJW 1966, 1603 (1604).

¹⁵ *Starck* (Fn. 5), Art. 1 Abs. 3 Rn. 189.

¹⁶ *Starck* (Fn. 5), Art. 1 Abs. 3 Rn. 191.

¹⁷ *Starck* (Fn. 5), Art. 1 Abs. 3 Rn. 167.

¹⁸ *Starck* (Fn. 5), Art. 1 Abs. 3 Rn. 188 ff.

¹⁹ Wohl aber davor, BVerfGE 70, 310 (314) = NJW 1985, 1655 (1656), in diesem Urteil lehnte das Gericht einen verfassungsunmittelbaren Anspruch noch ab.

²⁰ *Matz*, JÖR NF 1 (1951), 79 (84).

²¹ Sitzungsprotokoll nachlesbar in: Der Parlamentarische Rat 1948-49, Band 5/II, Ausschuss für Grundsatzfragen, 1. Aufl. 1993, S. 766 ff.

²² Abgeordneter *Dr. Heuß* (FDP), Der Parlamentarische Rat 1948-49, Band 5/II, S. 768.

²³ Abgeordneter *Mayr* (CDU/CSU), Der Parlamentarische Rat 1948-49, Band 5/II, S. 768.

²⁴ Abgeordnete *Dr. Weber* (CDU/CSU), Der Parlamentarische Rat 1948-49, Band 5/II, S. 768.

Anspruch sei „eine Frage des persönlichen Kontaktes“²⁵ und außerdem nicht durchsetzbar, weil das Vorliegen eines öffentlichen Interesses eine „politische Frage“ sei,²⁶ über welche ein Verwaltungsgericht erst viel zu spät entscheiden könne.²⁷

Zu beachten ist zwar, dass hierin nur der Wille der Mitglieder des Ausschusses für Grundsatzfragen, nicht aber derjenige des parlamentarischen Rats zum Ausdruck kommt. Es bestehen allerdings keine Hinweise dafür, dass die Vorstellung des letzteren von derjenigen des Ausschusses abwich. Auch hat der verfassungsändernde Gesetzgeber ein ähnliches Vorhaben 1993 nicht umgesetzt.²⁸ Insofern spricht die historische Auslegung gegen die Existenz eines Pressauskunftsanspruches aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG.

Diese kann jedoch nach ganz herrschender Meinung nicht alleinentscheidend sein: die hiermit verbundenen praktischen Schwierigkeiten wären immens, der Normbestand drohte zu „versteinern“ und könnte sich stetig wandelnden Lebensverhältnissen nicht hinreichend anpassen.²⁹ Diese Einwände gelten umso mehr, je älter eine Regelung ist.³⁰ Daher schließt die historische Auslegung die Existenz eines Auskunftsanspruches aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG noch nicht aus.

III. Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts anhand der „öffentlichen Aufgabe der Presse“

Zur Herleitung des Presseauskunftsanspruches bemüht das Bundesverwaltungsgericht – freilich ohne stets diesen Begriff zu nutzen – die sogenannte „öffentliche Aufgabe der Presse“³¹. Diese „Informations- und Kontrollfunktion“, welche für eine freiheitlichen Demokratie unerlässlich sei, könne die Presse nur erfüllen, wenn man ihr Auskunftsansprüche gegen Behörden gewähre.³²

Dieses Verständnis der Pressefreiheit als essenzielle Voraussetzung einer freiheitlichen Demokratie findet seine Grundlage in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, welches schon früh betonte, dass im Rahmen der Auslegung des Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG die wichtige Funktion der Presse für eine freiheitliche Demokratie zu beachten sei.³³ Die Funktion nannte das Gericht später die

„öffentliche Aufgabe“³⁴ der Presse. Indem die Presse Informationen und Meinungen beschafft, zusammenfasst, kommentiert und diskutiert, ermögliche sie es erst den Bürgern, politische Entscheidungen zu treffen.³⁵ Das Bundesverfassungsgericht hält die Pressefreiheit deswegen für „schlechthin konstituierend“³⁶ für eine freiheitliche Demokratie.

Bedenken gegen diese Rechtsprechung betreffen zunächst die mindestens missverständliche Terminologie.³⁷ Der Begriff der „öffentlichen Aufgabe“ der Presse hat im nationalsozialistischen Schriftleitergesetz von 1933 erstmals Eingang in die deutsche Rechtsordnung gefunden.³⁸ Dieses Gesetz sollte, in den Worten Otto Dietrichs, damals Reichspressechef der NSDAP, „die deutsche Presse [...] zu einer scharf geschliffenen Waffe deutscher Politik und damit des deutschen Volkes“³⁹ machen.

Vor diesem Hintergrund ist mit dem Begriff der „öffentlichen Aufgabe der Presse“, welcher als Korrelat quasistaatliche Pflichten im Sinne einer vierten Gewalt impliziert, äußerst vorsichtig umzugehen. Jeder Versuch, der Presse wegen ihrer „öffentlichen Aufgabe“ bestimmte Verhaltenspflichten aufzuerlegen, ist deswegen abzulehnen.⁴⁰ Der Begriff der „öffentlichen Aufgabe“ ist vielmehr nicht im Sinne einer Rechtspflicht der Presse, sondern soziologisch⁴¹ im Sinne einer Bedeutung⁴² oder Rolle der Presse zu verstehen. Alles andere würde die gebotene Staatsferne der Presse gefährden.⁴³

Neben der Terminologie ist weiter bedenklich, dass die Rechtsprechung soweit ersichtlich zur methodischen Herleitung dieser „öffentlichen Aufgabe“ schweigt. Diese kann indessen methodisch erklärt werden, nämlich als systematische Auslegung des Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG im Lichte der in Art. 20 Abs. 1 bis 3 GG verankerten Prinzipien der Demokratie und des Rechtsstaats. Aus diesen Prinzipien folgt, dass die Ausübung staatlicher Gewalt der öffentlichen Kontrolle unterliegt.⁴⁴ Dem Demokratieprinzip entsprechend wird diese Kontrolle nicht nur durch Abstimmungen und Wahlen ausgeübt, sondern durch stetige öffentliche Diskussion.⁴⁵ Dieses Unterfangen kann nur gelingen, wenn die Öffentlichkeit über staatliches Handeln Kenntnis erlangt. Handeln, von dem niemand weiß, kann

²⁵ Abgeordneter *Wunderlich* (SPD), Der Parlamentarische Rat 1948–49, Band 5/II, S. 768.

²⁶ Vorsitzender *Dr. v. Mangoldt*, (CDU/CSU), Der Parlamentarische Rat 1948–49, Band 5/II, S. 768.

²⁷ Abgeordneter *Dr. Bergsträsser* (SPD), Der Parlamentarische Rat 1948–49, Band 5/II, S. 768.

²⁸ BT-Drucks. 12/6000, S. 60 ff; 12/6323 S. 12 f, abgelehnt in der 238. Sitzung des 12. Deutschen Bundstages mit 375 Nein-Stimmen zu 247 Ja-Stimmen (BT-Plenarprotokoll 12/238, Anlage 21).

²⁹ Vgl. *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 6 Rn. 66.

³⁰ Grundlegend BVerfGE 34, 269 (288), *Soraya*; *Möllers* (Fn. 29), § 6 Rn. 77.

³¹ BVerfGE 165, 82 Rn. 22 = NVwZ 2019, 1283 (1284); 173, 118 Rn. 18 = NVwZ 2022, 248 (249) Rn. 18.

³² BVerfGE 146, 56 Rn. 27 = NVwZ 2013, 1006 (1008); 173, 118 Rn. 18 = NVwZ 2022, 248 (249).

³³ BVerfGE 10, 118 (121) = NJW 1960, 29.

³⁴ BVerfGE 20, 162 (175) = NJW 1966, 1603 (1604).

³⁵ BVerfGE 20, 162 (174) = NJW 1966, 1603 (1604).

³⁶ BVerfGE 10, 118 (121) = NJW 1960, 29.

³⁷ *Bullinger*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 163 Rn. 73 ff.

³⁸ *Cornils*, in: *Löffler*, Presserecht, 6. Aufl. 2015, § 3 LPG Rn. 10.

³⁹ *Storeck*, *Dirigierte Öffentlichkeit*, 1972, S. 61.

⁴⁰ *Bullinger* (Fn. 37), § 163 Rn. 74 ff.

⁴¹ *Starck* (Fn. 5), Art 5 Abs. 1, Rn. 147 f.

⁴² *Bullinger* (Fn. 37), § 163 Rn. 79.

⁴³ *Ricker/Weberling*, Handbuch des Presserechts, 7. Aufl. 2021, 1. Abschnitt Rn. 12.

⁴⁴ *Soehring*, in: *Soehring/Hoene*, Presserecht, 6. Aufl. 2019, § 1 Rn. 1.15.

⁴⁵ BVerfGE 20, 56 (98 f.).

nicht kontrolliert werden. Diese Kenntnis zu beschaffen, ist die Kernbetätigung der Presse. Die „öffentliche Aufgabe“ der Presse ist folglich verfassungsrechtlich in Art. 20 Abs. 1 bis 3 GG verankert.

Das Bundesverwaltungsgericht schließt aus diesem Umstand auf die Existenz eines verfassungsunmittelbaren Presseauskunftsanspruches, da die „öffentliche Aufgabe“ der Presse ohne diesen leer laufe.⁴⁶ Auch das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, dass erst der prinzipiell ungehinderte Zugang zu Informationen es der Presse ermögliche, ihre Kontrollfunktion wirksam wahrzunehmen.⁴⁷

Presseauskunftsansprüche sind in den alten Bundesländern seit den 60er Jahren, in den neuen Bundesländern seit den frühen 90er Jahren geltendes Recht.⁴⁸ Nichtsdestotrotz basiert ein nur sehr geringer Teil der politischen Berichterstattung auf Informationen, die mithilfe eines Presseauskunftsanspruches gerichtlich erstritten worden sind. Dies hat das Bundesverwaltungsgericht in einer älteren Entscheidung ebenso gesehen:

„Wer das Funktionieren einer freien Presse als von dem Bestehen eines Auskunftsanspruches abhängig ansieht, unterschätzt die Fähigkeit der Presse, auch außerhalb behördlicher Auskünfte eine Vielzahl von Informationsmöglichkeiten zu nutzen.“⁴⁹

Vor diesem Hintergrund sind die Formulierungen der neueren Rechtsprechung, die ohne einen Auskunftsanspruch ein Leerlaufen oder zumindest die bereichsweise Wirkungslosigkeit der Kontrollfunktion der Presse befürchten,⁵⁰ wohl zu weitgehend.⁵¹

Es ist indessen nicht notwendig, dass die „öffentliche Aufgabe“ der Presse von einem Presseauskunftsanspruch „abhängig“ ist. Exekutives Handeln ist in besonderem Maße demokratiesensibel. Herkömmliche Recherchemethoden sind zwar nicht von vornherein aussichtslos, im Vergleich zu einem Anspruch, auf dessen vollständige (d.h. auch inhaltlich richtige) Erfüllung vor den Verwaltungsgerichten geklagt werden kann, jedoch um einiges unterlegen. Außerdem weiß die Behörde, dass sämtliche bei ihr vorhandenen Informationen Gegenstand eines Auskunftsbegehrens werden könnten. Um gerichtlichen Streit zu vermeiden, hat sie deswegen Anlass, auch informelle Anfragen von Journalisten richtig und vollständig zu beantworten. Dieser Disziplinierungseffekt vermittelt Presseangehörigen im Kontakt mit der Exekutive eine erheblich verstärkte Stellung. Auch

ist es für eine Behörde gefährlicher, sich unanständig oder sogar rechtswidrig zu verhalten, wenn Presseangehörige dieses Verhalten jederzeit durch eine verwaltungsgerichtliche Leistungsklage⁵² öffentlich werden lassen können.

Die „öffentliche Aufgabe“ der Presse wird deswegen durch Auskunftsansprüche zwar nicht erst ermöglicht, denn diese Informations- und Kontrollfunktion der Presse ist auch ohne einen solchen Anspruch erfüllbar. Jedoch erlaubt ein Rechtsanspruch ein wesentliches mehr an Information und deswegen auch ein wesentliches mehr an Kontrolle. Die geringe Zahl an auf Auskunftsansprüchen basierenden Recherchen vermag daran nichts zu ändern. Denn schon die latente Möglichkeit eines Auskunftsbegehrens vereinfacht es für Presseangehörige erheblich Informationen zu beschaffen. Aufgrund der Demokratiesensibilität exekutiven Handelns ist es nicht einzusehen, weshalb sich die öffentliche Gewalt dieser gesteigerten Kontrollmöglichkeit durch Nichtnormieren einfachrechtlicher Auskunftsansprüche entziehen können soll. Ein verfassungsunmittelbarer Presseauskunftsanspruch ist deswegen zu bejahen.

Dieses Auslegungsergebnis wird auch durch die völkerrechtsfreundliche Auslegung mit Blick auf die jüngere Rechtsprechung des EGMR gestützt.

IV. Auslegung im Lichte der europäischen Menschenrechtskonvention

Die europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) hat in der BRD nur einfachgesetzlichen Rang. Nichtsdestotrotz sind die EMRK und die diese betreffende Rechtsprechung des EGMR bei der Auslegung der Grundrechte heranzuziehen, wenn und soweit im Rahmen der überkommenen Auslegungsmethoden Auslegungsspielräume eröffnet sind.⁵³ Zu begründen ist dies mit der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes im Allgemeinen⁵⁴ und mit Art. 1 Abs. 2 iVm Art. 59 Abs. 2 GG im Besonderen.⁵⁵

Ein am 8.11.2016 ergangenes Urteil des EGMR⁵⁶ spricht vor diesem Hintergrund dafür, einen Auskunftsanspruch aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG anzuerkennen. Der Fall betraf ein Auskunftsbegehren einer Nichtregierungsorganisation gegen mehrere ungarische Polizeibehörden.⁵⁷ Der EGMR sah Art. 10 EMRK dadurch verletzt, dass die Auskunft verweigert wurde.⁵⁸ Art. 10 Abs. 1 S. 2 EMRK schützt „die Freiheit [...], Informationen und Ideen [...] zu emp-

⁴⁶ BVerwGE 146, 56 Rn. 29 = NVwZ 1009, 2013, 1006 (1009).

⁴⁷ BVerfG, NJW 2015, 3708 Rn. 15.

⁴⁸ Bis 2013 mit der Ausnahme von Bundesbehörden mit Sitz in der Hansestadt Bremen.

⁴⁹ BVerwGE 70,310 (314) = NJW 1985, 1655 (1656).

⁵⁰ S. Fn. 46, 47.

⁵¹ Vgl. Frenzel, in: Gersdorf/Paal, Informations- und Medienrecht, 38. Ed. 2021, LPresseG § 4 Rn. 2.

⁵² Das Bundesverwaltungsgericht spricht der Auskunftserteilung nach Art. 5 I S. 2 GG in st. Rspr, die Verwaltungsaktqualität ab, BVerwGE 146, 56 (57) = NVwZ 2013, 1006 (1007); zuletzt BVerwGE 173, 118 Rn. 15 = NVwZ 2022, 248 (249); s. auch Gurlit, AfP 2019, 9 (19) Rn. 40.

⁵³ BVerfGE 148, 296 Rn. 130 = NVwZ 2018, 1121 (1125).

⁵⁴ Im Einzelnen herzuleiten aus der Präambel, Art. 1 Abs. 2, Art. 9 Abs. 2, Art. 23 Abs. 1, Art. 24 Abs. 1-3, Art. 26, Art. 59 Abs. 2 und Art. 100 Abs. 2 GG, s. Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Bd. 3, 99. EL September 2022, Art. 25 Rn. 6.

⁵⁵ Schmidt-Aßman, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Bd. 3, 99. EL September 2022, Art. 19 Abs. 4 Rn. 37a.

⁵⁶ EGMR Nr. 18030/11 – Magyar Helsinki Bizottság./ Ungarn.

⁵⁷ EGMR Nr. 18030/11 Rn. 16 ff.

⁵⁸ EGMR Nr. 18030/11 Rn. 200.

fangen und weiterzugeben“. Wenn der Zugang zu Informationen für die Ausübung dieser Freiheit maßgeblich ist, sei die Verweigerung der Informationserteilung ein Eingriff in dieses Recht.⁵⁹

Der EGMR beurteilt eine Verletzung anhand von vier Kriterien: Das Informationsbegehren muss erstens eine Aktivität vorbereiten, welche Raum für öffentliche Debatte schaffen soll oder essenzielle Voraussetzung derselben ist.⁶⁰ Zweitens müssen die Informationen von öffentlichem Interesse⁶¹ und drittens tatsächlich vorhanden sein.⁶² Viertens liege eine Verletzung von Art. 10 EMRK insbesondere nahe, wenn die Auskunftsverweigerung einem „social watchdog“, also einem gesellschaftlichen Wachhund (Übers. d. Verf.) unmöglich macht, seiner Rolle als solcher gerecht zu werden.⁶³ „Social watchdogs“ seien insbesondere Journalisten und Nichtregierungsorganisationen.⁶⁴

Dieses Urteil zeigt, dass die EMRK ihren Mitgliedstaaten als Mindeststandard eine Rechtsordnung abverlangt, die „social watchdogs“ das Maß an Informationen verschafft, welche sie zur Erfüllung ihrer Funktion als solcher benötigen. Es spricht insofern für die Anerkennung eines verfassungsunmittelbaren Presseauskunftsanspruches.

V. Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich die Pressefreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG nicht in ihrer abwehrrechtlichen Funktion erschöpft. Vielmehr ist die öffentliche Gewalt aufgrund dieser Norm gehalten, die Institution „freie Presse“ zu schützen. Die Auslegung von Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG im Lichte des Art. 20 Abs. 1 bis 3 GG zeigt, dass die Presse eine Informations- und Kontrollfunktion, anders ausgedrückt eine „öffentliche Aufgabe“ mit Verfassungsrang hat. Ohne einen Presseauskunftsanspruch liefe die „Aufgabe“ zwar nicht leer, wäre gegenüber der Exekutive jedoch erheblich geschwächt. Deswegen bedarf es eines Presseauskunftsanspruches. Aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG ergibt sich ein solcher. Dieses Auslegungsergebnis entspricht der Rechtsprechung des EGMR, welche in der Ablehnung eines Informationsbegehrens unter Umständen eine Verletzung des Art. 10 EMRK sieht.

⁵⁹ EGMR Nr. 18030/11 Rn. 156.

⁶⁰ EGMR Nr. 18030/11 Rn. 158.

⁶¹ EGMR Nr. 18030/11 Rn. 161.

⁶² EGMR Nr. 18030/11 Rn. 169.

⁶³ EGMR Nr. 18030/11 Rn. 168.

⁶⁴ EGMR Nr. 18030/11 Rn. 164.

⁶⁵ § 4 LPG (Baden-Württemberg), Art. 4 BayPrG (Bayern), § 4 BlnPrG (Berlin), § 5 BbGPG (Brandenburg), § 4 PresseG HB (Bremen), § 4 PresseG HH (Hamburg), § 3 HPresseG (Hessen), § 4 LPrG M-V (Mecklenburg-Vorpommern), § 4 NPresseG (Niedersachsen), § 4 LPG (Nordrhein-Westfalen), § 12a LMG (Rheinland-Pfalz), § 5 SMG (Saarland), § 4

C. Keine Verdrängung des Anspruchs durch die LPresseG

Auf den verfassungsunmittelbaren Anspruch kommt es allerdings nur an, soweit die LPresseG nicht bereits einen solchen Auskunftsanspruch vermitteln. Alle deutschen Bundesländer haben in ihrem jeweiligen LPresseG (meist in § 4 LPresseG)⁶⁵ einen Auskunftsanspruch der Presse normiert (im Folgenden als § 4 LPresseG bezeichnet). Die jeweiligen Normen sprechen meist von einer Verpflichtung der „Behörden“, ohne zwischen Landes- und Bundesbehörden zu differenzieren (vgl. z.B. § 4 NPresseG oder § 4 BlnPrG). Bremen ist das einzige Bundesland, dessen presserechtlicher Auskunftsanspruch schon seinem Wortlaut nach eindeutig nicht auf Bundesbehörden anwendbar ist. Hieraus folgt, dass ein Rückgriff auf Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG nur bei Auskunftsbegehren gegen Bundesbehörden mit Sitz in Bremen (z.B. Leibniz Zentrum für marine Tropenforschung) notwendig wäre, sollten die landesgesetzlichen Auskunftsansprüche auch auf Bundesbehörden anwendbar sein. In diesem Sinne wäre beispielsweise die richtige Anspruchsgrundlage für ein Anspruchsbegehren gegen den Bundesnachrichtendienst nicht Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG, sondern § 4 BlnPrG.

Die Anwendbarkeit der LPresseG wäre ausgeschlossen, wenn die Länder diesbezüglich nicht zur Gesetzgebung befugt wären. Im Grundsatz steht den Ländern die Gesetzgebungskompetenz zu (Art. 30, 70 GG). Sie könnten Presseauskunftsansprüche gegen Bundesbehörden also nur dann nicht normieren, wenn insofern eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes besteht. Vorliegend könnte diese im Wesentlichen⁶⁶ auf zwei Wegen begründet werden: durch eine Annexkompetenz zur jeweiligen Sachmaterie oder aufgrund einer ausschließlichen Vollzugszuständigkeit der Bundesbehörden.

I. Keine Annexkompetenz des Bundes

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner Grundsatzentscheidung vom 20.2.2013 die Anwendbarkeit der § 4 LPresseG auf Bundesbehörden mit der Begründung abgelehnt, dass dem Bund insoweit die Gesetzgebungskompetenz aufgrund einer Annexkompetenz zur derjenigen Sachmaterie, welche die jeweilige Behörde vollzieht, zukomme.⁶⁷

SächsPresseG (Sachsen), § 4 LPG (Sachsen-Anhalt), § 4 PresseG SH (Schleswig-Holstein), § 4 TPG (Thüringen).

⁶⁶ Das Bundesverwaltungsgericht hat neben einer Annexkompetenz zwei weitere Kompetenzbegründungen für möglich gehalten, jedoch im jeweiligen Fall offengelassen: „Verantwortung [des Bundes] für die administrative Ausrichtung und Funktionsfähigkeit der Bundesverwaltung,“ in BVerwGE 146, 56, Rn. 25 = NVwZ 2013, 1006 (1008) und originäre, direkt aus dem geschriebenen Kompetenztitel folgenden Kompetenz in BVerwGE 159, 194, Rn. 63 = NVwZ 2017, 1862 (1868).

⁶⁷ BVerwGE, 146, 56 Rn. 22 = NVwZ 2013, 1006 (1008) Rn. 22.

Eine Annexkompetenz des Bundes liegt – uneinheitlicher Terminologie zum Trotz⁶⁸ – dann vor, wenn eine bestimmte Regelung erforderlich ist, damit der Bund von einer ihm explizit zugewiesenen Gesetzgebungsmaterie sinnvoll Gebrauch machen kann. Kennzeichnend ist ihr dienender Charakter; sie soll die Vorbereitung und Durchführung von Gesetzen ermöglichen, die der Bundesgesetzgeber in Wahrnehmung einer ihm explizit zugewiesenen Kompetenz erlassen hat.⁶⁹

Weil die Annahme einer ungeschriebenen Bundeskompetenz die Grundsatzzuständigkeit der Länder (Art. 70 GG) beeinträchtigt, bedarf die Annahme einer Annexkompetenz eines „notwendigen Zusammenhang[s]“⁷⁰ zwischen der ausdrücklich normierten Bundeskompetenz und der ungeschriebenen Annexkompetenz. Dies soll dann der Fall sein, wenn die „Kompetenzen kraft Annexes [...] die sinnvolle Nutzung einer dem Bund explizit zugewiesenen Kompetenz [...] erst ermöglichen“.⁷¹ Dieser Zusammenhang bedarf laut Bundesverfassungsgericht „strenger Prüfung.“⁷²

Das Bundesverwaltungsgericht knüpft die Annexkompetenz für den Erlass eines Presseauskunftsanspruches gegen Bundesbehörden an die von der jeweiligen Bundesbehörde vollzogene Sachmaterie. So könne der Bundesgesetzgeber Auskunftsansprüche gegen den Bundesnachrichtendienst normieren, weil dieser Gesetze vollzieht, deren Regelung Bundessache ist (vgl. Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG).⁷³ Da sämtliche Bundesbehörden Gesetze vollziehen, deren Regelung Bundessache ist, wären nach dieser Argumentation die Normierung von Auskunftsansprüchen gegen Bundesbehörden den Landesgesetzgebern generell entzogen.

Den erforderlichen Zusammenhang zwischen der von der Bundesbehörde vollzogenen Materie und der Annexkompetenz hat das Bundesverwaltungsgericht in seiner Grundsatzentscheidung vom 20.2.2013 wie folgt begründet:

Die Entscheidung über ein Auskunftsbegehren eines Presseangehörigen erfordere die Abwägung des Informationsinteresses des Auskunftsbegehrenden einerseits mit dem Geheimhaltungsinteresse der Behörde und eventuell betroffener Dritter andererseits.⁷⁴ Im Rahmen dieser Abwägung müsse eine Entscheidung über das Gewicht des Behördeninteresses getroffen werden.⁷⁵ Weiter sei für die Abwägung ein Bezug auf die spezifischen Gegebenheiten der jeweiligen Sachmaterie von Nöten.⁷⁶ Außerdem könne das Auskunftsbegehren erheblichen Einfluss auf die Erfüllung der – vom Bundesgesetzgeber übertragenen – Aufgabe der

Behörde haben.⁷⁷ All dies mache es nötig, die Abwägung nicht dem für die jeweilige Sachmaterie zuständigen Bundesgesetzgeber vorzuenthalten.⁷⁸

Das genügt den Anforderungen an die Begründung einer Annexkompetenz nicht. Der presserechtliche Auskunftsanspruch ist unabhängig davon, welche Sachmaterie die jeweilige Behörde vollzieht. Er ist auf die bei der Behörde vorliegenden Informationen gerichtet, wobei es unerheblich ist, mit welcher Sachmaterie diese Informationen im Zusammenhang stehen.⁷⁹ Dass Auskunftsansprüche der Presse nicht notwendigerweise im Zusammenhang mit der jeweils vollzogenen Sachmaterie geregelt werden müssen, lässt sich unschwer daran erkennen, dass die § 4 LPresseG keine Differenzierung zwischen einzelnen Sachmaterien vornehmen und nichtsdestotrotz jahrzehntelang problemlos auf Behörden der Länder und des Bundes angewandt werden konnten.⁸⁰

Das Bundesverwaltungsgericht begegnet diesem Einwand mit dem Argument, die Verfassung schreibe keine sachkompetenzneutrale Regelung vor.⁸¹ Das ist sicherlich richtig. Doch bereits der Umstand, dass eine sachkompetenzneutrale Regelung möglich ist, zeigt, dass der für eine Annexkompetenz erforderliche „notwendige Zusammenhang“ nicht besteht. Denn dieser setzt voraus, dass die jeweils betroffene Sachmaterie nicht sinnvoll geregelt werden kann, wenn nicht gleichzeitig Voraussetzungen und Grenzen eines die Materie betreffenden Auskunftsanspruches geregelt werden. Hierbei deckt „die Annexkompetenz [...] den Erlass von Vorschriften, die in einem funktionellen Zusammenhang zur geschriebenen Kompetenzmaterie stehen“.⁸²

Wie kann der Auskunftsanspruch gleichzeitig so eng mit der von ihm betroffenen Sachmaterie zusammenhängen, dass letztere nicht ohne ihn geregelt werden kann, und gleichzeitig eine sachkompetenzneutrale Regelung möglich sein, welche für sämtliche denkbare Sachmaterien – von Kernenergie zu auswärtigen Angelegenheiten – dieselben Voraussetzungen aufstellen würde?

Weiter hat der Bundesgesetzgeber als Reaktion auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zweimal (erfolglos) versucht, einen bundesgesetzlichen Auskunftsanspruch der Presse zu normieren. Beide Entwürfe⁸³ sahen eine behördenübergreifende, sachkompetenzneutrale Regelung vor.

Schließlich hätte dieser Ansatz die Konsequenz, dass die Anwendbarkeit der Auskunftsansprüche der LPresseG

⁶⁸ Heintzen, in: Bonner Kommentar, 218. EL 2022, Art. 70 GG Rn. 179.

⁶⁹ Heintzen (Fn. 68), Art. 70 GG Rn. 178.

⁷⁰ BVerfGE 132, 1, Rn. 17 = NVwZ 2012, 1239 (1240).

⁷¹ Uhle, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Bd. 5, 99. EL September 2022, Art. 70 Rn. 71.

⁷² BVerfGE 132, 1, Rn. 19 = NVwZ 2012, 1239 (1240).

⁷³ BVerfGE, 146, 56 Rn. 22 = NVwZ 2013, 1006 (1008).

⁷⁴ BVerfGE 146, 56 Rn. 24 = NVwZ 2013, 1006 (1008).

⁷⁵ BVerfGE 146, 56 Rn. 24 = NVwZ 2013, 1006 (1008).

⁷⁶ BVerfGE 146, 56 Rn. 24 = NVwZ 2013, 1006 (1008).

⁷⁷ BVerfGE 146, 56 Rn. 24 = NVwZ 2013, 1006 (1008).

⁷⁸ BVerfGE 146, 56 Rn. 24 = NVwZ 2013, 1006 (1008).

⁷⁹ Cornils, DÖV 2013, 657 (660).

⁸⁰ Cornils, DÖV 2013, 657 (661).

⁸¹ BVerfG, NVwZ 2015, 1388 Rn. 20.

⁸² BVerfG, NVwZ 2015, 1388 Rn. 13.

⁸³ BT-Drucks. 17/12484, S. 2; BT-Drucks. 19/4572 (neu), S. 3.

davon abhinge, ob die begehrten Informationen im Zusammenhang mit dem Vollzug von Bundes- oder Landesrecht stehen. Das hieße, dass die § 4 LPresseG ebenfalls nicht auf Landesbehörden anwendbar wären, soweit diese – was bei der Ausführung von Bundesrecht der Regelfall ist – Bundesrecht vollziehen.⁸⁴ Damit würde der Anwendungsbereich des landesrechtlichen Auskunftsanspruchs auf einen Restbestand beschränkt, obwohl die Länder für das Presse-recht zuständig sind. Auch deswegen hat die Verwaltungsgerichtsbarkeit diese Konsequenz bislang nicht gezogen.⁸⁵

II. Sperrwirkung der Art. 30, 83 ff. GG

Die Zuständigkeit des Bundes ist im Ergebnis dennoch zu bejahen. Aus den Art. 30, 83 ff. GG ergibt sich unstrittig, dass Bundesbehörden niemals Landesrecht vollziehen können, während die Pflicht der Bundesbehörden zur Beachtung von Landesrecht allgemein anerkannt ist.⁸⁶ Mithin ist fraglich, ob die Auskunftsansprüche der LPresseG den Bundesbehörden Beachtung oder Vollzug abverlangen. Ersteres wäre ohne weiteres verfassungsgemäß, letzteres wäre es nicht.

Die Abgrenzung zwischen beiden Begriffen ist im Einzelnen unklar.⁸⁷ „Vollzug“ liegt dann vor, wenn der Behörde Verwaltungsaufgaben zur Erfüllung übertragen werden, während „Beachtung“ die bloße Unterwerfung der Behörde unter das geltende Landesrecht ist.⁸⁸

Es ist in zweierlei Hinsicht fraglich, ob die in den § 4 LPresseG normierte Auskunftspflicht der Behörden als bloße Beachtung zu charakterisieren ist.

Dies wird erstens deutlich, wenn man sich fragt, ob die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zur Bindung von Bundesbehörden an Landesrecht auf den presserechtlichen Auskunftsanspruch übertragbar ist.

Soweit Bundesbehörden gehalten sind, von einem Land erlassenes Bau-, Polizei-, Umweltschutz-, Denkmalschutz- oder Wasserrecht zu beachten, werden die Behörden nicht anders behandelt als jeder andere Bürger. Die Behörde wird nicht von der Pflicht zur Gesetzesbeachtung freigestellt, nur weil sie ein Hoheitsträger ist. Sie wird Jedermann-Recht unterworfen, genau wie jedermann sonst.⁸⁹

Die § 4 LPresseG richten sich aber ausschließlich an die Behörden. Sie begründen keine Unterwerfung der Behörde unter Jedermann-Recht, sondern normieren Sonderpflichten der Behörde.⁹⁰

Die bisherige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes zur Bindung von Bundesbehörden an Landesrecht

befasste sich nicht mit Behördensonderrecht, sondern ausschließlich mit solchem Recht, das für alle Rechtssubjekte gleichermaßen gilt.⁹¹

Zweitens ist die Qualität der Verpflichtung eine andere. Die bisherige verwaltungsgerichtliche Judikatur betraf lediglich die Unterwerfung der Bundesbehörde unter die Hoheitsgewalt des Landes. Um die Pflicht zu eigenem hoheitlichen Tätigwerden im Staat-Bürger-Verhältnis ging es nicht.⁹²

Die § 4 LPresseG geben der Behörde allerdings auf, die entgegenstehenden Interessen gegeneinander abzuwägen, über das Auskunftsbegehren zu bescheiden und diese Entscheidung gegebenenfalls vor Gericht zu verantworten. Oft wird diese Entscheidung mit einem Grundrechtseingriff einhergehen, entweder in die Pressefreiheit desjenigen, der die Auskunft begehrt, oder in das Persönlichkeitsrecht eines, von der Auskunft betroffenen, Dritten. Diese Pflicht zum hoheitlichen Tätigwerden gegenüber einem Bürger ist die entscheidende Besonderheit der § 4 LPresseG, welche dazu führt, dass diese den Bundesbehörden nicht bloß Beachtung, sondern Vollzug abverlangen.

So verstanden liegt Gesetzesvollzug im Sinne einer Aufgabenerfüllung zumindest dann vor, wenn die Behörde zu hoheitlichem Tätigwerden im Staat-Bürger-Verhältnis verpflichtet wird.

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes folgt demnach aus dem Umstand, dass Informationsansprüche gegen Bundesbehörden nur von Bundesbehörden vollzogen werden können. Die Kompetenz für ein Gesetz, welches nur von Bundesbehörden vollzogen werden kann, muss aufgrund von Art. 83 GG beim Bundesgesetzgeber liegen.⁹³ Es handelt sich hierbei wohl um eine Kompetenz kraft Natur der Sache, weil eine Regelung durch den Bund „unter Ausschluss anderer Möglichkeiten sachgerechter Lösung zwingend“ erforderlich ist.⁹⁴ Im Unterschied zum klassischen Fall der Kompetenz kraft Natur der Sache sind die Umstände, die eine landesgesetzliche Regelung ausschließen hier rechtlicher, nicht tatsächlicher Natur. Vor diesem Hintergrund sind die Auskunftsansprüche der LPresseG verfassungskonform derart auszulegen, dass sie Bundesbehörden nicht erfassen.

Im Ergebnis ist der vorliegend präsentierte Lösungsansatz auch deswegen vorzugswürdig, weil so die Ansprüche der LPresseG weiterhin uneingeschränkt für Landesbehörden anwendbar bleiben.

⁸⁴ Schnabel, NJW 2016, 1692 (1693).

⁸⁵ OVG Lüneburg ZUM-RD 2015, 32 (33).

⁸⁶ Statt vieler Kirchhof, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Bd. 5, 99. EL September 2022, Art. 83 Rn. 178.

⁸⁷ Kirchhof (Fn. 87), Art. 83 Rn. 178.

⁸⁸ Kirchhof (Fn. 87), Art. 83 Rn. 178.

⁸⁹ Hecker, DVBl 2006, 1416 (1417).

⁹⁰ Hecker, DVBl 2006, 1416 (1417).

⁹¹ Hecker, DVBl 2006, 1416 (1417).

⁹² Frenzel, in: Dix et al., Informationsfreiheit und Informationsrecht, Jahrbuch 2013, 79 (103).

⁹³ Frenzel (Fn. 51), LPresseG BW § 4 Rn. 4.

⁹⁴ BVerfGE 22, 180 (217) = NJW, 1967 1795, (1799).

D. Voraussetzungen des Presseauskunftsanspruchs

Nachdem gezeigt worden ist, dass Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG einen Presseauskunftsanspruch garantiert, welcher auf Bundesbehörden anzuwenden ist, werden im Folgenden die Voraussetzungen dieses Anspruches kurz dargestellt.

I. Aktivlegitimation

Die Bestimmung des Kreises der Anspruchsberechtigten ist problematisch. Denkbar wäre es, jedem, der sich auf die Pressefreiheit als Abwehrrecht berufen kann, auch den Auskunftsanspruch zuzubilligen. Dann bestünde die Gefahr, dass der Anspruch zweckentfremdet wird. Hierzu ein Beispiel aus der Praxis:

Eine AG betrieb ein Internetportal, welches Vergabeverfahren auf seiner Internetseite für gewerbliche Nachfrager aufbereitete. Sie hatte zunächst gestützt auf das IFG im Eilrechtsschutzverfahren Informationen zu diversen Vergabeverfahren begehrt, jedoch verloren. Daraufhin brachte sie eine Zeitschrift auf den Markt, in der in kurzen Fließtexten einzelne Bauprojekte beschrieben wurden.⁹⁵

Hier ist es sachlich nicht gerechtfertigt, die AG dadurch zu privilegieren, dass ihr einen Presseauskunftsanspruch eingeräumt wird. Allerdings bedarf es eines Ausschlusskriteriums, dass der Gefahr der inhaltlichen Auslese durch staatliche Gerichte vorbeugt.

Dieses lässt sich aus dem Zweck des Anspruches herleiten. Dieser soll die Informations- und Kontrollfunktion der Presse fördern. Folglich ist ein Funktionszusammenhang zwischen Auskunftsbegehren und „öffentlicher Aufgabe“ zwingend notwendig. Das Informationsbegehren muss einer Recherche dienen, deren Zweck es ist, zur öffentlichen Meinungsbildung beizutragen.⁹⁶ Bei Auskunftsbegehren von Presseunternehmen ist dies zu vermuten.⁹⁷ Ein hinreichender Funktionsbezug ist dann abzulehnen, wenn der Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung lediglich „schmückendes Beiwerk“ des Presserzeugnisses ist.⁹⁸

II. Hinreichend bestimmte Frage

Dem Auskunftsbegehren ist nur zu entsprechen, wenn es hinreichend konkret formuliert ist. Diese Voraussetzung gilt in gleicher Weise für das Umweltinformationsgesetz, Verbraucherinformationsgesetz, die LPresseG und das Informationsfreiheitsgesetz (IFG), obwohl sie im letzteren Gesetz nicht normiert worden ist.⁹⁹ Die Frage muss folglich einen hinreichenden Bezug zu einem konkreten Tatsachen-

komplex haben,¹⁰⁰ sodass klar bestimmbar ist, welche Informationen begehrt werden. Dadurch ermöglicht diese Voraussetzung die gerichtliche Überprüfung der Behördenentscheidung. Ist nicht ersichtlich, welche Information begehrt wird, kann die Verwaltung eine Konkretisierung des Antrags fordern.¹⁰¹

III. Anspruch nur auf tatsächlich vorhandene Informationen

Der Anspruch besteht nur auf tatsächlich vorhandene Informationen. Der Anspruch soll es der Presse ermöglichen, eigene Recherchen durchzuführen, nicht aber die Behörde dazu verpflichten, Recherchen im Interesse der Presse vorzunehmen.¹⁰²

IV. Auskunftspflichtete

Die Anspruchsverpflichteten ergeben sich ebenfalls aus dem Zweck des Anspruchs. Der Auskunftsanspruch soll die Kontrolle von staatlichem Handeln durch die Öffentlichkeit ermöglichen. Deswegen müssen Behörden zum Kreis der Anspruchsverpflichteten zählen. Hier kann es nicht auf einen formellen Behördenbegriff ankommen, denn sonst könnte sich der Staat durch privatwirtschaftliche Organisationsformen der Kontrolle entziehen.¹⁰³ Es ist stattdessen ein funktionell-teleologischer Behördenbegriff zugrunde zu legen.¹⁰⁴ Maßgeblich ist, ob öffentliche Verwaltungsaufgaben erfüllt werden.¹⁰⁵

E. Grenzen des Presseauskunftsanspruchs

Aufgrund der niedrigschwiligen Voraussetzungen des Auskunftsanspruchs kommt den Grenzen des Gewährleistungsumfanges besondere Bedeutung zu. Für die Bestimmung dieser Grenzen ist die vom Bundesverwaltungsgericht im Ursprung postulierte „Minimalstandard-Rechtsprechung“ zu würdigen.¹⁰⁶

I. Beschränkung auf einen Minimalstandard

Das Bundesverwaltungsgericht hat den Auskunftsanspruch aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG in Anschluss an *Hoffman-Riem*¹⁰⁷ ursprünglich auf einen Minimalstandard beschränkt.¹⁰⁸ Die Beschränkung auf einen Minimalstandard bedeutet, dass der Anspruch nur in dem Umfang besteht, welchen auch der Gesetzgeber nicht unterschreiten dürfte, wenn er einen einfachgesetzlichen Auskunftsanspruch normieren würde.

⁹⁵ S. hierzu Hofmann, NVwZ 2019, 1283 (1289).

⁹⁶ BVerwGE 165, 82 Rn. 24 = NVwZ 2019, 1283 (1285).

⁹⁷ BVerwGE 165, 82 Rn. 26 = NVwZ 2019, 1283 (1285).

⁹⁸ BVerwGE 165, 82 Rn. 29 = NVwZ 2019, 1283 (1285).

⁹⁹ Sicko, in: Gersdorf/Paal, Informations- und Medienrecht, 38. Ed. 2021, § 7 IFG Rn. 13.

¹⁰⁰ BVerwGE 173, 118 Rn. 22 = NVwZ 2022, 248 (250).

¹⁰¹ Entsprechend für das IFG: Sicko, (Fn. 99), § 7 IFG Rn. 13.

¹⁰² Entsprechend für die § 4 LPG, *Schröder-Schallenberg*, Informationsansprüche der Presse gegenüber Behörden, 1987, S. 93.

¹⁰³ BGH GRUR 2017, 1058, Rn. 18.

¹⁰⁴ LG Berlin AfP 2020, 529 (530).

¹⁰⁵ LG Berlin AfP 2020, 529 (530).

¹⁰⁶ BVerwGE 146, 56 (64) = NVwZ 2013, 1006 (1009).

¹⁰⁷ *Hoffman-Riem*, in: Alternativkommentar GG, Bd. 1, 2. Aufl. 1989, Art. 5 I, II Rn. 99.

¹⁰⁸ BVerwGE 146, 56 Rn. 29 = NVwZ 2013, 1006 (1009).

Dies versteht sich indessen von selbst: Wenn die Verfassung einen Auskunftsanspruch in bestimmtem Umfang garantiert, dann ist jeder einfachgesetzliche Anspruch, der hinter dieser Garantie der Verfassung zurückbleibt, insoweit verfassungswidrig. Verfassungsrecht bricht einfaches Recht und ist deswegen definitionsgemäß ein vom Gesetzgeber nicht unterschreitbarer Minimalstandard. Das gilt auch für verfassungsunmittelbare Ansprüche.

Das wird deutlich, wenn man sich andere verfassungsunmittelbare Leistungsansprüche vergegenwärtigt. Bezüglich des Anspruchs auf ein menschenwürdiges Existenzminimum ist es klar, dass jeder einfachgesetzliche Leistungsanspruch, der weniger als das Existenzminimum garantiert, verfassungswidrig ist. So führt das Bundesverfassungsgericht mit Hinblick auf diesen Anspruch aus: „Wenn der Gesetzgeber seiner verfassungsmäßigen Pflicht zur Bestimmung des Existenzminimums nicht hinreichend nachkommt, ist das einfache Recht im Umfang seiner defizitären Gestaltung verfassungswidrig.“¹⁰⁹ Auch das kürzlich begründete Recht auf Bildung umfasst einen „unverzichtbaren Mindeststandard von Bildungsangeboten.“¹¹⁰ Das Gleiche gilt für das elterliche Bestimmungsrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG.¹¹¹ Auch im Übrigen lässt sich kein anderer verfassungsunmittelbarer Anspruch finden, dessen Gewährleistungsgehalt der Gesetzgeber in einem einfachen Gesetz unterschreiten dürfte. Verfassungsunmittelbare Ansprüche sind also kraft ihres Wesens als Verfassungsnorm ein Minimalstandard, denn der Gesetzgeber darf deren Gewährleistungsgehalt nicht unterschreiten.

Für den verfassungsunmittelbaren Presseauskunftsanspruch gilt dies ebenso: Soweit Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG Auskunftsansprüche gewährt, ist jedes Gesetz, welches hinter dieser Gewährleistung zurückbleibt, verfassungswidrig.

Deswegen ist die Aufgabe der „Minimalstandard-Rechtsprechung“ durch das Bundesverwaltungsgericht¹¹² abzulehnen. Die Abkehr von der „Minimalstandard-Rechtsprechung“ bedeutet, dass das Bundesverwaltungsgericht einen Auskunftsanspruch unmittelbar aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG bejahen könnte, obwohl ein Gesetz, welches Auskunftsansprüche für denselben Fall ausschließt, verfassungskonform wäre. Dies steht im klaren Widerspruch zum Vorrang des Verfassungsrechts vor einfachem Recht.

Das Bundesverwaltungsgericht begründet diese Entscheidung nicht weiter, sondern konstatiert, dass es die „Minimalstandard-Rechtsprechung“ „schon seit einigen Jahren“ nicht mehr praktiziere.¹¹³ Genauer gesagt hat das Bundesverwaltungsgericht diese Rechtsprechung sofort nach ihrer

erstmaligen Begründung aufgegeben.¹¹⁴ Denn seitdem das Bundesverwaltungsgericht die These vertritt, dass der verfassungsunmittelbare Anspruch mit den LPresseG gleichlaufe, hat es die „Minimalstandard-Rechtsprechung“, trotz gegenteiliger Verlautbarungen des Gerichts, implizit beendet (dazu unter E.II.2.a)).

Die Aufgabe der „Minimalstandard-Rechtsprechung“ ist nicht nur dogmatisch bedenklich, sie überspielt zudem die Gewaltenteilung. Das Bundesverwaltungsgericht macht sich hierdurch zum „Ersatzgesetzgeber.“¹¹⁵ Soweit die Verfassung einen Auskunftsanspruch garantiert, steht dieser nicht zur Disposition des einfachen Gesetzgebers, weswegen das Bundesverwaltungsgericht auch in Ermangelung einer einfachgesetzlichen Grundlage insoweit Auskunftsansprüche bejahen kann. Doch ist dies nur insoweit zulässig, als die Verfassung einen Auskunftsanspruch auch tatsächlich garantiert. Alles, was darüber hinausgeht, ist dem Gesetzgeber zu überlassen.

Dies bedeutet kurzfristig eine Schwächung der Pressefreiheit. Indem man den Anspruch allerdings auf einen Minimalstandard beschränkt, wird Rechtssicherheit geschaffen, welche ihrerseits der Pressefreiheit dienlich ist. Denn Rechtssicherheit ist letztlich über eine einfachgesetzliche Regelung des Bundesgesetzgebers zu erreichen. Dass diese noch nicht erfolgt ist, liegt maßgeblich daran, dass das Bundesverfassungsgericht die Kompetenz des Bundesgesetzgebers zum Erlass eines solchen Anspruches noch nicht bestätigt hat. Dies hat zur Folge, dass der Bundestag bzw. die von seinen Ausschüssen angehörten Sachverständigen von einer Bundeszuständigkeit nach wie vor nicht überzeugt sind.¹¹⁶

Das Bundesverfassungsgericht hat sich in der Sache noch nicht zu der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bezüglich der Nichtanwendbarkeit der § 4 LPresseG auf Bundesbehörden und dem Bestehen eines Auskunftsanspruches aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG geäußert. Die gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 20.2.2013¹¹⁷ erhobene Verfassungsbeschwerde nahm das Gericht nicht zur Entscheidung an, weil die Informationen im konkreten Fall nicht vorlagen und deswegen jedenfalls kein Auskunftsanspruch bestehe, gleichgültig, welche Rechtsgrundlage tatsächlich die richtige sei.¹¹⁸ Solange der Beschwerdeführer im Ergebnis nicht schlechter stehe, als er stünde, wenn das Bundesverwaltungsgericht sein Auskunftsbegehren auf Grundlage des jeweils einschlägigen § 4 LPresseG geprüft hätte, bestünde jedenfalls keine

¹⁰⁹ BVerfGE 125, 175 (224) = NJW 2010, 505 (508), Rn. 137.

¹¹⁰ BVerfG NJW 2022, 167 Rn. 57.

¹¹¹ BVerfG NJW 2022, 167 Rn. 54.

¹¹² BVerwGE 173, 118 Rn. 18 = NVwZ 2022, 248 (249).

¹¹³ BVerwGE 173, 118 Rn. 18 = NVwZ 2022, 248 (249).

¹¹⁴ Vgl. Hofmann, NVwZ 2020, 305 (311).

¹¹⁵ Hofmann, NVwZ 2020, 305 (311).

¹¹⁶ Sten. Sitzungsprotokoll des Dt. Bundestages v. 27.7.2013, 17/250 S.32264 ff.; Stellungnahmen im Ausschuss für Inneres und Heimat zum Entwurf eines Presseauskunftsgesetzes von Cornils (Ausschussdrucksache 19(4) 236 A) und Gärditz (Ausschussdrucksache 19(4) 236 D).

¹¹⁷ BVerwGE 146, 56 = NVwZ 2013, 1006.

¹¹⁸ BVerfG NVwZ 2016, 50 Rn. 13.

Belastung, sodass eine Grundrechtsverletzung auszuschließen sei.¹¹⁹

Die konsequente Beschränkung auf einen Minimalstandard würde dem Bundesverfassungsgericht den Rückzug auf diese „formalistische Position“¹²⁰ unmöglich machen, sobald der verfassungsunmittelbare Minimalstandard in einem Einzelfall hinter dem Gewährleistungsgehalt des einschlägigen § 4 LPresseG zurückbleibt. Eine Klärung durch das Bundesverfassungsgericht würde dem Bundesgesetzgeber Gewissheit über seine Zuständigkeit für die Regelung von Auskunftsansprüchen gegen Bundesbehörden verschaffen und ihm so den rechtsicheren Erlass eines Auskunftsanspruches gegen Bundesbehörden ermöglichen. Insofern dient die Beschränkung des Auskunftsanspruches auf Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG auf den von der Verfassung tatsächlich garantierten Umfang, also auf den Minimalstandard, der Schaffung von Rechtssicherheit und ist auch aus diesem Grund beizubehalten.

II. Bestimmung des verfassungsrechtlichen Minimalstandards

Den obigen Ausführungen folgend ist der Anspruch aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG auf einen Minimalstandard zu beschränken. Um diesen Minimalstandard zu bestimmen, ist zu prüfen, ob ein Gesetz, welches einen Presseauskunftsanspruch im jeweiligen Fall ausschließen würde, verfassungskonform wäre.

Letzteres erfordert eine Prüfung im Einzelfall. Das Informationsinteresse der Presse ist mit gegenläufigen privaten und öffentlichen Interessen abzuwägen. Allerdings ist zu beachten, dass die „öffentliche Aufgabe“ der Presse gefährdet wäre, wenn der Staat in Form der Gerichte eine Bewertung des Informationsinteresses der Presse vornähme. Es ist Sache der Presse zu bestimmen was veröffentlichungswürdig ist und was nicht. Gerichte sind folglich auf eine Gewichtung der gegenläufigen Interessen, d.h. auf eine Seite der bildlichen Waage beschränkt.¹²¹ Das Gericht prüft demnach, ob die entgegenstehenden Interessen hinreichend gewichtig sind, um die Behörde zur Verweigerung der Informationserteilung zu berechtigen. Genauer gesagt handelt es sich folglich nicht um eine Abwägung im Einzelfall, sondern um ein „Informationsgewährungsgebot mit Verweigerungsvorbehalt.“¹²²

1. Die Befugnis zur typisierenden Regelung

Insofern mag man sich fragen, wie sich diese Konzeption von der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts unterscheidet. Denn das Gericht bewertet das Informations-

interesse der Presse nicht.¹²³ Sind die entgegenstehenden Interessen von hinreichendem Gewicht, so ist der Anspruch ausgeschlossen.¹²⁴

Der entscheidende Unterschied liegt in der Beachtung der Befugnis des Gesetzgebers, generalisierende und typisierende Regelungen zu treffen.

Eine gesetzliche Regelung kann und muss nicht jeden Einzelfall korrekt erfassen. Der Gesetzgeber kann Bereichsausnahmen normieren, sofern die hierdurch geschützten Interessen das Informationsinteresse der Presse in aller Regel – aber eben nicht immer – überwiegen.¹²⁵

Lehnte man diese Befugnis des Gesetzgebers ab, so hieße das, dass der Gesetzgeber nur zum Erlass eines Auskunftsanspruches befugt wäre, welcher den Auskunftsanspruch vorbehaltlos oder nach Abwägung der widerstreitenden Interessen im Einzelfall gewährte.

Eine solche gesetzliche Regelung würde auch der Pressefreiheit nicht dienlich sein. Solange über journalistische Auskunftsbegehren ausschließlich durch Abwägung im Einzelfall entschieden wird, ist es für Antragssteller und -gegner schwer abzusehen, ob die Auskunft zu erteilen ist. So ist es für die Behörde im Zweifel günstiger, sich auf einen gerichtlichen Streit einzulassen. Selbst einstweiliger Rechtsschutz kostet Geld und – aus Pressesicht besonders ungünstig – Zeit. Eine gesetzliche Regelung, die durch Generalisierung und Typisierung Abwägungsergebnisse vorzeichnet, erhöht die Anzahl der Fälle, in denen die Behörde weiß, dass sie dem Auskunftsbegehren entsprechen muss. Das vermeidet Streit und ermöglicht der Presse, zeitnah über die begehrten Informationen zu berichten. Die gesetzgeberische Befugnis zu generalisieren ist folglich anzuerkennen und bei der Bestimmung des Minimalstandards zu beachten.

Betrifft ein Auskunftsbegehren Interessen, die den Gesetzgeber zur Normierung einer Bereichsausnahme berechtigen, also solche Interessen, die das Informationsinteresse der Presse in aller Regel überwiegen, so findet keine Abwägung statt. Der Anspruch ist ausgeschlossen. Solche Interessen sind z.B. operative Vorgänge des BND.¹²⁶ Erst wenn die entgegenstehenden Interessen sich keinem Bereich zuordnen lassen, für welchen der Gesetzgeber eine Bereichsausnahme normieren könnte, findet eine Gewichtung der entgegenstehenden Interessen statt.¹²⁷

2. Die Grenzen des Anspruchs im Einzelnen

Die oben angestellten Überlegungen sollen nun für die Bestimmung der Grenzen des Anspruchs fruchtbar gemacht

¹¹⁹ BVerfG NVwZ 2016, 50 Rn. 13.

¹²⁰ Schnabel, NJW 2016, 1692 (1695).

¹²¹ BVerwGE 173, 118, Rn. 18 = NVwZ 2022, 248 (249).

¹²² Hofmann, NVwZ 2020, 305 (311).

¹²³ BVerwGE 173, 118, Rn. 18 = NVwZ 2022, 248 (249).

¹²⁴ BVerwGE 173, 118, Rn. 18 = NVwZ 2022, 248 (249).

¹²⁵ BVerwGE 151, 348, Rn. 26 = ZD 2015, 535 (536).

¹²⁶ BVerwG NVwZ 2015, 1383 Rn. 9.

¹²⁷ BVerwGE 151, 348 Rn. 26 = ZD 2015, 535 (536).

werden. Um zu bestimmen, welche gegenläufigen Interessen zu einem Auskunftsverweigerungsrecht der Behörde führen, ist zu untersuchen, ob und inwieweit Begrenzungen anderer Gesetze auf den Presseauskunftsanspruch anwendbar sind. Diskutiert wird eine Übertragung der Grenzen aus § 4 LPresseG und aus dem IFG.¹²⁸

a) Nichteingreifen der Grenzen der § 4 LPresseG als notwendige Voraussetzung

Das Bundesverwaltungsgericht geht in ständiger Rechtsprechung vom Gleichlauf des verfassungsunmittelbaren Presseauskunftsanspruchs und der § 4 LPresseG aus.¹²⁹

Dieser Umstand beruht auf einem Missverständnis des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 27.07.2015.¹³⁰ Hierbei handelt es sich um den oben bereits erwähnten Nichtannahmebeschluss, in welchem das Gericht eine Grundrechtsverletzung im Ergebnis verneint, da dem Auskunftsbegehren des Beschwerdeführers auch nach dem einschlägigen § 4 BlnPrG nicht zu entsprechen gewesen wäre.¹³¹

Das Bundesverwaltungsgericht rezipiert dies seitdem in bemerkenswerter Weise: So schreibt es unter Verweis auf diesen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts: „Der verfassungsunmittelbare Auskunftsanspruch der Presse hat [...] nicht hinter dem Inhalt derjenigen presserechtlichen Auskunftsansprüche zurück[zu]bleib[en] [...], die die Landesgesetzgeber [...] in den Landespressegesetzen normiert haben.“¹³²

Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch wie oben dargelegt, sowohl die Existenz als auch den Umfang eines etwaigen Auskunftsanspruches aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG explizit offengelassen. Die Übertragbarkeit der Grenzen der § 4 LPresseG lässt sich folglich nicht mit einem Verweis auf diesen Beschluss begründen.

Eine Übertragbarkeit der Grenzen der § 4 LPresseG kann indessen zweierlei Dinge bedeuten.

Nimmt man das Bundesverwaltungsgericht beim Wort, so hieße das, dass eine Änderung der § 4 LPresseG durch die Landesgesetzgeber auch eine entsprechende Änderung des verfassungsunmittelbaren Anspruchs bedeutete. Dies hätte zur Folge, dass der Schutzgehalt eines Grundrechtes unzulässigerweise¹³³ durch einfaches Recht determiniert würde. Einfaches Recht wird durch Verfassungsrecht gebrochen und kann schon deswegen nicht ohne Weiteres zu dessen Auslegung herangezogen werden. Anderenfalls könnte der einfache Landesgesetzgeber im Ergebnis Verfassungsrecht normieren.

Andererseits kann man das Bundesverwaltungsgericht auch dahingehend verstehen, dass die § 4 LPresseG in ihrer aktuellen Fassung den verfassungsunmittelbaren Auskunftsanspruch zutreffend wiedergeben. Etwaige Änderungen der § 4 LPresseG würden sich dann nicht auf den verfassungsunmittelbaren Anspruch auswirken.

Eine Übertragbarkeit wäre zunächst dann zu bejahen, wenn jedem Begehren, dem nach den § 4 LPresseG zu entsprechen wäre, schon von Verfassungs wegen zu entsprechen wäre. Dies wäre dann der Fall, wenn der Gewährleistungsgehalt der § 4 LPresseG und des Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG insoweit identisch wären.

Dies scheint fraglich. Denn der verfassungsunmittelbare Anspruch ist ein Minimalstandard, den der Gesetzgeber nicht unterschreiten darf. Wenn aber der Anspruch aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG einerseits mit den § 4 LPresseG gleichliefe und gleichzeitig der verfassungsrechtliche Minimalstandard wäre, dann hieße das, dass jeder Landesgesetzgeber, der den jeweiligen landespressegesetzlichen Auskunftsanspruch geringfügig zu Lasten der Presse änderte, ein verfassungswidriges Gesetz erließe. Ein fragwürdiges Ergebnis.

Die § 4 LPresseG erfordern zudem eine Abwägung der gegenläufigen Interessen im Einzelfall. Wenn das Informationsinteresse der Presse entgegenstehende Interessen überwiegt, so wird der Anspruch gewährt.

Gerade das reicht für die Gewährung des verfassungsunmittelbaren Anspruchs jedoch nicht. Für diesen ist darüber hinaus erforderlich, dass die entgegenstehenden Interessen keinem Bereich zuzuordnen sind, für welchen der Gesetzgeber eine Bereichsausnahme normieren könnte.

Indem die § 4 LPresseG keine Bereichsausnahmen kennen, sondern schon bei einem Überwiegen des Informationsinteresses im Einzelfall gewährt werden, gehen sie demnach weiter als der verfassungsunmittelbare Presseauskunftsanspruch. Deswegen kann der Presseauskunftsanspruch nur entweder Minimalstandard oder mit den § 4 LPresseG identisch sein. Das Bundesverwaltungsgericht hat die „Minimalstandard-Rechtsprechung“ folglich bereits aufgegeben, als es den Gleichlauf des verfassungsunmittelbaren Presseauskunftsanspruchs mit den § 4 LPresseG postulierte.

Aus dem Gesagten lassen sich die folgenden Schlüsse ziehen: Nur weil einem Anspruchsbegehren nach den § 4 LPresseG zu entsprechen ist, heißt das nicht, dass diesem Begehren auch nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG zu entsprechen ist, denn letzterer Anspruch ist weniger umfassend als ersterer.

¹²⁸ Hierzu *Schemmer*, AfP 2020, 1 Rn. 41 ff.; *Gurlit*, AfP 2020, 9 (17) Rn. 30 ff.

¹²⁹ BVerwGE 173, 118 Rn. 18 = NVwZ 2022, 248 (249).

¹³⁰ BVerfG NVwZ 2016, 50.

¹³¹ BVerfG NVwZ 2016, 50 Rn. 13.

¹³² BVerwGE 154, 222 Rn. 15 = ZD 2016, 541.

¹³³ Vgl. *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 533.

Wenn der Anspruch allerdings nach § 4 LPresseG ausgeschlossen ist, so muss er erst recht nach dem weniger umfassenderen Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG ausgeschlossen sein. Jedes andere Ergebnis ist ohnehin nicht haltbar, denn die § 4 LPresseG sind einfache Gesetze und können deswegen nicht weniger gewähren als ein verfassungsunmittelbarer Anspruch, ohne verfassungswidrig zu sein.

Mithin ist es für die Gewährung des Anspruchs notwendig, jedoch nicht hinreichend, dass keine Begrenzung der § 4 LPresseG eingreift.

b) Nichteingreifen der Grenzen des IFG als hinreichende Voraussetzung

Weiter ist fraglich, ob die Grenzen des IFG auf den verfassungsunmittelbaren Anspruch übertragen werden können. Auch hier ist die entscheidende Frage, wie sich der Gewährleistungsgehalt des IFG zum Gewährleistungsgehalt des Anspruchs aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG verhält.

Das Bundesverwaltungsgericht lehnt eine Übertragung der Begrenzungen aus § 3 Nr. 8 IFG unter Verweis auf seine vorherige Rechtsprechung ab.¹³⁴ Das Gericht geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass der Anspruch aus dem IFG hinter demjenigen aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG zurückbleibt.¹³⁵

Weil das IFG nicht grundrechtlich fundiert sei, könne es den verfassungsunmittelbaren Presseauskunftsanspruch nicht einschränken.¹³⁶ Allerdings sei einem Auskunftsbegehren, welchem nach dem nicht grundrechtlich fundierten IFG zu entsprechen sei, auch nach dem Anspruch aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG zu entsprechen.¹³⁷ Der verfassungsunmittelbare Auskunftsanspruch, so die Hypothese, könne nicht weniger garantieren als ein nicht grundrechtlich fundierter Jedermann-Anspruch.¹³⁸

Diese These des Bundesverwaltungsgerichts ist zumindest in ihrer Begründung fragwürdig. Denn selbst wenn man meint, dass IFG sei als Jedermann-Anspruch nicht grundrechtlich geschützt, ist der Gesetzgeber dennoch nicht gehindert, deutlich umfassendere Jedermann-Ansprüche zu normieren.

So gibt es z.B. in Bremen (BremIFG) und Hamburg (HmbTG) Jedermann-Ansprüche, welche teilweise über den Gewährleistungsgehalt der § 4 LPresseG hinausgehen (vgl. insbesondere § 11 BremIFG u. § 10 HmbTG).

Entscheidend ist vielmehr die Frage, ob die Schranken der §§ 3–6 IFG die „öffentliche Aufgabe“ der Presse hinreichend berücksichtigen. Dies wäre der Fall, wenn der Ge-

setzgeber eine Presseauskunftsanspruch erlassen könnte, welcher über einen mit dem IFG identischen Schrankenkatalog verfügt. Dies ist überaus fraglich. Zwar ist die Befugnis des Gesetzgebers, Bereichsausnahmen zu normieren, zu bejahen. Doch müssen die durch die Bereichsausnahmen geschützten Interessen das Informationsinteresse in aller Regel überwiegen.¹³⁹ Daraus folgt eine Pflicht des Gesetzgebers, etwaige Bereichsausnahmen auf dasjenige Maß zu beschränken, das für den Schutz gegenläufiger Interessen tatsächlich notwendig ist.¹⁴⁰ Eine umfassende Bereichsausnahme zugunsten der Geheimdienste entspricht diesen Anforderungen nicht. Denn soweit diese nicht operativ tätig werden, besteht kein herausragendes, das Informationsinteresse der Presse in aller Regel überwiegendes Geheimhaltungsinteresse.

Unter der Annahme, dass die Übertragung der Schranken des IFG auf den Presseauskunftsanspruch auch im Übrigen jedenfalls nicht zu „großzügig“ wäre, ist es für die Gewährung des Presseauskunftsanspruches folglich nicht notwendig, aber hinreichend, dass keine der Grenzen der §§ 3–6 IFG eingreifen.

c) Geheimhaltungspflichten nach anderen Gesetzen

Die Verfassungsmäßigkeit der Geheimhaltungspflichten aus §§ 93–101a, 201–206, 353b, 353d StGB und § 30 AO wird ganz allgemein bejaht, sodass der Mindeststandard keinen Anspruch auf Auskunft über Informationen, die Gegenstand der Geheimhaltungspflicht sind, gewähren kann.¹⁴¹ Diese stellen allerdings keine Grenzen des verfassungsunmittelbaren Anspruchs dar. Vielmehr ergibt sich ein Auskunftsverweigerungsrecht der Behörde schon aus diesen, sodass der Anspruch ausgeschlossen ist, wenn diese eingreifen.

d) Entgegenstehende private Interessen: Der Vorbehalt des Gesetzes

Stehen private Interessen der Auskunft entgegen, so sind die Gerichte mit einem Dilemma konfrontiert. Denn die Verwaltung hat den Vorbehalt des Gesetzes zu beachten, wenn sie in die Rechte eines Bürgers eingreift. Demnach müssen sich „alle den Einzelnen belastenden Maßnahmen auf ein formelles Gesetz zurückführen lassen.“¹⁴²

Insofern bestehen zwei Handlungsmöglichkeiten. Entweder man umgeht den Vorbehalt des Gesetzes, ein höchst problematisches Ergebnis, oder man lässt ein Auskunftsbegehren bei jeglichen, noch so geringfügigen entgegenste-

¹³⁴ BVerwGE 173, 118 Rn. 19 = NVwZ 2022, 248 (250).

¹³⁵ Jüngst: BVerwGE, 166, 303 Rn. 15 = NVwZ 2020, 305 (306); a.A. VG Köln AfP 2015, 477 (482).

¹³⁶ BVerwGE 151, 348 Rn. 29 = ZD 2015, 535 (537).

¹³⁷ BVerwGE 151, 348 Rn. 29 = ZD 2015, 535 (537).

¹³⁸ BVerwGE 151, 348 Rn. 29 = ZD 2015, 535 (537).

¹³⁹ S. oben unter E.II.1.

¹⁴⁰ BVerwG NVwZ 2019, 473 Rn. 18 = NVwZ 2020, 305 (307).

¹⁴¹ Statt vieler *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Band 1, 99. EL September 2022, Art. 5 Rn. 481.

¹⁴² *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 277.

henden privaten Rechten scheitern.¹⁴³ Das wäre seinerseits ein unerträgliches Resultat.

Das Bundesverwaltungsgericht hält an seiner bisherigen Auffassung fest, dass Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG eine taugliche Eingriffsgrundlage sei.¹⁴⁴ Denn wenn das Informationsinteresse der Presse entgegenstehende private Interessen überwiegt, sei „verfassungsrechtlich determiniert“,¹⁴⁵ dass die privaten Interessen zurückstehen müssen. Dies stimmt allerdings nur, wenn man lediglich einen Minimalstandard gewährt.

Denn aus der Beschränkung auf einen Minimalstandard folgt, dass der verfassungsunmittelbare Presseauskunftsanspruch nur dann zu gewähren ist, wenn der Gesetzgeber einem entgegenstehenden Privatinteresse nicht den Vorrang vor dem Informationsinteresse der Presse einräumen könnte. Es geht also um Fälle, in denen der Gesetzgeber keinerlei Gestaltungsspielraum hat. Auch hier ist zu beachten, dass eine gesetzliche Regelung nicht jeden Einzelfall korrekt erfassen muss. Der Gesetzgeber kann bestimmten Privatinteressen generell den Vorrang vor dem Informationsinteresse der Presse einräumen, wenn die Abwägung in aller Regel dementsprechend ausfällt. Auf ein Überwiegen des Informationsinteresses im Einzelfall kommt es dann nicht an.¹⁴⁶

Könnte keine abwägungsfeste Begrenzung normiert werden und überwiegt das Informationsinteresse der Presse auch im Einzelfall, so ist der Anspruch zu gewähren. Hierdurch wird dem Gesetzgeber die Abwägung der entgegenstehenden Interessen vorenthalten. Allerdings handelt es sich in diesem Fall um eine Abwägung, welche der Gesetzgeber beim Erlass eines einfachgesetzlichen Presseauskunftsanspruches zu Gunsten der Presse entscheiden muss. In diesem Falle scheint es eher erträglich, den Vorbehalt des Gesetzes nicht eingreifen zu lassen, als jedem Privatinteresse den Vorrang vor dem Informationsinteresse der Presse einzuräumen.

Doch hat das Bundesverwaltungsgericht die „Minimalstandard-Rechtsprechung“ explizit aufgegeben.¹⁴⁷ Es nimmt eine Abwägung im Einzelfall vor¹⁴⁸ und übergeht damit die gesetzgeberische Befugnis zu typisieren. Das Gericht trifft also Entscheidungen, die u.U. nicht „verfassungsrechtlich determiniert“¹⁴⁹ sind, sondern vom Gesetzgeber anders entschieden werden könnten. Für betroffene Dritte ist dies unzumutbar. Es wird in ihre Rechte eingegriffen, obwohl der ihnen verantwortliche Gesetzgeber keine Grundlage für diese Eingriffe geschaffen hat und dies beim Erlass einer einfachgesetzlichen Regelung auch nicht müsste. In diesem Fall ist eine Umgehung des Gesetzesvorbehalts nicht hinnehmbar.

Folglich ist Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG nur insoweit als taugliche Eingriffsgrundlage zu qualifizieren, als der Auskunftsanspruch auf einen Minimalstandard beschränkt wird.

F. Fazit

Es ist nicht überzeugend, in einem verfassungsunmittelbaren Leistungsanspruch etwas anderes als einen Minimalstandard zu sehen. Bereits der Umstand, dass es sich bei Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG um eine Verfassungsnorm handelt, verbietet es dem Gesetzgeber, den Gewährleistungsgehalt dieser Norm zu unterschreiten. Indem das Bundesverwaltungsgericht generell eine Einzelfallabwägung vornimmt, überspielt es die Gewaltenteilung, ruft Rechtsunsicherheit hervor und übergeht den Vorbehalt des Gesetzes. Gerade wenn ein Auskunftsbegehren in Rechte Dritter eingreift, treten die Schwächen dieser Rechtsprechung klar zu Tage.

Vor diesem Hintergrund ist die ursprünglich postulierte Beschränkung auf einen Minimalstandard vorzuzugswürdig. Sie bedeutet zwar kurzfristig eine Schwächung der Pressefreiheit. Doch teilt sie die oben genannten Defizite der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht. Auch lassen sich Voraussetzungen und Grenzen des Presseauskunftsanspruches treffsicherer bestimmen, wenn man dieser Auffassung folgt. Sofern dem Anspruch nach dem IFG in seiner jetzigen Fassung zu entsprechen ist, ist diesem erst recht nach dem verfassungsunmittelbaren Presseauskunftsanspruch zu entsprechen. Wenn der Anspruch nach den § 4 LPresseG in seiner aktuellen Fassung dagegen ausgeschlossen ist, so gilt dies erst recht für den Anspruch aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG. Im Übrigen ist zu prüfen, ob die entgegenstehenden Interessen so beschaffen sind, dass der Gesetzgeber eine Bereichsausnahme bezüglich dieser normieren dürfte. Ist dem so, so ist der Anspruch ausgeschlossen. Ist dies nicht so, so ist zu prüfen, ob die entgegenstehenden Interessen im Einzelfall hinreichend gewichtig sind, um den Anspruch auszuschließen. Erst wenn auch dies nicht der Fall ist, ist der Anspruch zu gewähren.

Diese Rechtslage ist in keiner Hinsicht optimal. Doch ist es nicht Aufgabe der Gerichte, durch Auslegung der Verfassung eine optimale Rechtsordnung zu schaffen. Die Verfassung markiert die Grenzen der Ausübung von hoheitlicher Gewalt. Innerhalb dieser Grenzen sind verschiedene Regelungen möglich, deren Ausgestaltung im Einzelnen dem Gesetzgeber zu überlassen ist. Deswegen ist nach wie vor auf eine bundesgesetzliche Regelung zu hoffen.

¹⁴³ So wohl Gärditz, AfP 2019, 281 Rn. 16.

¹⁴⁴ BVerwGE 173, 118 Rn. 21 = NVwZ 2022, 248 (250).

¹⁴⁵ BVerwGE 173, 118 Rn. 21 = NVwZ 2022, 248 (250).

¹⁴⁶ S. oben unter E.II.1.

¹⁴⁷ BVerwGE 173, 118 Rn. 18 = NVwZ 2022, 248 (249).

¹⁴⁸ BVerwGE 173, 118 Rn. 18 = NVwZ 2022, 248 (249).

¹⁴⁹ BVerwGE 173, 118 Rn. 21 = NVwZ 2022, 248 (250).

Nina Granel*

Zum Erfordernis eines „neuen § 217 StGB“

Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26.2.2020, in welcher § 217 StGB a.F. für nichtig erklärt wurde, stellt sich die Frage, ob es einer neuen strafrechtlichen Regelung der Hilfe zu fremdem eigenverantwortlichen Suizid bedarf. Vorliegend wird die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nachgezeichnet und sich mit der Möglichkeit einer neuen, andersartigen strafrechtlichen Regelung der Hilfe zu fremdem eigenverantwortlichen Suizid auseinandergesetzt. Vor dem Hintergrund der Diskussion um die Legitimität von Straftatbeständen, werden dabei die verschiedenen Gesetzentwürfe, über die der Bundestag bei der Einführung des § 217 StGB a.F. entschieden hatte, analysiert. Ebenso werden aktuellere politische Initiativen beleuchtet.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	60
B. Die Nichtigerklärung von § 217 StGB durch das BVerfG	61
I. Sachverhalt	61
II. Entscheidungsgründe	61
III. Folgerungen aus dem Urteil	62
C. Legitimierung von Straftatbeständen	62
I. Liberale, personale Rechtsgutstheorie	62
1. Begriff des personalen Rechtsguts	62
2. Systemkritische Funktion	62
II. Alternativen zur liberalen Rechtsgutstheorie	63
1. Zur Kritik an der liberalen Rechtsgutstheorie ..	63
2. Hilfe durch das <i>Harm Principle</i> ?	63
3. Verfassungsrechtlicher Maßstab	63
4. Entscheidung für die liberale, personale Rechtsgutstheorie	64
D. Zur fehlenden Legitimation eines Straftatbestands zur Suizidhilfe – unter Einbezug der aktuellen politischen Diskussion und der verschiedenen Gesetzentwürfe zu § 217 StGB	65
I. Das Problem des geschützten Rechtsguts bei der Hilfe zu fremdem eigenverantwortlichen Suizid ..	65
1. Suizid als strafbare Haupttat?	65
2. Unrecht der Hilfe zum Suizid	66
3. Zwischenergebnis	68

II. Unzulässige moralistische Begründung von Strafe	68
III. Erforderlichkeit des Strafrechts?	68
E. Kein Verbot einer gesetzlichen Regelung der Freiverantwortlichkeit	69
F. Ergebnisse	69

A. Einleitung

§ 217 StGB wurde vom Deutschen Bundestag mit Wirkung zum 10.12.2015 durch das Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung eingeführt. Die Norm beruhte auf dem fraktionsübergreifenden Gesetzesvorschlag der Abgeordneten *Brand* (CDU/CSU), *Griese* (SPD) und *Vogler* (DIE LINKE)¹ und markierte die erstmalige Strafbarkeit der Suizidhilfe im deutschen Strafrecht seit 1871.² In der Strafrechtswissenschaft wurde § 217 StGB als verfassungswidrig abgelehnt und vernichtend kritisiert.³ Insbesondere warf die Diskussion die Frage nach der Legitimität des mit § 217 StGB verfolgten paternalistischen⁴ Gesetzeszwecks auf und ließ die langjährige Diskussion über Bedürfnis und Maßstab einer Überprüfung der Legitimität strafrechtlicher Normzwecke von Neuem aufleben. Am 26.2.2020 stellte das BVerfG die Nichtigkeit von § 217 StGB fest. Mithin drängt sich die Frage auf, ob es einer neuen strafrechtlichen Regelung der Hilfe zu fremdem eigenverantwortlichen Suizid bedarf.

Der Aufbau der Untersuchung gestaltet sich wie folgt: Zunächst stellt der Beitrag in einem ersten Teil (B.) das Urteil des BVerfG zur Nichtigkeit des § 217 StGB vor und zeichnet die Entscheidungsbegründung nach. In einem zweiten Teil (C.) richtet sich der Blick auf die Aufgaben des Strafrechts und die grundsätzliche Legitimierung von Strafnormen. Den Schwerpunkt bildet hier die Suche nach einem Maßstab zur Beurteilung der Legitimität strafrechtlicher Normen. Dies geschieht durch eine knappe Untersuchung der Rechtsgutstheorie, des angloamerikanischen *Harm Principle* und der Vorgaben des Grundgesetzes. In einem dritten Teil (D.) wird untersucht, ob ein Bedürfnis nach einer neuen strafrechtlichen Regelung der Hilfe zu fremdem eigenverantwortlichen Suizid besteht. Dafür ist zu klären, ob eine potentielle Neuregelung einen legitimen Schutzzweck verfolgt und eine Regelung im Strafrecht dem

* Die Verfasserin studiert im siebten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Der Beitrag beruht auf einer Studienabschlussarbeit im Schwerpunktbereich Strafrechtspflege und Kriminologie, Unterschwerpunkt Grundlagen des Strafrechts und Wirtschafts- bzw. Umweltstrafrechts. Die Themenstellung erfolgte durch Univ.-Prof. Dr. Gerhard Seher.

¹ BT-Drs. 18/5373.

² Saliger, in: NK-StGB, 5. Aufl. 2017, § 217 Rn. 1.

³ Duttge, NJW 2016, 120 (120 ff.); Eidam, medstra 2016, 17 (18 f.); Gade, JuS 2016, 385 (387); Hecker, GA 2016, 455 (455 ff.); Hoven, ZIS

2016, 1 (8); Roxin, NStZ 2016, 185 (188 ff.); Saliger, medstra 2015, 132 (138); ders. (Fn. 2), § 217 Rn. 5 f. A.A. Kubiciel, ZIS 2016, 396 (396); Nakamichi, ZIS 2017, 324 (328).

⁴ Paternalistische Normen werden dadurch gekennzeichnet, dass der Staat zum „Wohle“ der betroffenen Personen in deren grundrechtlich verbürgte Handlungsfreiheit eingreift, dieser Eingriff aber ohne oder gegen den Willen der Person erfolgt, vgl. Kienzerle, Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, 2020, S. 26.

Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspräche. Hierbei werden die verschiedenen Gesetzesentwürfe, über die der Bundestag bei der Einführung des § 217 StGB entschieden hat, sowie die aktuelle politische Diskussion miteinbezogen. Der vierte Teil (E.) beinhaltet eine geboten knappe Darstellung zur Legitimität des Schutzes der Eigenverantwortlichkeit der Suizidentscheidung. Die Frage, wie die Eigenverantwortlichkeit der Suizidentscheidung zu gewährleisten ist, gilt es vorliegend jedoch nicht zu beantworten. Die Eigenverantwortlichkeit des Suizidenten wird im Übrigen vorausgesetzt.

B. Die Nichtigerklärung von § 217 StGB durch das BVerfG

Ausgangspunkt dieser Untersuchung ist das Urteil des BVerfG vom 26.2.2020.⁵ Der Zweite Senat entschied darin, dass die durch § 217 StGB verbotene geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung gegen das Grundgesetz verstößt und erklärte die Norm für nichtig.

I. Sachverhalt

§ 217 StGB stellte denjenigen unter Strafe, der in der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern, diesem hierzu geschäftsmäßig die Gelegenheit gewährt, verschafft oder vermittelt hat. Die für die vorliegende Untersuchung relevanten Beschwerdeführer⁶ der gegen § 217 StGB gerichteten Verfassungsbeschwerden waren schwer erkrankte Personen, die Suizidhilfe von Suizidhilfevereinen in Anspruch nehmen wollten.

II. Entscheidungsgründe

Wesentliche Erwägung des Senats war, dass das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) von Menschen verletzt, die sich freiverantwortlich für einen Suizid entschieden haben. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleiste als Ausdruck der Autonomie und Selbstbestimmung des Individuums ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben und damit ein Recht auf Selbsttötung.⁷ Gerade auch aus der Garantie der Menschenwürde ergebe sich, dass die eigenen moralischen und weltanschaulichen Überzeugungen die einzige Grundlage der Zulässigkeit einer Entscheidung über das eigene Lebensende seien.⁸ Es bedürfe keiner anderen, insbesondere keiner

objektiv nachvollziehbaren Begründung oder Rechtfertigung des autonomen Todeswillens.⁹ Die Menschenwürde finde ihre Grenze auch nicht in der Voraussetzung des Lebens als Grundlage etwaiger Selbstbestimmungsfähigkeit. Die freiverantwortliche Entscheidung zur Selbsttötung sei vielmehr letztmöglicher Ausdruck der Selbstbestimmung, nicht ihre Grenze. Das Recht auf Selbsttötung umfasse auch das Recht, hierfür Hilfe von Dritten in Anspruch zu nehmen. Die faktische Unmöglichkeit einer Inanspruchnahme von geschäftsmäßiger Suizidhilfe stehe einem direkten Eingriff in die Grundrechte der Suizidwilligen als Normadressaten gleich. Als gesetzliche Grundlage für die besonders schwerwiegende Einschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und wegen des spezifischen Zusammenhangs mit der Menschenwürde müsse § 217 StGB dem Grundsatz strikter Verhältnismäßigkeit entsprechen. Das Recht des Einzelnen auf selbstbestimmtes Sterben stehe mit der Schutzpflicht des Staates für das Rechtsgut Leben und der Wahrung der Autonomie Suizidwilliger in Kollision. Legitimes Ziel sei, die Entstehung gesellschaftlichen Drucks als Folge einer potenziellen Normalisierung von Sterbehilfe als Dienstleistung zu verhindern und so die Autonomie des Einzelnen zu sichern. Ein strafrechtliches Verbot der Suizidhilfe sei grundsätzlich auch geeignet, den Schutz der Selbstbestimmung und des Lebens zumindest zu fördern. Die Frage der Erforderlichkeit ließ das BVerfG trotz Zweifeln offen, da § 217 StGB jedenfalls unangemessen sei. Die durch § 217 StGB faktisch unmögliche Inanspruchnahme von geschäftsmäßiger Suizidhilfe stehe in ihren Nachteilen außer Verhältnis zu dem erstrebten Rechtsgutschutz. Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben könne nicht in Form von Suizidhilfe verwirklicht werden, auch wenn dies dem in eigenverantwortlicher Willensbildung gewählten Weg des Einzelnen entspräche. Der Gesetzgeber sei bei einer gesetzlichen Einschränkung an die grundlegende Bedeutung des Rechts auf Selbstbestimmung für die Entfaltung und Wahrung der eigenen Persönlichkeit gebunden. Vorliegend habe er diese Wertung aber durch die faktische Unmöglichkeit der Inanspruchnahme von Suizidhilfe überschritten. Eine gesetzgeberische Schutzpflicht überwiege nur dann, wenn die Selbstbestimmung über das eigene Lebensende nicht mehr Ausdruck autonomer Willensbildung sei. § 217 StGB nehme dem Einzelnen jedoch die Möglichkeit einer selbstbestimmten Entscheidung, da implizit von der Annahme ausgegangen werde, dass jeg-

⁵ BVerfG NJW 2020, 905.

⁶ Weitere Beschwerdeführer waren Suizidhilfevereine mit Sitz in Deutschland und der Schweiz sowie mit dem Thema Suizidhilfe befasste Ärzte und Rechtsanwälte. Ihre Verfassungsbeschwerden waren mit Ausnahme der zwischenzeitlich verstorbenen Beschwerdeführer und des Schweizer Sterbehilfevereins zulässig und soweit zulässig wegen Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG oder subsidiär Art. 2 Abs. 1 GG sowie Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 GG begründet.

⁷ Der EGMR erkennt ein Recht auf selbstbestimmte Lebensbeendigung nach Art. 8 EMRK an, vgl. explizit EGMR NJW 2011, 3773 (3774) Haas/Schweiz.

⁸ Anders gestaltet sich beispielsweise die Rechtslage zur Suizidhilfe in den Niederlanden und im US-amerikanischen Bundesstaat Oregon: In den Niederlanden ist die Feststellung eines aussichtslosen Patientenzustands und eines unerträglichen Leidens erforderlich, vgl. Artikel 294 Abs. 2 nStGB. Nach dem „Oregon Death with Dignity Act“ muss eine terminale Erkrankung vorliegen. Vgl. zu beidem *Gavela*, Ärztlich assistierter Suizid und organisierte Sterbehilfe, 2011, S. 118 ff., 197.

⁹ Damit geht das BVerfG über das bisher durch die Rechtsprechung etablierte Recht eines selbstbestimmten und eigenverantwortlichen Behandlungsabbruchs hinaus. Siehe dazu BGHSt 55, 191.

liche Inanspruchnahme geschäftsmäßiger Suizidhilfe Ausdruck fehlender Freiheit und bloß temporärer Überzeugung sei. Die Freiheit des Dritten, nicht zum Angebot von Suizidhilfe verpflichtet zu werden, bleibe jedoch unberührt. Daher bestehe das reale Bedürfnis nach vermittelnder Arbeit, wie es Suizidhilfevereine anböten. Eine verfassungskonforme Auslegung komme nicht in Betracht, da sie im Widerspruch zum gesetzgeberischen Willen stünde und zur Unbestimmtheit der Norm führe. Daraus folge aber nicht, dass die Suizidhilfe nicht gesetzlich regulierbar sei. Vielmehr hält das BVerfG fest, dass ein Schutzkonzept zur Gewährleistung des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben auch in Form des Strafrechts möglich wäre.

III. Folgerungen aus dem Urteil

Jeder Bürger hat ein Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Das Grundrecht beinhaltet die freie Entscheidung über Zeitpunkt und Art des eigenen Todes und damit auch die Begehung von Suizid. Da das Recht auf selbstbestimmtes Sterben die Hilfe Dritter umfasst, stellen Einschränkungen der Suizidhilfe Eingriffe in das Grundrecht des Suizidwilligen dar. Die Schwierigkeit der Rechtfertigung eines strafrechtlichen Eingriffs in das Recht auf selbstbestimmtes Sterben führt zur generellen Problematik der Legitimität strafrechtlicher Normen.

C. Legitimierung von Straftatbeständen

Grundlegende Frage im Strafrecht ist, welches Verhalten der Gesetzgeber mit Strafe bedrohen darf.¹⁰ Um dies zu beantworten, gilt es eine inhaltliche Bewertung von Verhaltensweisen vorzunehmen, um bestimmen zu können, ob ein Verhalten materielles Unrecht darstellt und deswegen strafwürdig ist.¹¹ Dafür bedarf es eines Maßstabs, anhand dessen die inhaltliche Bewertung vorgenommen werden kann. Die Strafrechtswissenschaft verwendet hierfür den vom positiven Recht unabhängigen materiellen Verbrechensbegriff.¹² Dieser Verbrechensbegriff orientiert sich an der

Aufgabe des Strafrechts. Die weit überwiegende Meinung sieht die Aufgabe des Strafrechts im Schutz von Rechtsgütern vor Gefährdungen und Verletzungen.¹³ Doch beruht dieser relative Konsens über die strafrechtliche Aufgabe des Rechtsgüterschutzes auf strittigen Grundlagen.¹⁴ So wird etwa der strafrechtliche Rechtsgutsbegriff unterschiedlich ausgelegt.¹⁵ Aber auch die Frage, wie der Rechtsgutsbegriff zur inhaltlichen Legitimation von Strafnormen herangezogen werden kann, ist streitig.¹⁶ Im Folgenden wird daher auf den Rechtsgutsbegriff und seine Funktion¹⁷ eingegangen, um auf dieser Grundlage die strafrechtliche Legitimation von Normen wie § 217 StGB, denen eine paternalistische¹⁸ Zwecksetzung zugrunde liegt, diskutieren zu können.

I. Liberale, personale Rechtsgutstheorie

1. Begriff des personalen Rechtsguts

Sieht man mit *Roxin* die Aufgabe des Rechtsgüterschutzes „darin, [den] Bürgern ein freies und friedliches Zusammenleben unter Gewährleistung aller verfassungsrechtlich garantierten Grundrechte zu sichern [...], sind unter Rechtsgütern alle Gegebenheiten oder Zwecksetzungen zu verstehen, die für die freie Entfaltung des Einzelnen, die Verwirklichung seiner Grundrechte und das Funktionieren eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden staatlichen Systems notwendig sind.“¹⁹ Daraus folgt, dass Strafnormen nur dann legitim sind, wenn sie der freien Entfaltung des Individuums und den zu dieser individuellen Entfaltung erforderlichen Allgemeinrechtsgüter dienen.²⁰ Dieser Rechtsgutsbegriff ist liberaler Natur, ihm liegt die Autonomie des Einzelnen zugrunde.²¹

2. Systemkritische Funktion

Die systemkritische Funktion²² des Rechtsgutsbegriffs liegt darin, als Maßstab für die Legitimität von Strafnormen eine vom Gesetzgeberwillen unabhängige, übergeordnete Wertordnung bereitzustellen.²³ Am Maßstab des schützens-

¹⁰ Aufgrund der ultima-ratio-Funktion des Strafrechts ist eine Begrenzung des strafrechtlich Schutzwürdigen notwendig, vgl. *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 83.

¹¹ *Frister*, AT, 9. Aufl. 2020, 3. III Rn. 18; *Roxin*, AT I, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 1.

¹² Vgl. *Fischer*, Die Legitimität des Sportwettenbetrugs, 2020, S. 75; *Freund*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. 2020, Vor § 13 Rn. 29; *Gkoutis*, Autonomie und strafrechtlicher Paternalismus, 2011, S. 193; *Kim*, ZStW 124 (2012), 591 (591); *Rudolph*, in: FS Honig, 1970, S. 151 (155).

¹³ Vgl. *Eisele*, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 13 ff. Rn. 8; *Gkoutis* (Fn. 12), S. 205; *Hassemer/Neumann*, in: NK-StGB, 5. Aufl. 2017, Vor § 1 Rn. 109 ff.; *Jäger*, in: SK-StGB, 9. Aufl. 2017, Vor § 1 Rn. 10; *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl. 1996, § 1 III 1; *Joecks/Erb*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. 2020, Einl. Rn. 28; *Roxin* (Fn. 11), § 2 Rn. 7; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, 6. Aufl. 2011, § 2 Rn. 5; *Walter*, in: LK-StGB, 12. Aufl. 2007, Vor § 13 Rn. 8 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, 5. Aufl. 2020, § 1 Rn. 9. A.A. *Jakobs*, der die Aufgabe des Strafrechts in der Bestätigung der Normgeltung sieht, vgl. *ders.*, AT, 1983, 1. C. Rn. 11. Zur Kritik an dieser Auffassung siehe *Mir Puig*, GA 2003, 863 (866); *Roxin*, GA 2011, 678 (690 ff.).

¹⁴ Vgl. dazu *Stratenwerth*, in: FS Lenckner, 1998, S. 377 (378).

¹⁵ Siehe für einen Überblick der verschiedenen Standpunkte *Lucke*, Die Suche nach einem Legitimationsmaßstab für Pönalisierungsentscheidungen, 2017, S. 60 ff.

¹⁶ *Kim*, ZStW 124 (2012), 591 (591); *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S. 361 f.; *Wagner*, Die Schönheitsoperation im Strafrecht, 2015, S. 98 f.

¹⁷ Auf die systemimmanente Funktion des Rechtsgutsbegriffs wird vorliegend nicht einzugehen sein. Siehe dazu aber *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973, S. 41 ff.

¹⁸ § 217 StGB verfolgte einen indirekt paternalistischen Gesetzeszweck, da zum mittelbaren Schutz des Suizidenten vor sich selbst dem Hilfe leistenden Normadressaten ein Handlungsverbot auferlegt wurde. Siehe zu den verschiedenen Erscheinungsformen des staatlichen Paternalismus *Gkoutis* (Fn. 12), S. 19 ff.

¹⁹ *Roxin* (Fn. 11), § 2 Rn. 7.

²⁰ *Roxin*, GA 2013, 433 (436); ähnlich *Frister* (Fn. 11), 3. III 1. Rn. 21.

²¹ Vgl. *Lucke* (Fn. 15), S. 63; *Marx*, Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut“, 1972, S. 63; *Roxin* (Fn. 11), § 2 Rn. 8.

²² Dogmatisch wurzelt diese systemkritische Rechtsgutsauffassung in den Theorien *Feuerbachs* und *von Liszts*, vgl. *Hassemer* (Fn. 17), S. 34 f.

²³ Vgl. *Gkoutis* (Fn. 12), S. 201; *Suhr*, JA 1990, 303 (304).

werten Rechtsguts kann somit die Legitimität bestehender wie auch zukünftig zu regelnder Strafnormen gemessen werden.²⁴ Der Strafgesetzgeber wird in den strafrechtlich legitim verfolgbareren Zielen eingeschränkt,²⁵ da er seine legislatorischen Aufgabe nicht nach „Gutdünken“, sondern nur unter Berücksichtigung der übergeordneten Werteordnung der Rechtsgüter erfüllen darf.²⁶

II. Alternativen zur liberalen Rechtsgutslehre

Die Legitimität von Strafnormen könnte jedoch auch ohne Rückgriff auf die liberale, personale Rechtsgutslehre bestimmt werden.

1. Zur Kritik an der liberalen Rechtsgutstheorie

Zur Kritik an der liberalen Rechtsgutstheorie wird insbesondere ins Feld geführt, dass sie aufgrund ihrer Unklarheit oder Beliebigkeit keinen hinreichenden Maßstab zur Beurteilung der Legitimität von Strafnormen liefere.²⁷ Zudem komme der liberalen Rechtsgutstheorie aufgrund ihres vorrechtlichen Charakters keine Verbindlichkeit für den Strafgesetzgeber zu.²⁸ Weiterhin ließe sich argumentieren, dass selbst paternalistische Normen Rechtsgüter schützen. Der Schutz beruht dann nur nicht auf dem Willen des Einzelnen, sondern auf der Schutzwürdigkeit des Rechtsguts an sich. Eine Übertragung dessen auf die Suizidhilfe hätte zur Folge, dass der absolute Schutz des abstrakten Rechtsguts Leben zu einer objektiven Pflicht zum Leben führen würde.²⁹ Die Legitimität paternalistischer Normen scheint auf den ersten Blick, nicht anhand der Rechtsgutstheorie beurteilt werden zu können.³⁰

2. Hilfe durch das *Harm Principle*?

Die Lösung der Probleme der liberalen Rechtsgutstheorie könnte im sog. *Harm Principle*³¹ liegen. Auch dieser Ansatz versucht, die Frage zu beantworten, was der Staat mittels Strafe schützen muss und darf.³² Bezugspunkt des *Harm Principle* ist dabei die Fremdschädigung („*harm to*

others“).³³ Dieser Ausgangspunkt kann paternalistischer Gesetzgebung Schranken setzen. Von Hirsch möchte das Rechtsgut aus dem *Harm Principle* ableiten, um den Rechtsgutsbegriff zu konkretisieren und seine Grenzen stärker zu konturieren.³⁴ Denn bei dem *Harm Principle* handele es sich um ein verwandtes, aber engeres Prinzip zur Legitimation von Strafnormen.³⁵ Nach dem *Harm Principle* sollen Strafnormen dazu beitragen, Schädigungen von anderen abzuwenden, nicht jedoch vom Täter selbst.³⁶ *Feinberg* versteht den Begriff der Schädigung als die Zufügung von Unrecht („*wrong*“) durch Interessenverletzung.³⁷ In dieser positiven Seite des *Harm Principle* – dem Interesse – könne eine Ähnlichkeit zum schützenswerten Rechtsgut gesehen werden.³⁸ *Feinbergs* Interessenbegriff ist am Interesse des Individuums orientiert.³⁹ Er zeigt damit jedoch auch auf, wo die Grenzen gesetzgeberischer Willkür liegen: Die Ansicht des objektiven Staats darf dem Einzelnen nicht vorschreiben, was das „Beste“ für ihn sei, wenn dies nicht im Interesse des Betroffenen liegt.

Doch bleibt auch das *Harm Principle* nicht von Kritik verschont. Gegen das *Harm Principle* wird angeführt, dass der Begriff der Schädigung unpräzise sei, da dieser erfordere, dass Fremdschädigung und Selbstschädigung immer klar voneinander abzugrenzen seien.⁴⁰ Ferner ist fraglich, ob es überhaupt Selbstschädigungen gibt, die nicht oder nur in strafrechtlich unerheblichem Maß Auswirkungen auf Dritte haben,⁴¹ denn einen solchen Nachweis führt das *Harm Principle* nicht.⁴²

Es bleibt somit festzustellen, dass weder der Rechtsgutslehre noch dem *Harm Principle* Vorzug gebührt.⁴³ Vielmehr kommen beide oft zu gleichen Ergebnissen.⁴⁴ *Seher* geht teilweise sogar von einer „adäquate[n] terminologische[n] Alternative“ aus.⁴⁵

3. Verfassungsrechtlicher Maßstab

Das BVerfG wendet nicht die Rechtsgutstheorie als Maßstab für die Legitimität von Strafnormen an,⁴⁶ sondern das

²⁴ Baratta, in: FS Kaufmann, 1993, S. 393 (393); Rudolphi (Fn. 12), S. 158; Stächel, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998, S. 33; Suhr, JA 1990, 303 (304 f.); Wohlers, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, 2000, S. 219.

²⁵ Vgl. Anastasopoulou, Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter, 2015, S. 10; Hassemer, in: NK-StGB, 3. Aufl. 1995, Vor § 1 Rn. 261; Baratta (Fn. 24), S. 393 (393 ff.); Rudolphi (Fn. 12), S. 157.

²⁶ Vgl. Marx (Fn. 21), S. 14.

²⁷ Insb. Stratenwerth, ZStW 105 (1993), 679 (679 ff.); ders., Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft, 1993; ders. (Fn. 14), S. 377 ff.

²⁸ Appel, Verfassung und Strafe, 1998, S. 354 f.; Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 14. Vgl. Botke, in: FS Volk, 2009, S. 93 (108).

²⁹ Vgl. BVerfG NJW 2020, 905 (906 f.) – Rn. 207; Neumann, in: NK-StGB, 5. Aufl. 2017, Vor § 211 Rn. 43.

³⁰ Rigopoulou, Grenzen des Paternalismus im Strafrecht, 2013, S. 22.

³¹ Die Ergänzung des *Harm Principle* durch das *Offense Principle* wird aufgrund der gebotenen Knappheit im Rahmen dieser Arbeit außenvorge lassen.

³² Von Hirsch, in: Hefendehl u.a. (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 13 (14); Kahlo, in: Hefendehl u.a. (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003,

S. 26 (31). Vgl. von Hirsch/Neumann, in: von Hirsch u.a. (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht, 2010, S. 71 (71); Seher, Liberalismus und Strafe, 2000, S. 71.

³³ Feinberg, Harm to Others, 1984, S. 26. Vgl. Seher (Fn. 32), S. 53 ff.

³⁴ Von Hirsch (Fn. 32), S. 18. Vgl. Seher, in: Hefendehl u.a. (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 39 (48).

³⁵ Von Hirsch (Fn. 32) S. 18.

³⁶ Feinberg (Fn. 33), S. 26. Vgl. Seher (Fn. 32), S. 54.

³⁷ Feinberg (Fn. 33), S. 34. Vgl. Seher (Fn. 32), S. 78.

³⁸ Kahlo (Fn. 32), S. 32.

³⁹ Siehe hierzu ausführlich Seher (Fn. 32), S. 56 ff.

⁴⁰ Seher (Fn. 32), S. 22.

⁴¹ Im Anschluss an Feinberg Seher (Fn. 32), S. 129. Siehe auch Kienzerle (Fn. 4), S. 87.

⁴² Vgl. Kienzerle (Fn. 4), S. 87.

⁴³ Zu diesem Schluss kommt auch Kienzerle (Fn. 4), S. 87.

⁴⁴ Vgl. von Hirsch (Fn. 32), S. 20; Kienzerle (Fn. 4), S. 87; Roxin (Fn. 11), § 2 Rn. 125d.

⁴⁵ Seher (Fn. 34), S. 47.

⁴⁶ Deckert, ZIS 2013, 266 (266); Swoboda, ZStW 122 (2010), 24 (24).

Verhältnismäßigkeitsprinzip.⁴⁷ Diese Rechtsprechung des BVerfG stößt aber zu Recht auf Kritik, da die Kriterien der Verhältnismäßigkeitsprüfung durch das Verfassungsgericht so weit verstanden werden, dass der gesetzgeberische Ermessensspielraum nahezu uneingeschränkt ist.⁴⁸ Dem Strafgesetzgeber wird beinahe die Freiheit gegeben, strafrechtlich zu normieren, was er möchte.⁴⁹ Doch bedarf Strafe der Legitimation, da sie in die grundrechtlich garantierten Freiheiten der Bürger eingreift.⁵⁰ Eine solche Begründung ermöglicht eine strafrechtsspezifische, rechts-gutsbezogene Verhältnismäßigkeitsprüfung.⁵¹ „Denn wenn der Rechtsgutsbegriff [...] aus den Aufgaben des Strafrechts abgeleitet wird, die ihrerseits aus dem Fundament der liberalen und grundrechtlichen Elemente unserer Verfassung entwickelt werden, muss sich aus diesem Grund des Strafens auch die Grenze der staatlichen Strafgewalt ergeben.“⁵² Die Rechtsgutstheorie ist damit als Maßstab für die Beurteilung des legitimen Zwecks im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung heranzuziehen.⁵³ Es wäre jedoch ein Trugschluss, aus der Einbeziehung der Rechtsgutstheorie verfassungsrechtlich verbindliche Folgen für den Gesetzgeber zu ziehen,⁵⁴ da hierfür einerseits ein einheitlich verstandener Rechtsgutsbegriff erforderlich wäre⁵⁵ und dem Gesetzgeber andererseits weiterhin ein umfangreicher Ermessensspielraum⁵⁶ zukommt. Dient eine Strafnorm aber eindeutig nicht dem Rechtsgüterschutz, sollte sie das BVerfG für nichtig erklären.⁵⁷

Damit bleibt aber das Problem der Unbestimmtheit der Rechtsgutstheorie. Dem Erfordernis einer materiellen Ausfüllung des Rechtsgutsbegriffs kann Abhilfe geschaffen werden, wenn sich ein für den Gesetzgeber rechtlich verbindlicher und zugleich materieller Maßstab finden lässt. Dem positiven Recht vorgelagerte, rechtlich verbindliche Wertentscheidungen lassen sich nur aus der Verfassung entnehmen.⁵⁸ Denn elementarer Kern des Rechtsstaats ist die rechtliche Bindung der Staatsgewalt an die materielle Gerechtigkeit.⁵⁹ Die materielle Ausfüllung des Rechtsguts-

begriffs muss sich als „Voraussetzung für das gedeihliche Zusammenleben freier Individuen in unserer staatlichen Gesellschaft erweisen, und von jenen rein moralischen Vorstellungen abzugrenzen [sein], deren Mißachtung keinerlei schädliche Wirkungen in der sozialen Wirklichkeit nach sich zieht.“⁶⁰

4. Entscheidung für die liberale, personale Rechtsgutstheorie

Die personale Rechtsgutstheorie begegnet den Bedenken der paternalistischen Strafnormsetzung, die darin liegen, dass vom Rechtsgutsträger losgelöste Rechtsgüter normiert werden. In dieser Rückkopplung an das Individuum kann zugleich eine Annäherung an das *Harm Principle* gesehen werden.⁶¹ Eine Abwendung von der Rechtsgutstheorie ist hingegen nicht zielführend.⁶² „Notwendig ist vielmehr die konsequente Umsetzung eines liberalen und personalen Rechtsgutsbegriffes, der die Verfügbarkeit des Rechtsguts ihrem Träger anheim stellt, die autonom ausgeübte Verfügungsfreiheit als immanenten Teil des Rechtsguts begreift und den individuellen, personen- und nicht kollektivbezogenen Ursprung der Rechtsgüter in den Vordergrund rückt.“⁶³ Mit einem so verstandenen Rechtsgutsbegriff ist eine Grenze für paternalistische Normsetzung gefunden.⁶⁴ Der liberale und durch die Verfassung materialisierte Rechtsgutsbegriff erfüllt seine Aufgabe der Systemkritik und ermöglicht dem Gesetzgeber dennoch einen erheblichen Beurteilungsspielraum bei der Frage nach der Strafwürdigkeit eines Verhaltens.⁶⁵

Zu beachten bleibt, dass die so verstandene Rechtsgutstheorie nicht dafür herangezogen werden kann, strafrechtlich zu schützende Rechtsgüter positiv zu bestimmen, sondern nur negativ erlaubt, das Nichtvorliegen einer Rechtsgutsverletzung und damit die Grenzen des gesetzgeberischen Ermessensspielraums festzulegen.⁶⁶ Schließlich bleibt die Rechtsgutstheorie aber nach herrschender Ansicht unverzichtbarer Maßstab eines rationales Strafrechtssystems.⁶⁷

⁴⁷ Siehe BVerfGE 23, 127 (133); 61, 126 (134); 69, 1 (35); 76, 256 (359); 80, 109 (120).

⁴⁸ Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 40; Krüger, Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, 2000, S. 90 f.; Schöne-mann, in: Hefendehl u.a. (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 133 (142 ff.); Stächel in (Fn. 24), S. 161 f.

⁴⁹ BVerfGE 50, 142 (162); Botke (Fn. 28), S. 107. Vgl. Appel (Fn. 28), S. 207; Hörnle (Fn. 48), S. 468; dies., NJW 2008, 2085 (2088); Krüger (Fn. 48), S. 90 f.

⁵⁰ Botke (Fn. 28), S. 107; Freund (Fn. 12), Vor § 13 Rn. 37; Hörnle, NJW 2008, 2085 (2088); Roxin (Fn. 11), § 2 Rn. 89.

⁵¹ Hörnle (Fn. 48), S. 38 ff., 468; Kudlich, ZStW 127 (2015), 635 (650); Paeffgen, in: FS Wolter, 2013, S. 125 (131); Roxin (Fn. 11), § 2 Rn. 92a.

⁵² Roxin (Fn. 11), § 2 Rn. 92.

⁵³ So bspw. auch Fateh-Moghadam, Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts, 2019, S. 156 ff.; Roxin (Fn. 11), § 2 Rn. 92. Die bloße Verortung der Rechtsgutstheorie im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist aber nicht entscheidend, vgl. Roxin (Fn. 11), § 2 Rn. 92.

⁵⁴ Roxin (Fn. 11), § 2 Rn. 93. Vgl. Appel (Fn. 28), S. 390; Hörnle (Fn. 48), S. 11 f.; Lagodny (Fn. 28), S. 144; Stächel in (Fn. 24), S. 89.

⁵⁵ Roxin (Fn. 11), § 2 Rn. 93. Zweifel an der Konsensfähigkeit hegen u.a. Seher (Fn. 34) S. 39; Wohlers, GA 2002, 15 (17).

⁵⁶ BVerfGE 110, 141 (157 f.) unter Verweis auf BVerfGE 50, 290 (323 ff.); 61, 291 (313 f.); 88, 203 (262). Siehe ferner BVerfGE 110, 177 (194). Zur Einschätzungsprärogative des Strafgesetzgebers Sternberg-Lieben, in: FS Rengier, 2018, S. 341 (341 ff.).

⁵⁷ Ähnlich Jahn, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Erinnerung Vogel, 2016, S. 63 (82 f.); Paeffgen (Fn. 51), S. 151. Daher ist die Inzest-Entscheidung des BVerfG nur mit Bedauern aufzunehmen, vgl. BVerfGE, 120, 224.

⁵⁸ Rudolphi (Fn. 12), S. 158. Vgl. Roxin (Fn. 11), § 2 Rn. 92.

⁵⁹ Rudolphi (Fn. 12), S. 159. Zur materialen Bindung des Gesetzgebers siehe auch Paeffgen (Fn. 51), S. 131 f.

⁶⁰ Rudolphi (Fn. 12), S. 161 f.

⁶¹ Kienzerle (Fn. 4), S. 87.

⁶² Dagegen auch Stratenwerth (Fn. 14), S. 388.

⁶³ Kienzerle (Fn. 4), S. 87.

⁶⁴ Vgl. Rigopoulou (Fn. 30), S. 121 f.

⁶⁵ Roxin, in: FS Hassemer, 2010, S. 573 (584).

⁶⁶ Vgl. Roxin (Fn. 65), S. 584; Hefendehl (Fn. 10), S. 61. A.A. Nakamichi, ZIS 2017, 324 (324).

⁶⁷ Vgl. Hassemer/Neumann (Fn. 13), Vor § 1 Rn. 146; Hefendehl (Fn. 10), S. 378; Jäger (Fn. 13), Vor § 1 Rn. 12.

D. Zur fehlenden Legitimation eines Straftatbestands zur Suizidhilfe – unter Einbezug der aktuellen politischen Diskussion und der verschiedenen Gesetzesentwürfe zu § 217 StGB

In einer liberalen Rechtsordnung kann sich der Einzelne nicht schrankenlos selbst verwirklichen.⁶⁸ Unbeschränkte Autonomie wäre vielmehr ein Selbstwiderspruch: „Sie negiert in letzter Konsequenz die Autonomie und das Selbstbestimmungsrecht der Menschen.“⁶⁹ Daher ist auch einhergehend eine Tendenz zu paternalistischer Gesetzgebung zu vermerken.⁷⁰ Die Frage der Vereinbarkeit von Autonomie und Paternalismus stellt sich in kaum einer anderen strafrechtlichen Materie so stark wie in der Frage der Sterbehilfe.⁷¹ Darf ein liberaler Verfassungsstaat den Einzelnen am Lebensende vor sich selbst schützen und wenn ja, inwiefern? Die Beantwortung dieser Frage ist juristisch, rechtspolitisch, medizinisch, philosophisch sowie theologisch stark umstritten. Insbesondere nach der Nichtigerklärung des § 217 StGB gilt es aber zu klären, „[w]ie viel Selbstbestimmung das Strafrecht am Lebensende akzeptieren und ermöglichen, wie viel Fürsorge es dem schutzbedürftigen Betroffenen zukommen lassen und wie viel staatliche Bevormundung es gar normieren sollte [...]“⁷².

I. Das Problem des geschützten Rechtsguts bei der Hilfe zu fremdem eigenverantwortlichen Suizid

Wenn die individuellen, subjektiven Rechtsgüter mit *Roxin* der freien Entfaltung des Individuums dienen, liegt keine Rechtsgutsverletzung vor, wenn der Rechtsgutsträger durch eine Handlung selbstbestimmt über sein subjektives Rechtsgut disponiert und sich somit frei entfaltet.⁷³ „Was mit dem Willen des Geschädigten geschieht, ist keine Rechtsgutsverletzung, sondern Bestandteil seiner Selbstverwirklichung und geht den Staat nichts an.“⁷⁴ Bildlich gesprochen, tauscht der Rechtsgutsträger den Schutz seines subjektiven Rechtsguts gegen die im Wege der Disposition erreichte freie Entfaltung seiner Persönlichkeit.⁷⁵ Nach dem liberalen, personalen Rechtsgutsverständnis ist die Dispositionsbefugnis somit auf der Ebene der Rechtsgutsbestimmung zu berücksichtigen.⁷⁶ „Rechtsgut und Verfügungs-

befugnis über das Rechtsgut bilden nicht nur eine Einheit, sondern Verfügungsgegenstand und Verfügungsbefugnis sind in ihrem Aufeinanderbezogenheit selbst das im Tatbestand geschützte Rechtsgut.“⁷⁷ Schützenswert ist das Rechtsgut aufgrund seiner Funktion für den Rechtsgutsträger.⁷⁸ Diese Funktion wird aber nicht eingeschränkt durch autonome Disposition über das Rechtsgut; eine Rechtsgutsverletzung liegt demnach nicht vor. Vor dem Hintergrund dieser liberalen, personalen Rechtsgutstheorie wird die Problematik des paternalistischen Schutzes vor sich selbst mit den Mitteln des Strafrechts deutlich: Trotz freiverantwortlicher Einwilligung soll dem paternalistischen Gesetzgeber nach eine Rechtsgutsverletzung eingetreten sein.⁷⁹ Eine solche Wertung ist aber nicht mit dem autonomen Menschenbild des Grundgesetzes⁸⁰ in Einklang zu bringen. „Das mündige Individuum muss frei sein, alles zu tun, was keine schlechten Folgen für andere hervorruft.“⁸¹ Der liberalen Rechtsgutstheorie zufolge verfolgen Strafnormen daher nur dann noch ein legitimes Ziel, wenn sie vor sozialschädlichen⁸² Folgen selbstbestimmten Verhaltens schützen.⁸³ Um die strafrechtliche Legitimität einer Normierung der Suizidhilfe zu beurteilen, ist daher das Verhältnis von indirektem Paternalismus zur Freiheit, das eigene Leben zu beenden, maßgeblich.⁸⁴ Denn auf den ersten Blick ist das vom Gesetzgeber angenommene materielle Unrecht der Suizidhilfe bei Straffreiheit der Selbsttötung schwerlich zu beargüandern.⁸⁵ Aufgabe des Strafrechts ist wie bereits dargestellt der Schutz von Rechtsgütern. Eine Bestimmung potenziell schützenswerter Rechtsgüter ist anhand des hier befürworteten Maßstabs der liberalen, personalen Rechtsgutstheorie nachfolgend vorzunehmen, um anschließend die Legitimität einer strafrechtlichen Neuregelung der Suizidhilfe zu beurteilen. Hierbei werden die vier verschiedenen Gesetzesentwürfe,⁸⁶ über die der Bundestag bei der Einführung des § 217 StGB entschied, sowie die aktuelle politische Diskussion miteinbezogen.

1. Suizid als strafbare Haupttat?

Die Beantwortung der Frage nach einem Strafbedürfnis in Bezug auf Suizidhilfe erfordert es, über ihren strafwürdigen

⁶⁸ Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. 2005, S. 354.

⁶⁹ Eidenmüller (Fn. 68), S. 355.

⁷⁰ Schönemann, in: von Hirsch u.a. (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht, 2010, S. 221 (229). Für einen Überblick zur Rechtsprechung des BVerfG über den Schutz des Menschen vor sich selbst siehe Rigopoulou (Fn. 30), S. 100 ff.

⁷¹ Vgl. Kienzerle (Fn. 4), S. 20; Merkel, in: Hegselmann/Merkel (Hrsg.), Zur Debatte über Euthanasie, 1992, S. 71 (76); Schönemann (Fn. 70), S. 236.

⁷² Kienzerle (Fn. 4), S. 21.

⁷³ Vgl. Berster, ZIS 2017, 139 (148); Hoven, ZIS 2016, 1 (3); Roxin (Fn. 11), § 13 Rn. 12.

⁷⁴ Roxin (Fn. 11), § 2 Rn. 32. Vgl. Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 136.

⁷⁵ Berster, ZIS 2017, 139 (148). Vgl. Ingelfinger, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, 2004, S. 205; Kienzerle (Fn. 4), S. 80.

⁷⁶ Kienzerle (Fn. 4), S. 80.

⁷⁷ Rudolphi, ZStW 86 (1974), 68 (87).

⁷⁸ Ingelfinger (Fn. 75), S. 36.

⁷⁹ Fateh-Moghadam, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, 2008, S. 96. Strafrechtsdogmatisch tritt bei einer Einwilligung jedoch keine Rechtfertigungsbedürftige Rechtsgutsverletzung ein, vgl. dazu Roxin (Fn. 11), § 13 Rn. 12.

⁸⁰ Vgl. Gkoutis (Fn. 12), S. 168; Leisner, in: Isensee (Hrsg.), Staat, 1994, S. 7 (14); Stächel (Fn. 24), S. 85.

⁸¹ Greco, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht, 2009, S. 126. Freilich rückt dies auch den Tatbestand des § 216 StGB in den Blick.

⁸² Näher zum Gedanken der Sozialschädlichkeit Hillgruber (Fn. 74), S. 119; Schönemann, in: von Hirsch u.a. (Hrsg.), Mediating Principles, 2006, S. 18 (20); ders. (Fn. 70), S. 221 (224).

⁸³ Roxin (Fn. 11), § 2 Rn. 8; Schroth, in: FS Roxin, 2001, S. 869 (875); Schönemann (Fn. 70) S. 224; Sternberg-Lieben, in: Hefendehl u.a. (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 65 (66).

⁸⁴ Kienzerle (Fn. 4), S. 94.

⁸⁵ Vgl. Saliger, Selbstbestimmung bis zuletzt, 2015, S. 48.

⁸⁶ BT-Drs. 18/5373; BT-Drs. 18/5374; BT-Drs. 18/5375; BT-Drs. 18/5376.

materiellen Unrechtsgehalt im Klaren zu sein. Denn die Strafbarkeit der Suizidhilfe lässt sich nicht akzessorisch aus dem Unrecht des Suizids als Haupttat ableiten.⁸⁷ Ein solcher Unrechtsgehalt könnte nur begründet werden, wenn der Suizident gegen eine ihm obliegende Pflicht zum Leben verstößt.⁸⁸ Eine Pflicht zum Leben hat das BVerfG jedoch deutlich verneint.⁸⁹ Die Selbstverfügungsfreiheit des Suizidenten über sein Leben ist vielmehr als Recht auf selbstbestimmtes Sterben verfassungsrechtlich garantiert.⁹⁰ Der strafwürdige Unrechtsgehalt der Suizidhilfe bedarf daher einer eigenständigen Bestimmung.

2. Unrecht der Hilfe zum Suizid

Ob der Suizidhilfe ein selbstständiger Unrechtsgehalt zukommt, wird zunächst bei individuell geleisteter Suizidhilfe untersucht. Kann ein Unrechtsgehalt dort nicht festgestellt werden, ist der Blick auf die Ermittlung eines möglichen, eigenen Unrechtsgehalts organisierter Suizidhilfe zu wenden.

a) Individuelle Suizidhilfe

Ob individuelle Suizidhilfe eigenständiges Unrecht begründet, ist unter Heranziehung der liberalen, personalen Rechtsgutstheorie zu beurteilen. Dafür sind zunächst mögliche Rechtsgüter zu ermitteln, um dann über die Strafwürdigkeit von Verhalten, das diese Rechtsgüter verletzt oder gefährdet, zu urteilen.

aa) Objektiver Wert des Lebens

Wie in den zwei Gesetzesentwürfen um die Abgeordneten Brand (CDU/CSU) und Hintze (CDU/CSU), von der deutschen Bischofskonferenz als auch vereinzelt in der Orientierungsdebatte des Bundestages⁹¹ gefordert, könnte schützenswertes Rechtsgut der objektive Wert des Lebens als

„überindividuelles Rechtsgut“⁹² sein, über welches der Einzelne nicht frei verfügen darf. Damit wäre ein hart paternalistisches⁹³ Verfügungsverbot unproblematisch möglich.⁹⁴ Eine solche Bewertung des Lebens als objektiver Wert scheidet aber.⁹⁵ Eine individuelle Pflicht zum Leben kann nicht aus der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht des Staates für das Leben abgeleitet werden.⁹⁶ Der staatlichen Schutzpflicht kommt primär eine grundrechtliche Abwehrfunktion zu.⁹⁷ Es käme zu einer „Umkehrung der Grundrechtsidee“⁹⁸, da die grundrechtlichen Abwehrrechte nicht mehr dem Schutz des Bürgers, sondern der Rechtfertigung von Eingriffen dienen würden.⁹⁹ Der grundrechtlich gewährleistete absolute¹⁰⁰ Schutz des Lebens hat zur Folge, dass der Rechtgutsträger sein Leben nicht gegen seinen Willen und zur Erreichung fremder Interessen hingeben muss.¹⁰¹ Nur der Rechtgutsträger selbst kann über den Wert, den er seinen Rechtsgütern zuschreibt, entscheiden.¹⁰² Wenn der Rechtgutsträger sein Leben als nicht mehr lebenswert betrachtet, beansprucht diese Wertung auch entgegen anderen Ansichten Geltung, da fremde Rechtssphären nicht tangiert werden.¹⁰³ Ein vom Rechtgutsträger losgelöstes objektives Rechtsgut Leben besteht mithin nicht und vermag daher auch keine strafrechtliche Norm zu rechtfertigen.

bb) Objektiver Wert der Menschenwürde

Für eine strafrechtliche Legitimation ist weiter auf die Menschenwürde als objektiven Wert¹⁰⁴ einzugehen. Dieser sei nach dem Gesetzesvorschlag um den Abgeordneten Sensburg (CDU/CSU) wie auch nach Abgeordneten der AfD¹⁰⁵ strafrechtlich schützenswert. Dem Staat obliege eine vom Willen und der Autonomie des Rechtgutsträgers unabhängige Schutzpflicht für den objektiven Wert der Menschenwürde.¹⁰⁶ Eine die Autonomie beschränkende

⁸⁷ Vgl. *Fateh-Moghadam*, Vorgänge 2015, 53 (58 f.); *Kienzerle* (Fn. 4), S. 203 ff.; *Neumann* (Fn. 29), Vor § 211 Rn. 62.

⁸⁸ Fraglich wäre schon, wem gegenüber diese Pflicht bestehen sollte, da Rechtspflichten gegen sich selbst ausgeschlossen sind und Dritte, insbesondere der Staat, keinen Anspruch dahingehend haben. Nach *Berner* ist das Individuum „dem Staat und Anderen verpflichtet, solange es lebt; es ist ihnen aber nicht verpflichtet zu leben“, *ders.*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes, 5. Aufl. 1871, S. 133.

⁸⁹ Vgl. BVerfG NJW 2020, 905 (906 f.) – Rn. 207.

⁹⁰ BVerfG NJW 2020, 905 (906 f.) – Rn. 207. Vgl. BVerfGE 116, 243 (264 f.); 121, 175 (190 f.); 128, 109 (124, 127).

⁹¹ BT-Drs. 18/5373, S. 3; BT-Drs. 18/5374, S. 10; *Heveling* (CDU/CSU), vgl. Plenarprotokoll 19/223, S. 28262; Deutsche Bischofskonferenz (Hrsg.), Pressemitteilung, 2021, <https://www.dbk.de/presse/aktuelles/meldung/menschen-in-den-dunkeln-momenten-ihres-lebens-beistehen-hospiz-und-palliativarbeit-foerdern-assistierte-suizid-verhindern> (zuletzt abgerufen am 22.4.2022).

⁹² *Kubiciel*, JZ 2009, 600 (602).

⁹³ Harter Paternalismus setzt Normen unabhängig vom Willen des Betroffenen.

⁹⁴ *Kienzerle* (Fn. 4), S. 97. Vgl. *Bublitz*, ZIS 2011, 714 (724 f.); *Murmann*, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005, S. 245 Fn. 150.

⁹⁵ *Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1537); *Möller*, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 115.

⁹⁶ Vgl. *Fischer*, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, 1997, S. 199; *Hillgruber* (Fn. 74), S. 148; *Murmann*

(Fn. 94), S. 246; *Ostendorf*, GA 1984, 308 (315 f.); *Schwabe*, JZ 1998, 66 (70); *Sternberg-Lieben*, in: FS Eser, 2005, S. 1185 (1187).

⁹⁷ Vgl. BVerfGE 7, 198 (205); *Antoine*, Aktive Sterbehilfe in der Grundrechtsordnung, 2004, S. 201; *Murmann* (Fn. 94), S. 246; *Sternberg-Lieben* (Fn. 96), S. 118.

⁹⁸ *Heide*, Medizinische Zwangsbehandlung, 2001, S. 215. Siehe auch *Sternberg-Lieben* (Fn. 96) S. 1186.

⁹⁹ *Bublitz*, ZIS 2011, 714 (724); *Heide* (Fn. 98), S. 215.

¹⁰⁰ Vgl. *Lang*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK-GG, Art. 2 Rn. 56 f. (Stand: 15.2.2022).

¹⁰¹ *Sternberg-Lieben* (Fn. 96) S. 1186; *Neumann*, in: von Hirsch u.a. (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht, 2003, S. 343 (348).

¹⁰² *Neumann* (Fn. 101), S. 346 f.

¹⁰³ *Neumann* (Fn. 101), S. 347.

¹⁰⁴ Die umfassende Diskussion über den Begriff der Menschenwürde soll in dieser Arbeit nicht geführt werden. Vgl. dazu aber bspw. *Gutmann*, in: *Gutmann* (Hrsg.), Lebenswelt und Wissenschaft, 2011, S. 309 (309 ff.).
¹⁰⁵ BT-Drs. 18/5376, S. 2; *Münz* (AfD), vgl. Plenarprotokoll 19/223, S. 28266; *Kleinwächter* (AfD), vgl. Plenarprotokoll 19/223, S. 28274.

¹⁰⁶ So *Antoine* (Fn. 97), S. 236. Auch das BVerfG hat sich im stark kritisierten Peep-Show-Urteil einer solchen Auslegung angeschlossen, vgl. BVerfGE 64, 274 (279 f.). Die Grundidee der Menschenwürde als Selbstverfügungsschranke stammt von *Kant*, vgl. *ders.*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, AA IV (1974): 429.

Menschenwürde verdient jedoch keine Zustimmung. „Die Menschenwürde ist primär ein Verbot der Fremdinstrumentalisierung, sie schützt subjektive, individuelle Autonomie.“¹⁰⁷ Autonomie ist gerade als Kern der Menschenwürde zu verstehen.¹⁰⁸ Eine objektive Bestimmung der Menschenwürde wäre daher selbst eine Verletzung der Menschenwürde, da dem Individuum seine Subjektqualität abgesprochen würde.¹⁰⁹ Ein objektiver Wert der Menschenwürde stellt mithin kein Rechtsgut dar; sein strafrechtlicher Schutz wäre unzulässiger Rechtsmoralismus.¹¹⁰

cc) „Dambruch“

Die politische Verhinderung einer Zunahme freiverantwortlicher Suizide als sog. „Dambruch“¹¹¹ oder „Slippery Slope“-Argument¹¹² begründet als harter Paternalismus ebenfalls keinen legitimen Gesetzeszweck, da autonome Suizidentscheidungen¹¹³ kein strafrechtlich schützenswertes Unrecht darstellen.¹¹⁴ Seit mehr als 150 Jahren¹¹⁵ ist die Suizidhilfe in Deutschland erlaubt.¹¹⁶ Der von dieser straffreien Rechtslage befürchtete Anstieg der Suizidrate lässt sich hingegen nicht beobachten.¹¹⁷ Als legitimen Schutzzweck kann der Gesetzgeber eine abstrakte Gefahrenlage nicht bloß behaupten,¹¹⁸ sodass es an einer nachvollziehbaren und indizienbasierten Begründung eines legitimen Schutzzwecks mangelt.¹¹⁹

b) Organisierte Suizidhilfe

Der verabschiedete Gesetzesentwurf BT-Drs. 18/5373 sieht ein Strafbarkeitserfordernis „wo geschäftsmäßige Angebote die Suizidhilfe als normale Behandlungsoption erscheinen lassen und Menschen dazu verleiten können, sich das Leben zu nehmen.“¹²⁰ Die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung sei abstrakt gefährdend für die Rechts-

güter Selbstbestimmung und Leben.¹²¹ Auch das BVerfG hält die Verhinderung einer Normalisierung der Suizidhilfe für einen legitimen Gesetzeszweck.¹²² Ob dieser weich paternalistische Lebens- und Autonomieschutz legitimer Gesetzeszweck sein kann, ist jedoch zweifelhaft.¹²³ Um eine Normalisierung organisiert angebotener Suizidhilfe zu einer Dienstleistung¹²⁴ zu verhindern, könnte der Autonomieschutz von potenziell Suizidwilligen als abstraktes Fremdgefährdungsdelikt begründet werden. Die Eigeninteressen geschäftsmäßig handelnder Suizidhelfer wären dann als Beeinflussung der Freiverantwortlichkeit des Suizidwilligen zumindest abstrakt gefährdend für Autonomie und Leben desselben.¹²⁵ Ein solches Ziel wäre aber nur dann legitim, wenn ein Zusammenhang zu der Gefahr für Leben bzw. Autonomie plausibel dargelegt worden wäre.¹²⁶ Die Suizidhilfe ist schließlich eigenständig unter Strafe zu stellen – nicht akzessorisch zur Haupttat – und bedarf daher einer eigenständigen Begründung.¹²⁷ Eine abstrakte Gefahrenlage kann der Gesetzgeber hingegen nicht schlüssig darlegen,¹²⁸ da es an einem empirischen Nachweis der Beeinträchtigung von Autonomie durch Suizidhilfe von Sterbehilfeorganisationen mangelt.¹²⁹ Ein etwaig erwarteter Normalisierungsdruck infolge eines organisierten Suizidhilfeangebots reicht nicht aus, um die Autonomie eines grundsätzlich kompetenten Suizidwilligen zu negieren, insoweit der Druck nicht das Gewicht eines rechtlich relevanten Zwangs erreicht.¹³⁰ Auch das BVerfG sieht keinen Nachweis dafür, dass geschäftsmäßige Suizidhilfe einen autonomiegefährdenden Normalisierungsdruck begründet.¹³¹ Vielmehr ist festzuhalten, dass ein potenzieller Anstieg der Suizidzahlen¹³² infolge einer Normalisierung der Suizidhilfe keine autonomiegefährdende Beeinträchtigung der Freiverantwortlichkeit des Suizidwilligen darstellt.¹³³ Ein solcher weich paternalistischer¹³⁴ Gefährdungsgesetzes-

¹⁰⁷ Kienzerle (Fn. 4), S. 109.

¹⁰⁸ Hufen, NJW 2001, 849 (851); De Ridder, *Wie wollen wir sterben?*, 2. Aufl. 2010, S. 197. Siehe auch BT-Drs. 18/5374, S. 8. Ausdrücklich nun BVerfG NJW 2020, 905 (907) – Rn. 211. A.A. Hillgruber, JZ 2017, 777 (778).

¹⁰⁹ Hufen, NJW 2001, 849 (851); Murmann (Fn. 94), S. 256; Rigopoulou (Fn. 30), S. 62.

¹¹⁰ Fateh-Moghadam (Fn. 53), S. 18.

¹¹¹ BT-Drs. 18/5375, S. 14; Böckenförde, *Stimmen der Zeit* 2008, 245 (255).

¹¹² Schöch, in: FS Kühl, 2014, S. 585 (600).

¹¹³ Eidam, *medstra* 2016, 17 (19); Hoven, ZIS 2016, 1 (3). Vgl. Kienzerle (Fn. 4), S. 203 f.; Rosenau/Sorge, NK 2013, 108 (113).

¹¹⁴ Vgl. Grünewald, JZ 2016, 938 (946); Kuhli, ZStW 129 (2017), 691 (703).

¹¹⁵ Das Reichsstrafgesetzbuch (1871) enthielt sich einer Regelung zur Strafbarkeit der Teilnahme an der Selbsttötung, sodass Suizidhilfe bis zur Einführung des § 217 StGB straffrei war.

¹¹⁶ Grünewald, JZ 2016, 938 (938). Vgl. Kienzerle (Fn. 4), S. 231; Saliger, *medstra* 2015, 132 (133 f.); ders., (Fn. 2), § 217 Rn. 1.

¹¹⁷ Vgl. Duttge, ZfL 2012, 51 (52); Schöch (Fn. 112), S. 599. Von Storch (AfD) befürchtet hingegen eine Verdreifachung, vgl. Plenarprotokoll 19/223, S. 28263.

¹¹⁸ Hegselmann, in: Hegselmann/Merkel (Hrsg.), *Zur Debatte über Euthanasie*, 1992, S. 197 (207). Siehe auch Herzberg, NJW 1996, 3043 (3044 f.); Hoerster, NJW 1986, 1786 (1791).

¹¹⁹ Vgl. Eidam, *medstra* 2016, 17 (19); Rosenau/Sorge, NK 2013, 108 (113); Schöch (Fn. 112), S. 599.

¹²⁰ BT-Drs. 18/5373, S. 2.

¹²¹ BT-Drs. 18/5373, S. 3, 11.

¹²² BVerfG NJW 2020, 905 (914) – Rn. 268 ff.

¹²³ Vgl. Henking, JR 2015, 174 (179); Rosenau/Sorge, NK 2013, 108 (113).

¹²⁴ BT-Drs. 18/5373, S. 2 f. Vor einer Normalisierung warnen immer noch Pilsinger (CDU/CSU), vgl. Plenarprotokoll 19/223, S. 28266 und Münz (AfD), vgl. Plenarprotokoll 19/223, S. 28266.

¹²⁵ BT-Drs. 18/5373, S. 12. Eine solche Gefahr ebenfalls bejahend Höfling, ZRP 2014, 123 (124).

¹²⁶ Rosenau/Sorge, NK 2013, 108 (113); Saliger, (Fn. 85), S. 181 ff.

¹²⁷ Vgl. Fateh-Moghadam, *Vorgänge* 2015, 53 (58); Sowada, ZfL 2015, 34 (37).

¹²⁸ Hoven, ZIS 2016, 1 (7); Kienzerle (Fn. 4), S. 237; Rosenau/Sorge, NK 2013, 108 (113 f.); Weigend/Hoven, ZIS 2016, 681 (681).

¹²⁹ Vgl. Gaede, JuS 2016, 385 (387); Henking, JR 2015, 174 (181); Kuschel, *Der ärztlich assistierte Suizid*, 2007, S. 144; Schroth, in: FS Yamanaka, 2017, S. 345 (353); Sowada, ZfL 2015, 34 (40).

¹³⁰ Kienzerle (Fn. 4), S. 239.

¹³¹ BVerfG NJW 2020, 905 (912) – Rn. 256.

¹³² Ein Anstieg ist wie bereits dargelegt empirisch jedoch nicht nachweisbar.

¹³³ Saliger (Fn. 85), S. 163. Vgl. Roxin, *NStZ* 2016, 185 (186).

¹³⁴ Weicher Paternalismus zielt auf das „Wohl“ des Betroffenen selbst ab, nimmt aber auch dessen Willen ernst. Den Betroffenen wird es ermöglicht, ihre Entscheidungen aus freiem Willen zu treffen, dem Staat bei

zweck vermag entgegen der Auffassung des BVerfG kein schützenswertes Rechtsgut zu begründen.

3. Zwischenergebnis

Durch individuelle oder organisierte Suizidhilfe wird kein strafrechtliches Unrecht begründet, da es an einer hierfür erforderlichen Rechtsgutsverletzung mangelt. Die Disposition des Rechtsgutsträgers über sein Leben ist gerade die grundrechtlich geschützte Freiheitsausübung, die auch die Hilfeleistung Dritter hierzu umfasst. Grenze dieser Freiheitsausübung sind lediglich Rechtsgüter von Dritten, welche durch die Hilfe zum eigenverantwortlichen Suizid nicht berührt werden.¹³⁵ Hinter der Gesetzesbegründung des § 217 StGB stehen folglich andere Gründe als der Rechtsgutsschutz.

II. Unzulässige moralistische Begründung von Strafe

Mit dem Vorwurf eines „Lobby-Tatbestandes“¹³⁶ wurde scharfe Kritik an § 217 StGB geübt. Der Gesetzeszweck wurde als gesellschaftspolitische Antwort auf eine in Teilen der Gesellschaft laut gewordene Empörungshaltung kritisiert.¹³⁷ Doch muss der Gesetzgeber Strafnormen vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Neutralitätsgebots¹³⁸ religiös-weltanschaulich neutral begründen; eine religiös-moralistische Normbegründung verbietet sich.¹³⁹ Ein solches neutral begründetes, strafrechtlich schützenswertes Rechtsgut konnte in dieser Untersuchung jedoch nicht gefunden werden.

Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass es dem Gesetzgeber vornehmlich darum ging, eine „[kulturelle] Verschiebung“¹⁴⁰ hin zu einer suizidoffenen Kultur zu verhindern. Die Tabuisierung des Suizids sollte weiterhin aufrechterhalten bleiben.¹⁴¹ Das Verbot von Sterbehilfevereinen reicht als alleiniger Gesetzeszweck zur Legitimation einer Strafnorm nicht aus.¹⁴² Auch aus einer teilgesell-

schaftlich unerwünschten Normalisierung der Suizidhilfe lässt sich keine legitime Beschränkung der Selbstbestimmung begründen.¹⁴³ Die Verhinderung einer Normalisierung verstößt gegen das Gebot staatlicher Begründungsneutralität¹⁴⁴ und stellt lediglich eine unzulässige Verunglimpfung des Suizids dar.¹⁴⁵ Denn Moralvorstellungen stellen keinen legitimen Begründungsmaßstab für Strafnormen dar, sondern symbolisches Strafrecht,¹⁴⁶ das ein von der Politik unerwünschtes Klima der tabufreien Suizidhilfe bekämpft.¹⁴⁷ Die Begründung des Gesetzgebers ist mithin moralistischer Natur und enthält damit keinen legitimen Gesetzeszweck.¹⁴⁸

III. Erforderlichkeit des Strafrechts?

Sollte entgegen der hier vertretenen Auffassung mit dem BVerfG der Schutz von Autonomie und Leben vor einer Normalisierung der Suizidhilfe als legitimes Ziel erachtet werden, bleibt die Frage der Erforderlichkeit einer Strafnorm. Hiergegen sprechen sich Suizidhilfeorganisationen und Strafrechtslehrer, aber auch andere Gesetzesentwürfe aus.¹⁴⁹ Das Strafrecht ist das „schärfste Schwert“ des Staates.¹⁵⁰ Von ihm gehen die schwersten Eingriffe in die Rechtssphäre des Individuums aus. Das Strafrecht ist als ultima ratio¹⁵¹ nur bei besonderer Sozialschädlichkeit eines Verhaltens zum Schutz der „Grundlagen eines geordneten Gemeinschaftslebens“¹⁵² zulässig. „Wenn andere Sanktionen [...] dieselbe Verhinderungswirkung haben und dem Unwertgehalt des verbotenen Tuns gerecht werden, verstößt eine Kriminalisierung gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit staatlicher Eingriffe, der als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips Verfassungsrang hat.“¹⁵³ Gesetzgeberisch befürchteten Gefahren für die Autonomie des Einzelnen kann anderweitig begegnet werden als mit dem Strafrecht. Dabei sind insbesondere das Zivilrecht¹⁵⁴, das Ordnungswidrigkeitenrecht¹⁵⁵ und das ärztliche Berufsrecht¹⁵⁶

nicht selbstbestimmungsfähigen Personen fürsorglich einzugreifen, vgl. *Kienzerle* (Fn. 4), S. 34 f.

¹³⁵ *Kienzerle* (Fn. 4), S. 117; *Murmann* (Fn. 94), S. 315.

¹³⁶ *Hoven*, ZStW 129 (2017), 334 (347); *Neumann*, in: FS Fischer, 2018, S. 183 (191).

¹³⁷ *Hilgendorf/Rosenau*, medstra 2015, 129 (130); *Rosenau/Sorge*, NK 2013, 108 (115).

¹³⁸ Art. 3 Abs. 3, Art. 4 Abs. 1, Art. 140 GG.

¹³⁹ *Fateh-Moghadam* (Fn. 53), S. 11.

¹⁴⁰ *Kuhli*, ZStW 129 (2017), 691 (703).

¹⁴¹ Vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 3, 11; *Fateh-Moghadam*, MedR 2016, 716 (718); *Fischer*, Strafgesetzbuch, 67. Aufl. 2020, § 217 Rn. 2; *Henking*, JR 2015, 174 (180).

¹⁴² *Schroth*, GA 2006, 556 (570).

¹⁴³ *Fateh-Moghadam*, MedR 2016, 716 (718), der überzeugend darlegt, dass eine Normalisierung rechtmäßigen Verhaltens kein rechtliches Problem begründet. A.A. *Weilert*, MedR 2018, 76 (79).

¹⁴⁴ *Kuhli*, ZStW 129 (2017), 691 (697).

¹⁴⁵ *Fateh-Moghadam*, Vorgänge 2015, 53 (61); *ders.*, MedR 2016, 716 (718).

¹⁴⁶ Siehe zum Begriff des symbolischen Strafrechts *Hassemer*, Strafen im Rechtsstaat, 2000, S. 176 ff.

¹⁴⁷ *Momsen*, in: SSW-StGB, 5. Aufl. 2001, § 217 Rn. 1; *Roxin*, NSTZ 2016, 185 (186 f.); *Saliger* (Fn. 2), § 217 Rn. 3; *Weigend/Hoven*, ZIS 2016, 681 (687).

¹⁴⁸ In dem Sinne auch *Helling-Plahr* (FDP), vgl. Plenarprotokoll 19/223, S. 28264. Immer noch moralistisch begründend jedoch *Vogler* (DIE LINKE), vgl. Plenarprotokoll 19/223, S. 28268 f.

¹⁴⁹ Vgl. BT-Drs. 18/5375, S. 2; Deutsche Gesellschaft für Humanes Sterben/Dignitas Deutschland/Verein Sterbehilfe/Giordano-Bruno-Stiftung (Hrsg.), Berliner Appell, 2022, S. 2, https://www.dghs.de/fileadmin/content/07_presse/01_Presseerklarungen/pdf/Berliner_Appell.pdf (zuletzt abgerufen am 22.4.2022); die Stellungnahme von über 140 Strafrechtslehrern, vgl. *Hilgendorf/Rosenau*, medstra 2015, 129 (130).

¹⁵⁰ *Hoffmann-Holland*, AT, 3. Aufl. 2015, Rn. 11. Vgl. auch *Eisenhuth*, JURA 2004, 81 (82).

¹⁵¹ Siehe exemplarisch nur *Hoffmann-Holland* (Fn. 151), Rn. 11; *Rengier*, AT, 12. Aufl. 2020, § 3 Rn. 5; *Roxin* (Fn. 11), § 2 Rn. 97; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 13), Rn. 15.

¹⁵² BVerfGE 90, 145 (213).

¹⁵³ *Roxin*, NSTZ 2016, 185 (188). Vgl. auch *ders.*, GA 2011, 678 (680 f.).

¹⁵⁴ Für eine Regelung im Bürgerlichen Gesetzbuch BT-Drs. 18/5374. Siehe auch *Saliger* (Fn. 85), S. 213.

¹⁵⁵ In dem Sinne *Merkel*, Stellungnahme, 2015, S. 5, <https://www.bundes-tag.de/resource/blob/388404/ad20696aca7464874fd19e2dd93933c1/merkel-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 22.4.2022); *Roxin*, NSTZ 2016, 185 (190 f.).

¹⁵⁶ Befürwortet von *Hilgendorf/Rosenau*, medstra 2015, 129 (129 ff.).

anzuführen. Dass es sich hierbei um mildere Mittel handelt, bedarf keiner weiteren Begründung. Auch bestehen hinsichtlich der gleichen Eignung keine durchgreifenden Zweifel, da die Hilfeleistung zu unfreien Suiziden bereits nach geltendem Recht mit Strafe bedroht ist¹⁵⁷ und das verbleibende Restrisiko durch präventive Kontrollmaßnahmen beseitigt werden kann. Eine strafrechtliche Normierung darüber hinaus ist nicht erforderlich und damit ebenfalls unverhältnismäßig.

E. Kein Verbot einer gesetzlichen Regelung der Freiverantwortlichkeit

Wie bereits dargestellt, fehlt für eine strafrechtliche Regelung der Suizidhilfe nach hier vertretener Auffassung ein schützenswertes Rechtsgut. Doch ist daraus nicht der Schluss zu ziehen, dass die Verfassungsgüter Leben und Autonomie des Suizidwilligen dem gesetzlichen Schutz grundsätzlich verwehrt seien. Vielmehr ist dem Urteil des BVerfG zu entnehmen, dass den Staat sogar eine Pflicht zu weich paternalistischem Schutz der Selbstbestimmung trifft. Das BVerfG führt dazu aus: „Der Staat genügt seiner Schutzpflicht für ein Leben in Autonomie gerade nicht allein dadurch, dass er Angriffe unterbindet, die diesem von anderen Menschen drohen. Er muss auch denjenigen Gefahren für die Autonomie und das Leben entgegenreten, die in den gegenwärtigen und absehbaren realen Lebensverhältnissen begründet liegen und eine Entscheidung des Einzelnen für die Selbsttötung und gegen das Leben beeinflussen [...]“¹⁵⁸ Dieser weich paternalistische Schutz bezieht sich jedoch nur auf den legitimen Schutz vor unfreiwilligen und übereilten Suizidentscheidungen.¹⁵⁹ Aus der Urteilsbegründung wird deutlich, dass das BVerfG hierfür ein prozedurales paternalistisches Schutzkonzept präfer-

iert, da es dem Gesetzgeber ausschließlich prozedurale Regelungsvorschläge¹⁶⁰ an die Hand gibt. Ziel einer solchen Regelung ist es, sicherzustellen, dass die Entscheidung freiverantwortlich gefällt wird.¹⁶¹ Einen solchen Ansatz verfolgen die zwei unterschiedlichen Gesetzesentwürfe um die Abgeordneten *Helling-Plahr* (FDP) und *Künast* (Bündnis 90/Die Grünen).¹⁶² Einer prozeduralen Regelung außerhalb des Strafrechts ist aus der Sicht der Verfasserin nichts entgegenzusetzen. Vielmehr wäre sie wünschenswert, um das gesellschaftliche Bedürfnis nach Rechtsklarheit und Rechtssicherheit zu erfüllen¹⁶³ und die Rechtsgüter Leben und Autonomie zu schützen.

F. Ergebnisse

1. Die eigenverantwortliche Selbsttötung ist in Deutschland straffrei. Akzessorisch ist die Beihilfe zu fremdem eigenverantwortlichen Suizid ebenfalls straffrei.
2. Ein Verbot der Suizidhilfe schützt kein strafrechtlich schützenswertes Rechtsgut. Eine neue strafrechtliche Regelung verfolgt daher kein legitimes Ziel. Die Verhinderung einer Normalisierung der Suizidhilfe als Gesetzeszweck stellt unzulässigen Rechtsmoralismus dar.
3. Eine Strafbarkeit der Suizidhilfe greift nach hier vertretener Auffassung unverhältnismäßig in das Recht auf selbstbestimmtes Sterben ein, da eine strafrechtliche Normierung nicht erforderlich ist. Das ultima ratio-Prinzip wird nicht gewahrt.
4. Es bedarf keiner neuen strafrechtlichen Regelung der Hilfe zu fremdem eigenverantwortlichen Suizid. Eine prozedurale, einfachgesetzliche Regelung zur Sicherung der Freiverantwortlichkeit der Suizidentscheidung wäre zu begrüßen.

¹⁵⁷ Siehe hierzu *Berghäuser*, ZStW 128 (2016), 741 (742 ff.); *Kienzerle* (Fn. 4), S. 207 f.; *Rosenau/Sorge*, NK 2013, 108 (115).

¹⁵⁸ BVerfG NJW 2020, 905 (914) – Rn. 276.

¹⁵⁹ *Saliger* (Fn. 85), S. 114. Vgl. *Duttge*, ZStW 129 (2017), 228 (252); *Fateh-Moghadam*, Vorgänge 2015, 53 (59); *Hoven*, ZIS 2016, 1 (6); *Roxin*, NStZ 2016, 185 (188).

¹⁶⁰ Vgl. BVerfG NJW 2020, 905 (921) – Rn. 339.

¹⁶¹ BVerfG NJW 2020, 905 (921) – Rn. 340.

¹⁶² BT-Drs. 19/28691, <https://dserver.bundestag.de/btd/19/286/1928691.pdf> (zuletzt abgerufen am 22.4.2022). Der Gesetzesentwurf um die Abgeordnete *Künast* (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN) sieht auch eine Strafbar-

keit für unrichtige Angaben vor. Abzulehnen sind der Gesetzesentwurf des Bundesgesundheitsministeriums, https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/S/Diskussionsentwurf_Suizidhilfe_Gesetz.pdf (zuletzt abgerufen am 22.4.2022) und der Entwurf um den Abgeordneten *Castellucci* (SPD), <https://dserver.bundestag.de/btd/20/009/2000904.pdf> (zuletzt abgerufen am 22.4.2022), die beide eine Normierung im Strafrecht vorsehen.

¹⁶³ Vgl. *Hilgendorf*, JZ 2014, 545 (551); *Rosenau*, in: FS Roxin, 2011, S. 577 (590).

Oliver Kliemt*

„Murder Degrees“ vs. „Mordmerkmale“ – Ein kritischer Vergleich der Systematik der Tötungsdelikte in den USA und Deutschland

Der Beitrag beschäftigt sich rechtsvergleichend mit den Tötungsdelikten des deutschen sowie des US-amerikanischen materiellen Strafrechts. Hiervon ausgehend sollen nach einleitenden Bemerkungen zu den grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Strukturen des US-amerikanischen Rechts sowie den Rechtsquellen, die für das materielle Strafrecht relevant sind, die drei wesentlichen Delikte im Rahmen der Tötungsdelikte Mord, Totschlag und fahrlässige Tötung den Kern der Erörterungen bilden. Die Darstellung des US-amerikanischen Rechts erfolgt dabei beispielhaft an den gesetzlichen Regelungen des Strafgesetzbuchs des Bundesstaates New York.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	70
B. Einführung in das Strafrecht der USA	70
I. Verfassungsrechtlicher Rahmen	70
II. Rechtsquellen des US-amerikanischen Strafrechts	72
1. Die Bedeutung des <i>common law</i> und der <i>common law crimes</i>	72
2. Der <i>Model Penal Code</i> und Kodifikationen in den USA	72
C. <i>Criminal Homicide</i> – Eine vergleichende Analyse der Systematik der Tötungsdelikte in den USA am Beispiel des <i>New York Penal Law</i> (NYPL)	73
I. <i>Murder</i>	74
1. „ <i>Intentional Murder</i> “ – NYPL § 125.25 Abs. 1	74
2. „ <i>Depraved Indifference Murder</i> “ – NYPL § 125.25 (2)	75
3. „ <i>Felony Murder</i> “ – NYPL § 125.25 Abs. 3.....	77
II. <i>Manslaughter</i>	78
1. „ <i>Voluntary Manslaughter</i> “ – NYPL § 125.20 .	78
2. „ <i>Involuntary Manslaughter</i> “ – NYPL § 125.15	79
III. <i>Criminally Negligent Homicide</i> – NYPL § 125.10	80
D. Schlussbetrachtung	80
Anhang 1: <i>United States Code</i>	81
Anhang 2: <i>Model Penal Code</i>	81
Anhang 3: <i>New York Penal Law</i>	82

A. Einleitung

Im Mai 2020 sorgte die Tötung des Afroamerikaners *George Floyd* durch den Polizisten *Derek Chauvin* in Minneapolis, Minnesota, für weltweites Aufsehen sowie Entsetzen. Im Zuge der aufkommenden öffentlichen Diskussion um Polizeigewalt gegenüber Schwarzen insbesondere in den USA entstand auch die sogenannte „*Black Lives Matter*“-Bewegung. Der Vorwurf im Fall *D. Chauvin*: Mord zweiten und dritten Grades sowie Totschlag.¹ Fälle wie diese geben Anlass, sich rechtsvergleichend mit dem Strafrecht der USA genauer zu befassen. Im Folgenden soll daher eine ausschnitthafte, systematisch vergleichende Betrachtung des US-amerikanischen und des deutschen Strafrechts, gerichtet auf den Bereich der Tötungsdelikte beider Rechtsordnungen, stattfinden. Rechtsvergleichung zu betreiben, erscheint im Hinblick auf eine immer weiter voranschreitende Internationalisierung des Rechtslebens zwingend geboten.² So können kulturelle Unterschiede herausgearbeitet und womöglich neue Erkenntnisse über die eigene Rechtsordnung gewonnen werden. Ein Vergleich dieser Deliktsgruppe mit dem geltenden Recht der USA erscheint insofern sinnvoll, da beide Länder in ihrer Struktur als Bundesstaaten verfassungsrechtlich verwandt, in ihren Rechtsordnungen dennoch grundverschieden sind. Dies liegt zum einen daran, dass die Rechtsordnung in den USA auf angloamerikanischen Traditionen des *common law* basiert, unsere Rechtsordnung in Deutschland dagegen weitestgehend vom römischen Recht geprägt wurde.

B. Einführung in das Strafrecht der USA

Bevor Ausführungen zu einzelnen Tatbeständen erfolgen, empfiehlt es sich, sich einer kurzen Einführung in das Strafrecht der Vereinigten Staaten zu widmen. Hierzu sollen einige verfassungsrechtliche und historische Grundlagen besprochen werden.

I. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Die föderative Ordnung der USA gebietet es, sich zunächst darüber Gedanken zu machen, welche Gesetzgebungsinstitutionen im Bereich des Strafrechts eine Rolle spielen können. So garantiert nämlich die Verfassung der Vereinigten Staaten in jedem Bundesstaat eine republikanische Staatsform.³ Dabei geht die sogenannte „*dual sovereignty doc-*

* Der Verfasser promoviert im Bereich des rechtsvergleichenden Strafrechts am Lehrstuhl von Prof. Dr. Carsten Momsen an der Freien Universität Berlin. Der Beitrag beruht auf einer Arbeit, die im Rahmen des Seminars „Strafrechtsvergleichung“ im Wintersemester 2021/22 angefertigt wurde. Die Themenstellung erfolgte durch Prof. Dr. Carsten Momsen.

¹ State v. Chauvin, 955 N.W.2d 684, 687 (2021).

² Kötz/Zweigert, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts, S. 14, 20.

³ United States Constitution (U.S. Const.) Art. IV § 4.

trine“⁴ des U. S. Supreme Court davon aus, dass die Bundesstaaten je eigenständige, souveräne Staaten innerhalb der USA darstellen, die dazu befugt sind, ihre Angelegenheiten eigens zu regeln. Eine dem Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG vergleichbare Vorschrift, welche in Deutschland dem Bund die Gesetzgebungskompetenz für das Strafrecht einräumt, kennt die U.S.-Verfassung dagegen nicht. Der Bund legt die Gesetzgebungshoheit für das Strafrecht vielmehr in die Hände der Bundesstaaten. Ihnen steht hierbei eine umfassende Gesetzgebungsbefugnis für ihr jeweiliges Territorium zu, um das Zusammenleben ihrer Bürger zu regeln, solange nicht die US-Verfassung entgegensteht. Im US-amerikanischen Verfassungsrecht werden diese weitreichenden Kompetenzen der Bundesstaaten als „*police power*“⁵ (Polizeimacht) bezeichnet. Diese Polizeimacht stellt sich im Gegensatz zu dem Polizeirecht in Deutschland vielmehr als umfassendes Regierungsrecht⁶ der Bundesstaaten dar, welches ihnen unter anderem das Recht gewährt, eigenständig und unabhängig von Einflüssen des Bundes zu bestimmen, welches Verhalten unter Strafe gestellt wird und somit einen Angriff auf die Autorität des Bundesstaates bedeutet⁷.

Mit der Erkenntnis, dass das Strafrecht in den USA also grundsätzlich in die Gesetzgebungshoheit der Bundesstaaten fällt, stellt sich nun die Frage, ob auch der Bund in diesem Bereich eine Kompetenz zur Gesetzgebung hat. Der Verfassung selbst lassen sich auf den ersten Blick nur einige wenige ausdrückliche Gesetzgebungskompetenzen entnehmen, die einen direkten Bezug zum Strafrecht aufweisen. So hat der Bund beispielsweise die Zuständigkeit im Bereich der Münzfälschung⁸, für Straftaten gegen das Völkerrecht⁹ sowie bei Hochverrat gegen die Vereinigten Staaten¹⁰. Darüber hinaus hat der Bund aber dennoch im Laufe der Jahre über die ausdrücklich genannten Bereiche hinaus weitere Kompetenzen an sich gezogen. Da in den meisten Bundesstaaten das Territorialprinzip gilt,¹¹ war hier die Strafverfolgung lediglich auf das eigene Staatsgebiet beschränkt. Die daraus resultierenden Defizite bei der Strafverfolgung gaben dem Bund Anlass, im Bereich der Verbrechensbekämpfung eigene strafrechtliche Vorschriften zu erlassen. Wichtigste Verfassungsnorm, auf die sich

der Kongress in diesem Zusammenhang immer wieder berufen hat, ist die sogenannte Handelsklausel (*commerce clause*) nach U.S. Const. Art. I § 8 Abs. 3. Ursprünglich als Eingriffsinstrument des Bundes zum Schutze des zwischenstaatlichen Handels innerhalb der Vereinigten Staaten und gegen einzelstaatlichen Protektionismus bezüglich der eigenen Wirtschaft gedacht,¹² sollte durch die Handelsklausel die Möglichkeit eröffnet werden, durch Strafvorschriften regulierend auf die Gesamtwirtschaft Einfluss zu nehmen, um Handelshindernisse abzubauen. Der Berufung auf die Handelsklausel folgt die Befugnis aus U. S. Const. Art. I § 8 Abs. 18, welche den Kongress darüber hinaus ermächtigt, alle zur Ausübung der vorstehenden Befugnisse notwendigen Gesetze zu erlassen (*necessary and proper clause*). Beide Verfassungsnormen sind für den Erlass bundesrechtlicher Strafnormen regelmäßig zusammen zu lesen.¹³ Heute erkennt der U.S. Supreme Court im Wesentlichen drei Fallgruppen an, die den Kongress dazu ermächtigen, auf Grundlage der U.S.-Verfassung strafrechtliche Normen zu erlassen: (1) zum Schutz der zwischenstaatlichen Handelswege,¹⁴ (2) zum Schutz der Personen, die im zwischenstaatlichen Handel reisen, sowie der Sachen, die im zwischenstaatlichen Handel transportiert oder als Transportmittel benutzt werden,¹⁵ und (3) zur Regulierung der Aktivitäten, die eine besondere Auswirkung auf den zwischenstaatlichen Handel entfalten.¹⁶ Das Ergebnis ist, dass das amerikanische Bundesstrafrecht vielerlei Vorschriften enthält, die ein Verhalten unter Strafe stellen, das auf eine Störung des nationalen und internationalen Handels ausgerichtet ist. Für das Verhältnis zwischen Bundes- und einzelstaatlichem Recht gilt, dass das Bundesrecht das oberste Recht der Vereinigten Staaten darstellt (*supremacy clause*).¹⁷ Danach geht das Bundesrecht dem einzelstaatlichen Recht grundsätzlich vor. Dies gilt ausnahmslos für Bereiche, die dem Bund ausdrücklich zugewiesen sind. Für die Felder, in denen der Bund nicht ausdrücklich ermächtigt ist, Gesetze zu erlassen, besteht eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz mit den Bundesstaaten (*concurrent power*).¹⁸ Das Bundesrecht kann hierbei das einzelstaatliche Recht jedoch durch ausdrücklichen Ausschluss

⁴ U.S. Supreme Court, Moore v. People, 55 U.S. 14, 20 (1852): „Every citizen of the United States is also a citizen of a state or territory. He may be said to owe allegiance to two sovereigns, and may be liable to punishment for an infraction of the laws of either.“; United States v. Lanza, 260 U.S. 377, 382 (1922): „We have here two sovereignties [...]“; Reinbacher, Das Strafrechtssystem der USA, 2010, S. 47.

⁵ Dubber, Einführung in das US-amerikanische Strafrecht, 2005, S. 5; LaFave, Criminal Law, 4. Aufl. 2003, S. 212; Reinbacher (Fn. 4), S. 50.

⁶ Dubber (Fn. 5), S. 5; ders., The Police Power, 2005, S. 82.

⁷ U.S. Supreme Court, Heath v. Alabama, 474 U.S. 82, 89 f. (1985): „Each (state) has the power, inherent in any sovereign, independently to determine what shall be an offense against its authority and to punish such offenses, and in doing so each is exercising its own sovereignty“.

⁸ U.S. Const. Art. I § 8 (6).

⁹ U.S. Const. Art. I § 8 (10).

¹⁰ U.S. Const. Art. III § 3 (1).

¹¹ Zum Beispiel Model Penal Code, Musterstrafgesetzbuch für die Vereinigten Staaten von Amerika (MPC) § 1.03 (1) (a); New York Criminal Procedure Law, Strafprozessgesetz des Bundesstaates New York (NY Crim. Proc. L.) § 20.20; generell Hay, US-Amerikanisches Recht, 6. Aufl. 2015, S. 264; LaFave (Fn. 5), S. 212 ff.; Tuerkheimer, Houston Law Review 39 (2002) (Hou. L. Rev.) 307 (315).

¹² Reinbacher (Fn. 4), S. 57.

¹³ Forbes, Pace Law Review 20 (1999) (Pace L. Rev.) 189 (196).

¹⁴ Zum Beispiel 18 United States Code, Gesetzbuch des Bundes (U.S.C.) § 2312 (Transport gestohlener Fahrzeuge).

¹⁵ Zum Beispiel 18 U.S.C. § 32 (Zerstörung von Luftfahrzeugen oder Luftfahrzeuganlagen).

¹⁶ U.S. Supreme Court, Perez v. United States, 402 U.S. 146, 150 (1971); Gonzalez v. Raich, 545 U.S. 1, 18 (2005).

¹⁷ U.S. Const. Art. VI (2).

¹⁸ Reinbacher (Fn. 4), S. 76.

verdrängen.¹⁹ Für den Bereich des Strafrechts, der aufgrund der historisch bedingten „*police power*“ der Bundesstaaten traditionell in deren Gesetzgebungszuständigkeit fällt, geht das amerikanische Verfassungsrecht heute davon aus, dass das Strafrecht des Bundes lediglich eine Ergänzung des einzelstaatlichen Strafrechts darstellt, soweit nicht Territorien des Bundes oder unmittelbare Bundesinteressen betroffen sind.²⁰ Daher kann es in einigen Bereichen des Strafrechts zu Überlagerungen beider Strafrechtsordnungen kommen.²¹

II. Rechtsquellen des US-amerikanischen Strafrechts

Nachdem der verfassungsrechtliche Rahmen für das Strafrecht in den Vereinigten Staaten erläutert wurde, sollen die Rechtsquellen, die für das Strafrecht von Bedeutung sind, im Vordergrund stehen.

1. Die Bedeutung des *common law* und der *common law crimes*

Die Strafrechtsordnungen in den USA basieren historisch gesehen auf englischen Traditionen, die weitestgehend dem *common law* entstammen. Dieses entstand in England bereits im 12. Jahrhundert, beruhend auf angelsächsischem und deutsch-dänischem Gewohnheitsrecht, welche durch königliche Richter, die durch das Land reisten, durchgesetzt wurden.²² Die königlichen Richter waren dabei auch ermächtigt, alle Handlungen und Verhaltensweisen strafrechtlich zu bestimmen, die einen Verstoß gegen die öffentliche Moral und den öffentlichen Frieden bedeuteten.²³ Delikte wie Mord, Totschlag, Einbruch, Raub und weitere wurden so erstmals definiert.²⁴ Diese Delikte werden herkömmlich als *common law crimes*²⁵ bezeichnet, da sie ausschließlich auf der rechtschaffenden Gewalt der Richter beruhen. Aus der Rechtsprechung der königlichen Richter bildeten sich sodann allgemeine Rechtsregeln heraus. Die Vereinheitlichung des Rechts erfolgte hierbei einerseits durch die allgemeine Geltung der Entscheidungen der Richter.²⁶ Zum anderen wurden umfassende Entscheidungssammlungen angelegt,²⁷ die von anderen Richtern für ihre Entscheidung jeweils herangezogen wurden. Heute bedienen sich Richter in der Regel der Entscheidungssamm-

lungen der (obersten) Gerichte des Bundesstaates in dem jeweiligen Rechtsgebiet.²⁸ Die Rechtsprechung dieser übergeordneten einzelstaatlichen Gerichte, wie beispielsweise der Supreme Courts, ist für untergeordnete Gerichte jeweils als bindend zu betrachten (*stare decisis*).²⁹

Im Laufe der Jahre gewann allerdings das Gesetzlichkeitsprinzip (*principle of legality*) und mit ihm das gesetzte Recht mehr und mehr an Bedeutung. Sowohl der Bund als auch die Bundesstaaten haben heute entsprechende Normen des Strafrechts und des Strafprozessrechts in Gesetzen niedergeschrieben. Im Zuge dieser Entwicklung wurde die Geltung der *common law crimes* weitestgehend zurückgedrängt. In den meisten Bundesstaaten ist die Praxis der *common law crimes* heute ganz abgeschafft. Dies liegt zum einen daran, dass diese Praxis inzwischen durch den U.S. Supreme Court verboten wurde.³⁰ Zum anderen haben mittlerweile viele Bundesstaaten in ihren Strafgesetzbüchern den Grundsatz des *nulla poena sine lege* verankert.³¹

Insgesamt stellt sich die Anwendung der *common law crimes* und des ihnen zugrunde liegenden Rechtsgedankens überwiegend als problematisch dar. So würde nach kontinentaleuropäischer Rechtsauffassung ein Verstoß gegen das Gesetzlichkeitsprinzip vorliegen, da sogenannte *common law crimes* nicht gesetzlich definiert sind. Dieses hat zwar in den USA keinen Einzug in die Verfassung gefunden,³² aber nach dem Gedanken von *checks and balances* ist eine Beschränkung der richterlichen Gewalt durch einen Vorbehalt des Gesetzes zwingend notwendig. Insofern erscheint die Abkehr von den *common law crimes* in den USA als ein wichtiger Schritt hin zur Stärkung der legislativen Gewalt zu sein.

2. Der *Model Penal Code* und Kodifikationen in den USA

Die Gesetzgebungshoheit der Bundesstaaten für das Strafrecht führte im Ergebnis dazu, dass nunmehr 52 Strafgesetzbücher existieren.³³ Die dadurch hervortretende Vielfalt in der Behandlung strafrechtlicher Sachverhalte bedurfte einiger Reformen. Durch die Veröffentlichung eines Musterstrafgesetzbuches für die Vereinigten Staaten (*Model Penal Code, MPC*) wurde versucht, die scheinbar

¹⁹ Hierzu das Beispiel bei *Reinbacher* (Fn. 4), S. 77 – *Airline Deregulation Act* des Jahres 1978, dessen damalige Vorschrift 49 U.S.C. § 1305 (a) (1) folgende Bestimmung enthielt: „*No State [...] shall enact or enforce any law, rule, regulation, standard, or other provision having the force and effect of law relating to rates, routes, or services of any air carrier*“.

²⁰ *United States v. Marek*, 238 F.3d 310, 323 (2001); *Brickey*, *Hastings Law Journal* 46 (1995) (Hastings L. J.) 1135 (1172); *Schwartz*, *Law & Contemporary Problems* 13 (1948) (Law & Contemp. Probs.) 64 (73).

²¹ *Reinbacher* (Fn. 4), S. 79.

²² *Hay* (Fn. 11), S. 1; *Schmid*, *Strafverfahrensrecht und Strafrecht in den Vereinigten Staaten*, Eine Einführung, 2. Aufl. 1993, S. 6 f.

²³ *Commonwealth v. McHale*, 97 Pa. 397, 410 (1881); *Dubber* (Fn. 5), S. 8.

²⁴ *LaFave* (Fn. 5), S. 75.

²⁵ Zur Definition sogenannter *common law crimes* *Commonwealth v. Keller*, 35 Pa. D. & C.2d 615, 624 (1964): „*We are of opinion that all such crimes as especially affect public society are indictable at common law. The test is not whether precedents can be found in the books, but whether*

they injuriously affect the public police and economy.“; beispielhaft auch der Fall „*Keller*“, *Dubber* (Fn. 5), S. 7 ff., dazu *LaFave* (Fn. 5), S. 42,75.

²⁶ *Schmid* (Fn. 22), S. 24.

²⁷ *Schmid* (Fn. 22), S. 7.

²⁸ *Dubber* (Fn. 5), S. 10; *LaFave* (Fn. 5), S. 74.

²⁹ *Dubber* (Fn. 5), S. 10; *Schmid* (Fn. 22), S. 24.

³⁰ *United States vs. Hudson & Goodwin*, 11 U.S. 32 (1812).

³¹ Zum Beispiel MPC § 1.05; *Minnesota Statutes*, Gesetzessammlung des Bundesstaates Minnesota (Minn. Stat.) § 609.015; *New York Penal Law*, Strafgesetzbuch des Bundesstaates New York (NYPL) § 1.05.

³² Das US-amerikanische Verfassungsrecht kennt zwar ein Legalitätsprinzip, zu dessen verfassungsrechtlichen Bestandteilen das Gesetzlichkeitsprinzip jedoch nicht gehört, *Dubber* (Fn. 5), S. 13.

³³ Über die 50 Strafgesetzbücher der einzelnen Bundesstaaten hinaus gibt es noch die Strafgesetzbücher des Bundes sowie des Regierungsbezirks District of Columbia (Washington D.C.).

unendliche Vielfalt an Straftatbeständen innerhalb der USA zu ordnen. Der MPC wurde 1962 nach zehnjähriger Arbeit vom *American Law Institute (ALI)* veröffentlicht. Dem ALI gehören angesehene amerikanische Anwälte, Richter und Professoren an. Das Institut unter der Leitung des Professors *Herbert Wechsler* und wurde 1923 hauptsächlich mit der Absicht gegründet, eine Klärung und Verbesserung des (Straf-)Rechts auf den Weg zu bringen.³⁴ *Wechsler* hatte bereits 1937 einen umfassenden Artikel veröffentlicht, in dem er seine Vorstellungen für eine Reform des US-amerikanischen Strafrechts darlegte.³⁵ Die Ursache für die Reformbemühungen lag in dem Zustand der Strafgesetze der Bundesstaaten. Die Mehrheit von ihnen hatte sich auf die Fortschreibung ihres Privatrechts und des öffentlichen Rechts konzentriert, zumal damit stets die Optimierung der Wirtschaft beabsichtigt wurde.³⁶ Eine Weiterentwicklung des Strafrechts konnte diesem Zweck nur bedingt dienen und wurde daher oftmals zurückgestellt. So benannten die bestehenden Strafgesetze zwar die meisten Verbrechen und gaben detailliert Auskunft über die hierbei anzuwendenden Strafrahen, aber es fehlte an dogmatischen Erwägungen zu Verantwortlichkeit, Rechtfertigung und Schuld.³⁷ Die Ausfüllung des Tatbestandes wurde in der Regel dem *common law* entnommen.³⁸ Ziel des MPC war es hierbei jedoch nicht, das *common law* in seiner Gänze abzuschaffen. Das ALI unternahm vielmehr den Versuch, die im Laufe jahrzehntelanger Rechtsprechung herausgearbeiteten allgemeinen rechtlichen Prinzipien aufzunehmen, neu zu strukturieren, legislative Fragen zu benennen und Lösungen zu entwickeln.³⁹ Der MPC stellt sich deshalb nicht nur als bloße Sammlung der durch Richterrecht entstandenen und vielfach in den bestehenden Strafgesetzen kodifizierten Straftatbeständen dar. Er bietet vielmehr auch eine „Erklärung“⁴⁰ des *common law* und gilt heute insgesamt als wichtigste Quelle in Lehre und Praxis.⁴¹

Da der MPC lediglich als Mustergesetz gedacht war, wollten die Verfasser in erster Linie nicht auf eine Vereinheitlichung des Rechts innerhalb der USA hinwirken.⁴² Die Bundesstaaten sollten eigenständig je nach Bedarf und örtlichen Besonderheiten entscheiden, inwieweit sie den MPC übernehmen.⁴³ Seine Veröffentlichung führte in der Folge dazu, dass insgesamt 40 Bundesstaaten – darunter einige bevölkerungsreiche Bundesstaaten wie *New York, New Jersey, Pennsylvania, Illinois* oder *Texas* – eine Reform ihrer Strafgesetzbücher nach dem Vorbild des MPC vornahmen.⁴⁴

Die wichtigsten Erneuerungen, die der MPC hervorgebracht hat, lassen sich wie folgt zusammenfassen:⁴⁵ (1) Die Bildung eines allgemeinen Teils (*General Part*). Dieser enthielt erstmals Definitionen von Voraussetzungen im Bereich von *actus reus* (äußerer/objektiver Tatbestand) und *mens rea* (innerer/subjektiver Tatbestand). Dazu wurden Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe allgemein bestimmt. Der allgemeine Teil sollte sodann auf alle Delikte des besonderen Teils (*Special Part*) Anwendung finden. Für den deutschen Gesetzgeber eine vertraute Regelungstechnik, in den Vereinigten Staaten dagegen revolutionär. (2) Die Tatbestände und einzelne Tatbestandsmerkmale sind gesondert, zumeist zu Beginn eines Abschnitts, definiert. Dies soll die Interpretation und Anwendung des Gesetzes insbesondere für die Richter erleichtern. Die damit verbundene Rechtsklarheit sollte zudem einen Rückgriff auf *common law crimes* unmöglich machen. (3) Weiterhin machten sich die Schöpfer des MPC daran, das Sammelsurium von Straftatbeständen zu systematisieren und in eine Reihenfolge, die sich vor allem an den zu schützenden Rechtsgütern orientiert, zu bringen. Somit ist der MPC mit seinen Innovationen für die amerikanische Justiz und Strafrechtswissenschaft ein wichtiger Baustein in der modernen Strafrechtsordnung.

C. *Criminal Homicide* – Eine vergleichende Analyse der Systematik der Tötungsdelikte in den USA am Beispiel des *New York Penal Law (NYPL)*

Nach den verfassungsrechtlichen und historischen Grundlagen soll nun das materielle Recht in den Vordergrund rücken. Die folgende Analyse orientiert sich einerseits aufgrund der historischen Ursprünge an den ursprünglichen Bestimmungen des *common law*. Zum anderem wird das Recht des MPC und des NYPL im Mittelpunkt stehen. Da sich das NYPL im Ergebnis als Umsetzung des MPC darstellt, lässt es sich sehr gut als Leitbeispiel für ein modernes amerikanisches Strafgesetzbuch verwenden. In diesem Kontext sei darauf hingewiesen, dass der MPC an einigen Stellen mehr, an anderen Stellen dagegen weniger Einfluss auf das NYPL gehabt hat. Weitere einzelstaatliche Besonderheiten – insbesondere derjenigen Bundesstaaten, die den MPC nicht umgesetzt haben – müssen jedoch aufgrund der Fülle an Gesetzbüchern außer Betracht bleiben.

³⁴ *Dubber* (Fn. 5), S. 1, 17; *Wechsler*, *Columbia Law Review* 68 (1968) (Colum. L. Rev.) 1425 (1425).

³⁵ *Wechsler/Michael*, *Colum. L. Rev.* 37 (1937), 701, 1261.

³⁶ *Wechsler*, *Harvard Law Review* 65 (1952) (Harv. L. Rev.) 1097 (1098).

³⁷ *Wechsler*, *Harv. L. Rev.* 65 (1952), 1097 (1100).

³⁸ *Hay* (Fn. 11), S. 7; *Wechsler*, *Harv. L. Rev.* 65 (1952), 1097 (1098 f.).

³⁹ *Schmid* (Fn. 22), S. 26; *Wechsler*, *Harv. L. Rev.* 65 (1952), 1097 (1130); *Weigend*, *ZStW* 105 (1993), 774 (791).

⁴⁰ *Dubber* (Fn. 5), S. 18.

⁴¹ *Dubber* (Fn. 5), S. 2.

⁴² *Weigend*, *ZStW* 105 (1993), 774 (791); *Wechsler*, *Colum. L. Rev.* 68 (1968), 1425 (1427).

⁴³ *Weigend*, *ZStW* 105 (1993), 774 (791).

⁴⁴ *Dubber* (Fn. 5), S. 16; *Robinson/Dubber*, *New Criminal Law Review* 10 (2007) (New Crim. L. Rev.), 319 (326) der auch darauf verweist, dass z.B. keine Umsetzung in den Bundesstaaten Kalifornien, Massachusetts und Michigan erfolgte.

⁴⁵ *Dubber* (Fn. 5), S. 24; *Robinson/Dubber*, *New Crim. L. Rev.* 10 (2007), 319 (330–333); *Wechsler*, *Colum. L. Rev.* 68 (1968), 1425 (1428 f.).

Das *common law* kannte lediglich zwei Erscheinungsformen einer strafbaren Tötung (*homicide*): *felonious homicide* (verbrecherische Tötung) und *non-felonious homicide* (nicht-verbrecherische Tötung, beispielsweise aufgrund von Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründen).⁴⁶ Sowohl der MPC⁴⁷ als auch das NYPL⁴⁸ unterteilen heutzutage die *felonious homicides* in *murder*, *manslaughter* und *negligent homicide* (Mord, Totschlag, fahrlässige Tötung). Diese werden in den meisten Bundesstaaten nochmals unterteilt in weitere Subkategorien, welche nach besonderen Schweregraden und Tatmodalitäten unterscheiden.⁴⁹ Der Schwerpunkt soll hier deshalb auf den Grundformen von *murder*, *manslaughter* und *negligent homicide* liegen. An der einen oder anderen Stelle müssen hierbei Detailprobleme einzelner Tatbestände offen bleiben, um den Blick mehr auf das wesentliche Charakteristikum dieser Deliktgruppen und ihr systematisches Verständnis zu legen.

I. Murder

Herkömmlicherweise definiert das US-amerikanische Strafrecht Mord als unrechtmäßige Tötung eines anderen lebenden Menschen mit böswilliger Absicht.⁵⁰ Die „böswillige Absicht“ (*malice aforethought*) war zu Zeiten des *common law* das entscheidende Abgrenzungsmerkmal zum *manslaughter*, der im Gegensatz zum Mord keine *malice aforethought* des Täters verlangte und somit als weniger verwerfliche Tötung einzustufen war.⁵¹ Die *malice aforethought* des Täters fand Ausdruck in der herkömmlichen Unterscheidung des Mordtatbestandes auf der Ebene des subjektives Tatbestandes zwischen den Formen von (1) *intent-to-kill-murder*, (2) *intent-to-do-serious-bodily-injury-murder*, (3) *depraved-heart-murder* und (4) *felony-murder*.⁵² Viele moderne amerikanische Strafgesetze nehmen diese Differenzierung auf, wobei heute – anknüpfend an die Reform der Tötungsdelikte im Bundesstaat Pennsylvania 1794⁵³ – eine Unterscheidung nach Graden (*degrees*) üblich ist („*Pennsylvania Model*“)⁵⁴. Die meisten Bundesstaaten unterscheiden zwischen zwei Graden (*first and second degree murder*),⁵⁵ einige auch zwischen dreien (*third degree murder*)⁵⁶. Die heutige Differenzierung der Mordtatbestände nach *degrees* dient dabei immer noch der oben

genannten Unterscheidung besonders verwerflicher (vorsätzlicher) und weniger verwerflicher (vorsätzlicher) Tötungen. So wird *first degree murder* in der Regel mit der höchstmöglichen Sanktion – zu welchen in einigen Bundesstaaten die Todesstrafe zählt⁵⁷ – geahndet. *Second* und *third degree murder* werden dagegen mit Strafen bis zu lebenslanger Freiheitsstrafe geahndet.

In Deutschland stellt, ähnlich wie in den Vereinigten Staaten, Mord im Verhältnis zum Totschlag die verwerflichere Tötung eines anderen Menschen unter Strafe. Beide Delikte verlangen als gemeinsame Voraussetzungen die vorsätzliche Tötung eines anderen Menschen. Der Gesetzgeber normiert dazu in § 211 Abs. 2 StGB „qualifizierende“⁵⁸ subjektive (den Täter betreffende) und objektive (die Tat betreffende) Merkmale, welche den Totschlag gewissermaßen zum Mord „aufstufen“ und den Täter damit zum „Mörder“ werden lassen.

Der Bundestaat New York unterscheidet in seinem Strafbuch lediglich *first* und *second degree murder*.⁵⁹ *First degree murder* ist hierbei *intentional second degree murder*, plus eines oder mehrerer im Gesetz aufgezählter erschwerender – in Anlehnung an die deutsche Strafrechtsterminologie „qualifizierender“ – Umstände im Hinblick auf Eigenschaften des Tatopfers oder der Tat an sich. *Second degree murder* umfasst in New York die Fallgruppen *intentional murder*, *depraved heart (depraved indifference) murder* und *felony murder*.⁶⁰ Diese Differenzierung geht auf die oben genannte Unterscheidung im Sinne der *malice aforethought* des Täters zurück und orientiert sich weitestgehend an den Bestimmungen des MPC. Sie bedarf daher im Gegensatz zum *first degree murder* genauerer Untersuchung.

1. „Intentional Murder“ – NYPL § 125.25 Abs. 1

Der Täter handelt grundsätzlich mit *intention* (Absicht) in Bezug auf den Taterfolg (Tod), wenn er eine Handlung oder Unterlassung (bei „*duty*“ – Pflicht) mit dem zielgerichteten Willen vornimmt, den Tod eines anderen Menschen herbei-

⁴⁶ LaFave (Fn. 5), S. 725; Wechsler/Michael, Colum. L. Rev. 37 (1937), 701 (702).

⁴⁷ MPC § 210.1 (2).

⁴⁸ NYPL § 125.00.

⁴⁹ Siehe hierzu für New York: NYPL §§ 125.11–125.14; §§ 125.21–125.22; § 125.26.

⁵⁰ „Murder is [...] the unlawful killing of another [living] human being with malice aforethought.“ – American Law Institute, Kommentar zu MPC § 210.2, S. 13 f.; LaFave (Fn. 5), S. 725; so auch 18 U.S.C. § 1111 (a).

⁵¹ United States v. Wharton, 433 F.2d 451, 454 (1970); Dressler, Understanding Criminal Law, 2. Aufl. 1999, S. 467; so auch 18 U.S.C. § 1112 (a).

⁵² Dressler (Fn. 51), S. 468; LaFave (Fn. 5), S. 725; Schmid (Fn. 22), S. 230; American Law Institute, Kommentar zu MPC § 210.2, S. 14 f.

⁵³ Smith v. State, 398 A.2d 426, 434 (1979); Dressler (Fn. 51), S. 469; Binder, Stanford Law Review 57 (2004) (Stan. L. Rev.), 59 (119); Hay (Fn. 11), S. 270; Wechsler/Michael, Colum. L. Rev. 37 (1937), 701 (703–705).

⁵⁴ Dressler (Fn. 51), S. 469.

⁵⁵ Für New York: NYPL §§ 125.25 u. 125.27.

⁵⁶ Zum Beispiel Minnesota: Minn. Stat. § 609.195.

⁵⁷ Zum Beispiel California Penal Code, Strafbuch des Bundesstaates Kalifornien (Cal. Pen. L.) § 190 (a) – „Every person guilty of murder in the first degree shall be punished by death, imprisonment [...] for life [...]“; Florida Statutes, Gesetzessammlung des Bundesstaates Florida (Fla. Stat.) § 775.082 (1) (a) „[...] A person who has been convicted of a capital felony shall be punished by death if [...]“.

⁵⁸ Aus der h.L. zum Beispiel: Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, Vor § 211 Rn. 22; Schneider, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, Vor § 211 Rn. 189; Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafbuch, 30. Aufl. 2019, Vor § 211 Rn. 5 u. § 211 Rn. 1, jeweils.

⁵⁹ Darüber hinaus kennt NYPL § 125.26 noch den *Aggravated Murder* (schwerer Mord). Dieser soll hier aber aus Gründen der Übersichtlichkeit weggelassen werden.

⁶⁰ NYPL § 125.25 (1), (2), (3).

zuführen.⁶¹ Herkömmlich werden hier zwei Formen von *intention* unterschieden. Einerseits, wenn der Täter den Taterfolg anstrebt oder er ausschließlich zu diesem Zweck tätig wird, ohne Rücksicht auf die Wahrscheinlichkeit, ob sein Verhalten den Taterfolg fördert.⁶² In diesem Fall überträgt das „Wollen“ des Täters hinsichtlich des Taterfolgs. Darüber hinaus ist in den Vereinigten Staaten anerkannt, dass *intention* auch das Wissen des Täters (*knowledge*) um die Verwirklichung des Taterfolgs mit einbezieht.⁶³ Hierbei ist ausschließlich das Bewusstsein des Täters, dass sein Verhalten den Taterfolg herbeiführen wird, entscheidend.⁶⁴ In diesem Fall überträgt das „Wissen“ des Täters, dass sein Verhalten den Taterfolg herbeiführen wird gegenüber dem „Wollen“, welches hier nur eine untergeordnete Rolle einnimmt. Dem Täter kann der Taterfolg hierbei sogar höchst unerwünscht sein, sein Wissen darüber, dass der Taterfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eintreten wird, führt im Ergebnis dennoch zu einem Handeln mit *intention*.

Diese Unterscheidung erscheint dem deutschen Strafrechtler auf den ersten Blick vertraut. So normiert § 15 StGB grundsätzlich den Vorsatz als subjektive Bedingung der Strafbarkeit, soweit nicht das Gesetz ausdrücklich fahrlässiges Verhalten genügen lässt. Die Vorschrift selbst beinhaltet dagegen keine Definition des Vorsatzes. Der Rückschluss aus § 16 I StGB führt allerdings dazu, den Vorsatz als Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung zu verstehen.⁶⁵ Auch das deutsche Strafrecht unterscheidet diesbezüglich zwischen verschiedenen Erscheinungsformen. Absicht, Wissentlichkeit (direkter Vorsatz) und bedingter Vorsatz werden aber alle unter dem Begriff des „Vorsatzes“ zusammengefasst,⁶⁶ der gemeinsame subjektive Bedingung sowohl von Mord (§ 211 StGB) als auch Totschlag (§ 212 StGB) ist. Der Begriff der *intention* im US-amerikanischen Strafrecht darf dagegen nicht von vornherein mit dem Konzept des Vorsatzes nach dem deutschen StGB gleichgesetzt werden. So umschreibt das US-amerikanische Strafrecht den Begriff des Vorsatzes vielmehr mit Begriffen wie *premeditation* oder *deliberation* als mit *intention*. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass sowohl der MPC als auch das NYPL diese Begriffe jeweils durch andere ersetzt haben.⁶⁷ Der MPC definiert als subjektive Voraussetzungen für seinen Mordtatbestand (1) *purposely* und (2) *knowingly*,⁶⁸ von denen der Täter eines

erfüllt haben muss. *Purposely* erfasst hierbei nicht nur die Absicht, einen bestimmten Erfolg herbeizuführen. Das NYPL spricht dagegen lediglich von *intent (intention)*. Auch hier ist erforderlich, dass der Täter bewusst den Tod herbeiführt. Der Begriff der *intention* im NYPL ersetzt also scheinbar den Begriff des *purpose*, den der MPC vorsieht.⁶⁹ Bei der weiteren Untersuchung des NYPL fällt nun aber auf, dass der Mordtatbestand im Gegensatz zum Wortlaut des MPC auf die subjektive Voraussetzung *knowingly* verzichtet, definiert der New Yorker Gesetzgeber sie doch ausdrücklich im allgemeinen Teil des NYPL.⁷⁰ Dies lässt somit darauf schließen, dass für die Erfüllung des Mordtatbestandes nach dem NYPL in seiner ersten Variante (*intent*) das Bewusstsein oder Wissen des Täters um den Tod des Opfers nicht genügt. Hier verlangt der Gesetzgeber ausdrücklich einen zielgerichteten Willen des Täters.

2. „Depraved Indifference Murder“ – NYPL § 125.25 (2)

Depraved indifference murder liegt in New York in Anlehnung an die Formulierung im MPC⁷¹ vor, wenn der Täter durch sein Verhalten den Tod des Opfers herbeiführt und dieses Verhalten Ausdruck einer „verwerflichen Gleichgültigkeit“ gegenüber dem menschlichen Leben darstellt (*depraved indifference to human life*).⁷² Der Ausdruck der *depraved indifference* ist nicht wie die *intention* ausdrücklich im Gesetz definiert. Der Unterschied zum *intentional murder* liegt zum einen auf subjektiver Ebene. Für *depraved indifference murder* ist nicht erforderlich, dass der Täter Tötungsabsicht hatte.⁷³ Das voluntative Element des Täterhandelns ist somit nicht gleichermaßen ausgeprägt wie im Falle der *intention*. Das NYPL verlangt lediglich, dass der Täter durch rücksichtsloses Verhalten eine hohe Gefahr des Todes für das Opfer schafft. Rücksichtsloses Verhalten (*recklessness*) ist dagegen für einen *second degree manslaughter*⁷⁴ ebenfalls erforderlich. Zur Abgrenzung reicht daher für *depraved indifference murder* einfache Rücksichtslosigkeit oder gar grobe Fahrlässigkeit nicht aus. Vielmehr muss die Beurteilung des Täterverhaltens und die Einschätzung des Risikos, welches er in Kauf nimmt, um eine objektive Ebene erweitert werden.⁷⁵ Es müssen zum anderen auch noch objektive Umstände festgestellt werden, die eine solche Gleichgültigkeit des Täters gegenüber dem Wert des menschlichen Lebens hervorbringen.⁷⁶

⁶¹ LaFave (Fn. 5), S. 733.

⁶² Dubber (Fn. 5), S. 64; LaFave (Fn. 5), S. 245.

⁶³ Mill v. State, 585 P.2d 546, 549 (1978); LaFave (Fn. 5), S. 245.

⁶⁴ MPC § 2.02 (2) (b); NYPL § 15.05 (2); Dubber (Fn. 5), S. 65; LaFave (Fn. 5), S. 245.

⁶⁵ BGHSt 36, 1 (9 f.); 19, 295 (298); Sternberg-Lieben/Schuster (Fn. 58), § 15 Rn. 9.

⁶⁶ Kühl (Fn. 58), § 15 Rn. 20–23, 28; Sternberg-Lieben/Schuster (Fn. 58), § 15 Rn. 69, 72.

⁶⁷ Dubber/Hörnle, Criminal Law, A Comparative Approach, 2014, S. 539.

⁶⁸ MPC § 210.2 (1) (a); für die Handlungsvariante der *extreme* bzw. *depraved indifference* unten C. I. 2.

⁶⁹ Dubber/Hörnle (Fn. 67), S. 541.

⁷⁰ NYPL § 15.05 (2).

⁷¹ MPC § 210.2 (1) (b).

⁷² NYPL § 125.25 (2).

⁷³ People v. Jernatowski, 238 N.Y. 188, 191 (1924).

⁷⁴ NYPL § 125.15 (1).

⁷⁵ People v. Register, 60 N.Y.2d 270, 277 (1983); People v. Moquin, 142 A.D.2d 347, 352 (1988); People v. Baker, 4 A.D.3d 606, 610 (2004).

⁷⁶ NYPL § 125.25 (2): „Under circumstances evincing a depraved indifference to human life, [...]“

Es handelt sich hier also einerseits um ein subjektives Element, das nicht ausschließlich im Bereich zwischen Absicht und Rücksichtslosigkeit – also der bewussten Überschreitung eines beträchtlichen Risikos⁷⁷ – angesiedelt ist. Der Täter handelt „nicht mehr“ bloß rücksichtslos, er handelt dagegen aber auch „(noch) nicht“ mit Absicht. Man kann also davon ausgehen, dass *depraved indifference* eine „gesteigerte Rücksichtslosigkeit“⁷⁸ des Täters voraussetzt, die über die normale Rücksichtslosigkeit hinausgeht, welche eine Verurteilung wegen *second degree manslaughter* rechtfertigen würde. Eine solch gesteigerte Rücksichtslosigkeit des Täters ist beispielsweise in Fällen zu erkennen, in denen der Täter einen oder mehrere Schüsse in ein – wie von ihm erkannt – bewohntes Haus abfeuert und dabei eine Person tötet.⁷⁹ Eine vergleichbare Sachlage liegt in Fällen vor, in denen der Täter auf fahrende Autos⁸⁰ oder mit Personen befüllte Wagons eines fahrenden Zuges⁸¹ schießt und dabei eine oder mehrere Personen tötet. So auch, wenn der Täter wahllos in eine Menschenmenge schießt,⁸² mit einem Kraftfahrzeug (Auto oder Lkw) absichtlich in eine Menschenmenge fährt⁸³ oder Steine von einem hohen Gebäude auf eine belebte Straße darunter wirft⁸⁴. Alle diese Fälle haben gemein, dass der Täter nicht notwendigerweise die Absicht einer Tötung hat, sein Verhalten aber eine gesteigerte Form von Übermut ohne Rücksicht auf das Leben anderer Menschen aufweist.⁸⁵

Einige dieser Fälle erfüllen unter Umständen auch den Mordtatbestand nach § 211 StGB. So handelt der Täter sowohl bei der „Amokfahrt“⁸⁶ als auch beim „Steinwurf“⁸⁷ „mit gemeingefährlichen Mitteln“, welche die Tat zum Mord qualifizieren.

Insgesamt fällt es aber dennoch schwer, ein Äquivalent zur *depraved indifference* im deutschen Strafrecht zu finden, da hier nach der Wertung des § 15 StGB grundsätzlich nur Vorsatz und Fahrlässigkeit als Kategorien strafrechtlicher Verantwortlichkeit unterschieden werden. Für Vorsatzdelikte kommt es im Einzelnen nicht darauf an, ob der Täter mit direktem oder bedingtem Vorsatz gehandelt hat.⁸⁸ Für Fahrlässigkeitsdelikte kommt es dagegen nicht darauf an, ob der Täter bewusst oder unbewusst fahrlässig, leicht oder grob fahrlässig gehandelt hat.⁸⁹ In Ansätzen scheint es zu-

mindest gerechtfertigt, Fälle der *depraved indifference* und Fälle, die nach deutschem Strafrecht dem Bereich des bedingten Vorsatzes (*dolus eventualis*) zuzuordnen sind, zu vergleichen. Bedingter Vorsatz setzt nach höchstrichterlicher Rechtsprechung in Deutschland im Wesentlichen voraus, „dass der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt, ferner dass er ihn billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen zumindest mit der Tatbestandsverwirklichung abfindet“⁹⁰. Die Annahme eines bedingten Vorsatzes kann dabei an die Beurteilung der objektiven Gefährlichkeit einer Handlung anschließen.⁹¹ So handelt beispielsweise (bedingt) vorsätzlich, wer in erster Linie mit einer Schusswaffe auf Menschen schießt, um diese zu vertreiben, obwohl er erkennt, dass das Trefferbild unklar ist und sein Handeln auch den Tod zumindest eines der Opfer herbeiführen kann.⁹² Hier ist sich der Täter des Gefährdungspotentials seines Verhaltens durchaus bewusst, obwohl er möglicherweise auf einen glücklichen Ausgang vertraut. Dadurch, dass er das Geschehen aber vielmehr dem Zufall überlässt, liegt die Annahme nahe, dass er den Taterfolg billigend in Kauf nimmt bzw. sich damit abfindet.⁹³ Ähnlich verhält es sich in den sogenannten Raser-Fällen, die, angestoßen durch den Berliner Raserfall („Ku’damm-Raser“)⁹⁴, die jüngere Diskussion im Zusammenhang mit der Abgrenzung zwischen bedingtem (Tötungs-)Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit bestimmen. Im Berliner Fall überfuhren die Angeklagten mehrere rote Ampeln mit weit überhöhten Geschwindigkeiten jenseits der 100 km/h. Dazu passierten sie auch eine Kurve mit einer Geschwindigkeit von über 100 km/h, um nachfolgend, auf eine Kreuzung zufahrend, nochmals zu beschleunigen. Bei Einfahrt der Angeklagten in den Kreuzungsbereich passierte ein anderer Verkehrsteilnehmer und späterer Geschädigter der Tat regelkonform die Kreuzung von rechts kommend. Einer der Angeklagten kollidierte unter erneuter Missachtung eines für ihn geltenden Rotlichtsignals mit dem in die Kreuzung einfahrenden anderen Verkehrsteilnehmer, dessen Pkw durch die Luft geschleudert und vollständig zerstört wurde. Der Fahrer verstarb in Folge der Kollision erlittener schwers-

⁷⁷ NYPL § 15.05 (3); MPC § 2.02 (2) (c).

⁷⁸ Weigend, ZStW 93 (1981), 657 (681); so auch People v. Poplis, 30 N.Y.2d 85, 88 (1972).

⁷⁹ People v. Jernatowski, 238 N.Y. 188 (1924).

⁸⁰ Wiley v. State, 19 Ariz. 346 (1918).

⁸¹ Banks v. State, 85 Tex.Crim. 165 (1919).

⁸² People v. Fenner, 61 N.Y.2d 971 (1984).

⁸³ People v. Gomez, 65 N.Y.2d 9 (1985).

⁸⁴ LaFave (Fn. 5), S. 741.

⁸⁵ Donnino, Practice Commentary, McKinney’s Cons. L. of NY, § 125.25, Note 174.

⁸⁶ BGH NStZ 2006, 167; 2006, 503.

⁸⁷ BGH NStZ-RR 2010, 373.

⁸⁸ Einige Delikte verlangen dagegen neben dem Tatbestandsvorsatz ausdrücklich Absicht des Täters in Bezug auf andere Tatbestandsmerkmale,

zum Beispiel „Beutesicherungsabsicht“ bei § 252, „Vorteilssicherungsabsicht“ bei § 257, „Täuschungsabsicht“ bei § 267 StGB.

⁸⁹ Dies gilt dagegen nicht für Delikte die ausdrücklich andere Formen der Verantwortlichkeit voraussetzen, zum Beispiel „Leichtfertigkeit“ bzgl. der Herbeiführung der Todesfolge bei §§ 176b, 178, 239a Abs. 3, 239b Abs. 2, 251, 306c, 316a StGB.

⁹⁰ St. Rspr., zum Beispiel BGHSt 57, 183 (186); NStZ-RR 2018, 174 (176); NStZ 2020, 217 (218).

⁹¹ BGH NStZ 2009, 91 (91); 2012, 207 (208); Sternberg-Lieben/Schuster (Fn. 58), § 15 Rn. 87a.

⁹² BGH NStZ 2005, 92.

⁹³ BGH NStZ 1981, 22 (23); 2012, 207 (208).

⁹⁴ Verfahrensgang LG Berlin, Urt. v. 27.2.2017 – Az. (535 Ks) 251 Js 52/16 (8/16); BGH, Urt. v. 1.3.2018 – Az. 4 StR 399/17; LG Berlin, Urt. v. 26.3.2019 – Az. (532 Ks) 251 Js 52/16 (9/18); BGH, Urt. v. 18.6.2020 – Az. 4 StR 482/19.

ter Verletzungen noch am Unfallort.⁹⁵ Auch hier stellte der BGH für die Annahme eines bedingten (Tötungs-)Vorsatzes maßgeblich auf eine Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände und Umstände des Einzelfalles insgesamt ab.⁹⁶ Er bestätigte aber dennoch, dass die objektive Gefährlichkeit der Tathandlung, von deren Vorliegen im Berliner Raserfall auszugehen ist, ein wesentlicher Indikator für einen bedingten Vorsatz darstellt.⁹⁷ Der Täter handelt sodann – mit dem Wortlaut des NYPL – nicht unbedingt absichtlich, sondern rücksichtslos in Bezug auf den Taterfolg (Tod), indem er das von ihm erkannte Risiko bewusst überschreitet.

3. „*Felony Murder*“ – NYPL § 125.25 Abs. 3

Eine Besonderheit des angloamerikanischen Strafrechts ist die sogenannte „*felony murder rule*“. Danach ist derjenige, der im Zuge der Begehung eines (auch nur versuchten) Verbrechens (*felony*) den Tod eines anderen Menschen verursacht, ebenfalls des Mordes schuldig.⁹⁸

Erstmals trat die *felony murder rule* 1701 in einem englischen Fall als *obiter dictum* zur Komplizenhaftung auf.⁹⁹ Anfang der 1820er Jahre begannen die Gesetzgeber dann, sie als strafrechtliche Regel im Zusammenhang mit Mordstrafataten zu bestimmen.¹⁰⁰ Heute ist die *felony murder rule* in fast allen Bundesstaaten der USA „*applied law*“. In einigen davon *first degree murder* mit der Folge der höchstmöglichen Sanktion.¹⁰¹ Im Bundesstaat New York gilt sie dagegen als *second degree murder*.¹⁰² Nur Hawaii¹⁰³, Kentucky¹⁰⁴ und Michigan¹⁰⁵ haben sie abgeschafft. In England gibt es sie seit 1957 nicht mehr.¹⁰⁶ In New York gibt es sie dagegen und sie findet dort im Wesentlichen in ihrer ursprünglichen Form Anwendung. Sie unterscheidet sich dabei von den anderen Tötungsdelikten insbesondere dadurch, dass sie bezüglich der Herbeiführung der Todesfolge an keine subjektiven Voraussetzungen gebunden ist¹⁰⁷ und somit verschuldensunabhängig gilt („*strict liability*“). Lediglich bezüglich des Grunddelikts (*underlying felony*) müssen alle dafür erforderlichen subjektiven Voraussetzungen erfüllt sein.¹⁰⁸ Die *felony murder rule* gilt

daher als eine der umstrittensten Regeln des US-amerikanischen Strafrechts. Sie unterlag vielfach Versuchen nach Begrenzungen ihrer Anwendbarkeit. In England bemühte man sich früh, einerseits darauf abzustellen, ob der Täter als Grunddelikt ein Verbrechen begeht, das generell ein hohes Gewaltaufkommen mit sich bringt oder andererseits der Tod des Opfers die logische und wahrscheinlichste Folge der Tat war.¹⁰⁹ Heute ist eine Begrenzung ihrer Anwendung auf bestimmte, aufgezählte Verbrechen üblich. Der New Yorker Gesetzgeber hat eine gängige Aufzählung bestimmter Verbrechen gewählt, von denen eines dem Tod des Opfers als Grunddelikt gewissermaßen vorausgegangen sein muss. Dazu gehören Delikte wie Raub, Einbruch, Entführung, Brandstiftung, Vergewaltigung, kriminelle sexuelle Handlung und sexueller Missbrauch,¹¹⁰ insgesamt also Delikte, die generell ein hohes Maß an Gewalt und Eskalationspotential aufweisen und mit dem Tod des Opfers als mögliche Folge eng verknüpft sind.

Kritik an der *felony murder rule* gibt es und gab es viel. Sie sei „willkürlich“¹¹¹, da sie im Ergebnis ungeeignet sei. Ihr (legitimer) Zweck liege in allererster Linie darin, Täter von fahrlässigen Tötungen während der Begehung einer anderen Straftat abzuhalten.¹¹² Fraglich sei in diesem Zusammenhang nur, wie dies selbst bei unvorhersehbaren und versehentlichen Todesfolgen, die außerhalb der Zugriffsmacht des Täters liegen, erreicht werden soll.¹¹³ Die Verfasser des MPC versuchten diese Kontroversität abzuschwächen, indem sie den *felony murder* als eigenständige Kategorie des Mordtatbestandes gestrichen¹¹⁴ und in eine bloße Beweisregel umgewandelt haben. Im Rahmen des *depraved indifference murder* gilt nunmehr die (widerlegbare) Vermutung¹¹⁵, dass der Täter, der im Zuge eines bestimmten (auch nur versuchten) Verbrechens den Tod eines anderen Menschen verursacht, rücksichtslos und mit der erforderlichen verwerflichen Gleichgültigkeit gegenüber dem Wert des menschlichen Lebens handelt.¹¹⁶ Diese Regelung hat man dagegen in New York nicht übernommen.

Einige Stimmen behaupten,¹¹⁷ dass die *felony murder rule* nicht mit europäischen Strafgesetzen vergleichbar sei. Im

⁹⁵ Sachverhalt nach BGH NJW 2020, 2900, Rn. 2–7; *Bechtel*, JuS 2019, 114.

⁹⁶ BGH NJW 2020, 2900, Rn. 2–7.

⁹⁷ BGH NJW 2020, 2900, Rn. 2–7.

⁹⁸ *Donnino* (Fn. 85), § 125, S. 239; *Dressler* (Fn. 51), S. 479; *LaFave* (Fn. 5), S. 744; *Pillsbury*, *Judging Evil, Rethinking the Law of Murder and Manslaughter*, 1998, S. 106; *Binder*, *Stan. L. Rev.* 57 (2004), 59 (60); *dies.*, *Notre Dame Law Review* 83 (2008) (*Notre Dame L. Rev.*), 965 (966).

⁹⁹ *Rex v. Plummer*, 84 Eng. Rep. 1103 (1701).

¹⁰⁰ *Binder*, *Stan. L. Rev.* 57 (2004), 59 (65).

¹⁰¹ *Dubber/Hörnle/Binder*, *The Oxford Handbook of Criminal Law*, 2014, S. 719; *Dressler* (Fn. 50), S. 479; siehe auch die Formulierung in 18 U.S.C. § 1111 (a).

¹⁰² NYPL § 125.25 (3).

¹⁰³ Hawaii Revised Statutes §§ 707-701 (1976).

¹⁰⁴ Kentucky Revised Statutes § 507.020 (1975).

¹⁰⁵ *People v. Aaron*, 299 N.W.2d 304, 321 (1980).

¹⁰⁶ *Homicide Act*, 1957, 5 & 6 Eliz. 2, c. 11 (11. Akt der Parlamentssitzung des britischen Parlaments, die im 5. Jahr der Herrschaft von Elisabeth II. begann und im 6. Jahr dieser Herrschaft endete), § 1.

¹⁰⁷ *People v. Luscomb*, 292 N.Y. 390, 396 (1944); *People v. Stokes*, 88 N.Y.2d 618, 623 (1996); *Donnino* (Fn. 85), § 125.25, Note 252.

¹⁰⁸ *People v. Myers*, 161 A.D.2d 808; *Donnino* (Fn. 85), § 125.25, Note 252.

¹⁰⁹ *LaFave* (Fn. 5), S. 745.

¹¹⁰ NYPL § 125.25 (3).

¹¹¹ *Pillsbury* (Fn. 98), S. 108.

¹¹² *People v. Washington*, 402 P.2d 130, 133 (1965); *Roth/Sundby*, *Cornell Law Review* 70 (1985), (*Cornell L. Rev.*) 446 (450).

¹¹³ *Roth/Sundby*, *Cornell L. Rev.*, 70 (1985), 446 (451).

¹¹⁴ *American Law Institute* (Fn. 50), § 210.1, S. 5.

¹¹⁵ *Dubber/Hörnle* (Fn. 66), S. 556; *Wechsler*, *Colum. L. Rev.* 68 (1968), 1425 (1447).

¹¹⁶ MPC § 210.2 (1) (b) [S. 2].

¹¹⁷ Chief Justice *Bird*, in: *People v. Burroughs*, 35 Cal.3d 824, 844, Fn. 16 (1984); *Dubber/Hörnle* (Fn. 67), S. 553.

Vergleich zu dem deutschen StGB ist sicherlich richtig, dass die unvorsätzliche Tötung während der Begehung einer anderen Straftat die Tatbestände von Mord und Totschlag nicht verwirklichten können, da hier stets Vorsatz bezüglich der Todesfolge erforderlich ist. Im Rahmen von erfolgsqualifizierten Delikten ordnet das Gesetz bei vorsätzlich begangenen Grunddelikt und (zumindest) fahrlässig verursachter schwerer Folge aber eine erhöhte Strafe für den Täter an. Relevant im Zusammenhang mit der *felony murder rule* sind lediglich solche erfolgsqualifizierten Delikte, welche als schwere Folge den Tod des Opfers voraussetzen (z.B. §§ 176d, 178, 221 Abs. 3, 227, 239a Abs. 3, 239b Abs. 2, 251, 306c, 315d Abs. 5, 316a Abs. 3 StGB). *Felony murder rule* und erfolgsqualifizierte Delikte mögen hierbei dogmatisch zwar nicht vergleichbar sein, doch laufen sie bei Betrachtung ihrer möglichen Sanktionen auf dasselbe Ziel hinaus. Ungeachtet ihrer besonderen subjektiven Voraussetzungen (Leichtfertigkeit), ermöglichen §§ 176d, 178, 239a Abs. 3, 239b Abs. 2, 251, 306c, 316a Abs. 3 StGB als Sanktion lebenslange Freiheitsstrafe, zumindest aber eine Mindestfreiheitsstrafe von zehn Jahren. Auch bei diesen (Grund-)Delikten handelt es sich also um solche, die in der Regel ein hohes Eskalations- und Gefährdungspotenzial aufweisen und nach allgemeiner Lebenserfahrung typische, für den Täter vorhersehbare schwere Folgen, wie den Tod des Opfers, verursachen¹¹⁸. Ähnlich bei Tötungen nach der *felony murder rule*, die zumindest in den Bundesstaaten, in denen die Todesstrafe abgeschafft ist, in der Regel mit lebenslanger Freiheitsstrafe geahndet werden.¹¹⁹

II. Manslaughter

Auch wenn der Totschlag nach dem NYPL gesetzessystematisch vor dem Mord geregelt wurde, stellt er doch im Vergleich die „weniger schwere“ Tat in der Hierarchie der Tötungsdelikte dar. Das *common law* unterschied auch hier verschiedene Schweregrade – *voluntary manslaughter* und *involuntary manslaughter*.¹²⁰ Nach heutiger Differenzierung ist *voluntary manslaughter – first degree* und *involuntary manslaughter – second degree*.¹²¹

1. „Voluntary Manslaughter“ – NYPL § 125.20

Das Tötungsdelikt des *voluntary manslaughter* stellt sich im Ergebnis als das im wahrsten Sinne mildere oder „gemilderte“ Tötungsdelikt im Vergleich zum Mord dar. Dies ist bereits an der Formulierung des Gesetzes erkennbar und der Tatsache, dass sich *voluntary manslaughter* dogmatisch als *intentional murder* darstellt, der im Ergebnis aufgrund von mildernden Umständen kein Mord ist.¹²² In diesem Fall ordnet das Gesetz eine Reduktion von *murder* zu *first degree manslaughter* an.¹²³ Als Milderungsgrund ist erforderlich, dass der Täter die Tötung unter dem Einfluss extremer emotionaler Störung (*influence of extreme emotional disturbance*) begangen hat. Diese Variante der Abmilderung eines Mordes stimmt mit der Konzeption des MPC überein.¹²⁴ Der New Yorker Gesetzgeber nennt über die Formulierungen des MPC hinaus weitere Varianten für *first degree manslaughter*.¹²⁵ Hier soll in Anlehnung an den MPC und die ursprüngliche Bedeutung des *common law* die *extreme emotional disturbance* als Milderungsgrund im Vordergrund stehen.¹²⁶

Die Reduktion einer Tötung von *murder* zu *first degree manslaughter* aus Gründen extremer emotionaler Störung sollte auf keinen Fall mit Tatumständen verwechselt werden, die zu einer Rechtfertigung oder Entschuldigung des Täters führen. Extreme emotionale Störung des Täters ist hier nicht im Sinne einer die Schuldfähigkeit des Täters betreffenden psychischen Krankheit zu verstehen,¹²⁷ sondern vielmehr als Provokation, die dazu führt, dass ein vernünftiger Mensch seine gewohnte Selbstbeherrschung verliert („*reasonable provocation*“)¹²⁸. Die Tötung sei also vielmehr das Ergebnis vorübergehender Aufregung als der Böswilligkeit des Täters.¹²⁹ Typische Beispiele für solche Provokationen, die zu einem kurzzeitigen Verlust der Selbstbeherrschung führen können, sind aus der Rechtsprechung zum Beispiel: gewaltsamer tätlicher Angriff („*battery*“);¹³⁰ Ehebruch („*adultery*“);¹³¹ Wörter („*words*“), soweit das Gesprochene Informationen oder Fakten beinhaltet, die geeignet sind, eine solche Provokation auszulösen¹³².

Im Rahmen von § 213 StGB berücksichtigt auch das deutsche Strafrecht Provokationen gegenüber dem Täter als mildernden Umstand, der zu einem Verlust von dessen

¹¹⁸ Kühl (Fn. 58), Vor § 18 Rn. 1.

¹¹⁹ Zum Beispiel NYPL § 70.00 (2) (a): „*For a class A felony [second degree murder], the term shall be life imprisonment; [...]*“.

¹²⁰ Dubber/Hörnle (Fn. 67), S. 556; LaFave (Fn. 5), S. 775.

¹²¹ NYPL §§ 125.20, 125.15.

¹²² MPC § 210.3 (1) (b): „*[...] A homicide which would otherwise be murder [...]*“; NYPL § 125.20 (2): „*[...] Circumstances which do not constitute murder [...]*“.

¹²³ NYPL § 120.20 (2): „*[...] Reducing murder to manslaughter in the first degree [...]*“.

¹²⁴ MPC § 210.3 (1) (b).

¹²⁵ NYPL § 125.20 (1).

¹²⁶ Darüber hinaus kennt das NYPL noch den *Vehicular manslaughter in the second degree* (§ 125.12); *Vehicular manslaughter in the first degree*

(§ 125.13); *Aggravated manslaughter in the second degree* (§ 125.21); *Aggravated manslaughter in the first degree* (§ 125.22). Diese soll hier aber aus Gründen der Übersichtlichkeit weggelassen werden.

¹²⁷ *People v. Shelton*, 88 Misc.2d 136, 149 (1976); *Donnino* (Fn. 85), § 125.25, Note 70.

¹²⁸ LaFave (Fn. 5), S. 777; *Wechsler/Michael*, Colum. L. Rev. 37 (1937) 701 (718).

¹²⁹ *State v. Gounagias*, 88 Wash. 304, 311 (1915); *People v. Patterson*, 39 N.Y.2d 288, 303 (1976); *Wechsler/Michael*, Colum. L. Rev. 37 (1937) 701 (717 f.).

¹³⁰ *People v. Harris*, 8 Ill.2d 431 (1956).

¹³¹ *People v. McCarthy*, 132 Ill.2d 331 (1989); *Gonzales v. State*, 546 S.W.2d 617 (1977).

¹³² *State v. Copling*, 741 A.2d 624 (1999).

Selbstbeherrschung führt und ihn als „tatauslösenden Faktor zum (vorsätzlichen) Totschlag motiviert hat“¹³³. Der Täter müsse ohne seine Schuld oder sein Mitwirken durch eine ihm oder einem Angehörigen zugefügte Misshandlung oder schwere Beleidigung in einen Erregungszustand, wie große Wut oder Ärger („Zorn“), versetzt worden sein.¹³⁴ Die in diesem Zustand unmittelbar begangene vorsätzliche Tötung wird vom Totschlag zu einem „minder schweren Fall“ des Totschlags herabgestuft. Diese Formulierung zeigt, dass es sich bei § 213 StGB im Vergleich zum *voluntary manslaughter* nicht um einen „reduzierten“ Mord, sondern lediglich um eine Strafzumessungsregel handelt,¹³⁵ die ausschließlich im Rahmen des Totschlags (§ 212 StGB) relevant werden kann.¹³⁶

2. „Involuntary Manslaughter“ – NYPL § 125.15

Wo im Rahmen des *voluntary manslaughter* die Provokation des Täters das entscheidende Abgrenzungsmerkmal zum Mord ist, geht es beim *involuntary manslaughter* ausschließlich um „Rücksichtslosigkeit“. Diese Form des Totschlags ist daher als „*non-intentional homicide*“ einzuordnen.

Der Begriff der *recklessness* ist bereits im Rahmen des *depraved indifference murder* aufgetaucht. Dort allerdings in Kombination mit Umständen besonderer Gleichgültigkeit des Täters, welche die rücksichtslose Tötung zum Mord werden lassen. Nun kommt es vielmehr auf den isolierten Inhalt der *recklessness* – auch in Abgrenzung zur (*criminal negligence* (Fahrlässigkeit) – an. Nimmt man die Definitionen aus MPC und NYPL, bedeutet *recklessness* in erster Linie, wie oben angeklungen, bewusste Überschreitung eines beträchtlichen Risikos durch den Täter.¹³⁷ Dies sollte, wie noch zu zeigen sein wird, nicht mit bewusster Fahrlässigkeit verwechselt werden. Vielmehr sollte für ein Verständnis von *recklessness* die Begehungsform der Wissentlichkeit (*knowledge*) als Ausgangspunkt herangezogen werden. So unterscheiden sich Wissentlichkeit und Rücksichtslosigkeit am anschaulichsten in ihrem Grad an Wahrscheinlichkeit bezüglich des Eintritts des Taterfolges.¹³⁸ Wissentlichkeit erfordert „Gewissheit“¹³⁹ im Sinne einer einhundertprozentigen Wahrscheinlichkeit. Der Taterfolg muss zumindest nach allgemeiner Lebenserfahrung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eintreten. Rücksichtslosigkeit dagegen erfordert lediglich das Bewusstsein

über den Bestand eines „wesentlichen Risikos“ und dessen bewusstes Missachten ohne absolute Gewissheit über den Eintritt des Taterfolges.¹⁴⁰

Die *recklessness* lässt sich von den strafrechtlichen Begehungsformen des US-amerikanischen Strafrechts wohl am schwierigsten in diejenigen des StGB einordnen.¹⁴¹ So ist der ins Deutsche übersetzte Begriff der „Rücksichtslosigkeit“ dem StGB zwar nicht völlig fremd, er taucht jedoch nur vereinzelt an einigen Stellen im Gesetz auf. Zum Beispiel bei § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB (Gefährdung des Straßenverkehrs).¹⁴² Hier muss der Täter durch rücksichtsloses Fahrverhalten Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert gefährden. Rücksichtslos handelt hier im Allgemeinen, wer sich seiner Pflichten (im Straßenverkehr) bewusst ist und sich aus Gleichgültigkeit nicht auf sie besinnt.¹⁴³ Wie im Sinne der *recklessness* handelt der Täter ebenfalls mit dem Bewusstsein, dass die Missachtung seiner (verkehrsrechtlichen) Pflichten in hohem Maße risikobehaftet ist. Jedoch ist der Begriff der Rücksichtslosigkeit und dessen Anwendung auf den Bereich der Verkehrsdelikte beschränkt. Ein Tötungsdelikt, das nach dem Gesetzeswortlaut ausdrücklich rücksichtsloses Verhalten voraussetzt, kennt das StGB dagegen nicht.

Häufig werden *recklessness* und (*criminal negligence* in dem Sinne voneinander abgegrenzt, dass Ersteres als grobe bewusste Fahrlässigkeit und Letzteres als grobe unbewusste Fahrlässigkeit definiert wird.¹⁴⁴ Darin liegt für einen Vergleich mit dem deutschen Strafrecht jedoch genau die Schwierigkeit. Sowohl bewusste als auch unbewusste Fahrlässigkeit werden nach der Wertung des § 15 StGB zusammen dem Fahrlässigkeitsbereich zugeordnet. So müsste die *recklessness* in Deutschland nach diesem Ansatz als (grobe) bewusste Fahrlässigkeit also dem Bereich der fahrlässigen Tötung (§ 222 StGB) zugeordnet werden. Dies erscheint jedoch vor dem Hintergrund des US-amerikanischen Verständnisses von *recklessness* und der nach deutschem Strafrecht existierenden Vorsatzform des *dolus eventualis* ebenfalls unbefriedigend. Entscheidendes Kriterium bei der *recklessness* ist das Bewusstsein des Täters um die Gefährdungslage. Er entscheidet sich bewusst für eine Gefährdung und nicht dagegen. Dies spielt auch im Rahmen des Eventualvorsatzes nach deutschem Strafrecht eine wesentliche Rolle. Derjenige, dem *dolus eventualis* zur

¹³³ Schneider (Fn. 58), § 213 Rn. 30.

¹³⁴ Schneider, NStZ 2001, 455 (457); Schneider (Fn. 58), § 213 Rn. 28.

¹³⁵ BGH NStZ 2015, 582 (582); OLG Hamm NJW 1982, 2786 (2786); Eser/Sternberg-Lieben (Fn. 58), § 213 Rn. 2.

¹³⁶ Schneider (Fn. 58), § 213, Rn. 2; Eser/Sternberg-Lieben (Fn. 58), § 213 Rn. 3.

¹³⁷ C. I. 2.

¹³⁸ Dubber (Fn. 5), S. 68.

¹³⁹ Dubber (Fn. 5), S. 68.

¹⁴⁰ People v. Montanez, 41 N.Y.2d 53, 56 (1976); Allstate Insurance Company v. Zuk, 78 N.Y.2d 41, 46 (1991); Dubber (Fn. 5), S. 69; Schmid

(Fn. 22), S. 186; Wechsler, 68 Colum. L. Rev. 1425, 1438 (1968); siehe auch MPC § 2.02 (2) (c); NYPL § 15.05 (3).

¹⁴¹ Weigend, ZStW 93 (1981), 657, 674.

¹⁴² Darüber hinaus auch noch i.R.v. § 232 StGB (Menschenhandel), hier allerdings in anderem Kontext als „rücksichtsloses Gewinnstreben“ im Zusammenhang mit der Ausbeutung durch eine Beschäftigung und ebenfalls in verkehrsspezifischem Kontext bei § 315d I Nr. 3 StGB (Verbotene Kraftfahrzeugrennen).

¹⁴³ BGH NJW 1954, 729 (729); Hecker, § 315c Rn. 28.

¹⁴⁴ Arzt, in: GS für Schröder, 1978, 119, 131; Schmid (Fn. 22), S. 186.

Last fällt, erkennt den Taterfolg als mögliche Folge seines Verhaltens und nimmt ihn billigend in Kauf.¹⁴⁵ Indem er beispielsweise bei besonders gefährlichen Gewalthandlungen mit seinem Handeln fortfährt, obwohl er die Möglichkeit des Todes bereits erkannt hat, entscheidet er sich gewissermaßen ebenfalls bewusst für eine Gefährdung. Daher liegt der Schluss nahe, der Täter habe „vorsätzlich“ gehandelt. Eine Bestrafung aus dem Vorsatzdelikt (§§ 211, 212 StGB) ist somit die Konsequenz. So müsste die *recklessness* danach dagegen eher dem Bereich des Vorsatzes zugeordnet werden. Dies entspricht auch dem US-amerikanischen Verständnis von *recklessness* und dem Versuch sie als abgeschwächte Variante der Begehungsformen von *intention* und *knowledge* zu behandeln, um so eine größere Tatbestandsvarianz mit den damit verbundenen Strafdrohungen zu schaffen.¹⁴⁶ Dennoch liegen zwischen *recklessness* und Fahrlässigkeit nur geringe Unterschiede.¹⁴⁷

Nach der aktuellen Rechtslage in Deutschland empfiehlt es sich, den Begriff der *recklessness* in Fälle bewusster Fahrlässigkeit und Eventualvorsatz aufzuspalten und keine Übertragung auf einen konkreten Begriff vorzunehmen. Dabei kommt es allein auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalles an. Ist sich der Täter über das Gefährdungspotenzial seiner Handlung bewusst, vertraut er aber dennoch fest auf einen guten Ausgang, liegt bewusste Fahrlässigkeit vor¹⁴⁸ mit der Folge der Anwendung des § 222 StGB. Ist sich der Täter über das Gefährdungspotenzial seiner Handlung bewusst und findet er sich mit dem für möglich gehaltenen Taterfolg ab, liegt *dolus eventualis* vor¹⁴⁹ mit der Folge der Anwendung des entsprechenden Vorsatzdeliktes (§§ 211, 212 StGB). Die *recklessness* fungiert im US-amerikanischen Strafrecht gewissermaßen als „*intermediate mode*“¹⁵⁰ zwischen den Begehungsformen von Vorsatz (*intention* und *knowledge*) und strafrechtlicher Fahrlässigkeit (*criminal negligence*) und hat daher keine Entsprechung bei den Tötungsdelikten nach dem StGB.

III. *Criminally Negligent Homicide* – NYPL § 125.10

Das *common law* kannte ursprünglich nur zwei Formen von (*felonious*) *homicides*: *murder* und *manslaughter*.¹⁵¹ Die Tatbestände des *manslaughter* fungierten dabei mehr oder weniger als „*catch-all*“¹⁵²-Kategorie für Tötungen, die aus unterschiedlichen Gründen kein Mord waren und zumindest Rücksichtslosigkeit voraussetzten. Der Erweiterung

der Tötungsdelikte um einen (*criminally*) *negligent homicide* lag insbesondere der Versuch zugrunde, im subjektiven Bereich der Tatbestandsverwirklichung zwischen *recklessness* und *negligence* zu unterscheiden.¹⁵³ Im Gegensatz zu § 222 StGB, für dessen Verwirklichung jede Form von Fahrlässigkeit ausreicht, löst einfache Fahrlässigkeit (*ordinary negligence*) im US-amerikanischen Strafrecht – im Gegensatz zum Zivilrecht – keine strafrechtliche Haftung aus.¹⁵⁴ Erforderlich ist vielmehr das Vorliegen einer gesteigerten „strafrechtlichen Fahrlässigkeit“ (*criminal negligence*), die nach der Formel von der „*gross deviation*“ erst bei einer groben Abweichung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt eines vernünftigen Menschen erreicht sein soll.¹⁵⁵

Im Gegensatz zur *recklessness* setzt *negligence* nun eine unbewusste, grob sorgfaltswidrige Verursachung des Taterfolges voraus.¹⁵⁶ Der Täter verkennt also die Gefahr seines Verhaltens und das darin liegende Risiko einer Erfolgsverursachung.¹⁵⁷ Der Unterscheid zur *recklessness* liegt also hier nicht bei dem Grad der Wahrscheinlichkeit des Taterfolges, sondern in der Einstellung des Täters zu dem von ihm eingegangenen Risiko.¹⁵⁸ Im Ersteren ist sich der Täter des Risikos bewusst, im Letzteren dagegen nicht. Daher setzt die fahrlässige Tötung mehr oder weniger das Vorliegen von grober unbewusster Fahrlässigkeit voraus. Diese Fälle werden nach § 222 StGB ebenfalls als fahrlässige Tötung behandelt.

D. Schlussbetrachtung

Ein Vergleich der Systematik der Tötungsdelikte in den USA und Deutschland zeigt, dass die Tötungsdelikte beim Schutz des Lebens in beiden Rechtsordnungen an oberster Stelle stehen. Dabei kann man jedoch nicht ohne weiteres „die Tötungsdelikte“ beider Rechtsordnungen und deren existierende Tatbestände in ihrer Isoliertheit vergleichen. Vielmehr müssen beide Strafrechtssysteme mit ihren Besonderheiten vielfach auf anderen Ebenen beleuchtet werden, um Systematik und Sinn und Zweck zu verstehen. Beide Rechtsordnungen unterscheiden gleichermaßen zwischen den Grundformen von Mord, Totschlag und fahrlässiger Tötung, wobei der Mord die Spitze der Tötungsdelikte darstellt. Ihr Inhalt unterscheidet sich dagegen an vielen Stellen deutlich. Dies liegt zum einen daran, dass die heutigen Bestimmungen in den USA auf Rechtstraditionen des

¹⁴⁵ BGH NStZ 1992, 587 (588); 2016, 670 (671); 2019, 344 (344).

¹⁴⁶ Weigend, ZStW 93 (1981), 657, 683.

¹⁴⁷ *People v. Stanfield*, 36 N.Y.2d 467, 471 (1975) – „[...] but shades apart on the scale of criminal culpability“.

¹⁴⁸ BGH NStZ-RR 2006, 9 (10); BGH NStZ 2008, 451 (451); Kühl (Fn. 58), § 15 Rn. 35.

¹⁴⁹ BGH NStZ 1992, 587 (588); 2016, 670 (671); 2019, 344 (344).

¹⁵⁰ So zumindest die Überschrift bei Dubber/Hörnle/Weigend, S. 498.

¹⁵¹ *American Law Institute* (Fn. 50), § 210.3, S. 44.

¹⁵² *Dubber/Hörnle* (Fn. 67), S. 574; *American Law Institute* (Fn. 50), § 210.4, S. 81.

¹⁵³ *Dubber/Hörnle* (Fn. 67), S. 574.

¹⁵⁴ *Dressler* (Fn. 51), S. 113; *Dubber* (Fn. 5), S. 73; *Arzt* (Fn. 144), 119, 131.

¹⁵⁵ *People v. Murphy*, 451 N.Y.S.2d 838, 839 (1982); *Dubber* (Fn. 5), S. 73; *Weigend*, ZStW 93 (1981), 657, 676; siehe auch MPC § 2.02 (2) (d); NYPL § 15.05 (4).

¹⁵⁶ *Dubber* (Fn. 5), S. 72; *Weigend*, ZStW 93 (1981), 657, 673.

¹⁵⁷ *People v. Strong*, 37 N.Y.2d 568, 570 (1975); *People v. Montanez*, 41 N.Y.2d 53, 56 (1976).

¹⁵⁸ *People v. Cruciani*, 70 Misc. 2d 528, 534 (1972); *People v. Strong*, 37 N.Y.2d 568, 570 (1975); *Dubber* (Fn. 5), S. 72; *Weigend*, ZStW 93 (1981), 657, 676.

common law zurückzuführen sind. Zum anderen hat sich heute in den USA eine Unterscheidung nach *degrees* herausgebildet, welche so den Vergleich zu den isoliert stehenden Tatbeständen des StGB erschwert. So kann im Wesentlichen nur der Tatbestand des *criminally negligent homicide* ohne weiteres mit der fahrlässigen Tötung nach § 222 StGB verglichen werden. Ein Vergleich der Tatbestände von Mord und Totschlag mit denen des StGB muss vielfach bereits im Bereich des Allgemeinen Teils oder bei anderen Deliktstypen stattfinden. Zu nennen sind hier insbesondere *felony murder rule* und erfolgsqualifizierte Delikte, die im StGB nicht unmittelbar bei den Tötungsdelikten, sondern im Rahmen des Deliktsbereichs des jeweils zu schützenden Rechtsguts geregelt sind. Der Unterscheidung nach *degrees* liegt dabei der Versuch zugrunde, nach verschiedenen Formen strafrechtlicher Verantwortlichkeit (*intention, knowledge, recklessness, (criminal) negligence*) und damit nach verschiedenen Schweregraden zu differenzieren. Da das deutsche Strafrecht lediglich die Formen von Vorsatz und Fahrlässigkeit als strafrechtliche Verschuldensformen kennt, muss ein Vergleich vielfach bereits hier ansetzen. Die Aufspaltung in mehr als nur zwei Formen von strafrechtlich relevantem Verhalten erscheint vor dem Hintergrund schuldangemessener Sanktionierung dagegen äußerst sinnvoll und könnte auch für das deutsche Strafrecht Vorbild sein. Insofern kann sich auch der deutsche Strafgesetzgeber noch etwas von seinem US-amerikanischen Partner „abgucken“.¹⁵⁹

Anhang 1: United States Code¹⁶⁰

§ 1111 Murder.

(a) Murder is the unlawful killing of a human being with malice aforethought. Every murder perpetrated by poison, lying in wait, or any other kind of willful, deliberate, malicious, and premeditated killing; or committed in the perpetration of, or attempt to perpetrate, any arson, escape, murder, kidnapping, treason, espionage, sabotage, aggravated sexual abuse or sexual abuse, child abuse, burglary, or robbery [...] is murder in the first degree. Any other murder is murder in the second degree.

(b) [...]

§ 1112 Manslaughter.

(a) Manslaughter is the unlawful killing of a human being without malice. [...]

Anhang 2: Model Penal Code¹⁶¹

§ 2.02 General Requirements of Culpability.

(1) [...]

(2) Kinds of Culpability Defined.

(a) Purposely. A person acts purposely with respect to a material element of an offense when:

(i) if the element involves the nature of his conduct or a result thereof, it is his conscious object to engage in conduct of that nature or to cause such a result; and

(ii) if the element involves the attendant circumstances, he is aware of the existence of such circumstances or he believes or hopes that they exist.

(b) Knowingly. A person acts knowingly with respect to a material element of an offense when:

(i) if the element involves the nature of his conduct or the attendant circumstances, he is aware that his conduct is of that nature or that such circumstances exist; and

(ii) if the element involves a result of his conduct, he is aware that it is practically certain that his conduct will cause such a result.

(c) Recklessly. A person acts recklessly with respect to a material element of an offense when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that, considering the nature and purpose of the actor's conduct and the circumstances known to him, its disregard involves a gross deviation from the standard of conduct that a law-abiding person would observe in the actor's situation.

(d) Negligently. A person acts negligently with respect to a material element of an offense when he should be aware of a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that the actor's failure to perceive it, considering the nature and purpose of his conduct and the circumstances known to him, involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation.

§ 210.1 Criminal Homicide.

(1) A person is guilty of criminal homicide if he purposely, knowingly, recklessly or negligently causes the death of another human being.

(2) Criminal homicide is murder, manslaughter or negligent homicide.

§ 210.2 Murder.

(1) Except as provided in Section 210.3 (l) (b), criminal homicide constitutes murder when:

(a) it is committed purposely or knowingly; or

(b) it is committed recklessly under circumstances manifesting extreme indifference to the value of human life. Such recklessness and indifference are presumed if the actor is engaged or is an accomplice in the commission of, or an attempt to commit, or flight after committing or attempting to commit robbery, rape or deviate sexual intercourse by force or threat of force, arson, burglary, kidnapping or felonious escape. — (2) [...]

¹⁵⁹ Hierzu der Beitrag von Hörnle, JZ 2019, 440 ff.

¹⁶⁰ <https://www.govinfo.gov/app/collection/uscode/2019/title18/partI> (zuletzt abgerufen am 15.01.2022).

¹⁶¹ <https://www.legal-tools.org/doc/08d77d/pdf> (zuletzt abgerufen am 15.01.2022).

§ 210.3 Manslaughter.

(1) Criminal homicide constitutes manslaughter when:

(a) it is committed recklessly; or

(b) a homicide which would otherwise be murder is committed under the influence of extreme mental or emotional disturbance for which there is reasonable explanation or excuse. The reasonableness of such explanation or excuse shall be determined from the viewpoint of a person in the actor's situation under the circumstances as he believes them to be.

(2) [...]

§ 210.4 Negligent Homicide.

(1) Criminal homicide constitutes negligent homicide when it is committed negligently.

(2) [...]

Anhang 3: New York Penal Law¹⁶²**§ 125.00 Homicide defined.**

Homicide means conduct which causes the death of a person under circumstances constituting murder, manslaughter in the first degree, manslaughter in the second degree, or criminally negligent homicide.

§ 125.10 Criminally negligent homicide.

A person is guilty of criminally negligent homicide when, with criminal negligence, he causes the death of another person. [...]

§ 125.15 Manslaughter in the second degree.

A person is guilty of manslaughter in the second degree when:

1. He recklessly causes the death of another person; or

[...]

§ 125.20 Manslaughter in the first degree.

A person is guilty of manslaughter in the first degree when:

1. With intent to cause serious physical injury to another person, he causes the death of such person or of a third person; or

2. With intent to cause the death of another person, he causes the death of such person or of a third person under circumstances which do not constitute murder because he acts under the influence of extreme emotional disturbance [...]. The fact that homicide was committed under the influence of extreme emotional disturbance constitutes a mitigating circumstance reducing murder to manslaughter in the first degree and need not be proved in any prosecution initiated under this subdivision; or

3. [...]

§ 125.25 Murder in the second degree.

A person is guilty of murder in the second degree when:

1. With intent to cause the death of another person, he causes the death of such person or of a third person; except that in any prosecution under this subdivision [...]

2. Under circumstances evincing a depraved indifference to human life, he recklessly engages in conduct which creates a grave risk of death to another person, and thereby causes the death of another person; or

3. Acting either alone or with one or more other persons, he commits or attempts to commit robbery, burglary, kidnapping, arson, rape in the first degree, criminal sexual act in the first degree, sexual abuse in the first degree, aggravated sexual abuse, escape in the first degree, or escape in the second degree, and [...] he [...] causes the death of a person [...]

4. [...]

§ 125.27 Murder in the first degree.

A person is guilty of murder in the first degree when:

1. With intent to cause the death of another person, he causes the death of such person or of a third person; and

(a) Either:

(i) the intended victim was a police officer [...]

(ii) the intended victim was a peace officer [...]

¹⁶² <https://www.nysenate.gov/legislation/laws/PEN> (zuletzt abgerufen am 15.01.2022).

IMPRESSUM

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: *Ruth Lipka* (1. Vorsitzende), *Ivette Félix Padilla* (2. Vorsitzende), *Antonia Bordt* (Schatzmeisterin), *Hendrik Schwenke* (Beisitzer), *Nural Hizal* (Beisitzer).

Redaktion

Schriftleitung (V.i.S.d.P.): *Moritz Funke, Diyar Kılıç, Yola Kretschmann, Laetizia Krigar, Belisa Miller, Valentin Stojiljkovic, Johannes Weigl, Julian Westphal*

Verlagsleitung: *Charles Müller, Jiline Schucht* (Stellv.)

Redaktion: *Rebecca Apel, Mia Barnikel, Antonia Bordt, Vanessa Braun, Moritz Breckwoldt, Yeseo Choi, Cosima Dengler, Elif Dilek, Anastasija Glinina, Leah Gölz, Patricia Grüger, Magnus Habighorst, Nural Hizal, Alexander Kloth, Justus Lassmann, Lina Lautenbach, Ruth Lipka, Julian Lochen, Antonia Novakovic, Lionie Offenbach, Kaan Oğurlu, Emma Marie Otte, Ivette Félix Padilla, David Reichenheim, Paula Schmidt, Paula Schöber, Gabriel Schrieber, Maximilian Schröder, Antonia Schwarz, Sabrina Seikh, Paul Suilmann, Isabella von Waldthausen, David Wellstein, Linus Wendler, Utku Yilmaz*

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*, der *KissAkademie GbR* sowie *Raue LLP*. Weiterhin bedankt sich die Redaktion beim Dekanat des Fachbereichs Rechtswissenschaft der *Freien Universität Berlin* für seine Unterstützung.

Verantwortliche für Anzeigen und die Betreuung von Kooperationspartnern: *Ruth Lipka* (verlag@berlinerrechtszeitschrift.de)

Layout/Satz: *Charles Müller*, 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

© 2022 Berliner Rechtszeitschrift e.V. Alle Rechte vorbehalten.

www.berlinerrechtszeitschrift.de